



Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul

Administração e Expediente: Rua Celeste Gobbato, nº 229, 3º andar  
Dep. Revista da AJURIS – Porto Alegre – RS  
Fones: (51) 3284.9003  
Endereço Eletrônico: sandra@ajuris.org.br

PRESIDENTE DA ASSOCIAÇÃO

*Eugênio Couto Terra*

VICE-PRESIDENTE CULTURAL

*Jane Maria Köbler Vidal*

DIRETOR DA REVISTA

*Ingo Wolfgang Sarlet*

FUNDADOR

*Lenine Nequete*

## COMPOSIÇÃO DOS CONSELHOS

### Conselho Diretivo

- ✓ *Jane Maria Köbler Vidal*
- ✓ *Ingo Wolfgang Sarlet*
- ✓ *Eugênio Facchini Neto*
- ✓ *Cláudio Luís Martinewski*

### Conselho Consultivo

- ✓ *Ruy Rosado de Aguiar Júnior (Presidente), Alberto Delgado Neto, Alexandre Mussoi Moreira, Almir Porto da Rocha Filho, Antônio Guilherme Tanger Jardim, Antonio Janyr Dall'Agnol Júnior, Arminio José Abreu Lima da Rosa, Arnaldo Rizzardo, Carlos Alberto Etcheberry, Clademir José Ceolin Missaggia, Cláudio Caldeira Antunes, Cristóvam Daiello Moreira, Edith Salete Prando Nepomuceno, Eládio Luiz da Silva Lecey, Francisco José Moesch, Giovanni Conti, Iris Helena Medeiros Nogueira, José Antônio Paganella Boschi, Milton dos Santos Martins, Moacir Adiers, Ricardo Pippi Schmidt, Sérgio José Dulac Muller (in memoriam) e Wilson Carlos Rodycz.*

## Conselho Editorial Técnico Nacional

- ✓ *Adroaldo Furtado Fabrício, Araken de Assis, Athos Gusmão Carneiro (in memoriam), Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (in memoriam), Elaine Harzheim Macedo, Eugênio Facchini Neto, Gilberto Schäfer, Ingo Wolfgang Sarlet, Maria Aracy Menezes da Costa, Nereu José Giacomolli, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Rogério Gesta Leal, Tupinambá Pinto de Azevedo.*
- ✓ *Prof. Dr. José Luís Bolzan de Moraes – Unisinos, RS; Prof. Dr. Marcos Maliska – Unibrasil, Paraná; Prof. Dr. Andreas J. Krell – UFAL, Alagoas; Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier – Unibrasil, Paraná; Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Maria Celina Bodin de Moraes – PUC, Rio de Janeiro; Prof. Dr. José Adercio Leite Sampaio – PUC, Minas Gerais; Prof. Dr. Fábio Siebeneichler de Andrade – PUC, RS; Prof. Dr. Paulo Caliendo – PUC, RS; e Prof. Dr. Wilson Steinmetz – UCS, RS.*

## Conselho Editorial Técnico Internacional

- ✓ *Prof. Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni – Universidad de Buenos Aires, Argentina; Prof. Jairo Parra Quijano – Universidad Santo Tomás, Bogotá, Colômbia; Prof. Dr. Nicola Picardi – Università La Sapienza, Roma, Itália; Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Paula Costa e Silva – Universidade de Lisboa, Portugal; Prof. Dr. Alessandro Simoni – Università Degli Studi di Firenze, Itália; Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Anna De Vita – Università Degli Studi di Firenze, Itália; Prof. Dr. José María Porrás Ramírez – Universidad de Granada, Espanha; Prof. Dr. Paolo Ridola – Università La Sapienza, Roma, Itália; Prof. Dr. Humberto Nogueira Alcalá – Universidad de Talca, Santiago, Chile.*

---

*Revista da AJURIS é uma publicação da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, vinculada ao Centro de Pesquisas da Escola Superior da Magistratura/AJURIS.*

---

# Editorial

Prezados leitores e amigos da Revista da AJURIS

Cada novo volume de uma Revista, com a tradição que já alcançou a Revista da AJURIS, é, mesmo assim, um grande acontecimento, um motivo de orgulho para todos que se envolveram nesse processo desde o seu nascedouro, há exatamente 137 números atrás, ou seja, 42 anos de trajetória.

O compromisso assumido é primar pela seriedade, selecionando apenas artigos acompanhados de declaração de ineditismo e exclusividade para efeitos de publicação, cuidando sempre para que seja assegurada uma representação nacional e regional, ademais da inserção de artigos de doutrina estrangeira e comentários de jurisprudência em secção própria, o que mais uma vez logramos realizar nesse número.

Assim, resta-nos almejar uma boa leitura a todos e que sigam vindo na Revista da AJURIS um periódico digno de consulta e citação.

Porto Alegre, 29 de maio de 2015.

**Ingo Wolfgang Sarlet,**  
Diretor da Revista

**Eugênio Facchini Neto,**  
Coordenador do Conselho Editorial

## A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO E O PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

*DYNAMIC DISTRIBUTION OF THE BURDEN OF EVIDENCE IN BRAZILIAN PROCEDURAL SYSTEM AND THE PROJECT OF THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE*

**Adriano Ribeiro Caldas<sup>1</sup>**

Procurador Federal da Advocacia-Geral da União

**Marco Félix Jobim<sup>2</sup>**

Mestre e Doutor em Direito

**RESUMO:** Diante do paradigma do Estado Constitucional e da função do processo na contemporaneidade, há que se tratar a questão do ônus da prova sem perder de vista as diversas situações de direito material subjacentes ao processo. Como autêntico direito fundamental, o direito à prova impõe que os ônus probatórios recaiam sobre a parte que esteja em melhores condições técnicas, profissionais ou fáticas de desincumbir-se de tal encargo, a despeito de sua posição no processo ou da natureza do fato. Dessa forma, deve-se conferir ao julgador a possibilidade

de distribuir dinamicamente o ônus da prova, ainda que não exista autorização legal expressa para tanto, desde que em decisão fundamentada e submetida ao contraditório. O projeto de novo Código de Processo Civil, contudo, prevê expressamente esta possibilidade de dinamização, consagrando o que doutrina e jurisprudência já admitiam.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ônus da prova; distribuição dinâmica; projeto de Código de Processo Civil.

**ABSTRACT:** *Before the Constitutional State paradigm and the function of legal*

<sup>1</sup> Mestrando pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS, Pós-Graduado em Direito Processual pela Universidade Federal do Piauí - UFPI, Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará - UFC.

<sup>2</sup> Professor Adjunto da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul da Graduação e Pós-Graduação *Stricto Sensu* (Mestrado), Advogado.

*process nowadays, it must be addressed the issue of burden of proof without losing sight of the different situations of substantive law underlying the process. As authentic fundamental right, the right to evidence requires that the evidentiary burden lies on the party that is in better technical, professional or factual conditions for discharging in such a burden, despite its position in the process or the nature of the fact. Thereby, it must be given to the judge the possibility to dynamically distribute the burden of evidence, although there is no legal permission to do so, provided that there is a reasoned decision submitted to contradictory. The project of the new Civil Procedure Code, however, expressly provides this possibility of dynamic distribution, establishing what doctrine and jurisprudence have already admitted.*

**KEYWORDS:** *Burden of evidence; dynamic distribution; project of Civil Procedure Code.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Direito fundamental à prova; 2 Processo e direito material; 3 Processo e verdade; 4 A distribuição estática no modelo do vigente Código de Processo Civil; 5 A distribuição dinâmica do ônus da prova; 6 A distribuição dinâmica do ônus da prova no Projeto do Novo Código de Processo Civil; Considerações finais; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 Fundamental right to evidence; 2 Legal process and substantive law; 3 Process and truth; 4 The static distribution in the model of the current Civil Procedure Code; 5 The dynamic distribution of the burden of evidence; 6 The dynamic distribution of the burden of evidence in the Project of the New Civil Procedure Code; Final considerations; References.*

## INTRODUÇÃO

No Estado Constitucional, sobrepõe-se uma concepção sistêmica da ordem jurídica, buscando-se interpretar a lei em perspectiva dos princípios constitucionais. Assim, a jurisdição e o processo devem ser compreendidos a partir do encargo constitucional de tutelar adequada e efetivamente os direitos, especialmente os direitos fundamentais. Dito de outro modo, se a Constituição salvaguarda os direitos fundamentais, é necessário que o processo esteja configurado de molde a garantir tal finalidade, não somente como imposição ao legislador, a quem compete fixar parâmetros normativos idôneos à efetiva tutela jurisdicional, mas também ao julgador, a quem incumbe, na ausência ou insuficiência de técnicas processuais<sup>3</sup> adequadas idealizadas pelo legislador, extrair da regra processual a sua máxima potencialidade.

<sup>3</sup> Sobre o tema, recomenda-se a leitura: MARINONI, Luiz Guilherme. . *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

A prova ocupa posição de relevo no processo, uma vez que de nada adianta afirmar a existência de um direito em juízo e dele pretender extrair consequências jurídicas, se as partes não conseguem influir efetivamente no convencimento do magistrado acerca da veracidade dos fatos dos quais dimanam tal direito. Neste sentido, a questão da distribuição do ônus da prova avulta-se no direito processual contemporâneo voltado à efetiva garantia de acesso ao Judiciário e à prestação de uma tutela jurisdicional qualificada<sup>4</sup>.

No que concerne ao direito probatório, este estudo procura demonstrar que, diante da mudança de paradigma sobre a função do processo na contemporaneidade<sup>5</sup>, em especial pelo fenômeno de sua constitucionalização<sup>6</sup>, há que se tratar a questão do ônus da prova sem perder de vista as diversas situações de direito material subjacentes ao processo, ainda que isto implique em afastamento da disciplina estática cristalizada no texto normativo, seja no sistema processual vigente, seja no modelo que se pretende inaugurar com o novo Código de Processo Civil.

Para tanto, faz-se necessário uma breve abordagem sobre o direito fundamental à prova, como corolário do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, apresentando-o como norte inafastável para a criação e interpretação das técnicas processuais postas à disposição das partes e do julgador, sem perder de vista sua dupla dimensão, subjetiva e objetiva. Esta abordagem será feita no tópico inicial deste trabalho.

No segundo tópico, será delineada a íntima relação entre direito material e processo<sup>7</sup>, apresentando-se este último como espaço para a construção judicial do direito concreto, dinâmico e que decorre do mundo dos fatos (mundo da vida),

---

<sup>4</sup> Um bom norte para entender o que vem a ser um processo qualificado pode ser encontrado na leitura de: BOTELHO, Guilherme. *Direito ao processo qualificado: o processo civil na perspectiva do estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

<sup>5</sup> Para compreender como o processo sofre influências para se adaptar na contemporaneidade, ler: JOBIM, Marco Félix. *Cultura, escolas e fases metodológicas do processo*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

<sup>6</sup> Sobre o tema da constitucionalização do processo muitos estudos já foram realizados, mas recomenda-se um em especial: ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

<sup>7</sup> Em resgate importante ao tema, recomenda-se a obra: MACEDO, Elaine Harzheim; HIDALGO, Daniela Boito Maurmann (Org.). *Jurisdição, direito material e processo: os pilares da obra ovidiana na aplicação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

abandonando-se a ótica que vislumbra o processo como mero instrumento<sup>8</sup> de tutela ou de realização do direito material abstrato, conceitual e cristalizado na lei.

Procurar-se-á, no terceiro tópico, defender a ideia de que o processo deve almejar mais do que a mera coerência narrativa, desgarrada de uma concepção da verdade<sup>9</sup> como correspondência da descrição dos fatos à respectiva realidade efetiva, isto é, reduzido a um mero jogo de palavras. Em outros termos, a existência de limites fáticos e jurídicos ao alcance da verdade histórica não autoriza a desilusão nem a inércia dos agentes processuais, devendo ser aspiração última do processo a reconstrução fática verossímil e capaz de embasar a decisão judicial, tudo em uma ambiência dialogal.

O quarto e o quinto tópicos serão reservados para a apresentação dos modelos de distribuição do ônus da prova, analisando-se criticamente a opção do atual Código de Processo Civil pela regra estática de repartição do encargo probatório, baseado na posição das partes e na natureza dos fatos, assim como serão apresentados os argumentos em favor da possibilidade de dinamização dos ônus probatórios mesmo sem lei expressa que a ampare.

No último tópico, serão analisadas as alterações propostas no projeto de novo Código de Processo Civil, especificamente quanto à introdução legislativa expressa da autorização para a distribuição dinâmica do ônus da prova, posicionando-se sobre a necessidade e utilidade da consagração da teoria das cargas probatórias dinâmicas no ordenamento jurídico brasileiro.

## 1 DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA

A importância conquistada pelo direito constitucional em relação à conformação da estrutura do Estado e do sistema jurídico mostra-se particularmente sensível no tocante à jurisdição e ao processo. Atualmente, percebe-se que a íntima conexão entre o processo e a proteção dos direitos e garantias fundamentais assegurados na Constituição passa a depender, cada vez em maior grau, da atividade interpretativa e criadora do direito pelos juízes

---

<sup>8</sup> Sobre a instrumentalidade do processo, não se pode perder de vista a leitura da obra: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

<sup>9</sup> Para uma leitura mais completa do tema verdade e processo, não pode faltar a obra de: TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. Madrid: Marcial Pons, 2012.

diante do caso concreto. Essa perspectiva constitucional do processo é que veio contribuir para afastar o processo no plano das construções conceituais e meramente técnicas, inserindo-o na realidade política e social. O processo, que deve produzir decisões conformes ao Direito, presta-se também (e sobretudo) à produção de decisões sustentáveis, passando a ser meio de formação do direito, seja material, seja processual.

O art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, estatui que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Nada obstante a garantia de acesso ao Poder Judiciário, tal direito passou por substancial evolução interpretativa, de nítido caráter sistemático, passando a ser entendida como direito a uma tutela judicial adequada e eficaz. A correta compreensão do direito à tutela jurisdicional, pois, pressupõe considerá-lo sob as seguintes perspectivas: (a) do acesso ao Poder Judiciário; (b) da adequação da tutela; e (c) da efetividade da tutela<sup>10</sup>.

A prestação da tutela jurisdicional efetiva pressupõe, todavia, o correto accertamento dos fatos sobre os quais irá pronunciar-se o juiz, razão pela qual resta evidenciado que o direito à prova é corolário do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, elevando-se, igualmente à condição de direito fundamental<sup>11</sup>, repousando, assim, sua legitimidade no modelo constitucional de processo<sup>12</sup> eleito pela CF de 1988.

De outra sorte, é possível sustentar que, por força do art. 5º, § 2º, da CF, o direito à prova não é uma mera decorrência das garantias constitucionais da ação, da ampla defesa e do contraditório. De fato, após a ratificação da Convenção

<sup>10</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 701-703.

<sup>11</sup> CARPES, Artur. *Ônus dinâmico da prova*. Coleção Alvaro de Oliveira: estudos de processo e constituição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, v. 1, 2010. p. 87. Ressaltando o caráter “instrumental” do direito fundamental à prova: CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 170.

<sup>12</sup> SILVA, Solange Sprandel. *Direito probatório e sua valoração no processo civil*. Florianópolis: Insular, 2011. Na página 63, a autora refere: “Em síntese, a Constituição da República Federativa do Brasil e o Código de Processo Civil elucidam o Direito à Prova como sendo aquele vinculado à Prova legítima a ser exercido segundo os procedimentos regidos pela lei. O fundamento constitucional do Direito Probatório repousa no modelo constitucional do Processo, com as garantias que lhe são pertinentes – em especial o Contraditório, cujo aspecto essencial é o Direito à Prova e o Devido Processo Legal que assegura o Direito de alegar e produzir todas as provas necessária e cabíveis para influenciar na concepção do juiz. Serve para assegurar a obtenção dos meios e, dos resultados”.



Americana de Direitos Humanos e do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos<sup>13</sup>, o direito à prova passou a integrar o rol dos direitos fundamentais e, como tal, deve ser interpretado tendo-se como norte a máxima realização da justa tutela jurisdicional<sup>14</sup>.

Ao reconhecer a relevância das regras sobre a prova para concretização dos direitos fundamentais, Canotilho<sup>15</sup> propôs o deslocamento do direito à prova do campo estrito do direito processual para localizá-lo no terreno constitucional. Neste sentido, o legislador infraconstitucional não está livre para o disciplinamento do direito à prova, sendo lícito falar-se em limites constitucionais materiais no caso de tal disciplina frustrar a fruição de um direito fundamental.

Para Mitidiero<sup>16</sup>, o direito à prova é um direito fundamental essencial à conformação do direito ao processo justo, o qual impõe ao legislador e ao órgão jurisdicional o acatamento dos seguintes pressupostos: (a) existência de relação teleológica entre prova e verdade; (b) admissibilidade da prova e dos meios de prova; (c) distribuição adequada do ônus da prova; (d) momento de produção da prova; e (e) valoração da prova e formação do convencimento judicial.

---

<sup>13</sup> Art. 8º, 2, e, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), incorporado pelo Decreto nº 678/1969: “direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos”. Art. 14.3, e, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos: “3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias: [...] e) De interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e de obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação”.

<sup>14</sup> CAMBI, Eduardo. Op. cit., p. 169; CAMBI, Eduardo. *Curso de direito probatório*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 259; ZOLANDECK, João Carlos Adalberto. *Ônus da prova: no direito processual constitucional civil e no direito do consumidor*. 2. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2009. p. 73.

<sup>15</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O ônus da prova na jurisdição das liberdades. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004 apud GODINHO, Robson Renault. A distribuição do ônus da prova e a constituição. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção (Coord.). *Provas: aspectos atuais do direito probatório*. São Paulo: Método, 2009. p. 299. Reconhecendo no direito à prova o caráter de direito fundamental, Didier afirma: “O direito à prova é conteúdo do direito fundamental ao contraditório. A dimensão substancial do direito fundamental o garante. Neste sentido, o direito à prova é também um direito fundamental” (DIDIER JR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 18).

<sup>16</sup> MITIDIERO, Daniel. Processo justo, colaboração e ônus da prova. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 78, n. 1, p. 72-73; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 739-740.

Na mesma esteira, Carpes<sup>17</sup> afirma que o direito à prova pressupõe não só a participação da parte, entendida como a possibilidade desta lançar mão dos meios e das fontes de prova necessários à correta formação do juízo de fato, mas também o direito a um juízo de admissibilidade sempre motivado e à sua respectiva valoração pelo julgador.

Comoglio, Ferri e Taruffo<sup>18</sup>, por sua vez, entendem que as principais implicações do direito à prova, sem as quais não se pode dizer que tal direito está efetivamente assegurado, são: (a) o direito de deduzir todas as provas necessárias para demonstrar as próprias alegações das partes (*diritto di dedurre*); (b) o direito à contraprova, isto é, o direito de produzir provas que infirmem as alegações da parte adversa (*diritto alla prova contraria*); (c) a possibilidade de empregar as provas que foram deduzidas e admitidas no processo (*possibilità di far assumere*); (d) o direito à valoração da prova, ou seja, o direito a que o juiz leve em conta as provas produzidas pelas partes, pronunciando-se sobre elas na motivação de sua decisão (*diritto alla valutazione delle prove*).

Como se pode depreender, o direito fundamental à prova tem conteúdo complexo e deve ser examinado em sua dupla dimensão (objetiva e subjetiva)<sup>19</sup>.

De um lado, o direito fundamental à prova caracteriza-se como direito subjetivo das partes, logo sindicável e exigível como uma posição jurídica frente ao Estado. Nesta acepção, o direito à prova consiste no direito de as partes obterem, em condição de paridade, todas as oportunidades e meios suficientes (e adequados) para posicionar-se acerca dos fatos relevantes para o julgamento da causa, sendo dependentes não só da organização e do procedimento colocado à disposição pelo legislador, mas também da adequada aplicação e da interpretação

<sup>17</sup> CARPES, Artur. Op. cit., p. 88. Em idêntica linha de pensamento: COITINHO, Jair Pereira. Verdade e colaboração no processo civil: ou a prova e os deveres de conduta dos sujeitos processuais. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; CARPENA, Márcio Louzada (Coords.). *Visões críticas do processo civil brasileiro: uma homenagem ao Prof. Dr. José Maria Rosa Tesheiner*, 2005. p. 85-86. “Mais do que propor a demanda, o cidadão, agora jurisdicionado, tem o direito ao espaço para as alegações e produções de prova; enfim, ao debate” (BOTELHO, Guilherme. Op. cit., p. 133).

<sup>18</sup> COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile: il processo ordinario di cognizione*. 5. ed. Bolonha: Società Editrice Il Mulino, v. 1, 2011. p. 462-463.

<sup>19</sup> Acerca das funções ou dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais: SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. Os direitos fundamentais e sua dimensão organizatória. In: JOBIM, Eduardo; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coords.). *O processo na constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 881-891; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. e-book. 1 parte, cap. 5.

destas mesmas normas procedimentais e estruturas organizacionais por parte do julgador.

De outro, o direito fundamental à prova deve ser encarado como um valor a orientar o Estado Constitucional, em ordem a promover a remoção de óbices legais não razoáveis que impeçam ou dificultem a sua concretização (no plano legislativo), mas também a embasar a interpretação do ordenamento jurídico, em sua inteireza, de forma mais favorável à sua realização (no plano jurisdicional). É exatamente desta dimensão constitucional que se pode extrair a orientação de que os poderes do Estado-juiz em matéria probatória são, em verdade, deveres, exigindo-se sua efetiva (ativa) atuação controladora em relação ao procedimento probatório (proposição, admissão, produção e apreciação do *thema probandum*). Partindo-se igualmente da função objetiva do direito fundamental à prova é que se chega ao reconhecimento da existência de deveres das partes para com o Estado na reconstituição dos fatos pretéritos<sup>20</sup>.

Tendo-se como premissa lógica a existência de um autêntico direito fundamental à prova no ordenamento jurídico brasileiro, a nortear a atividade do legislador e do julgador, é que serão abordadas as questões probatórias no presente trabalho<sup>21</sup>.

## 2 PROCESSO E DIREITO MATERIAL

O reconhecimento da existência de um direito fundamental à prova pressupõe a superação do paradigma moderno (legalista), que prestigiou o discurso de separação dogmático-científica entre direito material e processo e fez prevalecer a atuação meramente normativa, a qual afasta a possibilidade de transformação da realidade social por meio do processo e promove o “abandono do mundo prático”<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> COITINHO, Jair Pereira. Verdade e colaboração no processo civil: ou a prova e os deveres de conduta dos sujeitos processuais. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; CARPENA, Márcio Louzada (Coords.). Op. cit., p. 102.

<sup>21</sup> Evidentemente não se desconhece que as partes também têm sua carga no processo. Na realidade, pode-se destacar o fato de que nos sistemas do *common law* e do *civil law* há diferenças em os deveres probatórios estarem mais centrados nas partes ou no juiz, mas isso não é óbice para não se reconhecer que não há sistema puro, no qual só há deveres ao juiz ou só há deveres para as partes. Para uma leitura mais atenta, ver: TARUFFO, Michele. *A prova*. Trad. João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014. Em especial as páginas 112-115.

<sup>22</sup> HIDALGO, Daniela Boito Maurmann. *Relação entre direito material e processo: uma compreensão hermenêutica: compreensão e reflexos da afirmação da ação de direito material*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 21-22.

Esta noção de direito material abstrato que foi legada à modernidade (e que é adotada até mesmo por boa parte daqueles que reconhecem o caráter autônomo e instrumental do processo), é a do direito dado *a priori* pelo legislador. Não se prestigia, portanto, o direito material concreto, que decorre dos fatos da vida em torno dos quais as pretensões das partes são discutidas no processo<sup>23</sup>.

De fato, notadamente a partir do trabalho de sistematização da Escola Histórica, fundada por Savigny, o Direito Romano Imperial, em que a atividade criadora do julgador foi substituída pela vontade do imperador como fonte primária do Direito, foi o que constituiu a base para o Direito moderno<sup>24</sup>. Não se perpetuou, assim, a figura do juiz romano liberto da imposição da apreciação mecânica dos fatos, mas sim um Direito romano já tomado pelo formalismo distanciado dos fatos<sup>25</sup>. Isto acarretou a afirmação de um direito material abstrato e de uma ciência processual infensa aos influxos do direito material concreto, culminando com a concepção de uma atividade judicial formalista, reduzida à tarefa de aplicação de uma solução *prêt-à-porter* engendrada previamente pelo legislador, a qual se afigurava mais segura e controlável pelo Estado<sup>26</sup>.

A técnica característica da modernidade, portanto, inverteu a essência das coisas, aprisionando o direito material no conceito, satisfazendo-se com a limitação da tarefa do juiz à adequação do processo ao direito material abstratamente previsto na norma<sup>27</sup>.

<sup>23</sup> Nas palavras de Silva, “nossa formação jurídica, por força de uma longa tradição cultural, impõem-nos que pensemos o Direito através de conceitos, vendo-o constituído por fórmulas e regras, sem considerar que o direito existe nos fatos” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Direito material e processo. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 55).

<sup>24</sup> “A ciência dos juriconsultos romanos era uma ciência jurídica de valores e de aporias em que o direito era do interesse de todos os cidadãos, com a passagem do período clássico para o pós-clássico, as normas e técnicas foram colocadas a serviço do Estado e abandonando a causa do justo” (ZANETTI JR., Hermes. O modelo constitucional do processo civil brasileiro contemporâneo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Reconstruindo a teoria geral do processo*. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 102. A identificação do jurídico como “aquilo que é justo” foi afastada pelo positivismo pelo risco de subjetivismo e pela incerteza decorrente da multiplicidade de concepções de justiça. Assim, no Estado Moderno, o *jus* deixou de identificar-se com o *justum* e passou a ser identificado como o *jussum* (comando) do soberano (BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 14 e 19).

<sup>25</sup> HIDALGO, Daniela Boito Maurmann. Op. cit., p. 37.

<sup>26</sup> Idem, p. 38.

<sup>27</sup> “O direito-regra torna-se o metro que nos permite ‘enquadrar’ a realidade em ‘nossos’ esquemas jurídicos.” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Direito material e processo. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (Orgs.). Op. cit., p. 64)

Uma noção contemporânea de processo é justamente aquela que propõe a superação desta noção de realização de justiça como garantia da ordem jurídica abstrata, em direção a uma compreensão de que o processo é uma técnica a ser moldada, por imperativo constitucional, em perspectiva de sua função de transformação social por meio do Direito. Essa técnica deve ser estruturada para realizar o direito material concretamente (“direito material em movimento”<sup>28</sup>), retornando-se aos fatos e se abandonando postura de descompromisso em face da ausência de resultados práticos da (não) atuação do Direito<sup>29</sup>.

Vale a advertência de que não se pugna, aqui, pelo afastamento, em regra, da lei tal como concebida aprioristicamente pelo legislador, sobretudo em face do princípio democrático que fundamenta sua edição e legitima sua precedência. O que se está a defender é a superação do paradigma excessivamente legalista, diante de situações específicas que imponham ao julgador a construção de uma solução sob medida para o caso concreto, com a evolução das técnicas processuais e com os preenchimentos das lacunas legais, alicerçados pelas garantias constitucionais<sup>30</sup>.

De outra sorte, deve-se considerar que o risco de arbítrio do juiz não pode servir de argumento para a construção da solução jurídica ante as peculiaridades do caso sob julgamento, porquanto sempre restará à doutrina e aos tribunais a possibilidade de idealizar e estruturar mecanismos de controle e de previsibilidade das decisões judiciais, sem prejuízo de responsabilização sempre que verificado excesso por parte de julgador<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> HIDALGO, Daniela Boito Maurmann. Op. cit., p. 28.

<sup>29</sup> Idem, p. 26.

<sup>30</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro. In: NEVES, Daniel Amorin Assumpção (Coord.). *Provas: aspectos atuais do direito probatório*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 329. Refere o autor: “Ninguém duvida de que o processo civil moderno deve atualizar-se para fazer frente às necessidades do direito material e da nova dinâmica da sociedade contemporânea. Tampouco se duvida de que esta mudança não pode depender apenas de alterações legislativas, pois estas, muitas vezes, demoram a ocorrer. Impõe-se, então, buscar aprimorar o processo também com a evolução na interpretação judicial, com o manejo mais ajustado das técnicas processuais postas à disposição do juiz e com o preenchimento das lacunas legais, sob o vento das garantias constitucionais”.

<sup>31</sup> ZANETI JR., Hermes. A teoria circular dos planos: direito material e direito processual. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 196.

Firmado que o processo deve ser reconhecido como um “espaço jurídico de construção do direito do caso concreto”<sup>32</sup>, direito que deflui dos fatos (mundo da vida) e não de um conceito cristalizado de direito material, impende traçar a relação entre processo e verdade.

### 3 PROCESSO E VERDADE

Como adverte Taruffo<sup>33</sup>, são muitas e de várias espécies as teorias que sustentam alguma forma de ceticismo quanto à possibilidade (ou utilidade) na busca da verdade no âmbito processual, sendo mais cômodo compartilhar qualquer destes entendimentos do que enfrentar diretamente o problema da justiça das decisões judiciais. Tal ceticismo, contudo, não deve seduzir quem se ocupa dos problemas na solução das controvérsias por meio de decisões justas, sendo certo que uma das condições para que o processo conduza a decisões jurídica e racionalmente corretas (e, pois, justas) é que esse seja orientado ao estabelecimento da verdade dos fatos relevantes da causa.

Dados os limites do presente estudo, cabe apenas referir algumas das concepções teóricas que, segundo Taruffo, afirmam ser desprovido de sentido qualquer discurso com o propósito de busca da verdade no âmbito do processo, vez que insuperável a impossibilidade de um conhecimento efetivo da realidade externa ao sujeito: (a) aquelas segundo as quais a aceitação social das decisões judiciais está condicionada aos aspectos rituais do processo (função legitimante do processo), sendo a verificação da verdade ou falsidade dos fatos, sobre os quais se desenvolve o diálogo processual, considerada absolutamente irrelevante, como, de resto, irrelevante qualquer elemento referente ao conteúdo da decisão<sup>34</sup>; (b) as concepções que vislumbram o processo como simples mecanismo de solução de controvérsias, colocando fim aos conflitos individuais privados, a despeito do caráter injusto, ilegal ou infundado (quanto à verificação errada ou falsa dos fatos da causa) da decisão<sup>35</sup>; (c) a crença de que no processo

<sup>32</sup> MACEDO, Elaine Harzheim. *Jurisdição e processo: crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 280.

<sup>33</sup> TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: ensaios*. Coleção processo e direito. Apres., org. e trad. Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 38.

<sup>34</sup> Idem, p. 37-38.

<sup>35</sup> Criticando tal entendimento, Taruffo afirma que, “se o exclusivo fim do processo e da decisão é somente o de colocar fim à controvérsia, então existem outros modos mais rápidos e eficazes de obter esse escopo: assim eram os ordálios, que colocavam fim ao processo simplesmente eliminando uma das partes, sendo igualmente um resultado da sorte, como, de resto, alguém sugeriu ao menos para os casos mais difíceis, ou o lançamento de uma moeda (idem, p. 76).

somente é possível alcançar-se uma verdade processual ou formal, estando a verdade real para além de seus limites, que são impostos pelas normas que regulam a admissão, a produção e a valoração das provas, as quais não existiriam fora do processo<sup>36</sup>.

É preciso, contudo, deixar gizado o entendimento de que jamais é dado falar-se em verdade absoluta no contexto do processo. Desse ponto de vista, a verdade a ser perseguida no processo representa uma “aproximação àquela que poderia considerar como correspondência perfeita dos enunciados aos fatos reais que descrevem”<sup>37</sup>. O grau de aproximação dos enunciados aos fatos materiais descritos fica na dependência da qualidade e da quantidade das provas que fundamentam a atividade de reconstrução levada a cabo pelo juiz<sup>38</sup>.

É claro que, dados os limites impostos à reconstrução dos fatos pretéritos, não é razoável a pretensão de, como afirmado linhas atrás, obtenção da verdade absoluta, estreme de vícios ou imperfeições. A erronia dessa pretensão decorre do fato de que a aplicação do direito não se fundamenta apenas em um raciocínio de índole formal, fundado na lógica clássica, segundo o qual o raciocínio jurídico desenvolver-se-ia partindo de uma premissa maior (consubstanciada na norma legal abstrata) e de uma premissa menor (caso concreto), chegando-se a uma conclusão (manifestação do juízo concreto ou decisão). É dizer, a aplicação do direito está vinculada a discursos que articulem valores, que não se confundem com evidências racionais ou empíricas que fundamentam o raciocínio silogístico dedutivo ou indutivo<sup>39</sup>.

Com efeito, mais do que a interpretação da norma que deve aplicar como regra de decisão, o problema essencial a ser solucionado pelo juiz reside nos fatos que compõem o objeto da controvérsia e aos quais a norma deve ser aplicada. Para Taruffo, “a verificação da verdade dos fatos é condição necessária para a justiça da decisão”<sup>40</sup>. Caso não se tenha verificado o fato correspondente

---

<sup>36</sup> Idem, p. 48-49.

<sup>37</sup> Idem, p. 46.

<sup>38</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>39</sup> COITINHO, Jair Pereira. Verdade e colaboração no processo civil: ou a prova e os deveres de conduta dos sujeitos processuais. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; CARPENA, Márcio Louzada (Coords.). Op. cit., p. 79.

<sup>40</sup> TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado...*, p. 35.

ao suporte fático, a norma, ainda que interpretada adequadamente, não pode ser corretamente aplicada como regra de decisão<sup>41</sup>.

O processo não é bastante a mera coerência narrativa, alheia a uma concepção da verdade como correspondência da descrição dos fatos à respectiva realidade efetiva. Exige-se do juiz mais do que a construção de uma boa narração a despeito do que resulta ou não resulta das provas. É dever do julgador a elaboração de uma descrição o mais aproximada possível daquilo que se verificou no mundo externo, não se devendo confundir o processo com um jogo de palavras. Não se deve reduzir o processo a um jogo de palavras, mas sim encará-lo como um “procedimento orientado à obtenção do conhecimento dos fatos, assim como verificados no mundo real”<sup>42</sup>.

É certo que, a par dos limites naturalmente impostos à obtenção da verdade no processo civil, ditados pela natural falibilidade do conhecimento humano, não se pode olvidar os limites decorrentes do próprio ordenamento jurídico, os quais constituem entraves à reconstrução dos fatos, sendo de referir as normas sobre admissibilidade da prova, notadamente as que dizem com a sua licitude, legitimidade e constitucionalidade do método de sua obtenção<sup>43</sup>.

A existência de limites fáticos e jurídicos ao alcance da verdade histórica, todavia, não autoriza a desilusão nem a inércia dos agentes processuais, não sendo lícita a renúncia quanto à busca da verdade. A aspiração máxima do processo é a reconstrução fática verossímil, suficiente a embasar o juízo<sup>44</sup>, razão pela qual ganham especial relevo, neste contexto, a dialética e o contraditório concretizados pelo diálogo no processo<sup>45</sup>.

Consideradas, pois, a variedade de questões fáticas (materiais) que subjazem ao processo, e que reclamam sua adequação para a criação da solução para o caso concreto, assim como a função do processo na busca da verdade (que, repise-se, não se confunde com certeza ou verdade absoluta), cabe indagar se a disciplina da distribuição do ônus da prova, tanto no modelo do art. 333 do

<sup>41</sup> Idem, p. 36.

<sup>42</sup> Idem, p. 44-45.

<sup>43</sup> COITINHO, Jair Pereira. Verdade e colaboração no processo civil: ou a prova e os deveres de conduta dos sujeitos processuais. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; CARPENA, Márcio Louzada (Coords.). Op. cit., p. 77.

<sup>44</sup> Idem, p. 80.

<sup>45</sup> Idem, p. 82.



vigente Código de Processo Civil<sup>46</sup>, quanto na dicção do art. 380 do Projeto do Novo Código de Processo Civil (PL 8.046/2010)<sup>47</sup>, atende a este desiderato.

#### 4 A DISTRIBUIÇÃO ESTÁTICA NO MODELO DO VIGENTE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A função precípua da distribuição dos ônus probatórios no Estado Constitucional é a de organizar a atividade das partes, de molde a que estas tenham prévio conhecimento dos esforços de prova cabíveis a cada uma delas. Busca-se, com isto, a redução dos riscos de uma sentença baseada na ausência de prova, o que significaria aumentar a distância entre o processo e sua finalidade principal, qual seja a realização da justiça substancial<sup>48</sup>.

Ao prescrever que, ao autor, cabe o ônus da prova do fato constitutivo de seu direito e, ao réu, o encargo de provar a ocorrência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, a regra do art. 333 do vigente Código de Processo Civil vincula-se claramente às teorias formuladas com base na posição das partes em juízo (autor ou réu) e na natureza dos fatos que embasam suas pretensões (constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos)<sup>49</sup>.

A intenção do legislador de 1973 foi a de dar primazia aos valores da segurança jurídica e da igualdade meramente formal entre as partes, típicos do paradigma liberal, do qual se infere a pretensão racionalista de conformar a realidade à lei, o que, pela própria condição imponderável da realidade material, acaba por ensejar injustiças em casos particulares. Conforme esta ótica, a distribuição estática e fechada do ônus da prova destinar-se-ia à garantia da neutralidade no tratamento das partes e da previsibilidade do procedimento,

---

<sup>46</sup> “Art. 333. O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.”

<sup>47</sup> “Art. 380. O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa, relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada. Neste caso, o juiz deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. § 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.”

<sup>48</sup> CARPES, Artur. Op. cit., p. 89.

<sup>49</sup> Acerca das teorias sobre o ônus da prova fundadas na natureza dos fatos, com destaque para as teorias de Chiovenda, Carnelutti e Betti: PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova*. Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 44, 2011. p. 106-116.

sem o que não se poderia garantir a justiça em uma sociedade formada por iguais<sup>50</sup>. Ocorre que, superado o paradigma liberal em favor de uma concepção constitucional de processo, cabe indagar se superada também estaria a visão clássica de distribuição do ônus da prova.

De fato, é preciso reconhecer que a interpretação dos princípios da isonomia e da segurança jurídica no processo civil deve estar correlacionada com a evolução da sociedade contemporânea, não sendo suficiente uma previsão estática e definitiva acerca das regras do ônus de prova tão somente baseada na posição que as partes assumem no processo ou na natureza dos fatos que embasam suas pretensões. A isonomia deve ser entendida enquanto “isonomia no caso concreto”, a qual somente será possível se a distribuição dos ônus de prova for procedida caso a caso, de acordo com as capacidades<sup>51</sup> e limitações das partes, além de consideradas as peculiaridades do direito material (enquanto direito concreto, que decorre dos fatos) que sustenta a controvérsia.

Pela regra estática do vigente art. 333 do Código de Processo Civil, compete ao autor a prova dos fatos constitutivos de seu direito. Quanto a tais fatos, não pesa qualquer ônus probatório sobre o réu, embora se lhe faculte a possibilidade de contraprova quanto à ilegitimidade formal ou material da prova trazida pelo autor. Somente se atribui ao réu o ônus da prova de fatos novos que trouxer ao processo, isto é, dos fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor (defesa indireta)<sup>52</sup>.

Há fatos específicos, contudo, em relação aos quais a prova é por demais onerosa (ou até impossível) para uma das partes, enquanto que, para a parte adversa, verifica-se relativa facilidade para desincumbir-se do encargo (por

<sup>50</sup> CARPES, Artur. Op. cit., p. 67-70.

<sup>51</sup> Sen afirma que, em contraponto às teorias de cariz contratualista ou deontológico, em que a justiça é considerada como decorrência de instituições e regras perfeitas (transcendentalismo), uma teoria da justiça não pode deixar de levar em consideração as capacidades das pessoas: “A necessidade de uma compreensão da justiça que seja baseada na realização está relacionada ao argumento de que a justiça não pode ser indiferente às vidas que as pessoas podem viver de fato. A importância das vidas, experiências e realizações humanas não pode ser substituída por informações sobre instituições que existem e pelas regras que operam. Instituições e regras são, naturalmente, muito importantes para influenciar o que acontece, além de serem parte integrante do mundo real, mas as realizações de fato vão muito além do quadro organizacional e incluem as vidas que as pessoas conseguem – ou não – viver” (SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Trad. Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. e-book. Introdução, p. 27 de 50.

<sup>52</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação de tutela*. 8. ed. rev. ampl. atual. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 86.

razões técnicas, financeiras, profissionais ou pela maior proximidade dos fatos). A *probatio diabolica* representa justamente esta situação e pode verificar-se não só nos casos de hipossuficiência anteriormente referidas, mas também naquelas em que se exige a prova de fato negativo ou, ainda, em face de situações peculiares de direito material (erro médico, dano ambiental, acidentes de trabalho) ou de obstacularização da instrução pela parte adversa<sup>53</sup>.

Ressaltando que a insuficiência dos critérios estáticos de distribuição passou a ser constatada pela jurisprudência em determinadas situações de direito material, Peyrano e Chiappini<sup>54</sup> pontuam:

*Hasta tiempos no demasiado distantes, el tema no se prestaba a mayores sutilezas. Básicamente, las reglas de la carga probatoria seguían siendo estáticas y no eran otras que las arriba reseñadas, em cuanto a lo fundamental. Pero, ya más modernamente, la praxis – una vez más – alertó a la doctrina respecto de que dichas bases resultaban a veces insuficientes o bien inadecuadas. [...]*

*Por ello fue que, paulatinamente y al impulso de decisiones judiciales que procuraban la justicia del caso, comenzaron a nacer reglas acerca de la carga de la prueba que, inclusive, desbordaron el encuadre que realizó del tema el legislador contemporáneo.*

Conforme já afirmado, a constitucionalização do processo impõe que o intérprete, diante de tais situações, não se satisfaça com a mera aplicação de regras abstratas de distribuição do ônus da prova que desconsiderem as características das partes e do direito em questão, impedindo a produção probatória e o contraditório efetivo. Neste paradigma, forçoso é convir que as previsões contidas nas regras estáticas do art. 333 do Código de Processo Civil não mais dão conta da ampla gama de situações em que devam ser aplicadas (direitos transindividuais, demandas de massa, danos coletivos), porquanto sua feição estática e definida *a priori* obsta qualquer poder de conformação por parte do magistrado.

<sup>53</sup> MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Medeiros *Ônus da prova e sua dinamização*. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 164-184; No mesmo sentido: CARPES, Artur. Op. cit., p. 90-99.

<sup>54</sup> PEYRANO, Jorge Walter; CHIAPPINI, Julio O. Lineamentos de las cargas probatorias “dinámicas”. In: WHITE, Inés Lépori (Coord.). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008. p. 15-16.

Por tal motivo, se a repartição dos esforços de prova levada a cabo aprioristicamente pelo legislador não estiver ajustada ao problema colocado à apreciação judicial, deve-se conferir ao julgador a possibilidade de distribuir dinamicamente tal ônus. Busca-se, com a relativização do esquema legal, fazer recair, sobre aquele que esteja em melhores condições técnicas, profissionais ou fáticas, o encargo de produzir a prova indispensável à prestação jurisdicional adequada e efetiva, a despeito da condição de autor ou réu, ou, ainda, de tratar-se de fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos<sup>55</sup>.

É justamente desta dinamização da distribuição do ônus da prova que se cuidará a seguir.

## 5 A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

O advento da Constituição Federal de 1988 não somente capacitou o processo a cumprir, mais do que a função meramente instrumental ao interesse privado das partes, a função pública de pacificar com justiça<sup>56</sup>, na medida em que acentuou não apenas a atividade e a responsabilidade do juiz no processo, mas também das partes. Tal esforço compartilhado entre os atores processuais é chamado de dever de cooperação<sup>57</sup>.

Com efeito, por meio da cooperação entre os atores processuais, a democracia, um dos cânones do Estado Constitucional, é vertida no processo, funcionando como legitimador da decisão judicial e como condição de sua justa construção no caso concreto<sup>58</sup>. O diálogo passa a ser elemento indispensável para a construção da sentença, sendo imperioso o comprometimento do juiz com os debates e com a influência exercitada pelas partes na decisão, propiciando-se não só a devida atenção às importantes peculiaridades de cada caso levado a conhecimento do Judiciário, como também a adequação do processo aos

<sup>55</sup> CARPES, Artur. Op. cit., p. 74-75.

<sup>56</sup> Idem, p. 38.

<sup>57</sup> Sobre os desdobramentos do dever de cooperação (dever de esclarecimento, dever de lealdade, dever de proteção, dever de prevenção e dever de consulta), conferir: DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: DIDIER JR., Fredie; LEVY, Wilson; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato (Coords.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 207-218.

<sup>58</sup> Como produto da democracia, o processo deve constituir-se em um espaço para o exercício direto do poder popular, isto é, “como um democrático ponto de encontro de direitos fundamentais” (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 14, 2011. p. 50).

direitos fundamentais em jogo (igualdade substancial, efetiva e adequada tutela jurisdicional e à prova, entre outros).

Neste contexto, o problema dos ônus probatórios e de sua distribuição entre as partes passa a ocupar posição de destaque no processo. Sendo vedado ao juiz o *non liquet*, presente a necessidade de pacificar o litígio e constatada a insuficiência do material probatório, será por meio da repartição do ônus da prova que cada parte estruturará sua atividade de busca da otimização na formação do juízo de fato. A correta administração dessa tarefa pelo órgão judicial é que incrementará, substancialmente, as chances de se alcançar a decisão justa<sup>59</sup>.

A construção da decisão diante do caso concreto em uma ambiência de diálogo e cooperação passa, contudo, pela correta produção e valoração da prova quanto aos elementos de fato e de direito que subjazem à causa, o que pressupõe, por seu turno, uma distribuição adequada dos encargos probatórios entre as partes.

A técnica de dinamização dos ônus probatórios encontra-se em total consonância com esta ideia de processo civil pautado pela colaboração, em que a necessidade de garantir às partes uma efetiva igualdade impõe a observância dos deveres de cooperação nos domínios do Direito Processual Civil, mais precisamente quanto ao dever de auxílio do órgão jurisdicional para com as partes e destas para com aquele<sup>60</sup>.

A distribuição positivada, *per se*, não se torna em obstáculo intransponível para a observância do dever de cooperação, desde que se reserve ao juiz a possibilidade de alteração do esquema legal de distribuição dos ônus probatórios, sempre que estes estejam a criar dificuldades e a vulnerar a igualdade entre as partes. A ideia é, pois, a de colocar a técnica processual a serviço do direito material e dos fins últimos do processo, limitando-se o mínimo possível o desempenho dos agentes processuais, de modo que a regulação legal contenha apenas o indispensável para uma condução bem organizada do processo<sup>61</sup>. A distribuição dos ônus probatórios deve também atentar para que a atividade probatória das partes desenvolva-se em termos ótimos, de sorte que a produção

<sup>59</sup> CARPES, Artur. Op. cit., p. 40.

<sup>60</sup> MITIDIERO, D. Op. cit., p. 81-86.

<sup>61</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo do no processo civil*: proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. rev. atual. aum. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 173.

da prova alcance o grau máximo de efetividade na sua função de esclarecer a verdade acerca das alegações fáticas que constituem a controvérsia judiciária<sup>62</sup>.

Com vistas a dar solução a situações claramente injustas verificadas na jurisprudência, resultantes da distribuição estática do ônus da prova baseada na natureza dos fatos e na posição das partes no processo, a doutrina, sobretudo pelas mãos de juristas argentinos<sup>63</sup>, sistematizou a teoria das cargas probatórias dinâmicas, que consiste em atribuir o ônus da prova à parte que se encontre em melhores condições profissionais, técnicas ou fáticas para produzir a prova do fato controvertido<sup>64</sup>.

Tal como concebida em sua formulação original, a repartição dinâmica do ônus da prova consubstancia-se em solução subsidiária à regra legal de distribuição, sempre que constatada situação de manifesta injustiça<sup>65</sup>. Sobre o tema, Godinho<sup>66</sup> preleciona:

Como decorrência da insuficiência das regras clássicas de distribuição do ônus da prova, vem merecendo a atenção da doutrina a denominada “teoria dinâmica do ônus da prova”. Essa teoria foi batizada com essa denominação pelo processualista argentino Jorge W. Peyrano, mas não revela uma idéia [sic] absolutamente original, nem mesmo uma vinculação com essa nomenclatura, embora se possa dizer que possivelmente a idéia [sic] subjacente a essa teoria será mesmo

<sup>62</sup> CARPES, Artur. Op. cit., p. 89.

<sup>63</sup> Pacífico menciona Jorge W. Peyrano e Julio O. Chiappini como os pioneiros no estudo sobre o ônus dinâmico das provas (PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. Op. cit., p. 222-223).

<sup>64</sup> Sobre o tema, Peyrano invoca enunciado cunhado pela Comisión de Derecho Procesal nas Quintas Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal e Informático: “*La llamada doctrina de las cargas probatorias dinámicas puede y debe ser utilizada por los estrados judiciales en determinadas situaciones en las cuales no funcionan adecuada y valiosamente las previsiones legales que, como norma, reparten los esfuerzos probatorios. La misma importa un desplazamiento del onus probandi, según fueren las circunstancias del caso, en cuyo mérito aquél puede recaer, verbigracia, em cabeza de quien está en meros condiciones técnicas, profesionales o fáticas para producir las, más allá del emplazamiento como actor o demandado o de tratarse de hechos constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos*” (PEYRANO, Jorge Walter. Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas. In: WHITE, Inés Lépori (Coord.). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008. p. 19-20).

<sup>65</sup> PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. Op. cit., p. 223.

<sup>66</sup> GODINHO, Robson Renault. A distribuição do ônus da prova e a constituição. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção (Coord.). Op. cit., p. 305-306.

conhecida como distribuição “dinâmica” do ônus da prova. A idéia [sic] básica dessa teoria é a facilidade para a produção da prova, suportando o ônus aquele que estiver em melhores condições de produzi-la. Isso significa que a distribuição do ônus da prova dependerá do caso concreto, não havendo nenhuma vinculação a regras fixadas aprioristicamente, flexibilizando o regramento clássico que, em uma postura estática, pretendia regular abstratamente todas as situações.

Neste passo, importante trazer à colação as palavras de Peyrano<sup>67</sup>:

*Que, entonces, no se interprete mal. De lo que se trata es, pues, no de propiciar outra regla rígida de distribución de la carga de la prueba que concurre en um pie de igualdad com los parâmetros legalmente regulados, sino de formular una pauta “excepcional” que sólo puede funcionar allí donde aquéllas manifiestamente operan mal porque fueron elaboradas para supuestos “normales y corrientes” que no son los correspondientes al caso.*

Desta forma, ainda que se admita a manutenção da regra legal e apriorística de distribuição do ônus da prova para a maioria dos casos, não se pode negar que tais critérios não são capazes de conduzir a uma decisão justa para todas as situações, hipótese em que a teoria dinâmica dos ônus probatórios assume a tarefa de distribuir, da forma mais equânime, os encargos inerentes à atividade probatória.

Deve-se advertir, entretanto, que a dinamização do ônus da prova não pode conduzir a surpresas nocivas, injustiças e impedimentos ao livre exercício do contraditório substancial, daí porque a necessidade de se informar previamente as partes acerca desta possibilidade. Afinal, não seria lícito, à guisa de evitar-se uma injustiça, perpetrar-se outra.

Por tal motivo, deve o magistrado, presente a possibilidade de aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova, advertir expressamente as partes, seja por ocasião da audiência preliminar prevista no art. 331 do Código de Processo

---

<sup>67</sup> PEYRANO, Jorge Walter. Nuevos lineamentos de las cargas probatorias dinámicas. In: WHITE, Inés Lépori (Coord.). Op. cit., p. 24.

Civil, seja mediante despacho saneador; tudo em decisão devidamente fundamentada<sup>68</sup>, em ordem a permitir a sindicabilidade das razões do julgador<sup>69</sup>.

Busca-se, como dito anteriormente, evitar-se a *probatio diabolica* inversa, isto é, simplesmente transferir-se o encargo probatório excessivamente oneroso de uma parte à outra. Mesmo nas relações de consumo<sup>70</sup>, em que a lei admite expressamente a possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do consumidor hipossuficiente, não é possível determinar qualquer modificação na distribuição do ônus da prova se isso significar encargo insuportável ou excessivo à parte onerada<sup>71</sup>.

Pode-se objetar que a atribuição de tal prerrogativa ao magistrado poderia acarretar a completa indeterminação e descontrole de seus poderes, o que resultaria em um processo completamente desprovido de formas, guiado segundo o livre arbítrio do juiz, com provável prejuízo à igualdade substancial entre as partes e violação do direito fundamental à segurança jurídica.

Ocorre que este ativismo<sup>72</sup> é, em certa medida, decorrente da tomada de consciência de que o juiz é também um agente do poder estatal, com competências

<sup>68</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p. 182.

<sup>69</sup> Quanto ao imperativo de evitar surpresas nocivas ao contraditório, Peyrano preleciona: “*El primer punto de la conclusión en estudio recoge cierta tendencia a ‘agitar el fantasma’ de la indefensión, cuando algún tribunal aplica oficiosamente la doctrina de marras, y ello lo hace recién al momento de emitir la sentencia de mérito. [...] Posteriormente, se propone de lege ferenda que si se adoptara en el futuro alguna especie de audiencia preliminar, sería conveniente tomar el recaudo de alertar a las partes acerca de que las circunstancias del caso hacen que tal o cual litigante deberá soportar un esfuerzo probatorio especial, distinto y superior al que surge del reparto normal y corriente del onus probandi*” (PEYRANO, Jorge Walter. Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas. In: WHITE, Inés Lépori (Coord.). Op. cit., p. 23-24).

<sup>70</sup> “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.”

<sup>71</sup> CARPES, Artur. Op. cit., p. 91.

<sup>72</sup> “A diferença entre juiz ‘ativo’ e juiz ‘autoritário’ é confirmada pela circunstância de a função ‘ativa’ do juiz no que concerne à produção das provas configurar-se claramente como complementar e supletiva com relação à atividade probatória das partes, com a consequência de que quando essas exercem de forma completa os seus direitos de produção de todas as provas disponíveis e fornecem ao juiz elementos suficientes para verificação dos fatos – como normalmente acontece na praxe – não existe qualquer necessidade de o juiz exercer seus poderes. Absolutamente diferente seria uma função inquisitória e autoritária de um juiz que produz provas de ofício, de iniciativa própria e expropriando as partes de seus direitos e das garantias que titularizam no âmbito do processo. De semelhante função, no entanto, não existe qualquer resquício nos ordenamentos modernos”. (TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado...*, p. 72)



expressamente previstas na Constituição e, em última instância, investido em decorrência da democracia indireta praticada nos Estados Constitucionais contemporâneos. Destarte, não haveria qualquer razão para enclausurá-lo em “cubículos formais do procedimento”<sup>73</sup>, com pouquíssima liberdade criativa. O apego ao formalismo excessivo conduziria, via de consequência, à exaltação das prescrições formais com um fim em si mesmo, de modo incompatível com as finalidades sociais do processo contemporâneo.

A teoria dinâmica do ônus da prova revela-se, portanto, muito mais consentânea com a atual compreensão da atividade do julgador<sup>74</sup>. É superada a visão do juiz inerte, passivo, havendo de ser substituída pela figura de um agente processual ativo, atuando em conjunto com as partes para a reconstrução dos fatos<sup>75</sup>.

A dinamização do ônus da prova é consectário do direito fundamental à prova e atende ao paradigma contemporâneo de processo, sendo lícito ao juiz tratar de forma particularizada a questão do ônus da prova, ainda quando ausente norma expressa neste sentido, desde que devidamente fundamentada a decisão.

A despeito de ser admitida a atuação judicial em caso de ausência ou de insuficiência das prescrições legais, cumpre avaliar a conveniência e a utilidade de inserir-se na legislação, a possibilidade de distribuição dinâmica dos ônus da prova. É o que se fará, a seguir, quanto à disciplina introduzida no Projeto de Novo Código de Processo Civil.

---

<sup>73</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Op. cit., p. 188. “[...] eventuais ou excepcionais comportamentos abusivos de algum magistrado não devem impressionar no sentido de fechar a todos os juízes, de modo absoluto, as portas para um sadio ativismo probatório” (CAMBI, Eduardo. *Curso de direito probatório...*, p. 262).

<sup>74</sup> “A liberdade do magistrado deve ser atrelada sempre à responsabilidade. Logo, a decisão, que distribui a carga da prova deve ser motivada, levando em consideração fatores culturais, sociais e econômicos, bem como princípios e valores contemporâneos. Percebe-se, pois, que a distribuição dinâmica do *onus probandi* amplia os poderes do juiz, tornando-o um intérprete ativo e criativo, um *problem solver* e *policy-maker*, além de assumir, freqüentemente [*sic*], o papel de uma *Law-maker*”. (CAMBI, Eduardo. A prova civil: admissibilidade e relevância. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 343)

<sup>75</sup> Esta é justamente a concepção do modelo de processo cooperativo, em que o juiz assume dupla função, isto é, assume posição de igualdade no diálogo com as partes, mas mantém posição assimétrica quando da decisão. (MITIDIERO, Daniel. Processo justo, colaboração e ônus da prova. Op. cit., p. 67.

## 6 A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Projeto do Novo Código de Processo Civil (PL 8.046/2010), em seu texto mais recente<sup>76</sup>, trouxe, no art. 380<sup>77</sup>, algumas inovações quanto à distribuição do ônus da prova<sup>78</sup>, apesar de manter-se atrelado, como regra, às teorias formuladas com base na posição das partes em juízo (autor ou réu) e na natureza dos fatos que embasam as pretensões de autor e réu (constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos)<sup>79</sup>.

A manutenção de tais critérios como regra geral de repartição dos ônus probatórios é bastante criticável, sobretudo quando se considera que não existe qualquer parâmetro para a qualificação de certo fato como constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo. Pacífico, referindo-se à redação do art. 333 do vigente CPC (repetida pelo projeto do novo Código de Processo Civil),

<sup>76</sup> O referido projeto de lei foi remetido ao Senado Federal, em 27.03.2014, passando a tramitar naquela casa legislativa como Substitutivo da Câmara dos Deputados (SCD) nº 00166/2010, cuja tramitação mais recente data de 01.09.2014, sem, contudo, qualquer alteração quanto aos dispositivos sobre o ônus da prova (BRASIL. Congresso. Senado. SCD – Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado, nº 166, de 2010. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=116731](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=116731)>. Acesso em: 20 out. 2014.

<sup>77</sup> “Art. 380. O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa, relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada. Neste caso, o juiz deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. § 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.”

<sup>78</sup> Algumas destas mudanças estão previstas, também, no projeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos (PL 5.139/2009), em trâmite na Câmara dos Deputados, que, além de consagrar o dever de colaboração de todos os partícipes do processo na produção das provas (art. 3º, VII), prevê que, na audiência preliminar e em decisão fundamentada, o juiz: (a) distribua a responsabilidade pela produção da prova levando em conta conhecimentos técnicos e informações detidas pelas partes ou segundo a maior facilidade em sua demonstração (art. 20, IV); (b) distribua esta responsabilidade conforme ajuste prévio entre as partes, desde que tal acordo não torne excessivamente difícil o direito de uma delas (art. 20, V); (c) possa rever, a todo momento, o critério de distribuição diante de fatos novos, observados o contraditório e a ampla defesa (art. 20, VI); (d) observe o dever de esclarecer às partes sobre a distribuição do ônus da prova (art. 20, VII) (BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 5.139/2009. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=651669&filename=PL+5139/2009](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=651669&filename=PL+5139/2009)>. Acesso em: 20 out. 2014).

<sup>79</sup> Estas teorias, segundo destaca Pacífico, foram contributos da doutrina italiana ao Direito brasileiro, tendo sido adotada por nomes como Chiovenda, Canelutti e Betti (PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. Op. cit., p. 117.

afirma que o “critério expresso na legislação brasileira é de *per si* insuficiente, tornando necessário utilizar outro critério para a qualificação dos fatos, que não pode prescindir da análise do direito substancial”<sup>80</sup>.

Embora afigurem-se mais adequadas, como defendido por Pacífico<sup>81</sup>, as teorias de Rosenberg e de Micheli (a primeira, ressaltando a importância do direito substancial para a distribuição do ônus da prova, e a segunda, salientando o papel das pretensões deduzidas pelas partes) como critério geral de repartição dos encargos probatórios, deixa-se de abordar esta matéria, dado que o presente estudo concentra-se na análise da possibilidade de aplicação da teoria da dinamização do ônus da prova no sistema processual vigente, assim como da conveniência de sua consagração expressa no regime a ser inaugurado, caso entre em vigor o Projeto de Novo Código de Processo Civil.

Antes de adentrar-se o exame das alterações propostas no projeto quanto à dinamização dos ônus probatórios, é preciso posicionar-se quanto à necessidade e à conveniência da previsão expressa em lei. De fato, a prevalecer a tese defendida neste estudo, de que a repartição dinâmica do encargo probatório prescinde de expressa autorização legal, porquanto esta possibilidade deflui como consectário direto do direito fundamental à prova e da constitucionalização do processo, poder-se-ia, em um olhar menos atento, qualificar o permissivo legal como destituído de qualquer utilidade.

A regulação legal, todavia, não é despicienda. Como adverte Peyrano<sup>82</sup>, a incorporação das construções doutrinárias e jurisprudenciais pelo texto

---

<sup>80</sup> Idem, p. 148.

<sup>81</sup> Idem, ibidem. Para uma compreensão sobre o tema, além da obra de Pacífico, recomenda-se conferir: ECHANDÍA, Hernando Devis. *Compendio de pruebas judiciales*. Bogotá: Temis, 1969; ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. 2. ed. Trad. Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: B de F, 2002; MICHELLI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Bogotá: Temis, 1989.

<sup>82</sup> “Se recomienda la regulación legal del ideario ínsito en la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. Resultaría, en cambio, inconveniente su incorporación legislativa a través de disposiciones taxativas, demasiado casuísticas y que puedan interpretarse de manera inflexible, dificultándose así el necesario ajuste de la decisión respectiva a las circunstancias del caso. [...] Desde el punto de vista personal y luego de algunas vacilaciones, nos hemos persuadido de las bondades de dicha recomendación. Es que, guste o no, lo cierto es que el aval legislativo expreso de una institución es importante y crucial a la hora de decidir los jueces respecto de la posibilidad de aplicar tal o cual figura ‘novedosa’. En la especie, se ha tenido el tino de declarar, asimismo, la inconveniencia de componer fórmulas legales demasiado rígidas y casuísticas, por ir ello a contrapelo de la connatural adaptabilidad a las circunstancias del caso propia de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. Bastaría, entonces, con alguna alusión del legislador apta para dar pie para que los estrados judiciales puedan dar debido y circunstanciado cauce a la doctrina en comentario”. (PEYRANO, Jorge Walter. Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas. In: WHITE, Inés Lépori (Coord.). Op. cit., p. 22).

normativo funciona como um aval importante, embora não imprescindível, para reforçar a legitimidade das decisões judiciais e, até mesmo, como forma de dar maior publicidade da teoria da distribuição dinâmica no seio da comunidade jurídica. Há de se evitar, apenas, a utilização de disposições demasiado taxativas ou casuísticas, as quais, por demais minudentes, podem engessar o campo de atuação do julgador e atuar em contraste com a necessidade de adaptabilidade às peculiaridades do caso concreto. Criar-se-ia, com isto, uma regra estática para a distribuição dinâmica!

Felizmente, a opção do legislador no projeto de lei foi por um texto de tecitura aberta<sup>83</sup>, admitindo a repartição do ônus da prova de modo diverso da regra geral (posição das partes e natureza dos fatos), nas hipóteses previstas em lei ou quando as peculiaridades da causa assim recomendarem, a critério do juiz. A dinamização poderá, assim, dar-se *ope legis*, sempre que seja estabelecida previamente pelo legislador para situações específicas, ou *ope judicis*, quando a decisão acerca da distribuição for deixada ao alvedrio do magistrado de acordo com as peculiaridades da caso sob julgamento<sup>84</sup>.

Em seu art. 380, § 1º, o Projeto do Novo CPC consagrou a possibilidade de distribuição do ônus da prova, nos casos previstos em lei ou consideradas as circunstâncias do caso concreto pelo juiz, relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo probatório ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, desde que por decisão devidamente fundamentada e garantida, à parte a quem o encargo foi atribuído, a oportunidade de prévia manifestação.

Na linha do que foi exposto ao longo deste estudo, percebe-se que o legislador foi feliz na redação do dispositivo. Primeiro, porque a lei conferiu ao julgador a função de aferir o cabimento da distribuição somente à vista do caso concreto, abrindo mão de definir exaustivamente as hipóteses de cabimento, embora tenha resguardado a possibilidade de previsão legal específica. O condicionamento para a dinamização ficou apenas por conta do que a doutrina já apontava como adequado, isto é, a verificação da excessiva onerosidade para a

---

<sup>83</sup> “O direito inclui, hoje, uma forte dose de indeterminação, quer pela sua submissão aos parâmetros de justiça, aferíveis da Constituição, quer pela dissociação entre texto e norma, mais notadamente agora, pela profusão de normas de tecitura aberta, que não contêm a *fattispecie* e a consequência jurídica de forma determinada. Assim, abrem espaço para a determinação judicial”. (ZANETI JR., Hermes. O modelo constitucional do processo civil brasileiro contemporâneo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). Op. cit., p. 120).

<sup>84</sup> MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Medeiros Op. cit., p. 121.

parte a quem competiria a produção da prova pela regra geral ou, ainda, a maior facilidade para a parte na produção da prova. Segundo, porque o dispositivo legal exigiu que a distribuição de modo diverso da regra geral seja determinada em decisão fundamentada, oportunizando às partes a possibilidade de controle das razões do magistrado e o “direito ou possibilidade de influir ativamente sobre o desenvolvimento e o resultado da demanda”<sup>85</sup> (contraditório em sua dimensão substancial).

Em seu § 2º, o art. 380 do referido projeto de lei veda expressamente a possibilidade de distribuição do ônus da prova que importe em encargo excessivo ou impossível à parte onerada. Neste dispositivo, o legislador pretendeu afastar a possibilidade de ocorrência da já mencionada *probatio diabolica* inversa, em que, a pretexto de salvaguardar uma das partes do ônus excessivo na produção da prova, o julgador venha a onerar a parte adversa com ônus igualmente excessivo ou, até mesmo, impossível, o que, sem dúvida, não é a *ratio* da teoria da distribuição dinâmica.

Conclui-se, portanto, que a inovação legislativa foi construída adequadamente e virá ao encontro do anseio, já manifesto na doutrina e vivenciado na prática dos tribunais, de repartição mais isonômica do encargo probatório, tudo em prol de uma reconstrução dos fatos o mais verossímil possível no âmbito do processo, ensejadora de uma prestação jurisdicional concretizadora dos direitos fundamentais.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste estudo, demonstrou-se que, com a superação do paradigma legalista moderno e a adoção de uma concepção constitucional do processo, o direito à prova deslocou-se do campo estrito do direito processual e passou a ser encarado como instrumental e essencial à concretização dos direitos fundamentais, notadamente do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

Por outro lado, restou evidenciado que a repartição dos ônus probatórios não deve servir apenas à tutela do direito material cristalizado em um conceito legal, mas sim à construção de um direito material concreto, dinâmico e que deflui dos fatos corretamente apurados no âmbito do processo, o que pressupõe que os agentes processuais atuem em colaboração e diálogo.

---

<sup>85</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas de processo civil*. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 258-259; DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. 15. ed. rev. ampl. atual. Salvador: JusPodivm, v. 1, 2013. p. 56-57.

Assim sendo, tem-se que a observância estrita de uma regra estática de distribuição dos encargos probatórios pode, em casos específicos, significar o abandono do mundo prático (mundo da vida) e do fim precípua de construir uma decisão justa para o caso concreto, decisão esta que não pode ser alcançada sem que o processo seja estruturado com vistas à busca da verdade, a qual não se confunde com as ideias de certeza ou de verdade absoluta, mas com a reconstrução fática o mais verossímil possível da realidade histórica.

Por tal motivo, se a repartição dos esforços de prova levada a cabo aprioristicamente pelo legislador não estiver ajustada ao problema colocado à apreciação judicial, deve-se conferir ao julgador a possibilidade de distribuir dinamicamente tal ônus. Busca-se, com a relativização do esquema legal, fazer recair, sobre aquele que esteja em melhores condições técnicas, profissionais ou fáticas, o encargo de produzir a prova indispensável à prestação jurisdicional adequada e efetiva, a despeito da condição de autor ou réu, ou, ainda, de tratar-se de fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos.

Não seduz a objeção de que a atribuição de tal prerrogativa ao magistrado poderia acarretar a completa indeterminação e descontrole de seus poderes, porquanto a decisão pela repartição do ônus probatório deve ser determinada pelo juiz em decisão fundamentada e observado o contraditório efetivo, garantindo-se às partes não só a possibilidade de sindicarem as razões do julgador como a de influir em seu convencimento. A figura de um juiz inerte, passivo, não se coaduna com as finalidades sociais do processo contemporâneo.

A despeito de ser admitida distribuição dinâmica do ônus da prova independentemente de expressa autorização legal, o fato é que a introdução de um permissivo legal no projeto do Novo Código de Processo Civil, sem disposições demasiado taxativas ou casuísticas, veio em boa hora, visto que a consagração das construções doutrinárias e jurisprudenciais pelo texto normativo funciona como um aval importante, embora não imprescindível, para reforçar a legitimidade das decisões judiciais e, até mesmo, como forma de dar maior publicidade da teoria da distribuição dinâmica no seio da comunidade jurídica.

## REFERÊNCIAS

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo do no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4. ed. rev. atual. aum. São Paulo: Saraiva, 2010.

ARENHART, Sérgio Cruz. Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro. In: NEVES, Daniel Amorin Assumpção (Coord.). *Provas: aspectos atuais do direito probatório*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BOTELHO, Guilherme. *Direito ao processo qualificado: o processo civil na perspectiva do estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito probatório*. Curitiba: Juruá, 2014.

\_\_\_\_\_. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CARPES, Artur. *Ônus dinâmico da prova*. Coleção Alvaro de Oliveira: estudos de processo e constituição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, v. 1, 2010.

COITINHO, Jair Pereira. Verdade e colaboração no processo civil: ou a prova e os deveres de conduta dos sujeitos processuais. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; CARPENA, Márcio Louzada (Coords.). *Visões críticas do processo civil brasileiro: uma homenagem ao Prof. Dr. José Maria Rosa Tesheiner*, 2005.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile: il processo ordinario di cognizione*. 5. ed. Bolonha: Società Editrice Il Mulino, v. 1, 2011.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. 15. ed. rev. ampl. atual. Salvador: JusPodivm, v. 1, 2013.

\_\_\_\_\_. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: DIDIER JR., Fredie; LEVY, Wilson; NALINI, José Renato.; RAMOS, Glauco Gumerato (Coords.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: JusPodivm, 2013.

\_\_\_\_\_; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação de tutela*. 8. ed. rev. ampl. atual. Salvador: JusPodivm, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

ECHANDÍA, Hernando Devis. *Compendio de pruebas judiciales*. Bogotá: Temis, 1969.

GODINHO, Robson Renault. A distribuição do ônus da prova e a constituição. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção (Coord.). *Provas: aspectos atuais do direito probatório*. São Paulo: Método, 2009.

HIDALGO, Daniela Boito Maurmann. *Relação entre direito material e processo: uma compreensão hermenêutica: compreensão e reflexos da afirmação da ação de direito material*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

JOBIM, Marco Félix. *Cultura, escolas e fases metodológicas do processo*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

MACEDO, Elaine Harzheim. *Jurisdição e processo: crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_; HIDALGO, Daniela Boito Maurmann (Org.). *Jurisdição, direito material e processo: os pilares da obra ovidiana na aplicação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Medeiros *Ônus da prova e sua dinamização*. Salvador: JusPodivm, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas de processo civil*. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 1999.

\_\_\_\_\_. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MICHELLI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Bogotá: Temis, 1989.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 14, 2011.

\_\_\_\_\_. Processo justo, colaboração e ônus da prova. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 78, n. 1, p. 67-77.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova*. Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 44, 2011.



PEYRANO, Jorge Walter. Nuevos lineamientos de las cargas probatórias dinámicas. In: WHITE, Inés Lépori (Coord.). *Cargas probatórias dinámicas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008.

\_\_\_\_\_; CHIAPPINI, Julio O. Lineamentos de las cargas probatórias “dinâmicas”. In: WHITE, Inés Lépori (Coord.). *Cargas probatórias dinâmicas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008.

ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. 2. ed. Trad. Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: B de F, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. ebook.

\_\_\_\_\_. Os direitos fundamentais e sua dimensão organizatória. In: JOBIM, Eduardo; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coords.). *O processo na constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Trad. Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. ebook.

SILVA, Solange Sprandel. *Direito probatório e sua valoração no processo civil*. Florianópolis: Insular, 2011.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Direito material e processo. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TARUFFO, Michele. *A prova*. Trad. João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

\_\_\_\_\_. *Processo civil comparado: ensaios*. Coleção processo e direito. Apres., org. e trad. Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

\_\_\_\_\_. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. Madrid: Marcial Pons, 2012.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

\_\_\_\_\_. A teoria circular dos planos: direito material e direito processual. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela*

jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_. O modelo constitucional do processo civil brasileiro contemporâneo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Reconstruindo a teoria geral do processo*. Salvador: JusPodivm, 2012.

ZOLANDECK, João Carlos Adalberto. *Ônus da prova: no direito processual constitucional civil e no direito do consumidor*. 2. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2009.



# A REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NA LEI DO MARCO CIVIL DA INTERNET E A PROBLEMÁTICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES

*THE REGULATION OF THE RIGHT TO OBLIVION BY THE LAW OF THE CIVIL RIGHTS FRAMEWORK FOR INTERNET AND THE ISSUE OF THE PROVIDER'S CIVIL LIABILITY*

**Alexandre Freire Pimentel<sup>1</sup>**  
Juiz de Direito

**Mateus Queiroz Cardoso<sup>2</sup>**  
Advogado Criminalista

**RESUMO:** O presente artigo aborda o problema do direito ao esquecimento a partir da análise do direito comparado e da nova lei do marco civil da Internet, a qual, além de assegurar o direito ao esquecimento, regulamenta a responsabilidade civil dos provedores.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito ao esquecimento; marco civil da Internet; responsabilidade dos provedores.

**ABSTRACT:** *This article addresses the issue of the right to oblivion from the analysis of*

*comparative law and the new Brazilian Law of the Civil Rights Framework for Internet, which, besides to ensure the right to be forgotten, regulates the civil liability of providers.*

**KEYWORDS:** *right to oblivion; civil rights framework for internet; liability of providers.*

**SUMÁRIO:** Notas introdutórias: a Internet e o direito ao esquecimento; 1 Do conflito entre os direitos da personalidade e o direito à informação; 2 O

<sup>1</sup> Professor Adjunto da Universidade Católica de Pernambuco e da Faculdade de Direito do Recife (UFPE).

<sup>2</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Pós-Graduando em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade Damas da Instrução Cristã.

direito ao esquecimento (na Internet) no direito comparado; 3 A lei brasileira do Marco Civil da Internet e o direito ao esquecimento; Referências.

**SUMMARY:** *Introductory notes to the internet and the right to oblivion; 1 The conflict between personality rights and the right to information; 2 The right to oblivion in the comparative law; 3 The Brazilian law of the Civil Rights Framework for Internet and the right to oblivion; References.*

## NOTAS INTRODUTÓRIAS: A INTERNET E O DIREITO AO ESQUECIMENTO

A provocativa expressão *Internet means the end of forgetting*<sup>3</sup>, cunhada por Jeffrey Rosen, em um artigo publicado no dia 10 de julho de 2010 para o *New York Times*<sup>4</sup>, por si só põe em destaque o questionamento pertinente ao fato de a Internet poder ser um estupendo mecanismo de difusão do conhecimento e de socialização interpessoal e, ao mesmo tempo, de angústia e sofrimento, na medida em que informações e imagens pessoais podem permanecer indefinidamente na rede contra a vontade do seu titular, em um espaço abstrato e de controle pessoal e estatal ineficiente ou nulo.

Jeffrey Rosen registrou com propriedade o paradoxo pelo qual, em razão de postagens de opiniões e imagens feitas inclusive pelo próprio usuário, o que as pessoas têm de pior pode ser o que mais se evidencie a seu respeito no meio social:

*It's often said that we live in a permissive era, one with infinite second chances. But the truth is that for a great many people, the permanent memory bank of the Web increasingly means there are no second chances – no opportunities to escape a scarlet letter in your digital past. Now the worst thing you've done is often the first thing everyone knows about you.*<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Tradução literal para “A Internet significa o fim do esquecimento”.

<sup>4</sup> ROSEN, Jeffrey. Disponível em: <[http://www.nytimes.com/2010/07/25/magazine/25privacy-t2.html?pagewanted=all&\\_r=1&>](http://www.nytimes.com/2010/07/25/magazine/25privacy-t2.html?pagewanted=all&_r=1&>). Acesso em: 8 out. 2013.

<sup>5</sup> É comum dizer que vivemos em uma era permissiva, com segundas chances infinitas. Mas a verdade é que, para muitas pessoas, memória permanente do banco da Web significa que cada vez mais não há uma segunda chance – sem oportunidades para escapar de uma letra escarlate em seu passado digital. Agora, a pior coisa que você já fez muitas vezes é a primeira coisa que todo mundo sabe sobre você.

A problemática do direito ao esquecimento na Internet está diretamente relacionada com a velocidade da difusão da informação telemática e, sobretudo, com a dificuldade de supressão dos conteúdos postados, por terceiros e pelo próprio usuário. É, precisamente, a instantaneidade informativa no espaço virtual que estampa em cada um de nós uma marca quase indelével acerca do que somos, do que fazemos e, também, pelo que dizem a nosso respeito.

A dificuldade em se efetivar o direito ao esquecimento se agrava em face da ausência de fronteiras virtuais na difusão da informação que trafega por centenas de países e, ainda, pelo fator econômico relativo ao custo operacional de se pôr em prática a supressão de dados virtuais. Nesse sentido, Viktor Mayer-Schonberger explica que no ambiente digital é mais difícil esquecer do que lembrar. “*With the help of digital tools we – individually and as a society – have begun to unlearn forgetting*”<sup>6</sup>.

Na era tecnológica, o ato de guardar memórias demonstrou-se mais rentável do que se livrar delas. Como constatou Pierre Lévy, na Internet, “as informações podem viajar diretamente em sua forma digital, através de cabos coaxiais de cobre, por fibras óticas ou por via hertziana (ondas eletromagnéticas) e, portanto, como ocorre quando usam a rede telefônica, passar por satélites de telecomunicação”<sup>7</sup>. Dessa forma, o armazenamento de dados acontece em um plano abstrato que não implica no gasto econômico que os demais meios de comunicação requerem para fazê-lo. Com isso, a preferência pelo uso da Internet é cada vez mais recorrente e uniformizada. Ademais desse espaço virtual (por vezes inalcançável) há diversos dispositivos de *hardware* seguros e portáteis que igualmente se prestam para o armazenamento de informações e, dessa forma, para dificultar o direito ao esquecimento<sup>8</sup>.

Considerando isso, e, sobretudo, a propagação de provedores que prestam serviço gratuito de *cloud computing*, a Internet constituiu-se como um

<sup>6</sup> MAYER-SCHONBERGER, Viktor. *Delete: the virtue of forgetting in the digital era*. Princeton: Princeton University Press, 2009. p. 2. O texto entre aspas: “Com a ajuda de ferramentas digitais que – individualmente e como sociedade – começamos a desaprender a esquecer”.

<sup>7</sup> LEVY, Pierre. *Cybercultura*. Trad. Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 1999. p. 35.

<sup>8</sup> “A informação digital pode ser armazenada em cartões perfurados, fitas magnéticas, discos magnéticos, discos óticos, circuitos eletrônicos, cartões com *chips*, suportes biológicos etc. Desde o início da informática, as memórias têm evoluído sempre em direção a uma maior capacidade de armazenamento, maior miniaturização, maior rapidez de acesso e confiabilidade, enquanto seu custo cai constantemente”. Idem, p. 34.

meio detentor de um apelo fortíssimo de guarda de arquivos informáticos para todos que buscam mais praticidade em seu cotidiano.

Na atualidade, o papel da Internet estende-se para além de um simples meio de comunicação, porquanto passou a fazer parte da própria vida em sociedade como facilitador e mantenedor de relações humanas. Esse aspecto da cybercultura evidencia a marcante influência da Internet sobre a vida em coletividade, a qual resta caracterizada pelo excesso de transparência, pela volatilidade da informação e, ao mesmo tempo, por uma espécie de perpetuidade de conteúdos difundidos.

Assim, na medida em que a Internet facilita a difusão da informação, marcadamente pela facilitação de acesso e exposição gratuita dos usuários nas redes sociais, ela também acarretou uma espécie de eternização voluntária e ingênua de dados pessoais, muitas vezes com conteúdos íntimos, cujo acesso ilimitado poderá influir negativamente na vida futura profissional e pessoal dos usuários. Essa controvérsia reflete um possível conflito entre o direito à informação e as garantias constitucionais pertinentes à personalidade humana, as quais devem proporcionar o direito à supressão da informação.

## **1 DO CONFLITO ENTRE OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E O DIREITO À INFORMAÇÃO**

A partir dessa dinâmica relacional-virtual, surgem questões que põem em conflito o direito à informação e o direitos da personalidade, tais como a honra, a imagem e a privacidade, os quais se corporificam como garantias constitucionais e que podem servir de base para proteger o indivíduo de abusos decorrentes da publicidade da informação. O problema é que, como observou Walter Ceneviva, essas duas categorias de direitos possuem *status* de tutelas constitucionais e integram os chamados direitos fundamentais, porém os valores que revestem cada um desses dois grupos (direitos da personalidade e liberdade de expressão e comunicação) muitas vezes são opostos<sup>9</sup>.

Por mais essenciais que sejam os direitos à liberdade de expressão e de comunicação, por um lado, e os direitos da personalidade, por outro, não deve qualquer deles ser considerado como um direito absoluto. E, ao entrarem em

---

<sup>9</sup> CENEVIVA, Walter. Informação e privacidade. XVIII Conferência Nacional dos Advogados: Cidadania, Ética e Estado. Salvador, 2002. Anais. Brasília: OAB, 2003. p. 1513.

conflito, somente encontram seus limites por meio da técnica de ponderação dos valores em questão<sup>10</sup>.

Coma Internet, a sociedade tornou-se acentuadamente “líquida”, no sentido de Zygmunt Bauman, isto é, caracterizada por uma mutabilidade constante fortemente marcada pela lógica do consumo e do “descarte”<sup>11</sup>. Nessa senda, logram força teorias que buscam nos princípios jurídicos e na “argumentação” jurídica uma alternativa para uma solução conflitual, outorgando ao direito um caráter “dúctil”, isto é, como observou Zagrebelsky: *“En el tiempo presente parece dominar la aspiración a algo que es conceptualmente imposible, pero altamente deseable en la práctica: no la prevalencia de un sólo valor y de un sólo principio, sino la salvaguardia de varios simultáneamente”*<sup>12</sup>.

Pois bem, o direito à informação queda-se inserido em um contexto de democratização e pela transparência das ações do Estado, apresenta-se atualmente como um direito fundamental e um importante instrumento de legitimação da cidadania.

O direito à informação a um só tempo abrange a garantia de acessar o conteúdo da informação e, aos veículos de comunicação, o direito de difundi-la e repassá-la ao público. De um lado tem-se a liberdade decorrente da livre manifestação do pensamento (art. 5º, IV, da CF), a qual se imbrica diretamente com a liberdade de expressão (art. 5º, IX, CF); de outro, as barreiras entrincheiradas nos direitos da personalidade.

Seguindo essa diretriz constitucional, a Lei do Marco Civil da Internet (LMCI: Lei nº 12.965/2014), ao cuidar dos princípios que devem orientar o uso da Internet, adotou como “princípios” essas duas categorias de direitos ora examinados. Primeiramente, dispôs em seu art. 3º que “a disciplina do uso da Internet no Brasil tem os seguintes princípios: I – garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da

<sup>10</sup> NUNES, Gustavo Henrique Schneider. O direito à liberdade de expressão e direito à imagem. Disponível em: <[http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Gustavo\\_imagem.doc](http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Gustavo_imagem.doc)>. Acesso em: 1º nov. 2013.

<sup>11</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 183.

<sup>12</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 1997. p. 16.



Constituição Federal [...]”. O art. 4º da LMCI acrescenta que o direito ao acesso à informação constitui um dos seus objetivos<sup>13</sup>.

Por sua vez, os direitos da personalidade possuem características próprias que também os põem em destaque, são direitos essenciais ou fundamentais, que dão ao indivíduo a prerrogativa de exercitá-los tão somente em razão da positivação no Texto Constitucional<sup>14</sup>. Entre os direitos da personalidade, a LMCI, no mesmo art. 3º, que disciplina os seus princípios, destacou, no inciso II, a “proteção da privacidade” como um princípio vetor.

No contexto da vida virtual, a preocupação com a proteção da identidade digital alcançou uma importância tão grande que hoje se tornou um novo setor mercadológico, que conta com a atuação de empresas especializadas em “limpar” a imagem de alguém na Internet, com a promessa de retirada de informações indesejadas, a exemplo das empresas Reputation Defender e a Integrity Defenders. Os serviços prestados variam desde a simples e única limpeza de informações inconvenientes das primeiras páginas de *sites* de busca (a cada retirada em página diferente do *site* de busca o preço aumenta) até a prestação de serviço continuado mediante o pagamento de uma taxa mensal<sup>15</sup>.

Ao confrontarmos os direitos anteriormente referidos, é possível vislumbrar situações em que um deles prevalecerá sobre o outro. Assim, os meios de comunicação de massa, ao divulgarem as notícias, críticas ou opiniões, podem invadir a esfera privada das pessoas. Ou seja, pode-se dizer que há a colisão entre esses direitos, quando determinadas opiniões ou fatos relacionados ao âmbito de proteção constitucional de categorias como a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem, não podem ser divulgados de forma indiscriminada em nome do direito à informação.

A problemática acerca dessa colisão de direitos é reforçada por Luiz Gustavo de Carvalho, quando realça que nenhum deles pode ser objeto de contenção por lei infraconstitucional:

---

<sup>13</sup> Lei do MCI, art. 4º: “A disciplina do uso da Internet no Brasil tem por objetivo a promoção: I – do direito de acesso à Internet a todos; II – do acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos; III – da inovação e do fomento à ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso; e IV – da adesão a padrões tecnológicos abertos que permitam a comunicação, a acessibilidade e a interoperabilidade entre aplicações e bases de dados”.

<sup>14</sup> AFFORNALI, Maria Cecília Naréssi Munhoz. *Direito à própria imagem*. Curitiba: Juruá, 2003. p. 50.

<sup>15</sup> GIBSON, Megan. Repairing your damage online reputation: when is it time to call the experts? Disponível em: <<http://content.time.com>>. Acesso em: 22 out. 2013.

[...] Nenhum, além de outros direitos que a mesma Constituição assegura. As normas transcritas têm, pois, eficácia plena, não admitindo qualquer tipo de contenção por lei ordinária, a não ser meramente confirmativa das restrições que a própria Constituição menciona nos incisos do art. 5º e no art. 220.<sup>16</sup>

A LMCI não poderia dispor de modo diferente. Erigiu à categoria de princípios tanto a garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento quanto a proteção da privacidade. Na colisão entre ambos, a solução processual perpassa pelo uso da técnica da ponderação de valores, servindo-se, como orienta a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do princípio da proporcionalidade<sup>17</sup>. Para tanto, é necessário proceder-se, à luz de cada caso concreto, à atribuição de pesos aos valores em choque a partir da intensidade com que determinado princípio deverá sobrepor-se a outros<sup>18</sup>.

Nesse cenário de conflitos entre princípios e valores, o direito ao esquecimento exsurge como uma categoria normativa inserida no rol dos direitos da personalidade, sobretudo no âmbito da garantia constitucional da privacidade, razão pela qual consideramos que, conquanto o seu tratamento

---

<sup>16</sup> CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar. 2003. p. 50-51. Não se pode admitir, no entanto, como anota Novelino, que sob qualquer pretexto ou qualquer título o princípio da dignidade da pessoa humana possa vir a ser sobrepujado, pois representa “[...] um dos fundamentos do Estado brasileiro, constitui-se no valor constitucional supremo em torno do qual gravitam os direitos fundamentais” (NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. São Paulo: Método, 2008. p. 248). Semelhantemente, Edilson Farias considera que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui-se na “[...] fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais, o princípio que dá unidade e coerência ao conjunto dos direitos fundamentais” (FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000. p. 63).

<sup>17</sup> O fato de a nossa Constituição não albergar expressamente o princípio da proporcionalidade não constitui óbice à sua aplicação, sobretudo porque é admitido pela construção pretoriana do STF, como pontualmente anota Gustavo Santos, para quem este princípio presta-se “[...] para mediar grandezas e harmonizar valores distintos” (SANTOS, Gustavo Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Limites e possibilidades. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 107).

<sup>18</sup> A respeito da questão, Sarmento considera necessário ao julgador encontrar o peso genérico que a ordem constitucional confere a determinados princípios e ao peso específico atribuído no caso concreto, de modo que o nível de restrição de cada interesse será inversamente proporcional ao peso que representar (SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 104).

dogmático restrinja-se explicitamente ao contexto normativo infraconstitucional, cuida-se, na verdade, de uma extensão do direito constitucional à privacidade, portanto, de dignidade também constitucional, ainda que oblíqua.

## 2 O DIREITO AO ESQUECIMENTO (NA INTERNET) NO DIREITO COMPARADO

O direito ao esquecimento foi originariamente formulado na jurisprudência francesa com o título *droit à l'oubli*. No Parlamento europeu, por sua vez, o direito ao esquecimento vem definido em um projeto de regulamentação legal como uma garantia de que todo cidadão deve possuir diante dos provedores de acesso à Internet o direito a ver retirados dados pessoais que já não mais sejam necessários para os fins pelos quais foram coletados ou processados; ou quando as pessoas sobre as quais as informações foram veiculadas expressam que não consentem com a permanência das informações na rede; bem como quando simplesmente as pessoas se opuserem com a publicação de dados que lhe digam respeito em razão de alguma inconveniência, ou, por fim, quando determinado fato veiculado não mais condisser com os tempos atuais diante da perda da verossimilhança<sup>19</sup>.

Percebe-se, pois, que não se trata de um direito absoluto que autorizaria a todos reescreverem suas histórias constantemente sem qualquer critério. O direito ao esquecimento digital se refere à tomada de consciência dos usuários de Internet de que eles dispõem de direitos pessoais sobre seus próprios dados e que o compartilhamento é uma opção personalíssima.

Recentemente, em meados de maio de 2014, o Tribunal de Justiça europeu reconheceu o direito ao esquecimento em uma demanda promovida pela Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD) contra a Google. Na decisão, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) considerou que os *sites* de busca na Internet devem “eliminar” de sua lista de resultados os *links* para sítios e

---

<sup>19</sup> “Toute personne devrait avoir le droit de faire rectifier des données à caractère personnel la concernant, et disposer d’un ‘droit à l’oubli numérique’ lorsque la conservation de ces données n’est pas conforme au présent règlement. En particulier, les personnes concernées devraient avoir le droit d’obtenir que leurs données soient effacées et ne soient plus traitées, lorsque ces données ne sont plus nécessaires au regard des finalités pour lesquelles elles ont été recueillies ou traitées, lorsque les personnes concernées ont retiré leur consentement au traitement ou lorsqu’elles s’opposent au traitement de données à caractère personnel les concernant ou encore, lorsque le traitement de leurs données à caractère personnel n’est pas conforme au présent règlement”. (UNIÃO EUROPEIA. Parlement Européen. Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures. Projet de Rapport. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu>>. Acesso em: 8 out. 2013)

páginas publicadas por terceiros que contenham informações relativas à pessoa que solicitar a retirada de informações que lhe digam respeito. O Tribunal esclareceu que os interessados devem apresentar seus requerimentos direta e primeiramente aos provedores e administradores de *sites* de busca. Entretanto, para o TJUE, o direito ao esquecimento não é absoluto, os pedidos de retirada de informações devem ser justificados e compete aos provedores analisar a procedência ou não do pleito. Mas, se acaso os provedores discordarem das alegações dos usuários de Internet, estes podem recorrer ao Judiciário para tal resolver a questão<sup>20</sup>.

Nos Estados Unidos, o direito ao esquecimento é designado pela expressão *eraser law*, e foi regulamento em uma lei do Estado da Califórnia, de 23 de setembro de 2013 (Lei SB-568<sup>21</sup>). Também conhecida como “Lei Apagadora”, essa lei garante aos menores de idade o direito de apagar informações embaraçosas constantes de *sites* de Internet, principalmente das redes sociais, tais como Facebook, Twitter e Tumblr. Além disso, proíbe a publicidade de produtos como armas, álcool, tabaco e produtos de dieta em *sites* de uso majoritário por adolescentes menores de 18 anos.

A lei busca proteger um grupo de pessoas que são vulneráveis e (in)capazes de tomar decisões que poderiam levar a uma autossabotagem (futura ou presente) tanto do ponto de vista pessoal quanto profissional por meio de fotos comprometedoras de uso abusivo de álcool, de momentos de intimidade com conteúdo sexual explícito e outras tantas possibilidades que, em geral, não são levadas em conta em um primeiro momento<sup>22</sup>.

A lei é também resultado de estudo acerca do chamado *cyberbullying*<sup>23</sup>, que tem tomado grandes contornos na sociedade norte-americana. Trata-se do uso da Internet para causar constrangimentos morais e pessoais a partir de fatos ou rumores. Tal comportamento tem se tornado bastante usual entre os jovens e dentro das instituições escolares e universitárias. O *cyberbullying* é considerado como um agravamento do *bullying* tradicional por três razões: a

<sup>20</sup> Disponível em: <<http://brasil.elpais.com/>>. Acesso em: 9 jun. 2014.

<sup>21</sup> ESTADOS UNIDOS. Califórnia. Senate Bill nº 568. Disponível em: <[http://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill\\_id=201320140SB568](http://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=201320140SB568)>. Acesso em: 11 nov. 2013.

<sup>22</sup> MANSON, Melanie; MCGREEVY, Patrick. Brown OKs bill allowing minors to delete embarrassing Web posts. Disponível em <<http://www.latimes.com/local/la-me-brown-bills-20130924,0,2798285.story#axzz2kKymFg00>>. Acesso em: 11 nov. 2013.

<sup>23</sup> BAZELON, Emily. How to stop the Bullies. Disponível em: <<http://www.theatlantic.com/magazine/archive/2013/03/how-to-stop-bullies/309217/>>. Acesso em: 11 nov. 2013.

Internet torna as agressões e xingamentos permanentes quando antes ficavam restritos aos momentos e locais em que ocorriam, como nas escolas ou nas ruas; o uso da Internet tem aumentado bastante entre os jovens; e a tecnologia permite o anonimato do agressor criando uma sensação de impotência para o ofendido<sup>24</sup>.

Esta lei norte-americana é mais um marco na luta pela normatização do Direito ao Esquecimento, contudo somente entrou em vigor no dia 1º de janeiro de 2015.

### **3 A LEI BRASILEIRA DO MARCO CIVIL DA INTERNET E O DIREITO AO ESQUECIMENTO**

Antes mesmo da vigência da Lei nº 12.965/2014, a jurisprudência brasileira vinha admitido o direito ao esquecimento para os casos em que os fatos veiculados se mostram ofensivos aos direitos da personalidade ou inverídicos, fora do contexto da Internet. Entretanto, diante de acontecimentos verdadeiros, há precedentes que invocam o interesse público na tomada de conhecimento dos fatos mesmo que a disseminação dos dados contribua para a deterioração da imagem de determinada pessoa.

Em junho de 2013, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça julgou dois recursos especiais sobre o “Direito ao Esquecimento”, tendo sido a primeira vez que um tribunal superior brasileiro discutiu o tema<sup>25</sup>. Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça esclareceu que o direito ao esquecimento não detém caráter absoluto, havendo de ser balizado pela ponderação dos valores envolvidos. No julgamento do HC 256210/SP, porém, optando pelo direito ao esquecimento, o tribunal o associou ao direito à esperança, vejamos:

Recentes julgados desta Corte (REsp 1.334.097/RJ e REsp 1.335.153/RJ, publicados em 09.09.2013),

---

<sup>24</sup> SANTOMAURO, Beatriz. Cyberbullying: a violência virtual. Disponível em: <<http://revistaescola.abril.com.br/crianca-e-adolescente/comportamento/cyberbullying-violencia-virtual-bullying-agressao-humilhacao-567858.shtml>>. Acesso em: 11 nov. 2013.

<sup>25</sup> O STJ considerou que: “Assim como é acolhido no direito estrangeiro, é imperiosa a aplicabilidade do direito ao esquecimento no cenário interno, com base não só na principiologia decorrente dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, mas também diretamente do direito positivo infraconstitucional. A assertiva de que uma notícia lícita não se transforma em ilícita com o simples passar do tempo não tem nenhuma base jurídica. O ordenamento é repleto de previsões em que a significação conferida pelo direito à passagem do tempo é exatamente o esquecimento e a estabilização do passado, mostrando-se ilícito sim reagitar o que a lei pretende sepultar. Precedentes de direito comparado”. (REsp 1334097/RJ, Recurso Especial nº 2012/0144910-7, Rel. Min. Luis Felipe Salomão (1140), Órgão Julgador T4, Quarta Turma, J. 28.05.2013)

relatados pelo Ministro Luis Felipe Salomão, aplicáveis na órbita do direito civil – máxime em aspectos relacionados ao conflito entre o direito à privacidade e ao esquecimento, de um lado, e o direito à informação, de outro – enfatizam que “[...] o reconhecimento do direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram integralmente a pena e, sobretudo, dos que foram absolvidos em processo criminal, além de sinalizar uma evolução cultural da sociedade, confere concretude a um ordenamento jurídico que, entre a memória – que é a conexão do presente com o passado – e a esperança – que é o vínculo do futuro com o presente –, fez clara opção pela segunda. E é por essa ótica que o direito ao esquecimento revela sua maior nobreza, pois afirma-se, na verdade, como um direito à esperança, em absoluta sintonia com a presunção legal e constitucional de regenerabilidade da pessoa humana” (voto do Ministro Luís Felipe Salomão).<sup>26</sup>

A jurisprudência anterior à Lei do Marco Civil sobre o direito ao esquecimento restringia-se a conteúdos caluniosos ou difamatórios, porém, no âmbito da Internet, ele está relacionado com a prerrogativa personalíssima que deve possuir um cidadão de apagar seus dados pessoais mesmo que verdadeiros e independentemente de ilícito penal ou civil<sup>27</sup>.

Nesse panorama, a Lei do Marco Civil da Internet (LMCI), ao tratar dos direitos e deveres dos usuários de Internet, assegurou, no inciso I do art. 7º, o direito à “inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. O inciso X do mesmo artigo dispõe explicitamente sobre o direito ao esquecimento ao verberar que é direito do usuário a

exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de Internet, a seu

<sup>26</sup> HC 256210/SP, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz (1158), Órgão Julgador: T6, Sexta Turma, J. 03.12.2013, Data da Publicação/Fonte DJe 13.12.2013.

<sup>27</sup> FLEISCHER, Peter. Right to be forgotten, or how to edit your history. Disponível em: <<http://peterfleischer.blogspot.com.br/2012/01/right-to-be-forgotten-or-how-to-edit.html>>. Acesso em: 12 nov. 2013.

requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei;

Diferentemente da proposta de lei europeia, a LMCI brasileira não condicionou o exercício do direito ao esquecimento à comprovação de qualquer requisito que não fosse a vontade do titular do direito. Apresenta-se, portanto, como um direito subjetivo de natureza potestativa, na medida em que o seu exercício não depende da vontade do sujeito passivo. A relação jurídica mantida entre o usuário e o provedor de aplicações de Internet pode ser rescindida imotivadamente a qualquer tempo pelo usuário.

O direito ao esquecimento só não detém caráter absoluto porque a LMCI ressalva que os provedores não podem excluir prontamente todas as informações dos usuários, pois devem observar outros preceitos relativos à guarda de dados, prescritos pela própria lei, os quais impõem que os registros relativos à conexão dos usuários à Internet devem ficar preservados pelo prazo de um ano<sup>28</sup>, bem como os pertinentes aos acessos dos usuários às aplicações de Internet, os quais devem ser mantidos pelo prazo de seis meses<sup>29</sup>.

Entretanto, é relevante frisar que a guarda dos registros dos acessos dos usuários pelos provedores de conexão e de aplicações de Internet deve respeitar a privacidade. Nesse sentido, o art. 23 ressalva que cabe ao juiz adotar “as providências necessárias à garantia do sigilo das informações recebidas e à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem do usuário, podendo determinar segredo de justiça, inclusive quanto aos pedidos de guarda de registro”.

### **3.1 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES DE APLICAÇÕES DE INTERNET**

No tocante à responsabilidade civil derivada da violação das regras do direito ao esquecimento, a LMCI adota normas distintas para os provedores de conexão à Internet e provedores de aplicações de Internet. Os primeiros

<sup>28</sup> LMCI, art. 13: “Na provisão de conexão à Internet, cabe ao administrador de sistema autônomo respectivo o dever de manter os registros de conexão, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 1 (um) ano, nos termos do regulamento”.

<sup>29</sup> LMCI, art. 15: “O provedor de aplicações de Internet constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos deverá manter os respectivos registros de acesso a aplicações de Internet, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 (seis) meses, nos termos do regulamento”.

apenas disponibilizam os meios técnicos necessários para hospedar *sites* que oferecem serviços e para que os usuários possam acessar a Internet; ao passo que, os segundos, disponibilizam serviços de aplicativos de Internet, tais como WhatsApp, Twitter etc.

Ao fazer essa distinção, a LMCI, no capítulo que trata da responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, optou por não responsabilizar os provedores de conexão à Internet por ilícitos praticados por terceiros: “Art. 18. O provedor de conexão à Internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros”.

Diferentemente, em relação aos provedores de aplicações de Internet, o art. 19 adotou a regra da responsabilidade civil, porém “condicionada” à existência de prévia ordem judicial, pois a lei expressamente vedou a censura antecipada aos conteúdos virtuais. A responsabilidade desses provedores é condicionada porque, primeiramente, a LMCI exclui a imputabilidade direta dos provedores de aplicações pela geração instantânea de conteúdos criados por terceiros, ou seja, havendo violação a direito subjetivo, os provedores de aplicações de Internet devem ser cientificados por ordem judicial para procederem à retirada de determinados conteúdos em prazo razoável fixado pelo juiz. Somente serão responsabilizados os provedores de aplicações de Internet que continuarem a disponibilizar os conteúdos vetados pela decisão jurisdicional.

Depois, o *caput* do art. 19 ressalva que a responsabilização dos provedores de aplicações de Internet é, ainda, dependente do âmbito e dos limites técnicos dos seus serviços. Nesse caso, a lei laborou na adoção de uma cláusula legal aberta, cujo conteúdo será preenchido pelo juiz diante das especificidades do caso concreto. Mas, para não serem responsabilizados por esse motivo, os provedores de aplicações de Internet têm o ônus de provar ao juiz que não puderam atender à ordem judicial em razão de impossibilidade técnica comprovada ou porque a determinação relaciona-se com alguma providência que se revela fora do âmbito do seu serviço<sup>30</sup>.

Ademais, a ordem judicial que determina a retirada de conteúdos da Internet deve preencher os requisitos estabelecidos no § 1º do art. 19, sob pena

<sup>30</sup> Nestes termos, dispõe o art. 19: “Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de Internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário”.



de nulidade, isto é: “A ordem judicial de que trata o *caput* deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material”.

Os usuários que tiverem seus conteúdos postados tornados indisponíveis pelos provedores de aplicações de Internet devem ser cientificados (pelos provedores). Determina o art. 20, acerca da retirada de conteúdos, que

[...] caberá ao provedor de aplicações de Internet comunicar-lhe os motivos e informações relativos à indisponibilização de conteúdo, com informações que permitam o contraditório e a ampla defesa em juízo, salvo expressa previsão legal ou expressa determinação judicial fundamentada em contrário.

Esses usuários que tiverem conteúdos indisponibilizados podem solicitar aos provedores de aplicações de Internet que os substituam por texto explicativo que esclareça as razões da supressão, quer tenha se dado por impulso próprio do provedor ou por ordem judicial, consoante estatui o parágrafo único do art. 20.

O art. 21 traz uma exceção à regra da responsabilidade condicionada dos provedores de aplicações de Internet, à prévia ordem judicial que lhe determine a retirada de conteúdos. Nos termos do art. 21, sempre que os provedores de aplicações de Internet disponibilizarem conteúdos gerados por terceiros que consistam em divulgação “[...] de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado [...]”, sem autorização dos participantes, poderão ser “notificados” extrajudicialmente pelo ofendido ou seu representante legal para que promovam, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização dos conteúdos respectivos<sup>31</sup>.

Nesse caso a lei facultou ao ofendido o exercício de uma verdadeira ação material extrajudicial, à qual os provedores estarão compelidos a atender, sob pena de arcarem com as sanções legais cabíveis.

---

<sup>31</sup> O parágrafo único do art. 21 especifica os requisitos dessa notificação extrajudicial: “A notificação prevista no *caput* deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido”.

Em outra ponta, a notificação extrajudicial não é condição da ação processual judicial, ou seja, o ofendido pode, se preferir, ingressar diretamente em juízo independentemente de ter, ou não, notificado o provedor. A diferença consiste apenas no fato de que, se o ofendido acionar o provedor em juízo sem notificá-lo previamente, ele só será responsável se não cumprir a ordem judicial no prazo estabelecido pelo juiz. Distintamente, quando o ofendido notifica extrajudicialmente o provedor e este não lhe atende, sua responsabilidade restará configurada desde esse momento.

Resta esclarecer sobre a possibilidade de responsabilidade solidária entre o provedor de aplicações de Internet e o terceiro causador do dano. Antes da vigência da LMCI, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça havia se firmado no sentido de que o provedor deveria responder solidariamente com o terceiro causador do dano, se não retirasse o conteúdo ofensivo imediatamente<sup>32</sup>.

Na sistemática da LMCI, no entanto, a responsabilidade solidária dos provedores de aplicações de Internet restou deveras restringida. A princípio, a responsabilidade será exclusiva do terceiro causador do dano, porém responderão solidariamente com o terceiro causador do dano os provedores de aplicações de Internet que não atenderem à ordem judicial (quando exigível) que determina a retirada do conteúdo ofensivo nela especificado (art. 19, *caput*). Nesse caso, também praticarão ilicitude reparável tanto moralmente quanto materialmente falando. Mas, se cumprirem a decisão judicial, remanescerá a responsabilidade do terceiro que causou o dano.

Também poderá ocorrer a responsabilidade solidária do provedor de aplicações com o terceiro causador do dano, quando aquele não atender à notificação extrajudicial, na hipótese prevista pelo art. 21 da LMCI, podendo-se falar, nesse caso, em responsabilidade solidária entre o provedor e o terceiro

---

<sup>32</sup> Nesse sentido: “Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA – GOOGLE – PERFIL FALSO NO ORKUT – DENÚNCIA – CONTEÚDO OFENSIVO – SEM RETIRADA IMEDIATA – 1. A Quarta Turma desta Corte já se manifestou no sentido de que a empresa que fornece serviços na Internet, disponibilizando ferramentas de redes sociais, responde solidariamente com o usuário autor do dano se não retirar imediatamente o material moralmente ofensivo publicado (AgRg no AREsp 308163/RS, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, Julgado em 14.05.2013, DJe 21.05.2013). 2. É inviável, em face do óbice da Súmula 7/STJ, rever a conclusão de que era possível constatar o conteúdo ofensivo, por meio de simples leitura das mensagens publicadas no site de relacionamento. 3. O próprio recorrente confirma que não retirou imediatamente as mensagens. 4. Agravo regimental a que se nega provimento” (STJ, AgRg-AREsp 293951/RS 2013/0030978-0, Publ. 03.09.2013).

causador do dano, independentemente de prévia ordem judicial de retirada de conteúdo.

E mais, quanto aos provedores que apenas oferecem serviços de conexão à Internet, estes, refrise-se, não têm responsabilidade alguma pelos danos relativos a conteúdos gerados por terceiros (art. 18). Os Tribunais de Justiça de São Paulo e Minas Gerais, antes mesmo da LMCI, já entendiam, acertadamente, que, quando os provedores de conexão à Internet apenas faziam o papel de hospedar *sites* que ofereciam serviços, não possuíam responsabilidade pelos danos decorrentes dos conteúdos gerados por estes últimos<sup>33</sup>.

## REFERÊNCIAS

AFFORNALI, Maria Cecília Naréssi Munhoz. *Direito à própria imagem*. Curitiba: Juruá, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BAZELON, Emily. How to stop the Bullies. Disponível em: <<http://www.theatlantic.com/>>. Acesso em: 11 nov. 2013.

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.

CENEVIVA, Walter. Informação e privacidade. XVIII Conferência Nacional dos Advogados: Cidadania, Ética e Estado. Salvador, 2002. Anais. Brasília: OAB, 2003.

---

<sup>33</sup> “Ementa: Dano moral. Ação de Indenização. Suposta ofensa na Internet em página pessoal criada por terceiro e hospedada pela ré. A Google é mera recipiendária de informes, sem responsabilidade por seu conteúdo. Recurso da ré provido. Sentença reformada”. (TJSP, Apelação nº 0160018-40.2010.8.26.0100, Publ. 06.06.2013)

No mesmo sentido: “Ementa: INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – VEICULAÇÃO DE INFORMAÇÕES DIFAMATÓRIAS E INDESEJADAS NA INTERNET – GOOGLE – MERA HOSPEDEIRA – MERA RETRANSMISSÃO DA NOTÍCIA PELA SEGUNDA REQUERIDA – AUSÊNCIA DE ANIMUS CALUNIANDI – PEDIDO IMPROCEDENTE – A Google Brasil Internet Ltda., como mera hospedeira da página que veiculou a notícia, a qual, segundo o autor, lhe ocasionou danos à moral, não tem a responsabilidade de, previamente, verificar o conteúdo das notícias veiculadas. Verificado que a notícia dita como caluniosa já era de conhecimento público quando veiculada pelo *site* de propriedade da segunda requerida, e que se limitou esta a retransmiti-la, sem proferir juízo próprio ou desferir ataques aos valores éticos do autor ou à sua honorabilidade, restando ausente o *animus caluniandi* ou o excesso de *animus narrandi*, é indevida qualquer indenização a título pelos danos morais alegados” (TJMG, Apelação Cível AC 10620100038236003/MG, Publ. 24.02.2014. Disponível em: [www.jusbrasil.com.br](http://www.jusbrasil.com.br). Acesso em: 9 jun. 2014).

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

GIBSON, Megan. Repairing your damage online reputation: when is it time to call the experts? Disponível em: <<http://content.time.com>>. Acesso em: 22 out. 2013.

LEVY, Pierre. *Cybercultura*. Trad. Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 1999.

MANSON, Melanie; MCGREEVY, Patrick. Brown OKs bill allowing minors to delete embarrassing Web posts. Disponível em: <<http://www.latimes.com>>. Acesso em: 11 nov. 2013.

MAYER-SCHONBERGER, Viktor. *Delete: the virtue of forgetting in the digital era*. Princeton: Princeton University Press, 2009.

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. São Paulo: Método, 2008.

NUNES, Gustavo Henrique Schneider. O direito à liberdade de expressão e direito à imagem. Disponível em: <[http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Gustavo\\_imagem.doc](http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/Gustavo_imagem.doc)>. Acesso em: 1º nov. 2013.

ROSEN, Jeffrey. Internet means the end of forgetting. Disponível em: <<http://www.nytimes.com>>. Acesso em: 8 out. 2013.

SANTOS, Gustavo Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Limites e possibilidades. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 1997.



# O INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM RAZÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA JURÍDICA

*THE INSTITUTE OF PIERCING THE CORPORATE VEIL BY REASON OF THE  
PRINCIPLE OF DIGNITY OF LEGAL ENTITY*

**Aline Assis Salomão<sup>1</sup>**

Mestranda em Direito Empresarial pela Faculdade  
de Direito Milton Campos

**RESUMO:** O presente artigo jurídico busca demonstrar, primeiramente, a importância da pessoa jurídica em nosso ordenamento, abordando a pessoa natural e também as pessoas fictícias. Posteriormente, adentra-se no estudo da personalidade jurídica, bem como nos direitos da personalidade, demonstrando a importância desses conceitos e os diferenciando. A seguir, estuda-se o Princípio da Dignidade da Pessoa Jurídica, apresentando seus fundamentos constitucionais, legais e doutrinários. Ultrapassada a abordagem de citado princípio, analisa-se brevemente o instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica, apontando-se os eventuais malefícios decorrentes da sua aplicação abusiva e sem critérios. Por fim, faz-se um paralelo entre o instituto da *disregard doctrine* e o Princípio da Dignidade da

Pessoa Jurídica, demonstrando-se que a utilização equivocada do primeiro, prejudica e desrespeita o segundo, caso em que deve ser considerada inconstitucional.

**PALAVRAS-CHAVE:** Pessoa jurídica; personalidade jurídica; desconsideração da personalidade jurídica; abuso; princípio da dignidade da pessoa jurídica.

**ABSTRACT:** *This legal paper demonstrates, first, the importance of legal person in our land, addressing the natural person as well as fictitious people. Later, enters on the study of legal personality and the rights of personality, demonstrating the importance of these concepts and differentiating. Next, we study the principle of the Corporate Dignity, presenting their constitutional, legal and doctrinal foundations. Overcome the aforementioned principle approach is*

---

<sup>1</sup> Advogada, Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Anhanguera.

*analyzed briefly Disregard the Institute of Legal Personality, pointing to the possible harm arising from its misuse and without criteria. Finally, it is a parallel between the disregard doctrine Institute and the Principle of Corporate dignity, demonstrating that the mistaken use of the first undermines and disrespects the second, in which case, should be considered unconstitutional.*

**KEYWORDS:** *Legal entity; legal personality; disregard of legal personality; abuse; principle of dignity of legal entities.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 A pessoa jurídica no ordenamento jurídico brasileiro; 2 A personalidade jurídica e os direitos da personalidade; 3 O princípio da dignidade da pessoa jurídica; 4 Desconsideração da personalidade jurídica; 5 Desconsideração da personalidade jurídica e princípio da dignidade da pessoa jurídica; Conclusão; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 The legal entities in the brazilian legal system; 2 The legal personality and the rights of personality; 3 The principle of corporate dignity; 4 Disregard the institute of the legal personality; 5 Disregard of legal personality and principle of corporate dignity; Conclusion; References.*

## INTRODUÇÃO

A pessoa jurídica, como se sabe, é titular de uma personalidade, instituto esse que lhe confere a possibilidade de adquirir direitos e contrair obrigações. Quando essa personalidade jurídica pertence a um ente fictício, melhor dizendo, a uma pessoa jurídica em sentido estrito, via de regra, apenas esse ente será responsável pelos ônus decorrentes das relações jurídicas que eventualmente venha a assumir. Desta feita, a responsabilidade das pessoas naturais que compõem aquele ente não será confundida com a responsabilidade da pessoa fictícia. A essa, inclusive, por ser considerada pessoa para o Direito, diversos direitos lhe são garantidos, devendo aplicar-se-lhe até mesmo os direitos da personalidade, naquilo em que couber, por expressa previsão legal. Assim, há de se falar, tendo base em dispositivos constitucionais a serem demonstrados, que tal pessoa fictícia tem direito até mesmo à dignidade durante sua existência, sendo caso, portanto, de se argumentar pela existência do Princípio da Dignidade da Pessoa Jurídica.

Ocorre que o instituto da desconsideração da personalidade jurídica vem sendo cada vez mais utilizado e, infelizmente, nossos tribunais em muitas ocasiões estão indevidamente “levantando o véu” do ente fictício e imputando

aos sócios as responsabilidades que deveriam ser imputadas tão somente à pessoa jurídica em sentido estrito.

A utilização inadequada e excessiva da *disregard doctrine* no Brasil tem desrespeitado a personalidade jurídica diversa do ente em relação aos seus membros e, por isso, vem inobservando também o Princípio da Dignidade da Pessoa Jurídica. Sendo tal princípio decorrência de interpretação constitucional dos axiomas trazidos pela Carta Magna de 1988, a aplicação indevida do instituto da desconsideração pode ser considerada inconstitucional.

## 1 A PESSOA JURÍDICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Inicialmente, antes de se adentrar nas questões jurídicas a serem abordadas, há de se lembrar que, ao nos referir ao termo *pessoa*, a primeira noção comum a qual somos imediatamente remetidos se refere à ideia de pessoa física, pessoa natural, ser humano.

Ocorre que ao se trazer tal termo para um estudo jurídico, logo se percebe que o conceito de pessoa é para o Direito, sobretudo, um conceito técnico, eis que não coincide com o sentido vulgar da palavra.

Apenas para ilustrar a evolução histórica da expressão, deve-se recordar que houve tempos em que nem mesmo todos os seres humanos eram pessoas, bastando se estudar o Direito romano, em que o escravo era tratado como coisa, era desprovido da faculdade de ser titular de direitos, e na relação jurídica ocupava a situação de seu objeto, e não de seu sujeito. Ainda, interessante observação é a de que, no Brasil, a ideia da concessão de personalidade a todo ser humano vigorou mesmo ao tempo da escravidão negra, muito embora o regime jurídico do escravo não o equiparasse ao homem livre<sup>2</sup>.

Contemporaneamente, em uma abordagem da acepção jurídica, pessoa é o ente físico ou coletivo suscetível de direitos e obrigações<sup>3</sup>. Nesse sentido, pessoa é sinônimo de sujeito de direitos ou sujeito de relação jurídica. No Direito moderno, todo ser humano é pessoa no sentido jurídico. Mas, além dos homens, são também dotadas de personalidade certas organizações ou coletividades, que tendem à consecução de fins comuns.

<sup>2</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2012. p. 179.

<sup>3</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2013. p. 129.



Até há pouco tempo, no Direito brasileiro, as pessoas jurídicas em sentido estrito eram constituídas pela união de duas ou mais pessoas físicas. Hoje, excepcionalmente, é admitida a pessoa jurídica constituída de uma única pessoa física, inovação introduzida em nosso ordenamento pela Lei nº 12.441/2011.

O civilista Washington de Barros Monteiro (2009) já ensinava:

Duas, por conseguinte, são as espécies de pessoas reconhecidas pela ordem jurídica: *a pessoa natural*, também chamada de física (o homem, ou melhor, o ente humano, o ser humano), e *a pessoa jurídica*, igualmente denominada pessoa moral ou pessoa coletiva (agrupamentos humanos visando a fins de interesse comum).<sup>4</sup>

Sobre o tema, ensinava Pontes de Miranda (2000):

Não só o ente humano tem personalidade. Portanto, não só ele é pessoa. Outras entidades podem ser sujeitos de direito; portanto, ser pessoa, ter personalidade. A tais entidades, para não se confundirem com as pessoas homens, dá-se o nome de pessoas jurídicas, ou morais, ou fictícias, ou fingidas.<sup>5</sup>

Conceituando a pessoa jurídica e esclarecendo o intuito de sua formação, ensina Francisco Amaral (2006):

A pessoa jurídica é, então, um conjunto de pessoas ou de bens, dotado de personalidade jurídica. Por analogia com as pessoas físicas, a ordem jurídica disciplina o surgimento desses grupos, reconhecendo-os como sujeitos de direito. Sua razão de ser está na necessidade ou conveniência de as pessoas singulares combinarem recursos de ordem pessoal ou material para a realização de objetivos comuns, que transcendem as possibilidades de cada um dos interessados por ultrapassarem o limite normal da sua existência ou exigirem a prática

---

<sup>4</sup> MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro. *Curso de direito civil*. 42. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2009. p. 64.

<sup>5</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de direito privado*. 2 ed. Campinas: Bookseller, t. 1, 2000. p. 210.

de atividades, não exercitáveis por eles. Organizam-se, assim, de modo unitário, pessoas e bens, com o reconhecimento do direito que atribui personalidade ao conjunto que passa a participar da vida jurídica.<sup>6</sup>

Desta feita, percebe-se que o termo pessoa tem acepção jurídica muito maior do que carrega o sentido vulgar da palavra, demonstrando que, para o Direito, por opção legislativa, pessoas naturais e entes que cumprem determinados requisitos legais são considerados pessoa jurídica no sentido amplo, logo estão aptos a firmar relações jurídicas das mais variadas espécies.

Para possibilitar à pessoa física e à pessoa jurídica em sentido estrito (ficção legal, conforme visto) o exercício de seus direitos, foram atribuídos a eles, pelo ordenamento jurídico brasileiro, o que se denomina personalidade jurídica.

## 2 A PERSONALIDADE JURÍDICA E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Quando se realiza um estudo sobre a pessoa jurídica, deve-se, necessariamente, abordar o instrumento pelo qual é possível ao ente expressar de forma efetiva a sua individualidade na ordem jurídica, enquanto pessoa natural ou mesmo pessoa fictícia, qual seja, a *personalidade jurídica*.

Segundo Maria Helena Diniz (2013):

Liga-se à pessoa a ideia de personalidade, que exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações. Deveras, sendo a pessoa natural (ser humano) ou jurídica (agrupamentos humanos) sujeito das relações jurídicas e a personalidade a possibilidade de ser sujeito, ou seja, uma aptidão a ele reconhecida, toda pessoa é dotada de personalidade.

A personalidade é o conceito básico da ordem jurídica, que a estende a todos os homens, consagrando-a a legislação civil e nos direitos constitucionais de vida, liberdade e igualdade.<sup>7</sup>

Importante que se entenda que como o homem é sujeito das relações jurídicas, sendo a personalidade um atributo que lhe é inerente, pode-se afirmar

<sup>6</sup> AMARAL, Francisco. *Direito civil*: Introdução. 6. ed. São Paulo: Renovar, 2006. p. 275-276.

<sup>7</sup> DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 130.

que todo homem é dotado de personalidade. Mas não seria correto se dizer que somente o homem, individualmente considerado, tem esta aptidão. O Direito reconhece igualmente personalidade a entes morais, sejam os que se constituem de agrupamentos de indivíduos que se associam para a realização de uma finalidade econômica ou social (como é o caso das sociedades e associações), sejam os que se formam mediante a destinação de um patrimônio para um fim determinado (fundações), aos quais é atribuída tal personalidade com autonomia e independência em relação às pessoas naturais de seus componentes ou dirigentes<sup>8</sup>.

Vinculando o instituto da personalidade jurídica aos direitos que dela decorrem, ensina Caio Mário da Silva Pereira (2012):

Ao tratar dos *direitos da personalidade*, cabe ressaltar que não constitui esta “um direito”, de sorte que seria erro dizer-se que o homem tem direito à personalidade. Dela, porém, irradiam-se *direitos*, sendo certa a afirmativa de que a personalidade é o ponto de apoio de todos os direitos e obrigações. A Constituição Federal de 1988 declarou que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra, a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (art. 5º, X). Estes direitos ali elencados são considerados o mínimo, nada impedindo que outros sejam arrolados em lei (art. 5º, § 2º).<sup>9</sup>

Diferenciando a personalidade propriamente dita dos denominados direitos da personalidade, invoca-se interessante ensinamento de Gustavo Tepedino (2008):

[...] tem-se a personalidade como conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção do ordenamento jurídico. A pessoa, vista desse ângulo, há de ser tutelada das agressões que afetam a sua personalidade, identificando a doutrina, por isso mesmo, a existência de situações jurídicas subjetivas oponíveis *erga omnes*.

<sup>8</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p. 179.

<sup>9</sup> Idem, p. 202.

Dito diversamente, considerada como sujeito de direito, a personalidade não pode ser dele o seu objeto. Considerada, ao revés, como valor, tendo em conta o conjunto de atributos inerentes e indispensáveis ao ser humano (que se irradiam da personalidade), constituem bens jurídicos em si mesmos, dignos de tutela privilegiada.<sup>10</sup>

Ainda, vale-se dos ensinamentos do Professor San Tiago Dantas, e continua o citado autor:

Apalavra personalidade está tomada, aí, em dois sentidos diferentes. Quando falamos em *direitos de personalidade*, não estamos identificando aí a personalidade como a capacidade de ter direitos e obrigações; estamos então considerando a personalidade como um fato natural, como um conjunto de atributos inerentes à condição humana; estamos pensando num homem vivo e não nesse atributo especial do homem vivo, que é a capacidade jurídica em outras ocasiões identificada como a personalidade.<sup>11</sup>

Pode-se dizer que os direitos da personalidade podem ser considerados um dos sintomas da modificação axiológica da codificação brasileira, que deixa de ter um perfil essencialmente patrimonial, nota característica do Código Civil de 1916, concebido por uma sociedade agrária, tradicionalista e conservadora, para então, recentemente, se preocupar substancialmente com o indivíduo, em perfeita sintonia com o espírito da Constituição Cidadã de 1988<sup>12</sup>.

A ideia a nortear a disciplina dos direitos da personalidade é a de uma esfera extrapatrimonial do indivíduo. Em tal seara, o sujeito tem reconhecidamente tutelada pela ordem jurídica uma série indeterminada de valores não redutíveis pecuniariamente, como a vida, a integridade física, a intimidade, a honra, entre outros<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 29.

<sup>11</sup> DANTAS, San Tiago. 1942, p. 192 apud TEPEDINO, Gustavo. *Op. cit.*, p. 29.

<sup>12</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2011. p. 179.

<sup>13</sup> *Idem*, p. 180.

Como pode se perceber, a maior parte da doutrina vincula os direitos da personalidade ao ser humano, pessoa natural, olvidando-se no que se refere à pessoa jurídica. Entretanto essa omissão não deve significar a inaplicabilidade dessa classe de direitos às pessoas jurídicas em sentido estrito. Importante que se ressalte que a legislação jamais excluiu expressamente as pessoas jurídicas da proteção aos interesses extrapatrimoniais, entre os quais se incluem os direitos da personalidade<sup>14</sup>.

Sobre o tema, ensina o Professor Pablo Stolze (2011):

Se é certo que uma pessoa jurídica jamais terá uma vida privada, mais evidente ainda é que ela pode e deve zelar pelo seu *nome* e *imagem* perante o público-alvo, sob pena de perder largos espaços na acirrada concorrência de mercado. Se é óbvio que o dano moral, como dor íntima e sentimental, não poderá jamais atingir a pessoa jurídica, não podemos deixar de colocar que o dano à *honra* ou à *imagem*, por exemplo, afetará valores societários e não sentimentais, pelo que não se justifica a restrição, sob pena de violação do princípio maior do *neminem laedere*.<sup>15</sup>

Ora, a propaganda negativa de determinado produto, por exemplo, pode destruir toda a reputação de uma empresa, da mesma forma que informações falsas sobre eventual instabilidade financeira da pessoa jurídica podem acabar levando-a a uma indesejável perda de credibilidade perante clientes e fornecedores, com sérios reflexos patrimoniais.

Nesse sentido, continua o mencionado professor, que cita ensinamento de Josaphat Marinho:

Questão a considerar, também, é a da extensibilidade dos direitos personalíssimos à pessoa jurídica. Não é dado no caso generalizar, para que tais direitos não se confundam com os de índole patrimonial. É por isso que Santoro Passarelli doutrina que a tutela dos direitos da personalidade se refere “não só às pessoas físicas,

---

<sup>14</sup> Idem, p. 186.

<sup>15</sup> Idem, *ibidem*.

senão também às jurídicas, com as limitações derivadas da especial natureza destas últimas”<sup>16</sup>.

No mesmo sentido, entendendo pela admissão da aplicabilidade dos direitos da personalidade às pessoas jurídicas, ensina Vinícius Jose Marques Gontijo (2008):

[...] o art. 52 do Código Civil prescreveu coerentemente com a acepção técnica da expressão *pessoa*, a extensão dos direitos da personalidade às pessoas “jurídicas”, a partir daqui usada na sua acepção estrita, querendo dizer os entes públicos (tais como a União, os Estados e o Distrito Federal – art. 41, CC) e os privados (tais como as sociedades, fundações e partidos políticos – art. 44, CC) evidentemente naquilo em que couber, até porque, por exemplo, não tendo a pessoa “jurídica” um corpo humano, dele não poderia mesmo dispor (art. 13, CC).<sup>17</sup>

E continua Gontijo, com seus ensinamentos:

Se há autores refratários à extensão dos direitos da personalidade às pessoas jurídicas, restringindo-os às pessoas humanas – mormente os direitos fundamentais, constatamos que isso não tem suporte na legislação brasileira (cf. art. 52 do CC), sendo que tal discriminação não se conjuga nem mesmo com a Constituição da República, que assegura a todos o Princípio da Igualdade (cf. *caput* do art. 5º da CR/1988), aqui compreendido, evidentemente, no sentido material, ou seja, pelo suporte fático-jurídico que autorize sua implementação.

Da mesma maneira, a doutrina e a jurisprudência, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, vêm revelando a possibilidade de se estender às pessoas jurídicas os direitos da personalidade, inclusive alguns que até recentemente se questionava se eram exclusivos

---

<sup>16</sup> MARINHO, Josaphat, 2000, p. 157 apud GAGLIANO, Pablo Stolze, 2012, p. 190.

<sup>17</sup> GONTIJO, Vinícius José Marques. Do princípio da dignidade da pessoa jurídica. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, v. 149/150, p. 151-158, jan./dez. 2008.

da pessoa “humana”, como, por exemplo, a honra objetiva. Para tanto, aquela Corte editou a Súmula nº 227 que reconhece a possibilidade da pessoa jurídica sofrer danos morais, exatamente por sua violação à sua honra: *objetiva*.<sup>18</sup>

Diante das lições ora apresentadas, pode-se afirmar que não encontra fundamentação jurídica o entendimento de que os direitos da personalidade se restringem tão somente às pessoas naturais, sendo inaplicáveis às pessoas jurídicas em sentido estrito. O fato de não poder sofrer a pessoa fictícia um dano sentimental não lhe limita em relação a toda a gama de direitos da personalidade atualmente garantidos em nosso ordenamento. Ainda, cumpre lembrar e esclarecer que o dano que eventualmente atinja sua honra ou imagem pode ser tão grave que compromete até mesmo a viabilidade de sua existência, em especial no que se refere às sociedades empresárias, que é sabido, para manter boas relações no mercado, dependem de reputação ilibada perante os fornecedores, empregados e clientes.

Ainda, conforme demonstrado, o Código Civil de 2002, em seu art. 52, esclareceu com precisão a aplicabilidade dos direitos da personalidade às pessoas jurídicas em sentido estrito, não deixando margem a dúvidas quanto a essa possibilidade. Desta feita, pela legislação civil em vigor, no que couber – ressalvas a incompatibilidade de aplicação desses direitos por limitações da própria estrutura das pessoas fictícias –, os direitos da personalidade devem sim ser aplicados às pessoas fictícias, vez que, em muitos aspectos, há plena viabilidade e coerência para tal aplicação.

Trazendo a questão para uma perspectiva constitucional, deve-se recordar que o Princípio da Igualdade garantido no art. 5º, *caput*, deve servir de equiparação não apenas entre as pessoas naturais, mas também entre as pessoas naturais e as pessoas fictícias, naquilo que couber. Se há determinadas situações nas quais é completamente inviável, senão impossível, equiparar pessoas físicas e pessoas jurídicas em sentido estrito, há outras hipóteses em que tal tratamento igualitário é não apenas possível como devido e recomendado, uma vez que plenamente compatível, como ocorre em relação à grande parte dos direitos da personalidade. A honra objetiva, que, sabe-se, corresponde à reputação da pessoa, compreendendo o seu bom nome e a fama que desfruta no seio da

---

<sup>18</sup> GONTIJO, Vinícius José Marques. Do princípio da dignidade da pessoa jurídica. Op. cit., p. 151-158.

sociedade<sup>19</sup>, é direito que deve ser garantido tanto às pessoas físicas quanto às “jurídicas” por interessar a ambas ao longo de sua vida e de sua existência legal, sob pena de se infringir o Princípio da Igualdade.

Confirmando esse entendimento também na aplicação prática dos tribunais, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 227, trazendo a afirmação de que *a pessoa jurídica pode sofrer dano moral*. Desta feita, embora a pessoa jurídica não possa sofrer ofensa à honra subjetiva, não está livre de ofensas que atinjam seu nome, sua boa fama, sua imagem e sua reputação no mercado.

Assim, por meio da Súmula nº 227, o Superior Tribunal de Justiça corrobora o entendimento doutrinário dominante, bem como confirma, indiretamente, a força do art. 52 do Código Civil.

### 3 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA JURÍDICA

Confirmando o entendimento da devida aplicação dos direitos da personalidade às pessoas jurídicas em sentido estrito, demonstrando a existência da honra objetiva desta e apresentando os fundamentos legais, doutrinários e jurisprudenciais que embasam seu posicionamento, o Professor Vinícius José Marques Gontijo, inovando na doutrina, vai mais além e defende a existência do Princípio da Dignidade da Pessoa Jurídica. Concomitantemente, apresenta o Princípio da Preservação da Empresa, demonstrando a importância da manutenção da atividade em nosso ordenamento.

O citado professor (2008) começa o raciocínio ensinando que

as modificações havidas ao longo dos anos nas Cartas Políticas brasileiras trouxeram consigo alterações não apenas nos fundamentos do Direito Empresarial, mas talvez, principalmente, no vetor hermenêutico deste ramo jurídico.<sup>20</sup>

Sabe-se que as Constituições desenvolvem o papel não apenas de apresentar diretrizes genéricas que eventualmente possam vir a ser adotadas quando da edição das leis, mas sim de trazer orientações que necessariamente devem ser observadas pelo legislador infraconstitucional, tornando efetivas

<sup>19</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2012. p. 220.

<sup>20</sup> GONTIJO, Vinícius José Marques. Do princípio da dignidade da pessoa jurídica. Op. cit., p. 151-158.



as determinações impostas pelo Constituinte. Nesse sentido, continua o autor (2008):

De fato, as Constituições assumem compromissos a serem implementados pelo legislador ordinário, vinculando-os. Aos poucos e evolutivamente, as Cartas definem princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente à lei mercantil e ao império da vontade das partes, tais como: os limites da atividade econômica e a preservação da empresa. Isso, por óbvio, impactou a própria edição da lei infraconstitucional e sua hermenêutica, sem que, no entanto, isso implique deixar de se orientar pelo vetor de hermenêutica do ramo empresarial.

Conforme já tivemos a oportunidade de demonstrar, da mesma maneira que nos outros ramos do Direito, aplica-se ao Direito Empresarial o vetor básico que orienta a hermenêutica jurídica como procedimento integrativo e interpretativo do fenômeno jurídico, com seus sistemas e escolas. Assim, conquanto na exegese do Direito Empresarial se aplique o procedimento interpretativo geral, há que se atentar para uma especificidade do ramo: ele existe para a tutela dos interesses e a regulamentação das relações jurídicas de uma classe, qual seja: dos empresários; claro: pessoas naturais ou jurídicas. Portanto, agrega-se-lhe certo enfoque valorativo, ou seja, uma jurisprudência axiológica.<sup>21</sup>

Assim, conforme os ensinamentos transcritos, os limites da atividade econômica, assim como a preservação da empresa, passam a ser temas de interesse constitucional.

Desta feita, não se pode interpretar o Direito Empresarial – mesmo dentro dos fundamentos e direitos constitucionais – senão para que se otimize a razão

---

<sup>21</sup> *Idem*, *ibidem*.

de sua existência e o foco de sua tutela e regulamentação, qual seja, o empresário e a empresa, sob pena de se mitigar o ramo jurídico<sup>22</sup>.

Sendo assim, o que se quer demonstrar é que devem os preceitos constitucionais atuarem como instrumentos para melhorar o objeto de regulamentação e estudo do Direito Empresarial, qual seja a figura do empresário e da empresa. Cabe à Carta Maior fortalecer esse ramo do Direito Privado, trazendo princípios e mecanismos que garantam seu desenvolvimento e evolução.

O Professor Vinícius Gontijo ainda argumenta que nossa Lei Fundamental destaca, entre os fundamentos do Estado Democrático de Direito, a livre iniciativa (art. 1º, IV), a liberdade de trabalho, ofício e profissão (art. 5º, XIII), bem como a defesa dos direitos do consumidor (art. 5º, XXXII). Ainda, explica que, ao regular a atividade econômica, a Constituição da República garante a propriedade privada dos meios de produção, bem como a livre concorrência, a defesa do meio ambiente e a busca do pleno emprego (art. 170 e incisos) e da construção de uma sociedade justa (art. 3º, I) e que do conjunto dessas disposições extrai-se o princípio constitucional da *preservação da empresa*<sup>23</sup>.

Ora, o princípio constitucional da preservação da empresa é axioma adotado pela Constituição da República de 1988 e visa exatamente preservar as atividades da sociedade empresária por uma série de conveniências e benefícios que a atividade empresária oferece ao Estado e aos cidadãos.

Desta feita, devido às inúmeras consequências positivas trazidas pela sociedade empresária, o Constituinte de 1988 optou por valorizar a preservação da empresa e da atividade empresária. Isso significa que deve o Estado (e obviamente, os sócios da sociedade empresária) buscar a preservação da sociedade, colaborar com o ente para que ele se mantenha no mercado, trazer algumas facilidades, dentro do possível, a aqueles que necessitam de certa ajuda para a realização ou continuidade de sua atividade.

Fortalecendo a importância da atividade empresária no Brasil e utilizando-se do contexto da aplicação dos direitos fundamentais e da personalidade à pessoa jurídica, Vinícius Gontijo defende a existência do Princípio da Dignidade da Pessoa Jurídica sob o argumento de que a ordem jurídica nacional lhe garante o direito de existir e se personificar, sendo reconhecida pela ordem

<sup>22</sup> Idem.

<sup>23</sup> Idem.

jurídica brasileira, na medida em que mesmo antes de ser considerada pessoa, a entidade tem o direito subjetivo à personificação assegurado em abstrato pela ordem legal.

Ainda, sob o argumento de que a entidade tem direito de existir, de ser pessoa pela ordem jurídica nacional, a existência evidentemente, segundo o autor, há de ser digna<sup>24</sup>.

Assim, entende-se que a existência digna da pessoa jurídica é uma decorrência natural dos axiomas adotados pelo Constituinte de 1988. Ora, analisando-se os dispositivos supracitados da Carta Maior, o que se percebe é a plena coerência do Princípio da Dignidade da Pessoa Jurídica com os ditames constitucionais. Se assim não se entendesse, estar-se-ia desprezando todos os ditames e garantias assegurados à pessoa fictícia, além de indo de encontro aos princípios e axiomas adotados pela Constituição da República de 1988, em especial os Princípios da Igualdade e da Preservação da Empresa.

Merece ser transcrito ensinamento do Professor Gontijo (2008):

Com efeito, o inciso III do art. 1º da Constituição da República, de 5 de outubro de 1988, cuida de assegurar a dignidade da pessoa *humana*. Por outro lado, o *caput* do art. 170 da mesma Lei Fundamental assegura a “*todos*” a existência digna.

Na hermenêutica da Constituição, tem-se de laborar de maneira sistêmica e completa, buscando o exegeta a aplicação eficaz e útil da norma constitucional a fim de validar o preceito eleitor pelo legislador constitucional, por isso mesmo Michel Temer afirma: “Por isso, a interpretação de uma norma constitucional levará em conta todo o sistema, tal como positivado, dando-se ênfase, porém, para os princípios que foram valorizados pelo constituinte. Também não se pode deixar de verificar qual o sentido que o constituinte atribuiu às palavras do Texto Constitucional, perquirição que só é possível pelo exame do todo normativo, após

---

<sup>24</sup> GONTIJO, Vinícius José Marques. Do princípio da dignidade da pessoa jurídica. Op. cit., p. 151-158.

a correta apreensão da principiologia que ampara aquelas palavras''<sup>25</sup>.

Ora, sobre a interpretação sistemática, ensina Bernardo Gonçalves Fernandes (2012):

[...] enfrenta questões de compatibilidade num todo estrutural, ou seja, compreende o ordenamento jurídico como um todo dotado de unidade e, por isso mesmo, regido por cânones de hierarquia (norma superior prevalece sobre a inferior), temporalidade (norma mais nova revoga a norma mais antiga) e especialidade (norma especial não revoga a norma geral, mas cria uma situação de coexistência, sendo aplicada no que for esta especialidade).<sup>26</sup>

Valendo-se então do ensinamento de que a interpretação sistemática envolve questões de compatibilidade no sistema e se atenta para a hierarquia das normas, reforça-se ainda mais toda a fundamentação apresentada pelo Professor Vinícius José Marques Gontijo, que embasa sua tese com diversos preceitos constitucionais, demonstrando a coerência do Princípio da Dignidade da Pessoa Jurídica com o ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, há de se compreender que além do Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana há também o Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Jurídica, devendo ao ente fictício serem aplicados, no que couber, os direitos da personalidade, bem como garantida a sua dignidade, na mais enriquecedora acepção que esta expressão venha a carregar.

#### **4 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA**

Conforme apontado, a pessoa jurídica é uma realidade autônoma, com direitos e obrigações próprios, independente dos membros que a compõem. Sua responsabilidade, via de regra, é limitada ao seu próprio patrimônio, não sendo redundante explicar que esse também é de sua titularidade e não se confunde com aquele pertencente aos seus sócios pessoas naturais.

---

<sup>25</sup> Idem.

<sup>26</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 188.

Ocorre que, sendo a pessoa fictícia ente diverso das pessoas naturais que uniram seus esforços para sua composição, toda a independência e autonomia do ente fictício podem, sem grandes dificuldades, ser mal utilizadas pelos seus sócios ou dirigentes, desviando-se dos princípios e objetivos que lhe deram causa, sendo inclusive instrumento para fraude, não cumprindo assim o papel que lhe fora conferido pela lei.

Sobre o tema, ensina a Professora Maria Helena Diniz (2013):

Ante sua grande independência e autonomia devido ao fato da exclusão da responsabilidade dos sócios, a pessoa jurídica, às vezes, tem-se desviado de seus princípios e fins, cometendo fraudes e desonestidades, provocando reações doutrinárias e jurisprudenciais que visam coibir tais abusos.

A teoria da desconsideração da pessoa jurídica foi desenvolvida pelos tribunais norte-americanos, diante desses fatos, e tendo em vista aqueles casos concretos, em que o controlador da sociedade a desviava de suas finalidades, para impedir fraudes mediante o uso da personalidade jurídica, responsabilizando seus membros [...]. A doutrina da desconsideração da pessoa jurídica visa impedir a fraude contra credores, levantando o véu corporativo, desconsiderando a personalidade jurídica num dado caso concreto, ou seja, declarando a ineficácia especial da personalidade jurídica para determinados efeitos, portanto, para outros fins permanecerá incólume. Com isso alcançar-se-ão pessoas e bens que dentro dela se escondem para fins ilícitos ou abusivos, pois a personalidade jurídica não pode ser um tabu que entrave a ação do órgão judicante [...].<sup>27</sup>

O Professor Pablo Stolze Gagliano ensina que a doutrina da *desconsideração da pessoa jurídica (disregard of legal entity)* ganhou força na década de 50, com a publicação do trabalho de Rolf Serick, Professor da Faculdade de Direito de Heidelberg. Com base nessa teoria, buscou-se justificar a superação da

<sup>27</sup> DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 345-346.

personalidade jurídica da sociedade em caso de abuso, permitindo-se o reconhecimento da responsabilidade ilimitada dos sócios<sup>28</sup>.

Segundo Gustavo Tepedino (2007),

a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, como se sabe, originou-se no direito anglo-saxão a partir de alguns precedentes da Inglaterra e dos Estados Unidos; ganhou relevância pela formulação da *disregard of legal entity* ou da desconsideração, como forma de se levantar o véu da pessoa jurídica (*lifting the corporate veil*) para atingir o patrimônio de seus sócios nas hipóteses de confusão patrimonial, abuso da pessoa jurídica ou fraude. De acordo com essa teoria, não obstante subsistir distinção bem clara entre a pessoa jurídica e a pessoa dos seus sócios, em hipóteses excepcionais de desvio de finalidade e de confusão patrimonial, autoriza-se a desconsideração.<sup>29</sup>

Assim, por meio desse instituto, supera-se a personalidade jurídica com a finalidade exclusiva de atingir o patrimônio dos sócios envolvidos na administração da sociedade. Vale dizer, toda a autonomia legal conferida à pessoa jurídica será superada em razão de interesses que não lhe sejam próprios.

No ordenamento jurídico brasileiro, a fundamentação legal da *disregard doctrine* encontra-se no art. 28 da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) e, ainda, no art. 50 do Código Civil.

No Direito brasileiro duas correntes se formaram acerca da aplicação de tal instituto: a subjetiva e a objetiva. A teoria subjetiva, sustentada por Rubens Requião, contenta-se com a presença de fraude (aparência do cumprimento da lei, mas descumprimento ostensivo) ou abuso de direito (vale dizer, utilização da pessoa jurídica para fins pessoais, verificando-se confusão entre a pessoa dos sócios e a pessoa jurídica, configurando verdadeiro desvio de finalidade do objeto social). A teoria objetiva, por sua vez, representada por Fábio Konder Comparato, defende que o verdadeiro critério para se aferir a desconsideração da personalidade jurídica consiste na interpretação funcional do instituto, não

<sup>28</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2012. p. 275.

<sup>29</sup> TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a desconsideração da personalidade jurídica. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 30, p. 53-77, jan./mar. 2007.

se exigindo a fraude ou o abuso de direito, sob o argumento de que estes não abarcariam inúmeras situações nas quais a ineficácia da separação patrimonial ocorre em benefício do controlador sem que haja abuso de direito ou fraude. Ensina que a desconsideração opera-se como consequência de desvio de função ou disfunção, resultante, no mais das vezes, de fraude ou abuso de direito, mas que nem sempre constitui ato ilícito. A função consistiria na criação de um centro de interesse autônomo, que, uma vez ausente, justificaria a desconsideração. Assim, a disfunção ocorreria quando o comportamento do sócio ou a relação estabelecida tornasse inútil ou ineficaz a organização societária. Ainda, a confusão patrimonial entre controlador e controlado consistiria em um critério fundamental para a desconsideração da personalidade jurídica.

É importante que se ressalte que a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica é restrita a dois tipos societários, quais sejam sociedades anônimas e sociedades limitadas. Os outros tipos societários, ao trazerem sócios com responsabilidade limitada e ilimitada, não interessam, vez que os sócios dirigentes sempre serão responsabilizados ilimitadamente.

É interessante se alertar para o fato de que muitos doutrinadores brasileiros têm confundido os casos de desconsideração da personalidade jurídica com responsabilidade pessoal dos sócios, administradores e diretores. Estes podem responder pelas dívidas da sociedade quando agem com excesso de poderes ou contrariando dispositivos legais ou estatutários. Entretanto, importante se entender que nessas hipóteses não será caso de desconsideração da personalidade jurídica da sociedade. Essas pessoas estariam desta forma agindo de forma ilícita e por isso deverão ser devidamente responsabilizadas<sup>30</sup>.

## 5 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA JURÍDICA

Sabe-se que, embora a sociedade empresária tenha personalidade jurídica distinta de seus sócios, o que acarreta diferentes patrimônios e responsabilidades conforme já apresentado, e o instituto da desconsideração da personalidade jurídica tenha sido criado, a princípio, para preservação da própria pessoa jurídica, o que se verifica, na prática, não tem sido compatível com tais disposições. O que se visualiza é que a *disregard doctrine*, no Brasil, vem

<sup>30</sup> SILVA, Alexandre Couto. *A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 70-71.

GAGLIANO, Pablo Stolze, FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2012. p. 220.

sendo utilizada como se a personalidade distinta que possui a pessoa jurídica em relação aos seus sócios pudesse ser desprezada quando presentes alguns poucos requisitos legais ou mesmo para se forçar o pagamento de credores.

Assim, em determinadas situações, passa-se a utilizar o instituto de forma indevida, trazendo efetivos prejuízos à sociedade empresária e atropelando a sua personalidade jurídica diversa.

Nesse sentido, Ana Caroline Santos Ceolin (2002):

Se nos países anglo-saxões, vez por outra, reitera-se o caráter excepcional da *disregard*, não obstante a facilidade com que os tribunais destes países prescindem das formalidades, com muito mais razão há de se diligenciar os juízes brasileiros ao aplicarem a teoria, visto que aqui, como nos demais ordenamentos cujo sistema é o da *civil law*, dá-se maior ênfase ao aspecto formal dos institutos.

Malgrado a excepcionalidade da desconsideração, ela tem sido utilizada de forma desgovernada pelos magistrados brasileiros, que estão tornando regra, uma medida tipicamente excepcional. Destarte, o primeiro abuso para o qual se pode apontar é a desenfreada aplicação da teoria. Nem de longe, todavia, é este o único abuso perpetrado, pois, ao aplicarem a teoria da desconsideração, os juízes cometem verdadeiras atrocidades contra os mais mezinhos princípios de Direito, sejam esses de ordem material, sejam de ordem processual<sup>31</sup>.

Sobre o tema, ensina o Professor Vinícius José Marques Gontijo (2006):

A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica necessita ser criteriosamente utilizada, sob pena de se vulnerar o instituto societário, cuja finalidade de *disregard doctrine* visa exatamente a proteger.

A personalidade jurídica e a limitação da responsabilidade dos sócios permitem proteger o empreendedor de riscos não aceitáveis no empreendimento societário, prefixando sua participação nos prejuízos da sociedade, sendo que, se isso não se desse, a maioria das pessoas não se disporia a atuar no mercado, trazendo,

<sup>31</sup> CEOLIN, Ana Caroline Santos. *Abusos na aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 55-56.



como consequência, aumento no desemprego e não criminalidade, mitigação no desenvolvimento do País, menor contribuição fiscal, etc.<sup>32</sup>.

Sabe-se que a garantia de responsabilidade limitada e a proteção ao seu patrimônio individual são grandes incentivos que possui a pessoa física quando busca constituir uma pessoa jurídica para a celebração de relações comerciais de forma profissional. Tendo em vista o grande risco que circunda a atividade empresarial, é natural que aqueles que buscam investir capital e esforço adentrando em uma sociedade queiram blindar seu patrimônio pessoal dos riscos que dali advém.

Entretanto, a partir do momento em que essa garantia se vê abalada pela aplicação indevida de determinado instituto jurídico, as pessoas naturais perdem toda a estabilidade que lhes fora garantida pela lei e acabam por evitar o exercício da atividade empresária, vez que o risco de tal atividade tem se tornado ainda maior. Desta feita, deve se coibir esse tipo de intercorrência, uma vez que desencorajar aqueles que ingressam na atividade empresária é trazer prejuízo para toda a sociedade.

É notório que a atividade empresária traz vantagens não apenas para aqueles que a exercem, que se beneficiam diretamente do lucro que auferem por meio dela. Há muitas questões envolvidas ao exercício da empresa. Primeiramente, não se pode olvidar da quantidade de empregos que gera, bem como do alto valor tributário que é arrecadado pelo Estado. Ainda mais, a prestação e circulação de bens e serviços geram riqueza e desenvolvimento econômico e social para toda a sociedade.

Desta feita, qualquer situação que possa vir a representar uma forma de desestímulo ao exercício da atividade empresária deve ser cuidadosamente analisada com vistas a evitar o prejuízo ocasionado pela redução de pessoas que se arriscam no mercado.

Vinícius Gontijo (2006) ensina que,

ao se desconsiderar uma personalidade jurídica, é necessária a verificação criteriosa dos pressupostos de sua admissibilidade, bem como prova robusta, não podendo se assentar, comodamente, em presunções

---

<sup>32</sup> GONTIJO, Vinícius José Marques. Responsabilização no Direito Societário de Terceiro por obrigação da Sociedade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 854, p. 38-51, dez. 2006.

não autorizadas em lei. Por isso mesmo, não faz sentido jurídico decretar-se a ineficácia da personalidade jurídica, desconsiderando a personalidade da sociedade, a fim de atingir, por exemplo, ex-sócios. Desconsiderada a personalidade jurídica de determinada entidade, “baixa-se o véu” da personalidade e detectam-se as pessoas que estão protegidas pela personalidade e não aquelas pessoas que ali não mais se encontram. Pensar diverso, só se compreende por pouca aptidão técnica. O mesmo raciocínio se aplica à responsabilização.<sup>33</sup>

Além de todos esses prejuízos apontados, há uma questão de ordem constitucional que deve garantir e proteger a pessoa jurídica de certas arbitrariedades e prejuízos indevidos. Ora, o presente trabalho demonstrou que à pessoa jurídica devem ser garantidos os direitos da personalidade, naquilo que couber. Isso não apenas porque o Código Civil assim dispõe em seu art. 52, mas por uma interpretação atenta da Constituição da República, considerando o ordenamento jurídico como um todo, bem como levando em conta os princípios e axiomas adotados pela Carta Maior.

Em nosso ordenamento, aplicam-se às pessoas jurídicas os direitos que são aplicados às pessoas naturais, logicamente, naquilo que couber por limitações de sua própria estrutura e natureza jurídica. O que se deve entender é que não há razão para se restringir determinados direitos às pessoas naturais se esses forem plenamente compatíveis e aplicáveis às pessoas jurídicas. Pensar de forma diversa seria desrespeitar o princípio da igualdade, previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição da República de 1988.

A Carta Magna, ao apresentar os fundamentos do Estado Democrático de Direito, trouxe, entre eles, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (mais uma vez demonstrando a importância da atividade empresária, não apenas no que ela oferece, mas também naquilo que proporciona aos que dela dependem). Ainda, em seu art. 170, entre os princípios gerais da atividade econômica, valorizou a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte, entre outros princípios, assegurando a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, possibilitando extrair-se

<sup>33</sup> Idem, *ibidem*.

desse dispositivo o que se convencionou chamar de princípio constitucional da preservação da empresa, conforme analisado em tópico anterior.

Tendo em vista então a aplicação dos direitos fundamentais e da personalidade à pessoa jurídica, bem como os fundamentos e princípios adotados pelo Constituinte, entende-se em plena coerência com o ordenamento a aplicação do Princípio da Dignidade da Pessoa Jurídica.

Ocorre que atropelar a personalidade jurídica diversa da sociedade e lhe aplicar sem o devido cuidado o instituto da *disregard doctrine* é, além de tudo, desrespeitar a sua dignidade e as garantias que lhe foram concedidas pelo ordenamento. Ao conferir dignidade à pessoa jurídica, embasado entendimento doutrinário que aponta no melhor sentido, o ordenamento está lhe protegendo e blindando de arbitrariedades e lhe concedendo uma existência digna, de acordo com a própria dignidade da pessoa humana, naquilo que couber.

É neste ponto que se deve entender que a aplicação errônea e indevida de um instituto jurídico que retire, ainda que de forma episódica, a autonomia e independência da personalidade jurídica em relação às pessoas naturais que a constituíram, respondendo o patrimônio pessoal de outrem pelas dívidas do ente fictício, é um grave desrespeito à sua dignidade e não deve merecer apoio de nosso ordenamento, doutrina e jurisprudência.

Nesse sentido, continua o Professor Vinícius Jose Marques Gontijo (2008):

A partir da constatação de que a pessoa jurídica tem o direito subjetivo aos direitos da personalidade e aos direitos fundamentais assegurados pela Constituição da República de 1988, cujos suportes fático-jurídicos nela se encontrem, verifica-se que a aplicação indiscriminada e fora da técnica do Direito Empresarial da *disregard of legal entity* viola o Princípio da Dignidade da Pessoa Jurídica.

A sociedade personificada tem direito subjetivo próprio a uma existência digna e a desconsideração de sua personalidade em afronta aos limites e pressupostos da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, tal como foi concebida e desenvolvida na própria hermenêutica do Direito Empresarial, enquanto ramo

jurídico autônomo, implica violação ao seu direito de existência digna.<sup>34</sup>

Assim, o que se pode afirmar é que o instituto da desconsideração, se aplicado de forma indevida, fere o princípio da dignidade da pessoa jurídica, devendo ser essa aplicação errônea considerada não apenas ilegal, mas inconstitucional, por todo o exposto.

## CONCLUSÃO

Conforme visto, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica fora criado tendo em vista a preservação da figura da própria sociedade empresária e da atividade que dela decorre. Entretanto, sua utilização precipitada e excessiva pode levar a prejuízos irreparáveis, não apenas para a sociedade na qual é aplicado indevidamente o instituto, mas também para o mercado em si, vez que a aplicação errônea pode desestimular as pessoas naturais que buscam ingressar em uma sociedade empresária, ao perceberem que as garantias de responsabilidade limitada e de blindagem de seu patrimônio pessoal podem ser facilmente quebradas.

Conforme visto, a melhor doutrina aponta no sentido de se aplicar os direitos da personalidade às pessoas jurídicas, tendo embasamento legal e jurisprudencial nesse sentido, sendo editada inclusive súmula do Superior Tribunal de Justiça que fortalece esse entendimento. Deve-se aplicar também, conforme os dispositivos constitucionais e legais apontados, o Princípio da Preservação da Empresa e o Princípio da Dignidade da Pessoa Jurídica. Sendo assim, mesmo sendo considerada uma ficção legal, a pessoa jurídica merece um tratamento digno durante toda a sua existência, podendo a sua dignidade ser entendida como uma garantia constitucional.

Restou demonstrado que a *disregard doctrine* tem sido não raras vezes aplicada de modo errôneo e inadequado por nossos tribunais, o que faz com que, de forma precipitada e infundada, a personalidade jurídica da sociedade empresária venha a ser desconsiderada, causando efetivos prejuízos para tais entidades fictícias, seus sócios, bem como todos os que dela dependem.

Entendendo que se aplica às pessoas jurídicas o Princípio da Dignidade da Pessoa Jurídica, deve-se ter maior cautela ainda na aplicação da *disregard doctrine*, vez que, além de todos os malefícios que decorrem da sua determinação

---

<sup>34</sup> GONTIJO, Vinícius José Marques. Do princípio da dignidade da pessoa jurídica. Op. cit., p. 151-158.

indevida, sua ocorrência ainda desrespeita a dignidade da pessoa jurídica de forma grave e irreparável.

O desrespeito ao Princípio da Preservação da Empresa, bem como à dignidade da pessoa jurídica, por todos os fundamentos expostos, deve ser considerado não apenas um ato ilegal, mas, sobretudo, inconstitucional, trazendo prejuízos irreparáveis não apenas para o ente fictício, seus sócios e empregados, mas também para o Estado e para a nossa sociedade, que tanto depende do exercício da atividade empresária e daqueles que nela ingressam.

## REFERÊNCIAS

- AMARAL, Francisco. *Direito civil: Introdução*. 6. ed. São Paulo: Renovar, 2006.
- CEOLIN, Ana Caroline Santos. *Abusos na aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2013.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2011.
- GONTIJO, Vinícius José Marques. Do princípio da dignidade da pessoa jurídica. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, v. 149/150, p. 151-158, jan./dez. 2008.
- \_\_\_\_\_. Responsabilização no Direito Societário de Terceiro por obrigação da Sociedade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 854, p. 38-51, dez. 2006.
- GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- \_\_\_\_\_; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- LIMA, Osmar Brina Corrêa; LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. *Comentários à nova lei de falência e recuperação de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de direito privado*. 2 ed. Campinas: Bookseller, t. 1, 2000.
- MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro. *Curso de direito civil*. 42. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2009.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2005.

SILVA, Alexandre Couto. *A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a desconsideração da personalidade jurídica. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 30, p. 53-77, jan./mar. 2007.

\_\_\_\_\_. *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.



# DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO DE MATRIZ LEGAL E SUA EVOLUÇÃO NO BRASIL

## THE EVOLUTION OF NATIONAL LEGISLATION ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW IN BRAZIL

André de Carvalho Ramos<sup>1</sup>

Professor de Direito Internacional e Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Largo São Francisco)

**RESUMO:** O artigo analisa a evolução das leis sobre o Direito Internacional Privado no Brasil, mostrando os desafios para o tratamento coerente e sistemático da matéria na atualidade. Ao final, o artigo defende a edição de uma nova lei geral de direito internacional privado, que promova o diálogo das fontes com os tratados internacionais de direito internacional privado celebrados pelo Brasil.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Internacional Privado; lei de introdução às normas do Direito brasileiro; diálogo das fontes.

**ABSTRACT:** *This article analyses the development of Private International Law legal regulation in Brazil, showing the challenges to the achievement of a coherent and systematic treatment of the subject nowadays. The analysis raises several broad, structural issues. At the end, the article supports the adoption of a new private*

*international law statute that promotes the dialogue of sources with the treaties ratified by Brazil.*

**KEYWORDS:** *Private International Law; introduction of Brazilian Law statute; dialogue of sources.*

**SUMÁRIO:** Introdução: a proposta do artigo; 1 As fontes do Direito Internacional Privado: entre o particularismo nacionalista e a ambição universalista; 2 O Direito Internacional Privado de matriz legal; 3 O Brasil e a pluralidade das fontes; 4 Da legislação portuguesa à introdução ao Código Civil de 1916; 5 O grande dissenso: o estatuto pessoal; 6 Rumo à Lei de Introdução ao Código Civil: a opção do Estado Novo pela lei do domicílio; 7 As alterações posteriores; 8 Os projetos após a LICC de 1942; 9 A internacionalização das normas de DIPr; Conclusão: o Brasil precisa ainda de uma lei geral de Direito Internacional Privado?; Referências.

<sup>1</sup> Doutor e Livre Docente em Direito Internacional (USP), Procurador Regional da República, Procurador Regional Eleitoral do Estado de São Paulo (2012-2016).



**SUMMARY:** *Introduction: the article's proposal; 1 The sources of the private international law: between the national particularism and the universalist ambition; 2 National legislation on Private International Law; 3 Brazil and the plurality of sources; 4 From the Portuguese legislation to the introduction of the 1916 Civil Code; 5 The great conflict: personal statute; 6 Towards the Introduction to the Civil Code Law: the "New State's" option for the law of the domicile; 7 Later changes; 8 The "LICC" projects after 1942; 9 The "internationalization" of Private International Law rules; Conclusion: Does Brazil still need a general law of Private International Law?; References.*

## INTRODUÇÃO: A PROPOSTA DO ARTIGO

O presente artigo analisa a evolução do *tratamento legal* no Brasil do Direito Internacional Privado. Esse tratamento legal foi objeto de intenso debate já na segunda metade do século XIX, no bojo das discussões da codificação do direito privado brasileiro. Porém, foi somente no início do século XX que, pela primeira vez, foram editadas normas legais referentes ao Direito Internacional Privado em seu conjunto na introdução ao Código Civil de 1916 (Lei nº 3.071, de 1º janeiro de 1916, vigência a partir de 1917). Desde então, o Brasil conta com um corpo interno de normas de direito internacional privado, que interagem com os inúmeros tratados internacionais já celebrados pelo País desde então. Assim, a proposta do artigo é focar a evolução histórica do chamado Direito Internacional de matriz legal (também chamado de particularista, nacionalista ou unilateral), que é aquele composto por normas nacionais, bem como palmilhar as perspectivas de tal opção em face do fortalecimento do Direito Internacional Privado multilateral, formado por tratados sobre a matéria.

## 1 AS FONTES DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO: ENTRE O PARTICULARISMO NACIONALISTA E A AMBIÇÃO UNIVERSALISTA

O Direito Internacional Privado (DIPr) debruça-se sobre a regência – tanto normativa quanto de julgamento e implementação de decisões – de fatos sociais que se relacionam com mais de uma comunidade humana, também denominados fatos transnacionais. Esses fatos sociais são *multiconectados* ou *plurilocalizados*, podendo ser regulados por mais de um ordenamento jurídico.

Cabe ao Direito Internacional Privado (DIPr) regrar justamente essa *potencialidade de aplicação espacial* de mais de um ordenamento jurídico, evitando sobreposição ou omissão (ausência de normas), bem como fixar a jurisdição

em litígios contendo elementos de estraneidade (vínculos com mais de um ordenamento jurídico) e ainda regular o reconhecimento e a execução de decisões estrangeiras referentes a fatos transnacionais.

Com isso, o Direito Internacional Privado contemporâneo é caracterizado pela *pluralidade de objetos*, orbitando em torno da *gestão da diversidade* de ordenamentos jurídicos diante de um fato transnacional. Entre os objetos da disciplina, há (i) a escolha da lei; (ii) a determinação da jurisdição e (iii) o reconhecimento e execução de decisões estrangeiras (também conhecido como cooperação jurídica internacional), sendo ainda sustentado por expressiva parte da doutrina a inclusão dos temas referentes à (iv) nacionalidade e (v) a condição jurídica do estrangeiro<sup>2</sup>.

Por outro lado, a percepção contemporânea do DIPr vivencia o *pluralismo de fontes*, de acordo com a expressão de Héléne Gaudemet-Tallon. O pluralismo de fontes consiste na diversidade da origem das normas de DIPr (fontes internacionais, regionais e nacionais), gerando diversas questões envolvendo a coexistência e o conflito de fontes, com recurso à especialidade e à hierarquia<sup>3</sup>.

A expressão *fontes do direito* é, antes de tudo, polissêmica: retrata, por um ângulo, os modos pelos quais as normas jurídicas são produzidas (fontes formais) e, por outro, os eventos sociais que geram as necessidades a serem reguladas pelas normas jurídicas (fontes materiais). As fontes materiais do DIPr são consequências da “sociedade que se move” e não obedece as fronteiras políticas de um estado: os *fatos transnacionais* são aqueles eventos do mundo fenomênico com *elemento (ou vínculo) de estraneidade*.

Tal vínculo de estraneidade pode ser classificado como (i) *de fato*, que é aquele gerado por uma situação de fato, como, por exemplo, a existência de bens localizados em diversos países (gerando dúvida quanto à sucessão, por exemplo); ou (ii) *de direito*, que é aquele gerado por um ato jurídico, como, por exemplo, a cláusula contratual – fruto da autonomia da vontade – determinando o uso de lei estrangeira. A proliferação de relações jurídicas transnacionais – gerada pela facilidade de comunicação (*vide* a Internet) – massificou o Direito

---

<sup>2</sup> No Brasil, sustenta, com maestria, a inclusão da condição jurídica do estrangeiro e da nacionalidade como parte do DIPr, um dos maiores nomes da disciplina nas últimas décadas no Brasil, Professor Titular de Direito Internacional Privado da UERJ, Jacob Dolinger. Ver: DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado* – Parte geral. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense/GEN, 2014.

<sup>3</sup> GAUDEMET-TALLON, Héléne. Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l’arc-en-ciel). 312 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye* (2005). p. 9-40.

Internacional Privado, multiplicando os fatos com *vínculos de estraneidade* que uma pessoa pode se envolver ao longo de sua vida.

Já as fontes formais correspondem às normas que contêm as regras a serem aplicadas a tais fatos transnacionais. Elas podem ser classificadas quanto à origem de duas formas: (i) fontes nacionais, que são aquelas contidas em normas produzidas em cada Estado e (ii) fontes internacionais, que são aquelas contidas em normas do Direito Internacional. Entre as fontes internacionais, incluem também as normas internacionais do Direito da Integração, como, por exemplo, as normas de DIPr da União Europeia ou do Mercosul.

Consequência da pluralidade de fontes é o reconhecimento de que o Direito Internacional Privado (DIPr), como os mais diversos ramos do direito, possui normas internas e internacionais. Essa realidade não é nova: desde o século XIX, com os tratados de Lima e Montevidéu, há intenso processo de produção de normas internacionais de DIPr. Lentamente, há até mesmo um predomínio de normas internacionais na matéria, o que, obviamente, é consequência de seu próprio objeto, nitidamente transnacional, na qual um Estado teria dificuldade de, sozinho e por leis internas, regular.

Porém, o espaço normativo das leis internas ainda é grande. O Brasil conta com uma Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro (antiga Lei de Introdução ao Código Civil), que trata do DIPr em grande parte de seu texto: dos seus 19 artigos, 13 são destinados à disciplina (arts. 7º ao 19), como veremos neste artigo.

## 2 O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO DE MATRIZ LEGAL

No seu desenvolvimento histórico, o Direito Internacional Privado (DIPr) clássico apresentou uma tensão entre a doutrina de ambição universalista, especialmente retratada nas obras de Savigny<sup>4</sup> e Mancini<sup>5</sup>, e a inexorável edição de *normas nacionais* de Direito Internacional Privado pelos Estados.

A defesa do universalismo partiu da ideia doutrinária (difundida por Savigny<sup>6</sup>), de claro conteúdo abstrato, da existência de uma “comunidade

<sup>4</sup> SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema do direito romano atual*. Trad. Ciro Mioranga (edição original de 1849). Ijuí: Unijuí, v. VIII, 2004.

<sup>5</sup> MANCINI, Pasquale S. *Direito internacional*. Trad. Ciro Mioranga (edição original em italiano de 1873). Ijuí: Unijuí, 2003, em especial “A nacionalidade como fundamento do Direito das Gentes” e “A vida dos povos na humanidade”, respectivamente p. 31-86 e p. 175-226.

<sup>6</sup> SAVIGNY, Friedrich Carl von. Op. cit.

jurídica entre os povos” de ascendência europeia, o que faria com que o DIPr fosse um direito universal. Ocorre que essa ideia doutrinária era frágil e só se concretizaria com a edição de tratados que, então, provariam que os Estados aceitavam valores comuns de DIPr. Porém, a necessidade dos Estados contarem com normas próprias de Direito Privado para atender as demandas dos agentes econômicos de cada sociedade fez nascer ordenações nacionais de DIPr. O DIPr ancorou-se, assim, nos valores locais e leis domésticas, sendo palco fértil para o debate da ordem pública, normas imperativas e *lois de police*.

Essa tendência de codificação nacional gerou consequências, pois implicou na edição de normas nacionais de DIPr, levando à criação de um direito internacional privado positivado de matriz legal e superando a visão de que a disciplina seria de fonte internacional costumeira ou mesmo doutrinária.

Além disso, essas leis nacionais geraram a concepção – ainda difícil de ser superada – de ser o DIPr uma disciplina de forte raiz nacional, distanciando-se da visão de maior apelo universal. E, finalmente, a onda de leis nacionais de DIPr gerou o reconhecimento, inserido nas normas nacionais, de valores internos considerados intangíveis, consagrando o conceito de ordem pública e o óbice à aplicação do direito estrangeiro, podendo inclusive levar à xenofobia e chauvinismo jurídicos.

Em boa parte do século XX, o DIPr nacionalista (ou unilateral) aumentou sua importância pelos seguintes fatores: (i) criação de novos Estados, com a crise e posterior desaparecimento do colonialismo europeu, fazendo nascer novas ordenações nacionais de DIPr e (ii) uma nova conduta intervencionista do Estado, após a crise global do capitalismo em 1929, gerando o reforço à edição de leis nacionais para a proteção de valores internos.

No final do século XIX, esboçou-se uma tímida reação à fragmentação legalista do Direito Internacional Privado, com a elaboração dos primeiros tratados de Direito Internacional Privado, como o Tratado de Lima de 1877 (sobre conflito de leis), os Tratados de Montevideu de 1889. Na Europa, Mancini esforçou-se pela criação do *Institut de Droit International* (1873), organização não governamental de cunho acadêmico que repercutiu os debates sobre uma visão universal do DIPr. Em 1893, a Holanda, sob a influência de Tobias M. C. Asser, sediou a primeira *Conferência da Haia sobre Direito Internacional Privado*, que se transformou, em 1955, em organização internacional voltada ao estudo e desenvolvimento de tratados de DIPr. Porém, a evolução do *Direito Internacional Privado multilateral*, baseado em tratados e demais normas internacionais, é lenta

e convive com o Direito Internacional Privado nacionalista ou unilateral, que é aquele fruto de leis internas.

### 3 O BRASIL E A PLURALIDADE DAS FONTES

A Constituição brasileira é, naturalmente, fonte do Direito Internacional Privado (DIPr), ao dispor, genericamente, que a República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelo *princípio da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade* (art. 4º, inciso IX). Em termos focados na integração latino-americana, prevê o art. 4º, parágrafo único, que “a República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”. Pairando sobre esses dispositivos, há ainda a menção, como *fundamento do Estado Democrático de Direito* brasileiro, da promoção da *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III).

Esses dispositivos constitucionais gerais permitem o rechaço de uma eventual visão *xenófoba* e *chauvinista*, refratária à essência do DIPr, que é a *gestão da diversidade jurídica*, aplicada aos fatos transnacionais. Assim, eventual recusa sem motivo à (i) aplicação da lei estrangeira, ou (ii) rechaço injustificado à jurisdição estrangeira, bem como (iii) à cooperação jurídica internacional (os três objetos principais do DIPr), devem ser tidos como inconstitucionais, pois ameaçam à cooperação entre os povos e amesquinham a *idêntica dignidade entre nacionais e estrangeiros*.

Claro que a Constituição não veda a recusa *justificada* à aplicação da lei estrangeira, o que, na minha visão, deve se dar com fundamento na *gramática dos direitos humanos*. Da mesma maneira que o respeito à dignidade de todos (não só de nacionais) impulsiona a aceitação do Brasil à aplicação direta ou indireta do direito estrangeiro, essa mesma dignidade pode servir para impedir a escolha de uma lei discriminatória ou uma cooperação jurídica internacional na qual se solicite, ao Brasil, que auxilie na violação de direitos de determinado indivíduo.

Além desses dispositivos genéricos, a CF/1988 ainda possui regras específicas sobre cooperação jurídica internacional, ao regular a carta rogatória e a homologação de sentença estrangeira (art. 105, I, *i*), bem como a extradição (art. 5º, LII, e art. 102, I, *g*).

No plano infraconstitucional, destacam-se as seguintes leis, sobre a pluralidade de objeto do DIPr: (i) a Lei nº 12.376/2010 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), que, altera meramente a epígrafe da Lei

de Introdução ao Código Civil de 1942, tratando do DIPr dos arts. 7º a 197; (ii) Código de Processo Civil (temas de jurisdição e cooperação jurídica internacional); (iii) Código de Processo Penal (temas de jurisdição e cooperação jurídica internacional) e (iv) Lei nº 9.307/1996 (escolha da lei e jurisdição), sem contar outras leis extravagantes, como o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565/1986 – arts. 1º a 10).

A dispersão é evidente: não há um único diploma normativo de cunho legal que abranja toda a *tríade contemporânea do DIPr*, a saber: (i) concurso de leis, (ii) determinação da jurisdição e (iii) cooperação jurídica internacional. Mesmo a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro é incompleta, pois se origina da ideia de se adotar normas de Direito Internacional Privado em uma lei de introdução ao Código Civil. Essa ideia constava do anteprojeto de Clóvis Beviláqua à introdução ao Código Civil de 1916, que entrou em vigor em 1917, sendo, por sua vez, influência do modelo adotado pelo legislador alemão de 1896, de regular o conflito das leis no espaço em uma lei de introdução ao Código Civil. Em 1942, a ditadura de Vargas atualizou os comandos de Direito Internacional Privado pela adoção de uma Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/1942). Em 2010, a Lei nº 12.376 meramente mudou o nome do Decreto-Lei nº 4.657, que passou a ser denominado “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro”.

Analisaremos a seguir o desenvolvimento do Direito Internacional Privado brasileiro de matriz legal, com foco no processo de sucessão de leis que desembocou na atual lei de introdução às normas do Direito Brasileiro.

#### 4 DA LEGISLAÇÃO PORTUGUESA À INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL DE 1916

Após a independência do Brasil, a Constituição de 1824 estabeleceu, em seu art. 179, inciso XVIII, que deveria ser organizado um Código Civil o “quanto antes”, baseado na justiça e equidade<sup>8</sup>. A lei de 20 de outubro de 1823 determinou, em seu art. 1º, a vigência, no Brasil independente, das “Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos, e Resoluções promulgadas pelos Reis de Portugal, e pelas quais o Brasil se governava até o dia 25 de abril de 1821”,

<sup>7</sup> A Lei nº 12.376/2010 apenas modificou a epígrafe da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC, Decreto-Lei nº 4.657, de 24 de outubro de 1942). A LICC de 1942 substituiu a introdução ao Código Civil, que entrou em vigor a partir de 1 de janeiro de 1917.

<sup>8</sup> Constituição de 1824, art. 179, XVIII: “Organizar-se-ha quanto antes um Codigo Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade”.

modificadas por leis e decretos extravagantes posteriores, até que o novo Código Civil entrasse em vigor<sup>9</sup>. Assim, as Ordenações Filipinas (de 1603), por exemplo, vigoraram no Brasil até 1917, bem depois de sua revogação em Portugal (ocorrida em 1868<sup>10</sup>).

Essa opção pela manutenção da legislação portuguesa até a edição de nova codificação civilista pelo Império atrasou qualquer inovação que pudesse ser adotada no âmbito do Direito Internacional Privado (DIPr). Mesmo no que tange à regulação do *estatuto pessoal*, tema típico do DIPr, a manutenção da visão portuguesa do uso da lei da nacionalidade impediu que fosse aceita uma ruptura a favor da lei do domicílio, reforçando a ideia de que a utilização da lei da nacionalidade compunha a *tradição brasileira*.

Somente em 1855, o Império entendeu necessária uma *Consolidação das Leis Cíveis*, como passo antecedente de um novo Código. Em 1858, foi aprovada essa *Consolidação*, com 1.333 artigos, elaborada por Teixeira de Freitas. No mesmo ano, o Imperador Pedro II autorizou a elaboração de um projeto de código civil. Novamente, foi convocado Teixeira de Freitas, cujo projeto foi inicialmente denominado *Esboço de Código Civil*, obra que unificou o Direito Civil com o Direito Mercantil. Tal projeto não foi aceito e, em 1872, foi contatado Nabuco de Araújo para elaborar novo projeto, não o tendo terminado até sua morte. Em 1881, foi a vez da apresentação do projeto de Felício dos Santos, que não recebeu o apoio de Comissão de juriconsultos nomeada para analisá-lo. Essa comissão fez também um esforço de Codificação, mas, em 1886, foi dissolvida após a perda de alguns membros<sup>11</sup>.

Em 1889, no último ano do Império, Cândido de Oliveira, então Ministro da Justiça, iniciou novo esforço, ao nomear uma comissão para apresentar um projeto de codificação, mas, com a proclamação da República no final do mesmo ano, não prosseguiu os trabalhos<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei\\_sn/antioresa1824/lei-40951-20-outubro-1823-574564-publicacaooriginal-97677-pe.html](http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/antioresa1824/lei-40951-20-outubro-1823-574564-publicacaooriginal-97677-pe.html)>. Acesso em: 26 jan. 2015.

<sup>10</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito - Introdução e teoria geral - Uma perspectiva luso-brasileira*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978. p. 116

<sup>11</sup> Conferir a lenta tramitação da codificação do direito civil brasileiro em: ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Tratado de direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. II, 1939. p. 522 e ss.

<sup>12</sup> DINIS, Maria Helena. Código Civil de 1916. In: BITTAR, Eduardo C. B. *História do direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 229-240, em especial p. 232.

A lentidão do Império em romper integralmente os laços com o *direito privado português* espelha o modo pelo qual foi forjado o Brasil independente, que teve uma dinastia europeia na chefia do Estado, mimetizando inclusive títulos de nobreza para a elite dominante.

Se, na atualidade, chamaria a atenção o uso do direito privado de *outro país* décadas a fio, na época, a centralidade do direito privado na economia no século XIX era bem maior e tal manutenção do direito português (até mesmo revogado) mostra o evidente desejo do Império de evitar um rompimento total com o ordenamento de viés europeu.

Com a proclamação da República, acelerou-se o desejo governamental de criação de um Código Civil brasileiro para mostrar o distanciamento com a opção monárquica de manutenção do uso de parte importante do direito privado português. Coelho Rodrigues foi incumbido do projeto em 1890, tendo-o terminado em 1893, mas seu texto final foi rejeitado por comissão de análise do Congresso.

Em 1899, o Presidente Campos Sales (Ministro da Justiça na época do projeto Coelho Rodrigues) nomeou Clóvis Beviláqua para elaborar o novo Código Civil, que apresentou o projeto no final do mesmo ano.

Após 16 anos de demorados debates no Congresso, o Código foi promulgado em 1º de janeiro de 1916, entrando em vigor em 1º de janeiro de 1917 (Lei nº 3.071/1916). Em seu art. 1.807, houve, finalmente, a revogação expressa das “Ordenações, Alvarás, Leis, Decretos, Resoluções, Usos e Costumes concernentes às matérias de direito civil” reguladas no Código.

A temática do Direito Internacional Privado constou da parte introdutória do Código Civil (art. 1º ao art. 21), em especial do art. 8º ao art. 21, seguindo a linha da Lei de Introdução ao Código Civil Alemão<sup>13</sup> de 18 de outubro de 1896 (EGBGB<sup>14</sup>).

## 5 O GRANDE DISSENSO: O ESTATUTO PESSOAL

O grande tema de discussão no DIPr no final do século XIX e começo do século XX, época das discussões sobre a elaboração da introdução ao Código

<sup>13</sup> Sobre a influência do Código Civil alemão de 1900 *Bürgerliches Gesetzbuch* (ou BGB) sobre o Brasil, ver, por todos: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. A influência do BGB e da doutrina alemã no Direito Civil brasileiro do século XX. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 102, n. 938, p. 79-155, dez. 2013.

<sup>14</sup> Lei de Introdução ao Código Civil Alemão. Disponível em: <[http://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgbeg/englisch\\_bgbeg.html#p0080](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgbeg/englisch_bgbeg.html#p0080)>. Acesso em: 25 jan. 2015.



Civil brasileiro, foi a escolha para reger o estatuto da pessoa física, o chamado “estatuto pessoa”. O estatuto pessoal engloba a regulamentação sobre estado da pessoa, capacidade, filiação, nome, pátrio poder, casamento, dissolução do matrimônio, união homoafetiva, morte, alimentos, adoção, entre outros temas. A regência do estatuto pessoal foi disputada, a partir da fase clássica do Direito Internacional Privado, por duas regras de conexão: a lei da nacionalidade (*lex patriae*) e a lei do domicílio (*lex domicilii*).

Na doutrina do final do século XIX e início do século XX, rapidamente a lei da nacionalidade foi vitoriosa. Mancini, no fervor do processo de unificação italiana, esforçou-se para consagrar o *princípio da nacionalidade* tanto no Direito Internacional Público quanto no DIPr<sup>15</sup>.

No século XIX, a consolidação do conceito da nacionalidade<sup>16</sup> como um dos principais vetores do Estado influenciou também o Direito Internacional Privado. O marco pioneiro foi o Código Civil de Napoleão, que, em seu art. 3º, estipulou que as leis concernentes ao estado e capacidade das pessoas regem os franceses mesmo quando residam em país estrangeiro<sup>17</sup>. Para Machado Villela, o fundamento, no bojo do DIPr, do uso da *lei da nacionalidade* para reger o estatuto pessoal seria que a lei pessoal era uma função da nacionalidade e por isso a lei pessoal competente deveria ser a lei nacional<sup>18</sup>.

Entre os internacionalistas europeus, a grande maioria apoiou as ideias de Mancini, o que fez o Instituto de Direito Internacional<sup>19</sup> editar, em 1880, a Resolução de Oxford sobre os princípios gerais em matéria de nacionalidade, capacidade, sucessão e ordem pública, consagrando a *lei nacional* (item VI da Resolução)<sup>20</sup>. Savigny, contudo, manteve a adesão à lei do domicílio, defendendo,

<sup>15</sup> MANCINI, Pasquale S. A nacionalidade como fundamento do direito das gentes (1851). In: *Direito internacional - Coletânea*. Ijuí: Unijuí, 2003. p. 35-86.

<sup>16</sup> Demonstrando que o conceito de nacionalidade não é atemporal, mas serviu aos esforços dos Estados europeus do século XIX, ver: HOBBSAWM, Eric J. *Nações e nacionalismo*. 5. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2008. p. 11-61.

<sup>17</sup> MACHADO VILLELA, Álvaro da Costa. *Tratado elementar (teórico e prático) de direito internacional privado*. Coimbra: Coimbra Editora, v. I, 1921. p. 416.

<sup>18</sup> Idem, p. 415.

<sup>19</sup> Organização não governamental de cunho científico e acadêmico voltada ao Direito Internacional, criada em 1873 por Mancini, Carlos Calvo, Asser e outros.

<sup>20</sup> Instituto de Direito Internacional, Resolução de 1880, Oxford, referente aos *Principes généraux en matière de nationalité, de capacité, de succession et d'ordre public*. Item VI: “VI. L'état et la capacité d'une personne sont régis par les lois de l'Etat auquel elle appartient par sa nationalité”. (grifo meu) (Disponível em: <[http://www.idi-iiil.org/idiF/resolutionsF/1880\\_oxf\\_01\\_fr.pdf](http://www.idi-iiil.org/idiF/resolutionsF/1880_oxf_01_fr.pdf)>. Acesso em: 25 jan. 2015).

com base em seus estudos sobre o Direito romano e também em virtude da ampla aceitação da lei do domicílio, a sua continuidade<sup>21</sup>.

Naquele momento histórico (transição do século XIX e século XX), a maior parte dos doutrinadores internacionalistas influentes era de origem europeia (mesmo Carlos Calvo, argentino, viveu boa parte de sua vida em Paris, onde faleceu) e os Estados europeus viam a lei do domicílio como ameaça, equivalente ao rompimento dos laços com a comunidade de migrantes espalhada em especial na América Latina.

No Brasil independente, o Direito Internacional Privado foi absorvido nas discussões sobre o novo Código Civil, seguindo a tradição europeia de tratar dos fatos transnacionais em Códigos ou em leis de introdução, segundo a matéria (Código Civil, Código Penal etc.) e não tratando de todas as espécies em uma única lei de direito internacional privado.

Por outro lado, essa opção de tratar de todas as facetas cíveis e não cíveis em um *único diploma* foi seguida por alguns tratados de Direito Internacional Privado, como, por exemplo, o Código Bustamante (Convenção Panamericana de Direito Internacional Privado, 1928<sup>22</sup>).

No caso brasileiro, a legislação de direito privado esparsa vigente no Império optou pela aplicação da lei da nacionalidade, como se vê no art. 3º do Regulamento nº 737 de 1850 (referente a atos de comércio), pelo qual as “leis e usos comerciais dos países estrangeiros regulam as questões sobre estado e idade dos estrangeiros residentes no Império”<sup>23</sup>. Na *Consolidação das Leis Civis* (1858) do Império, na qual Teixeira de Freitas (contratado, em 1855, pelo Imperador para tal tarefa) condensou a legislação vigente, ficou estabelecido no art. 408 que as “questões de estado e idade de estrangeiros residentes no Império, quanto à capacidade para contratar, serão também reguladas pelas leis e usos dos países estrangeiros”<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> Ver: SAVIGNY, Friedrich Carl von. Op. cit., §§ 358-359, p. 100-110.

<sup>22</sup> Ratificada pelo Brasil e incorporada internamente pelo Decreto nº 18.871, de 13 de agosto de 1929. O Código é imenso (437 artigos), dividido em quatro livros: Direito Civil Internacional, Direito Comercial Internacional, Direito Penal Internacional e Direito Processual Internacional.

<sup>23</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/Historicos/DIM/DIM737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM737.htm)>. Acesso em: 26 jan. 2015.

<sup>24</sup> Grafia atualizada por mim. Utilizei o texto da terceira edição, de 1876, que foi republicado na Coleção *História do Direito Brasileiro – Direito Civil*, com prefácio do Ministro Ruy Rosado de Aguiar. (*Consolidação das leis civis*. Prefácio de Ruy Rosado de Aguiar. Fac-símile da 3ª edição de 1876. Brasília:

Também os projetos e discussões sobre o novo Código Civil ainda na época do Império, adotaram a lei da nacionalidade, como se vê no chamado Projeto Nabuco (art. 35<sup>25</sup>) e no Projeto Felício dos Santos (art. 18<sup>26</sup>). A exceção foi o *Esboço* de Teixeira de Freitas, que defendeu o uso da lei do domicílio (arts. 26 e 27<sup>27</sup>). Já na República, o primeiro projeto solicitado a Coelho Rodrigues (entregue em 1893, mas rejeitado por comissão do Congresso) também adotou a lei da nacionalidade para a regência do estatuto pessoal (art. 13<sup>28</sup>). Comentando essa opção, Teixeira de Freitas apoiou-se nitidamente em Savigny e sua teoria da sede das relações jurídicas, afirmando que “é o domicílio, e não a nacionalidade o que determina a sede jurídica das pessoas, para que se saiba quais as leis civis que regem a sua capacidade ou incapacidade”<sup>29</sup>.

Por sua vez, Pimenta Bueno, na primeira obra sobre Direito Internacional Privado publicada no Brasil, defendeu também a lei da nacionalidade para a regência do estatuto pessoal, sustentando que “cada nacionalidade ou país tem o seu estatuto pessoal especial e apropriado, que acompanha os seus nacionais em toda e para toda e qualquer parte a que eles se dirijam”<sup>30</sup>.

Na época, a integração econômica do Brasil com a Europa, bem como a influência dos círculos acadêmicos europeus fez com que a onda a favor do uso da nacionalidade (adotada pelo Instituto de Direito Internacional e pela

---

Senado Federal, 2 v., 2003). A “Consolidação” possui uma introdução e ainda 1.333 artigos, fazendo a função de codificação do direito privado até a entrada em vigor do Código Civil em 1917.

<sup>25</sup> “Art. 35. O estado e a capacidade civil das pessoas são regulados pelas leis da nação à qual elas pertencem [...]”

<sup>26</sup> “Art. 18. O estado e a capacidade civil dos brasileiros, domiciliados ou residentes em país estrangeiro, são regulados pelas leis brasileiras, quanto aos atos que n Brasil tiverem de produzir os seus efeitos.”

<sup>27</sup> Grafia atualizada. “Art. 26. A capacidade, ou incapacidade (art. 25), quanto a pessoas domiciliadas em qualquer seção territorial do Brasil, ou sejam nacionais ou estrangeiras, serão julgadas pelas leis deste Código, ainda que se trate de atos praticados em país estrangeiro ou de bens existentes em país estrangeiro.” “Art. 27. A capacidade, ou incapacidade (art. 25) quanto a pessoas domiciliadas fora do Brasil, ou sejam estrangeiras ou nacionais, serão julgadas pela lei do respectivo domicílio, ainda que se trate de atos praticados no Império, ou de bens existentes no Império.”

<sup>28</sup> “Art. 13. O estado e a capacidade das pessoas, assim como os seus direitos de família, são regidos pela lei nacional das mesmas pessoas.”

<sup>29</sup> FREITAS, Augusto Teixeira de. *Código civil: esboço*. Rio de Janeiro: Ministro da Justiça e Negócios Interiores, 1952 (original de 1864).

<sup>30</sup> Grafia atualizada. PIMENTA BUENO, José Antônio. *Direito internacional privado e aplicação de seus princípios com referência as leis particulares do Brasil*. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve e C, 1863. p. 14.

Conferência da Haia de Direito Internacional Privado) não fosse questionada no Brasil.

Na esfera governamental, a retórica das últimas décadas do século XIX impulsionou o uso da regra da nacionalidade, que seria a melhor opção para atrair migrantes ao Brasil, que não precisariam temer a lei local. Eles “transportariam” sua própria lei para o Novo Mundo. Esse argumento em prol da lei da nacionalidade foi explicitado pelo delegado brasileiro no Congresso de Montevidéu de 1878, nos debates sobre a elaboração de tratado de direito civil internacional. A maioria dos delegados dos outros países defendeu a adoção da lei do domicílio para reger o estatuto pessoal. Já a delegação brasileira notabilizou-se por se *opor* ao projeto, pela defesa da *lei da nacionalidade* para reger a capacidade e personalidade. Os delegados dos demais países estavam conscientes do risco de falta de coerência e fragmentação da lei aplicável, se fossem adotadas as leis nacionais dos imigrantes<sup>31</sup>. Contudo, para o Império brasileiro, na voz do Delegado Andrade Figueira, o princípio da nacionalidade seria um atrativo ao estrangeiro, que, sem ele, não seria estimulado a aceitar a imigração à América do Sul<sup>32</sup>. Essa defesa retórica, sem base empírica e até contrária aos fatos da época (os demais Estados americanos adotaram a lei do domicílio e continuaram a receber migrantes) afastou o Brasil da codificação sul-americana da época.

Já na República, o Projeto Beviláqua seguiu a tradição imperial, tendo disposto, no art. 22, que “a lei nacional da pessoa rege a sua capacidade e seus direitos de família”. Narram Espínola e Espínola Filho que poucos juristas brasileiros envolvidos na revisão do projeto Beviláqua apoiaram a adoção da lei do domicílio (a favor da *lex domicilii* estavam Costa Barradas e Bulhões de Carvalho<sup>33</sup>).

Na defesa da lei da nacionalidade, Beviláqua apelou, entre outros argumentos, ao vínculo entre o Estado e seu nacional do Direito Internacional Público, sustentando que essa emanção protetora também deveria ser utilizada no DIPr: “O estatuto pessoal, isto é, o conjunto das relações de direito que se

<sup>31</sup> NOLDE, Boris. La codification du droit international privé. *Recueil de Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, p. 303-430, em especial, p. 356

<sup>32</sup> Ver a exposição dos argumentos do delegado brasileiro Andrade Figueira em: ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Tratado de direito civil brasileiro*. Do direito internacional privado brasileiro - Parte especial. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. VIII, t. 1, 1942. p. 189.

<sup>33</sup> *Idem*, p. 194.

agrupam, sob o domínio da lei pessoal, deve ser a emanção protetora do Estado a que o individuo pertence e não a do país onde o individuo se acha”<sup>34</sup>.

Os debates na Câmara e no Senado foram, por anos, acirrados, com a minoria de parlamentares advertindo sobre o risco da adoção da lei da nacionalidade em um país em pleno momento de recebimento de imigrantes europeus. Entre os parlamentares, Carlos Maximiliano, elogiando Teixeira de Freitas, defendeu, sem sucesso, a modificação do projeto para que fosse adotada a lei do domicílio: “Um país de imigração reclama a aplicação e o predomínio da lei do domicílio. Ciência imperfeita, o direito internacional privado não poderá deixar de ser particularista e função do direito público interno”<sup>35</sup>.

Findo o longo debate, a lei da nacionalidade prevaleceu na CC/1916 (art. 8<sup>o</sup><sup>36</sup>), mantendo-se a tradição das leis e tratados vigentes desde o Império, com a ressalva do *uso subsidiário da lei do domicílio*, caso a pessoa não possuísse nacionalidade (apátrida – art. 9<sup>o</sup>). No caso dos polipátridas, sendo uma delas a nacionalidade brasileira, deveria ser utilizada a lei brasileira<sup>37</sup>.

A manutenção da lei da nacionalidade no Império e nas primeiras décadas da República teve impacto indissociável na explosão do número de casos de aplicação da lei estrangeira no Brasil.

O Direito Internacional Privado foi extremamente impulsionado, pois em diversas regiões do Brasil os imigrantes eram maioria nas comunidades. Já em 1915, Rodrigo Octávio fez pungente diagnóstico da diferença de interesse entre os Estados europeus (que defendiam a lei da nacionalidade) e os Estados que recebiam imigrantes, pois será “a lei estrangeira que regulará a vida jurídica privada de toda a população de uma região nacional”, concluindo que a adoção

<sup>34</sup> BEVILAQUA, Clóvis. *Princípios elementares de direito internacional privado*. 1. ed. Salvador: Livraria Magalhães, 1906. p. 146. Com atualização da redação em português.

<sup>35</sup> Os debates parlamentares que antecederam a aprovação do Projeto Beviláqua foram reproduzidos com minúcias em: ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Tratado de direito civil brasileiro*. Do direito internacional privado brasileiro – Parte especial, p. 254.

<sup>36</sup> MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *Diálogo das Fontes – Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012. p. 18-66, em especial, p. 21.

<sup>37</sup> “Art. 9. Aplicar-se-á subsidiariamente a lei do domicílio e, em falta desta, a da residência: I – Quando a pessoa não tiver nacionalidade. II – Quando se lhe atribuírem duas nacionalidades, por conflito, não resolvido, entre as leis do país do nascimento, e as do país de origem; caso em que prevalecerá, se um deles for o Brasil, a lei brasileira.”

da lei do domicílio por países como o Brasil deveria ser implementada, pois seria matéria de ordem pública<sup>38</sup>.

## 6 RUMO À LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL: A OPÇÃO DO ESTADO NOVO PELA LEI DO DOMICÍLIO

Com a queda da República Velha em 1930, Getúlio Vargas iniciou o processo de revisão do ordenamento jurídico brasileiro, para adaptá-lo às necessidades de um novo Brasil industrial, mas dentro da lógica autoritária e centralizadora que marcou todo o seu período no poder (1930-1945<sup>39</sup>).

Para tanto, foi criada, por intermédio do Decreto nº 19.459, de 6 de dezembro de 1930, uma Comissão Legislativa para elaborar anteprojatos que renovassem totalmente o Direito brasileiro. O Ministro da Justiça, Oswaldo Aranha, foi feito presidente da Comissão, sendo a 1ª Subcomissão justamente a encarregada da revisão do Código Civil, sendo nomeados Clóvis Beviláqua, Eduardo Espínola e Alfredo Bernardes da Silva. No que tange ao Direito Internacional Privado, Eduardo Espínola foi o encarregado de fazer a revisão da parte introdutória do Código Civil.

Houve divergência na Subcomissão sobre a lei de regência do estatuto pessoal das pessoas físicas. De um lado, Eduardo Espínola defendeu a adoção da lei do domicílio, o que implicaria no uso da lei brasileira aos estrangeiros domiciliados aqui. Para dar contorno prático à inovação, Espínola usou os dados sobre entrada de estrangeiros no Brasil, demonstrando que, de 1918 a 1920, houve o ingresso de mais de um milhão de estrangeiros no País. Demonstrando a importância dessa massa de imigrantes, basta lembrar que, em 1920, a população total do Brasil atingiu aproximadamente 30 milhões de habitantes<sup>40</sup>. Por outro lado, Beviláqua, na Comissão, defendeu a opção constante no Código Civil de

<sup>38</sup> Tradução livre. OCTAVIO, Rodrigo. *Le droit international privé dans la législation brésilienne*. Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1915. p. 128.

<sup>39</sup> Nesse período, foi estabelecida a base da moderna Administração Pública brasileira, com a criação do Dasp (Departamento Administrativo do Serviço Público, 1938), bem como pilares do ordenamento, como, por exemplo: Código de Processo Civil (1939), Código Penal (1940), Lei de Falências (1940), Código de Processo Penal (1941) e a Consolidação das Leis Trabalhistas (1943).

<sup>40</sup> ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Tratado de direito civil brasileiro*, p. 560. Sobre o Censo de 1920, ver dado do IBGE. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/censo-demografico>>. Acesso em: 25 jan. 2015.

1916 (lei da nacionalidade), que seria uma “tradição do nosso Direito”<sup>41</sup>. Para Eduardo Espínola, era indispensável essa mudança radical, pois

nos países de imigração as vantagens são do princípio do domicílio, para que a lei territorial se aplique ao grande número de estrangeiros, que venham neles exercer sua atividade civil ou comercial. O elemento territorial da lei deve então desenvolver toda a sua força de universalidade e, por evidente utilidade política, preponderar sobre o elemento pessoal.<sup>42</sup>

Esse anteprojeto de Lei de Introdução do Código Civil foi descartado pelo governo Vargas, tendo sido publicado, com sua justificativa, por Espínola e seu filho, em 1939<sup>43</sup>.

Ainda em 1939, Vargas designou nova Comissão para elaborar um projeto de reforma do Código Civil, convidando os juristas Orozimbo Nonato, Philadelpho Azevedo (que, pela proximidade com o ditador, foram depois nomeados para o Supremo Tribunal Federal) e Hahnemann Guimarães. Em 1941, a Comissão apresentou Anteprojeto ao governo Vargas e o publicou no Diário Oficial para conhecimento e contribuições. Desse trabalho, apenas foi aproveitada a proposta de reforma da Lei de Introdução ao Código Civil, que foi editada por meio do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, pelo Ditador Vargas.

A grande mudança da nova lei foi no tocante ao estatuto pessoal, tendo sido adotada finalmente a lei do domicílio em substituição à lei da nacionalidade. Assim, somente em 1942, o Brasil curvou-se ao já adotado nos demais países receptores de mão de obra migrante nas Américas e implantou a regra da *Lei do Domicílio (lex domicilii)*.

A aplicação, por décadas, do direito estrangeiro em diversas regiões de imigrantes no Brasil era o oposto às ambições nacionalistas e autoritárias da Ditadura Vargas, que buscava impulsionar a industrialização nacional, com

---

<sup>41</sup> ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Tratado de direito civil brasileiro*, p. 559.

<sup>42</sup> Idem, p. 558.

<sup>43</sup> Idem.

substituição das importações e ainda impunha restrições a novas ondas de imigrações estrangeiras, na busca de salvaguarda de mercado ao trabalhador brasileiro<sup>44</sup>.

Esse ambiente de modernização conservadora do Brasil gerou impacto no ordenamento jurídico e um dos alvos foi justamente a parte introdutória do Código Civil. Assim, foi editada sob a forma de decreto-lei do ditador (Decreto-Lei nº 4.657/1942) uma nova lei denominada “Lei de Introdução ao Código Civil” (LICC), uma vez que revogava a “Introdução” do Código Civil de 1916 (arts. 1º ao 21).

Para Valladão, a promulgação da LICC foi feita de modo apressado, tendo como razão imediata a entrada do Brasil na 2ª Guerra Mundial, ocorrida poucos dias antes, em 22 de agosto de 1942. A motivação da sua edição teria sido *substituir* a regra da lei da nacionalidade da antiga introdução ao Código Civil de 1916 pela da lei do domicílio, para não se aplicar o Direito estrangeiro aos nacionais do Eixo, da Alemanha e da Itália (agora súditos inimigos), que eram aqui domiciliados em virtude da forte imigração nas décadas anteriores<sup>45</sup>.

Foi criticada a falta de debate e secretismo envolvendo a lei (“obra legislativa clandestina”, para Valladão<sup>46</sup>), uma vez que a Comissão só realizou uma única reunião oficial, em 1940, na qual constou que outras reuniões anteriores, tendo sido elaborada o projeto de lei de introdução já em 1939.

Do ponto de vista formal, houve uma fundamental mudança: a Comissão entendeu, acertadamente, que os dispositivos analisados não deveriam fazer parte do Código Civil e sim constar de uma *lei autônoma*, merecendo uma legislação especial.

<sup>44</sup> Sobre a xenofobia e restrições a estrangeiros na Ditadura Vargas, ver: CARVALHO RAMOS, André de. Direitos dos estrangeiros no Brasil: a imigração, direito de ingresso e os direitos dos estrangeiros em situação irregular. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Org.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 01, 2008. p. 721-745.

<sup>45</sup> VALLADÃO, Haroldo. A lei de introdução ao código civil e sua reforma. *Revista dos Tribunais*, v. 49, n. 292, fev. 1960. p. 7-21, em especial p. 7.

<sup>46</sup> Valladão chegou, inclusive, a sustentar o que denominou “desleixo com que foi, assim, promulgada a Lei de Introdução” (idem, p. 7-8). Valladão fala, inclusive, do “desleixo com que foi, assim, promulgada a Lei de Introdução”.



## 7 AS ALTERAÇÕES POSTERIORES

Apesar de várias críticas<sup>47</sup>, houve pouca alteração da LICC no decorrer das décadas seguintes, tendo sido modificada em pequena monta em seis ocasiões.

Em 1957, foi editada a Lei nº 3.238, que alterou, no que tange ao Direito Internacional Privado, o (i) § 2º do art. 7º e (ii) o art. 18, aplacando parte das críticas da doutrina em relação a esses dispositivos, relativos ao matrimônio e às autoridades consulares.

Após a permissão constitucional do divórcio em 1977, a Lei nº 6.515 do mesmo ano alterou o § 6º do art. 7º, tornando-o compatível com a nova situação constitucional.

Em 1995, a Lei nº 9.047 alterou o § 1º do art. 10, que dispõe sobre a sucessão de bens de estrangeiros situados no Brasil, para torná-lo compatível com a Constituição de 1988.

Em 2009, novamente quanto ao divórcio, a Lei nº 12.036 alterou o mesmo dispositivo, adaptando-o à Constituição de 1988. A mesma lei também revogou o parágrafo único do art. 15, tornando-o clara a exigência de homologação das sentenças estrangeiras meramente declaratórias do estado das pessoas.

Finalmente, em 2013, a Lei nº 12.874 modificou o art. 18 para possibilitar às autoridades consulares brasileiras celebrarem a separação e o divórcio consensuais de brasileiros no exterior.

Em 2010, a Lei nº 12.376 fez apenas a singela alteração da ementa do Decreto-Lei nº 4.657/1942, que passou a ser designado “Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro”, ao invés de “Lei de Introdução ao Código Civil”. A mudança da denominação da lei foi correta, pois seu conteúdo é bem mais abrangente do que uma introdução à lei civil, mas isso não passou de uma alteração superficial, já que não se buscou atualizar todo o diploma.

## 8 OS PROJETOS APÓS A LICC DE 1942

Após a LICC varguista, houve iniciativas de atualização e sistematização das normas de Direito Internacional Privado, que, contudo, fracassaram. Dois

---

<sup>47</sup> Por exemplo, em relação ao § 3º do art. 7º, que determina que, no caso dos nubentes possuírem diferentes domicílios, deve reger a nulidade do casamento a lei do primeiro domicílio conjugal, o que Serpa Lopes, ironicamente, sustentou que “[n]o caso do § 3º do art. 7º, ao intérprete cumpre desenvolver um trabalho de genuína *cirurgia plástica*, dos mais difíceis, para exibi-lo gracioso e com um sentido plástico e racional” (SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Comentários à lei de introdução ao código civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. II, 1959. p. 96 – grifo meu).

projetos não aprovados merecerem destaque: (i) o originado no anteprojeto de 1964, de Haroldo Valladão, denominado *Lei Geral de Aplicação de Normas Jurídicas*, e o (ii) Projeto de Lei nº 4.905/1995.

No primeiro caso, o anteprojeto era completo e visava à substituição do modelo de “Lei de Introdução ao Código Civil” para tratar do DIPr. O anteprojeto ambicionava a aprovação de uma “Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas”, pois, segundo o autor, a denominação “Lei de Introdução ao Código Civil” é inapropriada, vez que tal diploma se refere ao direito pátrio como um todo e não apenas ao Código que introduz<sup>48</sup>. Possuía 91 artigos e não se restringia à regulação da aplicação espacial da lei de direito privado, abrangendo, também, relações de trabalho, direito marítimo e aéreo, direitos de autor, direito cambial e de propriedade intelectual, jurisdição e cooperação jurídica internacional. Seu art. 16 era emblemático e previa um novo Direito Internacional Privado de *objeto amplo*, muito além de uma introdução ao Código Civil. Para Valladão, “aplicam-se, de forma direta ou indireta, normas de Direito brasileiro no exterior e de direito estrangeiro no Brasil com o fim de assegurar a continuidade espacial da *vida jurídica das pessoas*, em virtude de regras de direito internacional privado [...]”.

Em 1970, o anteprojeto foi ligeiramente alterado pela Comissão Revisora, formada por Luiz Gallotti, do Supremo Tribunal Federal, pelos Professores Oscar Tenório e Valladão, recebendo a denominação de “Código de Aplicação das Normas Jurídicas” e passando a conter 93 artigos. Foi introduzido, por sugestão de Oscar Tenório, dispositivo de *coordenação* com os tratados de DIPr, pelo qual “os preceitos dos artigos anteriores aplicam-se, no que couber, sem prejuízo de convenções internacionais ratificadas pelo Brasil”<sup>49</sup>.

Em 1994, foi realizada outra iniciativa de reforma da Lei de Introdução ao Código Civil de 1942 por comissão composta pelos Professores Limongi França, Grandino Rodas (ambos da Universidade de São Paulo), Inocêncio Mártires Coelho (Universidade de Brasília) e Jacob Dolinger (Universidade Estadual do Rio de Janeiro), que redundou no Projeto de Lei nº 4.905/1995. O projeto

<sup>48</sup> VALLADÃO, Haroldo. Lei geral de aplicação das normas jurídicas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 60 (1965), p. 125.

<sup>49</sup> Texto integral e ainda exposição de Valladão sobre seu anteprojeto, bem como relatório da comissão revisora constam de: VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. Direito intertemporal, introdução e história do direito. Material de Classe. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977. p. 108-169.

era sensivelmente menos ambicioso do que o anteprojeto Valladão, contendo apenas 25 artigos (a LINDB possui 19 artigos).

Buscava, antes de mais nada, em um contexto de reformas do Governo Fernando Henrique Cardoso, o reforço da autonomia da vontade, em uma visão de estímulo à segurança jurídica de investidores estrangeiros. Ponto positivo foi a introdução, no Capítulo III (“Direito Internacional Privado”), de uma seção específica para “Cooperação Jurídica Internacional”, apesar de limitada as duas espécies tradicionais (carta rogatória e ação de homologação de sentença estrangeira). Também esse projeto não foi aprovado.

Finalmente, o projeto de lei do Senado Federal nº 269, apresentado em 2004, pelo Senador Pedro Simon, consistia em reapresentação do projeto de Lei nº 4.905/1994, com alterações pontuais, tendo sido já arquivado. Não obstante o esforço para modernização e atualização da legislação conflitual brasileira, nenhum dos projetos de lei para a substituição da LICC de 1942 chegou a ser aprovado.

## 9 A INTERNACIONALIZAÇÃO DAS NORMAS DE DIPR

Como visto anteriormente, as fontes nacionais do DIPr brasileiro encontram-se dispersas e ainda estão concentradas em temas tradicionais, com ênfase no Direito Civil, graças ao modelo de “introdução ao Código Civil” trazido, pela primeira vez, pela parte introdutória ao Código Civil de 1916. Há *temas esquecidos* da codificação nacional, como, por exemplo, os fatos transnacionais consumeristas<sup>50</sup>.

Por outro lado, as fontes internacionais mostram vitalidade impressionante, em especial no que tange aos *tratados internacionais*<sup>51</sup>. No que tange ao Brasil, a experiência de codificação do DIPr no seio da Organização dos Estados Americanos (OEA) merece destaque, pelo número de tratados já produzidos

<sup>50</sup> Ver sobre as propostas de edição de tratados de DIPr para a defesa do consumidor envolvido em fatos transnacionais em: MARQUES, Cláudia Lima. The brazilian “draft convention on cooperation in respect of the protection of tourists and visitors abroad” and The Hague Conference and the UN World Tourism Organization’s draft convention. In: *Los servicios en el derecho internacional privado* – Jornadas de la ASADIP 2014, Porto Alegre: ASADIP e Editora RJR, 2014. p. 823-848.

<sup>51</sup> Não nego a importância do estudo das demais fontes do direito internacional, em especial os costumes e os princípios gerais em um ambiente da pós-modernidade do Direito Internacional, mas tal análise excederia o espaço disponível neste artigo. Sobre a pós-modernidade no Direito Internacional, ver as indispensáveis obras de Paulo Casella: CASELLA, Paulo Borba. *Fundamentos do direito internacional pós-moderno*. São Paulo: Quartier Latin, 2008; CASELLA, Paulo Borba. *Direito internacional: vertente jurídica da globalização*. Porto Alegre: Síntese, 2000.

e ratificados. De fato, após a criação da Organização dos Estados Americanos (OEA), em 1948, o foro de discussão do DIPr nas Américas ganhou novo espaço institucional. Auxiliou o desenvolvimento de novas discussões da matéria na OEA a superação do “cisma sul-americano” entre a lei da nacionalidade e a lei do domicílio para reger o estatuto pessoal, com a adoção da lei do domicílio pelo Brasil em 1942 (com a nova Lei de Introdução ao Código Civil – Decreto-Lei nº 4.657/1942).

Nos anos 1950 e 1960, foram realizados diversos debates no Conselho Interamericano de Juristas (hoje Comissão Jurídica Interamericana, órgão da OEA com sede no Rio de Janeiro), visando assegurar uma unificação internacional do DIPr nas Américas<sup>52</sup>. A partir dos anos 1970, inicia-se uma segunda fase na produção de normas internacionais de DIPr nas Américas, por meio da realização das *Conferências Especializadas Interamericanas sobre Direito Internacional Privado* (Cidips), no âmbito da OEA.

Em 1975, foi realizada a I Conferência Especializada Interamericana sobre Direito Internacional Privado (Cidip-I) da OEA, na cidade do Panamá. Desde então, foram adotados 22 tratados setoriais de DIPr, abrangendo tanto as normas gerais de concurso de leis quanto as regras de jurisdição e cooperação jurídica internacional. Houve também adoção de normas diretas (mudando o foco tradicional da CIDIP de aprovar tratados de conflito de leis), como se viu na edição da Convenção sobre contratos de transporte internacional rodoviário (Cidip-IV) e a lei modelo e documentos uniformes de conhecimento de carga (Cidip-VI).

O Brasil ratificou 14 desses tratados, todos no período de 1994-1998. A opção adotada (e mantida até hoje) foi a de produzir tratados segmentados, evitando-se o desgaste da tentativa de adoção de um código geral de DIPr, marca dos trabalhos anteriores da União Panamericana e mesmo da OEA.

Essa abordagem funcionalista e gradual foi inspirada nos trabalhos da Conferência da Haia sobre Direito Internacional Privado<sup>53</sup>, mas também é fruto da constatação do fracasso da Convenção Panamericana de Direito Internacional

<sup>52</sup> SAMTLEBEN, Jürgen. A codificação interamericana do Direito Internacional Privado e o Brasil. In: CASELLA, Paulo Borba; ARAUJO, Nadia de (Coord.). *Integração jurídica interamericana - As convenções interamericanas de direito internacional privado e o direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1998. p. 25-45, em especial, p. 38-39.

<sup>53</sup> OVERBECK, Alfred E. von. La contribution de la Conference de La Haye au developpement du droit international privé. 233 *Recueil de Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1992), p. 13- 98, em especial, p. 21.

Privado, também denominada Código Bustamante, ratificada pelo Brasil<sup>54</sup> e 14 outros Estados, mas cuja redação permitia a prevalência da opção legislativa local.

Assim, é possível detectar uma onda internacionalista que assola o DIPr, que o impacta no que se refere à origem das normas (internacionais, ao invés de locais). Além disso, lentamente, a ambição universalista contida nesses tratados internacionais transforma a tradicional estabilidade conflitual dada por Savigny, com novos contornos e desafios<sup>55</sup>.

## **CONCLUSÃO: O BRASIL PRECISA AINDA DE UMA LEI GERAL DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO?**

Como vimos anteriormente, o DIPr brasileiro de matriz legal sofre com o envelhecimento da LINDB há décadas, sem que os projetos de lei contendo uma nova codificação tenham prosperado.

Em contrapartida, houve a dispersão de normas de direito internacional privado inseridas em leis esparsas, como se viu no novo Código de Processo Civil (NCPC, 2015), que possui normas de jurisdição internacional cível e cooperação jurídica internacional (arts. 21 a 41), bem como referentes à carta rogatória e homologação de sentença estrangeiras (arts. 960 e seguintes).

Essa dispersão *fratura* o Direito Internacional Privado de matriz legal, negando-lhe sistematicidade e coerência. Além disso, essa dispersão enfraquece o necessário diálogo das fontes, que, como assinala Marques, é um método que deve ser utilizado nos dias de hoje em face do “pluralismo pós-moderno de fontes”<sup>56</sup>.

Assim, entendo que é hora para um novo projeto de lei, que busque (i) sistematizar o Direito Internacional Privado como um todo, abrangendo ainda os conflitos de jurisdição e ainda a cooperação jurídica internacional e

---

<sup>54</sup> Incorporado internamente pelo Decreto nº 18.871, de 13 de agosto de 1929.

<sup>55</sup> Ver mais sobre essa onda internacionalista do DIPr em: CARVALHO RAMOS, André de. Direito internacional privado e a ambição universalista. In: TIBURCIO, Carmem; VASCONCELOS, Raphael; MENEZES, Wagner (Org.). *Panorama do direito internacional privado atual e outros temas contemporâneos – Festschrift* ao Professor Jacob Dolinger. Belo Horizonte: Arraes, 2015. p. 14-33.

<sup>56</sup> MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *Diálogo das Fontes – Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012. p. 18-66, em especial, p. 21.

(ii) possuir normas de coordenação e diálogo com os inúmeros tratados de DIPr, celebrados pelo Brasil nessas décadas<sup>57</sup>.

## REFERÊNCIAS

ABADE, Denise Neves. *Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito – Introdução e teoria geral – Uma perspectiva luso-brasileira*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1978.

BEVILAQUA, Clóvis. *Princípios elementares de direito internacional privado*. 1. ed. Salvador: Livraria Magalhães, 1906.

CARVALHO RAMOS, André de. Direito internacional privado e a ambição universalista. In: TIBURCIO, Carmem; VASCONCELOS, Raphael; MENEZES, Wagner (Org.). *Panorama do direito internacional privado atual e outros temas contemporâneos – Festschrift ao Professor Jacob Dolinger*. Belo Horizonte: Arraes, 2015.

\_\_\_\_\_. Direitos dos estrangeiros no Brasil: a imigração, direito de ingresso e os direitos dos estrangeiros em situação irregular. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Org.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 01, 2008.

CASELLA, Paulo Borba. *Direito internacional: vertente jurídica da globalização*. Porto Alegre: Síntese, 2000.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos do direito internacional pós-moderno*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

DINIS, Maria Helena. Código Civil de 1916. In: BITTAR, Eduardo C. B. *História do direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DOLINGER, Jacob. Provincianismo no direito internacional privado brasileiro. Dignidade humana e soberania nacional: inversão dos princípios. *Revista dos Tribunais*, n. 880, v. 98, p. 33-60, fev. 2009.

\_\_\_\_\_. *Direito internacional privado – Parte geral*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense/GEN, 2014.

ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Tratado de direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. II, 1939.

<sup>57</sup> Esse pleito por um novo projeto de lei também foi sustentado por um dos membros da Comissão, Professor João Grandino Rodas em: RODAS, João Grandino. *Falta a lei de introdução do Código Civil*. São Paulo: Gazeta Mercantil, 21 set. 2001.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito civil brasileiro*. Do direito internacional privado brasileiro – Parte especial. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. VIII, t. 1, 1942.

FREITAS, Augusto Teixeira de. *Código civil: esboço*. Rio de Janeiro: Ministro da Justiça e Negócios Interiores, 1952 (original de 1864).

\_\_\_\_\_. *Consolidação das leis civis*. Prefácio de Ruy Rosado de Aguiar. Fac-símile da 3ª edição de 1876. Brasília: Senado Federal, 2 v., 2003.

GAUDEMET-TALLON, Hélène. Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel). 312 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye* (2005).

HOBBSAWM, Eric J. *Nações e nacionalismo*. 5. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2008.

MACHADO VILLELA, Álvaro da Costa. *Tratado elementar (teórico e prático) de direito internacional privado*. Coimbra: Coimbra Editora, v. I, 1921.

MANCINI, Pasquale S. *Direito internacional*. Trad. Ciro Mioranga (edição original em italiano de 1873). Ijuí: Unijuí, 2003.

MARQUES, Cláudia Lima. The brazilian “draft convention on cooperation in respect of the protection of tourists and visitors abroad” and The Hague Conference and the UN Word Tourism Organization’s draft convention. In: *Los servicios en el derecho internacional privado – Jornadas de la ASADIP 2014*, Porto Alegre: ASADIP e Editora RJR, 2014.

NOLDE, Boris. La codification du droit international privé. *Recueil de Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, p. 303-430.

OCTAVIO, Rodrigo. *Le droit international privé dans la législation brésilienne*. Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1915.

OVERBECK, Alfred E. von. La contribution de la Conference de La Haye au developpment du droit international privé. 233 *Recueil de Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1992), p. 13- 98.

PIMENTA BUENO, José Antônio. *Direito internacional privado e aplicação de seus principios com referencia as leis particulares do Brazil*. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve e C, 1863.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. A influência do BGB e da doutrina alemã no Direito Civil brasileiro do século XX. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 102, n. 938, p. 79-155, dez. 2013.

SAMTLEBEN, Jürgen. A codificação interamericana do Direito Internacional Privado e o Brasil. In: CASELLA, Paulo Borba; ARAUJO, Nadia de (Coord.). *Integração jurídica interamericana – As convenções interamericanas de direito internacional privado e o direito brasileiro*. São Paulo: LTr, 1998.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema do direito romano atual*. Trad. Ciro Mioranga (edição original de 1849). Ijuí: Unijuí, v. VIII, 2004.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Comentários à lei de introdução ao código civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. II, 1959.

VALLADÃO, Haroldo. A lei de introdução ao código civil e sua reforma. *Revista dos Tribunais*, v. 49, n. 292, fev. 1960.

\_\_\_\_\_. *Direito internacional privado*. Direito intertemporal, introdução e história do direito. Material de Classe. 9. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977.

\_\_\_\_\_. Lei geral de aplicação das normas jurídicas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 60 (1965), p. 121-131.





# A LIBERAÇÃO DE MEDICAMENTOS EM DEMANDAS JUDICIAIS ÀS CUSTAS DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E O LOBBY DA INDÚSTRIA FARMACÊUTICA

*RELEASE DRUG COURT TO EXPENSE OF PUBLIC HEALTH SYSTEM AND THE LOBBY OF THE PHARMACEUTICAL INDUSTRY*

**Carolina Elisabete P. M. de Senna Motta<sup>1</sup>**

Mestranda em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba/PR

**Joseliane Sonagli<sup>2</sup>**

Professora na Universidade do Vale do Itajaí – Univali, São José/SC

**RESUMO:** O presente trabalho pretende analisar a possibilidade de reavaliação do parâmetro fixado pelo STF, na audiência pública realizada em maio de 2009, e pelo CNJ – Conselho Nacional de Justiça, no sentido de se dar, quando da análise judicial de pedido de fornecimento de um novo medicamento, preferência a relatórios e prescrições por médicos do SUS, mediante oitiva de seus gestores. Ocorre que, tanto os médicos vinculados ao SUS – Sistema Único de Saúde,

como particulares, sofrem influência da indústria farmacêutica, conforme pesquisa realizada pela Anvisa, em novembro de 2010, o que pode resultar em uma terapêutica com viés para medicamentos novos e de maior custo, em detrimento, por exemplo, aos já incluídos e fornecidos na lista oficial Rename, gerando gastos desnecessários à Administração Pública. Antes de discutir a questão econômica e a escassez de recursos, e a defesa constitucional do direito à vida, sugere-se questionar o

---

<sup>1</sup> Advogada, Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba/PR, Brasil. Pós-Graduada em Direito do Seguro pela Universidade Federal do Paraná, Curitiba/PR, Brasil. Membro da Comissão de Direito Securitário da OAB/PR.

<sup>2</sup> Advogada, Pós-Graduada em Direito Empresarial e Negócios na Universidade do Vale do Itajaí – Univali, Itajaí/SC, Brasil. Mestranda em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba/PR, Brasil.

momento anterior ao pedido judicial, no sentido de verificar se o fármaco prescrito realmente está relacionado à proteção da vida, utilizando a metodologia da Medicina Baseada em Evidência.

**PALAVRAS-CHAVE:** Políticas públicas; direitos fundamentais; serviço público; medicamentos; judicialização da saúde.

**ABSTRACT:** *This paper aims to examine the possibility of reevaluation of the parameter set by the Supreme Court, the public hearing held in May 2009, and the National Council of Justice (CNJ – Conselho Nacional de Justiça), in order to give when the judicial review application providing a new drug, preferably reports and prescriptions for public health system doctors, upon hearing of their managers. It happens that both doctors linked to public health system (SUS – Sistema Único de Saúde), as individuals, are influenced by the pharmaceutical industry, according to a survey conducted by National Health Surveillance Agency (Anvisa – Agência Nacional de Vigilância Sanitária) in November 2010, which can result in a therapy bias for new drugs and more expensive, to the detriment, for example, to those already listed and provided the official list Rename, generating unnecessary expenses to the Public Administration. Before discussing the economic issue and the scarcity of resources, and the constitutional protection of the right to life, it is suggested question the previous time the judicial order, to verify that the prescribed drug is actually related to the protection of life, using the methodology of Evidence Based Medicine.*

**KEYWORDS:** *Public policy; fundamental rights; public service; medicine; health legalization.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 A saúde como direito constitucionalmente garantido e a dificuldade na sua prestação; 2 Judicialização da saúde e as orientações propostas; 3 O lobby da indústria farmacêutica; Conclusão; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 Health as guaranteed right and the difficulty in rendering; 2 Judicialization health and the proposed guidelines; 3 The pharmaceutical industry lobby; Conclusion; References.*

## INTRODUÇÃO

A efetivação do direito à saúde, via Poder Judiciário, é uma discussão sempre em voga, pois abarca a exigibilidade de direitos fundamentais constitucionalmente garantidos ao mesmo tempo que impacta em políticas públicas relacionadas à prestação de saúde.

Diante desse contexto, o presente artigo busca analisar se os critérios utilizados, pelo Supremo Tribunal Federal – STF e pelo Conselho Nacional de

Justiça – CNJ, como orientação para deferir pedidos judiciais de fornecimento de medicamentos novos e custosos, pela Administração Pública, ainda podem ser levados em consideração, principalmente porque os recursos direcionados à saúde pública são escassos e as demandas são infinitas.

Antes de se discutir acerca do aspecto econômico e do direito constitucional de proteção à vida, pretende-se questionar se o fármaco prescrito realmente está relacionado à proteção dessa vida, pois profissionais médicos vinculados, ou não, ao SUS, podem sofrer influência da indústria farmacêutica, conforme demonstrou recente pesquisa realizada pela Anvisa, e a terapêutica pode apresentar um viés no sentido de prescrever novos e custosos medicamentos.

Assim, para discutir a aplicação do critério que orienta ouvir os gestores do SUS quanto aos pedidos judiciais de novos medicamentos, dando-se preferência aos relatórios e prescrições simplesmente por terem vínculo com o sistema, o presente artigo está estruturado em três partes.

Inicialmente, será abordado o direito à saúde e algumas dificuldades existentes para sua prestação conforme diretrizes constitucionais.

Em seguida, será apresentada a resposta que o STF e o CNJ deram para orientar os magistrados acerca da judicialização da saúde.

Depois, será questionada a viabilidade ou não da aplicação do critério relacionado à prescrição de medicamentos por médicos do SUS, a qual gozaria de uma maior credibilidade, sendo suficientes para o deferimento do pedido judicial, independente do *lobby* da indústria farmacêutica.

Concluiu-se que a orientação deveria ser revista, pois restou identificado que a influência da indústria farmacêutica cria um viés terapêutico que pode levar a uma prescrição de novos e dispendiosos medicamentos, acarretando um aumento de gastos para a Administração Pública, pois se vê obrigada a cumprir determinações judiciais no sentido de custear e/ou fornecer os novos fármacos.

Sugeriu-se, ao final, um novo critério para análise dos pedidos judiciais, qual seja a consideração da metodologia utilizada pela medicina, como a Medicina Baseada em Evidências (EBM), obtendo informação acerca dos fármacos e suas utilizações, via artigos recentes reconhecidos nacional e internacionalmente, que não sejam patrocinados pela indústria farmacêutica.

## 1 A SAÚDE COMO DIREITO CONSTITUCIONALMENTE GARANTIDO E A DIFICULDADE NA SUA PRESTAÇÃO

Desde as mais antigas civilizações, a proteção da vida tem sido uma das grandes preocupações da humanidade, e atrelada a ela temos a saúde, a qual, segundo Fernando Borges Mânica, é um estado dinâmico do organismo que resulta da interação momentânea de fatores internos e externos. Não se trata de mera ausência de doença, mas de *completa condição de bem-estar físico, mental e social*<sup>3</sup>. É, para o indivíduo, um dos bens mais preciosos que existem, por isso, todos os povos buscam alcançar o mais alto grau de saúde possível.

Foi a partir da criação da Organização Mundial da Saúde (OMS), em 1946, e da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948<sup>4</sup>, que o direito à saúde foi consagrado como um direito de todos. Houve uma espécie de universalização de tal direito, o qual, mais tarde, passou a ser também um dever do Estado, realizável mediante prestações positivas.

No ordenamento jurídico vigente, o direito à saúde é um direito constitucionalmente garantido, social e subjetivo, ou seja, exigível pelo indivíduo perante o Poder Judiciário. É também de aplicação imediata e um direito fundamental de segunda dimensão<sup>5</sup>.

Quando Clèmerson Merlin Clève tratou dos direitos fundamentais, dividiu-os em duas correntes doutrinárias, quais sejam: (1) dogmática da razão do Estado e; (2) dogmática constitucional emancipatória<sup>6</sup>. A primeira tem foco exclusivamente no Estado, realizando uma espécie de interpretação retrospectiva

---

<sup>3</sup> MÂNICA, Fernando Borges. *O setor privado nos serviços públicos de saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 13.

<sup>4</sup> “Art. XXV. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.” (UNICEF. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <[http://www.unicef.org/brazil/pt/recursos\\_10133.htm](http://www.unicef.org/brazil/pt/recursos_10133.htm)>. Acesso em: 29 nov. 2014)

<sup>5</sup> Os direitos fundamentais de segunda dimensão são os direitos econômicos, sociais e culturais. [...] Partem das noções de igualdade e liberdade materiais e traduzem primordialmente direitos que, para serem concretizados, impõem ao Estado o dever de atuar positivamente, de modo a intervir na ordem econômica e social (MÂNICA, Fernando Borges. Op. cit., p. 44.

<sup>6</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista Crítica Jurídica*, n. 22, p. 17-29, jul./dez. 2003. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/critica/cont/22/pr/pr4.pdf>>. Acesso em: 1º dez. 2014.

da ordem constitucional, insensível e indiferente aos outros institutos que vieram para transformá-la.

A outra corrente estuda a Constituição Federal sob a égide do princípio da dignidade da pessoa humana, não só estabelecendo os direitos fundamentais, mas prevendo mecanismos destinados a garantir sua eficácia. O foco está na pessoa humana exigente de bem-estar físico, moral e psíquico.

A partir disso, outra classificação foi constatada, a de direitos prestacionais originários e derivados. O autor menciona que a primeira corresponde a direitos desde logo usufruíveis pelo cidadão e que, por isso, podem, mesmo sem regulamentação, ser reclamados perante o Poder Judiciário, como o direito à saúde. Já os derivados demandariam uma atuação do legislador<sup>7</sup>.

O direito à saúde está atrelado ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana, constituindo-se também como um dever do Estado, no sentido de proporcionar aos indivíduos o acesso aos serviços que visem à proteção e recuperação da saúde de maneira eficaz. É um direito usufruível pelo cidadão e classificado como prestacional originário.

Falar em eficácia dos comandos constitucionais que tratam de direito à saúde significa dizer que, segundo Ana Paula da Barcellos, há um conjunto de prestações de saúde exigíveis, e, mais do que isso, os poderes constituídos estão obrigados a colocar à disposição das pessoas tais prestações<sup>8</sup>.

Carlos F. Balbín<sup>9</sup> também afirma que o direito à saúde encontra-se expressamente reconhecido na hierarquia constitucional:

*Los jueces agregaron que 'a partir de la reforma constitucional de 1994, el derecho a la salud se encuentra expresamente reconocido con jerarquía constitucional en el artículo 75, inciso 22. En este sentido, el artículo XI Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación,*

<sup>7</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba: ABDConst, v. 3, p. 289-300, 2003.

<sup>8</sup> BARCELLOS, Ana Paula. O direito à prestação de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais*. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 803-823.

<sup>9</sup> BALBÍN, Carlos F. *Tratado de Derecho Administrativo*. 1. ed. Buenos Aires: La Ley, t. I, 2011. p. 148.

*el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad.*

O autor cita ainda o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que foi adotado pela XXI Sessão da Assembléia-Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966, cujo cumprimento, no Brasil, ficou garantido via Decreto n° 591, de julho de 1992<sup>10</sup>, mencionando o art. 12, que prevê as medidas estatais para garantir o mais alto nível possível de saúde física e mental:

*que entre las medidas que los Estados parte deberían adoptar a fin de asegurar la plena efectividad del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental deberían figurar la preservación y tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas (inciso c) y la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.*

O Texto Constitucional disciplinou a questão do direito à saúde em uma sessão específica (Sessão II do Capítulo II, arts. 196 a 200), sob fundamento do acesso universal e igualitário. Mas qual seria exatamente a extensão e o conteúdo desse direito?

Por óbvio que dar acesso universal à saúde para todos os indivíduos envolve questões como fatores econômicos, sociais, tecnológicos, científicos, tanto na área da medicina como na farmacologia, e muitos desses aspectos são passíveis da intervenção estatal, já que a mera consagração do direito à saúde na Constituição Federal não implica ou garante sua concretização automática<sup>11</sup>.

Assim, superada a questão de ser um direito fundamental e subjetivo, resta a concretização desse direito, cabendo aos órgãos estatais conferir a maior eficácia possível, ou seja, colocar à disposição de todos os indivíduos as prestações relacionadas à saúde.

Odete Medauar assinala que o administrativista contemporâneo tem consciência da diversificação e capilaridade das funções do Estado, realizadas, em

<sup>10</sup> BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Decreto n° 591, de julho de 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm)>. Acesso em: 3 jan. 2014.

<sup>11</sup> MÂNICA, Fernando Borges. Op. cit., p. 44.

grande parte, pela Administração Pública. Afirma que o direito administrativo, além da finalidade de limite ao poder e garantia dos direitos individuais, deve se preocupar em elaborar fórmulas para a efetivação dos direitos sociais e econômicos, de direitos coletivos e difusos, que exigem prestações positivas<sup>12</sup>.

É evidente que o funcionamento de todo esse aparato de fornecimento de serviços de saúde, mediante prestações positivas, com oferta suficiente e eficiente de serviços, acarreta custos à Administração Pública, somado ao fato de que novas prestações de serviços de saúde, como novos medicamentos ou novos tratamentos, estão em constante desenvolvimento, a custos cada vez maiores.

Nesta análise, insta ainda ponderar que o Brasil tem dimensões continentais, onde muitos não têm acesso sequer aos recursos básicos, como água tratada, saneamento básico, luz elétrica, de modo que a efetivação de um direito fundamental como a saúde, mediante acesso universal e igualitário, torna-se um grande desafio social e econômico.

Inúmeros legisladores e constituintes tentaram, ao longo da história, estabelecer uma vinculação entre gastos em ações e serviços públicos de saúde e receitas dos orçamentos públicos<sup>13</sup>. Pierre Rosanvallon<sup>14</sup> afirma que o diagnóstico é simples: as despesas com a saúde pública e com o setor social superam as receitas.

Eis, então, o problema já por muitos identificados, mas que ainda continua em voga. A Constituição Federal é clara ao colocar o direito à saúde como um direito subjetivo e fundamental de 2ª geração, usufruível desde logo, um direito prestacional originário, um dever do Estado. Todavia, o aparato estatal não é exitoso na prestação e acesso à saúde a todos os indivíduos, pois os recursos são escassos.

Como alerta Sebastião Helvécio Ramos de Castro, o recurso financeiro destinado à saúde é escasso e deve ser alocado com a maior eficácia eficiência e efetividade possível<sup>15</sup>. Quando isso não acontece, inúmeras demandas judiciais

<sup>12</sup> MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 267.

<sup>13</sup> CASTRO, Sebastião Helvécio Ramos de. *Impacto desalocativo no orçamento público estadual em face das decisões judiciais*. Belo Horizonte, 2011. 50f. Monografia (Concurso IV Prêmio SOF de Monografias) - Secretaria de Orçamento Federal. f. 14.

<sup>14</sup> Apud MÂNICA, Fernando Borges. *Op. cit.*, p. 48.

<sup>15</sup> CASTRO, Sebastião Helvécio Ramos de. *Impacto desalocativo no orçamento público estadual em face das decisões judiciais*. Belo Horizonte, 2011. 50f. Monografia (Concurso IV Prêmio SOF de Monografias) - Secretaria de Orçamento Federal. p. 17.



são propostas, visando, por exemplo, o fornecimento de medicamentos e custeio de tratamentos por conta da Administração Pública.

Ocorre que, como visto anteriormente, os recursos são escassos. O argumento da escassez, invocado pelo manto da chamada “reserva do possível”<sup>16</sup>, corresponde à insuficiência de recursos públicos destinados a atender às necessidades sociais, impondo ao Estado sempre a tomada de decisões difíceis, pois, investir em determinado setor leva a deixar de investir em outro.

Não há dúvidas de que o recurso da Administração Pública disponibilizado para a área da saúde, incluindo-se o fornecimento de medicamentos, é finito e as demandas são infinitas. A necessidade de se equilibrar receita e despesa é expediente de execução sofrida, com repetidas “escolhas de Sofia”<sup>17</sup>. As limitações orçamentárias do Estado, portanto, representam um grande óbice para dar efetividade a tão essencial direito.

Daniel Wunder Hachem afirma que há uma baixa efetividade dos direitos fundamentais sociais (entre eles o direito à saúde), e, assim, diz o autor, fez-se necessária a intervenção judicial, mediante instrumentos jurídicos para assegurar a realização desse direito<sup>18</sup>. E como a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, consoante previsto no art. 5º, XXXV, do Texto Constitucional, diversas demandas são ajuizadas, buscando a satisfação do direito à saúde, entre elas o fornecimento de medicamentos que ainda não constam na lista oficial de distribuição gratuita (Rename), acarretando em um aumento substancial da abrangência das decisões judiciais frente à Administração Pública.

---

<sup>16</sup> A questão da reserva do possível foi tratada por Daniel Wunder Hachem da seguinte forma: o dever estatal de fornecer prestações materiais positivas voltadas à satisfação dos direitos sociais depende, sob os pontos de vista fático e jurídico, da disponibilidade de recursos financeiros para tanto, tornando a sua exigibilidade sujeita à existência de condições econômicas para fazer frente a essas obrigações. Essa situação de dependência, denominada de “reserva do possível”, limitaria os direitos sociais às disponibilidades financeiras existentes, às reservas das leis orçamentárias, e “àquilo que o indivíduo podia razoavelmente exigir da sociedade” (HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela Administrativa Efetiva dos direitos fundamentais sociais: Por uma implementação espontânea, integral e igualitária*. Curitiba, 2014. 614. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná. p. 74).

<sup>17</sup> CASTRO, Sebastião Helvécio Ramos de. *Impacto desalocativo no orçamento público estadual em face das decisões judiciais*. Belo Horizonte, 2011. 50f. Monografia (Concurso IV Prêmio SOF de Monografias) – Secretaria de Orçamento Federal. p. 24.

<sup>18</sup> HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela Administrativa Efetiva dos direitos fundamentais sociais: Por uma implementação espontânea, integral e igualitária*. Curitiba, 2014. 614. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná. p. 02.

Ana Paula de Barcellos entende que conceder a prestação de saúde via ação judiciária individual cria um círculo vicioso em que, no fim, a autoridade pública exime-se da obrigação de executar as opções constitucionais na matéria, a pretexto de aguardar as decisões judiciais sobre o assunto, ou mesmo sob o argumento de que não há recursos para fazê-lo, tendo em vista o que é gasto para cumprir essas mesmas decisões judiciais<sup>19</sup>.

Assim, chegou-se ao ponto em que as normas constitucionais deixaram de ser somente um documento político, como afirma Luís Roberto Barroso, e passaram a desfrutar de aplicabilidade direta e imediata por juízes e tribunais. A intervenção do Poder Judiciário, mediante determinações à Administração Pública para que forneça gratuitamente medicamentos em uma variedade de hipóteses, procura realizar a promessa constitucional de prestação universalizada do serviço de saúde<sup>20</sup>. É que onde não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição, deve o Judiciário agir. Havendo lei e atos administrativos, e não sendo devidamente cumpridos, devem os juízes e tribunais igualmente intervir. Porém, havendo lei e atos administrativos implementando a Constituição e sendo regularmente aplicados, eventual interferência judicial deve ter a marca da autocontenção<sup>21</sup>.

Portanto, verifica-se que os direitos sociais, como o direito à saúde, são plenamente exigíveis no âmbito judicial, cabendo ao Poder Judiciário atuar na efetivação e garantia quando desatendidos. Ocorre que tal intervenção, por vezes excessiva, batizada de judicialização da saúde, causou e causa um grande impacto no orçamento público, já que as decisões oriundas do Poder Judiciário obrigam à Administração Pública a custear tratamentos e medicamentos, muitos deles novos e altamente custosos.

Diante desse cenário, o STF convocou, em março de 2009, uma audiência pública, buscando orientar os magistrados e Tribunais a como agirem frente a tais demandas. E em 2010, o CNJ também publicou algumas orientações. Os efeitos destes atos passam a ser analisados na sequência.

<sup>19</sup> BARCELLOS, Ana Paula. O direito à prestação de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 806.

<sup>20</sup> BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais*. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 875-903.

<sup>21</sup> Idem, p. 891.

## 2 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E AS ORIENTAÇÕES PROPOSTAS

Judicialização foi definida por Luis Roberto Barroso como sendo um fenômeno em que as questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo<sup>22</sup>.

Várias questões de relevância política, social ou moral foram discutidas ou já estão postas em sede judicial, especialmente perante o STF<sup>23</sup>. Merece destaque, no entanto, para o presente artigo, a realização da audiência pública pelo STF, para debater a questão da judicialização de prestações de saúde, notadamente o fornecimento de medicamentos e de tratamentos que não constam nas listas e dos protocolos do Sistema Único de Saúde – SUS<sup>24</sup>.

Entre tais documentos, existe a Relação Nacional de Medicamentos – Rename, que é elaborada pelos três entes da Federação, União, Estados e Municípios, em colaboração, na qual constam os medicamentos essenciais básicos, ou seja, aqueles que satisfazem às necessidades de saúde prioritárias da população, os quais devem ser acessíveis em todos os momentos, na dose apropriada, a todos os seguimentos da sociedade, além de serem selecionados

<sup>22</sup> BARROSO, Luis Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. Disponível em: <[http://www.oab.org.br/editora/revista/revista\\_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf](http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf)>. Acesso em: 3 dez. 2014.

<sup>23</sup> Como exemplo, cita o autor: pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3510/DF); interrupção da gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54/DF); legitimidade de ações afirmativas e quotas sociais e raciais (ADI 3330); vedação ao nepotismo (ADC 12/DF e Súmula nº 13); não recepção da Lei de Imprensa (ADPF 130/DF). A lista poderia prosseguir indefinidamente, com a identificação de casos de grande visibilidade e repercussão, como a extradição do militante italiano Cesare Battisti (Ext 1085/Itália e MS 27875/DF), a questão da importação de pneus usados (ADPF 101/DF) ou da proibição do uso do amianto (ADI 3937/SP). BARROSO, Luis Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. Disponível em: <[http://www.oab.org.br/editora/revista/revista\\_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf](http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf)>. Acesso em: 3 dez. 2014.

<sup>24</sup> Logo após a entrada em vigor da Constituição Federal, em setembro de 1990, foi aprovada a Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/1990). A Lei estabelece a estrutura e o modelo operacional do SUS, propondo a sua forma de organização e de funcionamento. [...] Entre as principais atribuições do SUS, está a “formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção (art. 6, VI) (BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 884).

segundo critérios de relevância em saúde pública, evidências de eficácia e segurança e estudos comparativos de custo-efetividade<sup>25</sup>. Inclusive, importante citar que, de janeiro a dezembro de 2014, houve o pedido de inclusão de 65 medicamentos em tal lista, sendo deferidos 54, demonstrando avanço se comparado com anos anteriores, em que, em 2013, foram aprovados 23 de 64 medicamentos, e, em 2012, apenas 8 de 37 pedidos<sup>26</sup>.

Apesar desse avanço na inclusão de novos medicamentos, várias demandas judiciais vêm sendo propostas pleiteando o fornecimento de medicamentos que não constam na lista oficial, com fundamento no direito constitucional à vida e à saúde.

Merece destaque a decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Petição nº 1.246/SC, que vem sendo utilizada como paradigma para apreciação de outras demandas atinentes ao direito à saúde. O caso diz respeito ao fornecimento de um medicamento altamente custoso (US\$ 63 mil) para tratar distrofia muscular de Duchene. Em primeiro grau, restou determinado que o Estado de Santa Catarina deveria custear o tratamento ao indivíduo requerente. Diante disso, o ente público solicitou ao STF a suspensão dessa decisão, pedido que foi negado pela Corte Suprema, sob o seguinte argumento exarado pelo Ministro Celso de Mello:

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, *caput*), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida.<sup>27</sup>

<sup>25</sup> Idem, p. 887.

<sup>26</sup> FRIAS, Maria Cristina. Cresce volume de remédios incluídos no SUS. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 12.12.2014. Mercado Aberto. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/mercadoaberto/2014/12/1561215-cresce-volume-de-remedios-incluidos-no-sus.shtml>>. Acesso em: 12 dez. 2014.

<sup>27</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 1.246/SC. Rel. Min. Celso de Mello. J. 31.01.1997. DJ 13.02.1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?s1=%28pet%24%2escla%2e+e+1246%2enuma%2e%29&base=basemonocraticas&url=http://tinyurl.com/cktfmxp>>. Acesso em: 10 dez. 2014.

Entendeu, portanto, o STF, que o direito à vida mediante o tratamento altamente custoso é mais importante que a questão econômica, ou seja, o Ministro rechaçou a alegação da reserva do possível invocada pelo ente público estadual, entendendo que eventuais restrições financeiras são fatores de menor relevância que devem ser ultrapassados em prol do direito à saúde e à vida<sup>28</sup>. O que se questiona, porém, não é o direito constitucional à vida mediante o fornecimento do fármaco prescrito, mas se o medicamento está realmente relacionado a essa proteção, ou seja, se essa medida terapêutica está fundamentada em estudos reconhecidos em artigos científicos nacionais e internacionais comprometidos com a metodologia da Medicina Baseada em Evidência – MBE.

Não há dúvida de que é papel do Poder Judiciário interpretar a Constituição Federal e as leis, resguardando direitos e assegurando respeito ao ordenamento jurídico, sendo a Corte suprema a guardiã da Constituição Federal. Mas, por vezes, é importante questionar o momento anterior ao pedido judicial, assegurando que o medicamento solicitado realmente irá proteger a vida do paciente.

As decisões judiciais interferem fortemente nas políticas públicas, pois deferem o fornecimento de medicamentos novos e mais dispendiosos se comparados aos constantes na lista oficial do SUS.

As decisões também não vêm considerando estudos prévios realizados por órgãos próprios da Administração Pública, mais precisamente pelo Poder Executivo, acerca das políticas públicas de saúde. O juiz é um ator social que observa apenas os casos concretos, a microjustiça, ao invés da macrojustiça, cujo gerenciamento é mais afeto à Administração Pública<sup>29</sup>.

Assim, determinações judiciais em excesso colocam em risco a atividade administrativa, o orçamento, a continuidade de políticas públicas, impedindo uma alocação correta de recursos públicos, além de, como alerta Luis Roberto Barroso, revelar concessão de privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento

---

<sup>28</sup> CARNEIRO, João Paulo de Souza. Efetivação judicial do direito à saúde no Brasil: uma breve reflexão à luz do “modelo de direitos fundamentais sociais” de Robert Alexy. *Revista Bonijuris*, Curitiba/PR, a. XXV, n. 598, p. 19-29, set. 2013.

<sup>29</sup> BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 896.

da generalidade da cidadania<sup>30</sup>. Acerca da problemática, Daniel Wunder Hachem esclarece:

Especialmente em matéria de saúde, os juízes passaram cada vez mais a conceder prestações estatais postuladas individualmente, satisfazendo o direito daqueles que logravam acesso ao Poder Judiciário, mas sem resolver o problema da vasta maioria das classes marginalizadas da população. Muitos dos medicamentos fornecidos em razão de condenações judiciais não constam das listas oficiais de distribuição gratuita, sendo que alguns deles poderiam ser substituídos por fármacos constantes das relações de medicamentos essenciais e outros sequer possuem eficácia comprovada. Os impactos no orçamento destinado ao atendimento do direito à saúde cresceram exponencialmente.<sup>31</sup>

Por tais motivos, o STF, na pessoa de seu Presidente, Ministro Gilmar Mendes, em 5 de março de 2009, convocou uma audiência pública para, segundo o despacho convocatório, ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em matéria de Sistema Único da Saúde, objetivando esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas relativas às ações de prestação de saúde<sup>32</sup>.

Diversos temas foram discutidos, como a obrigação do Estado em fornecer prestação de saúde prescrita por médico não pertencente ao quadro do SUS; disponibilizar medicamentos e tratamentos experimentais não registrados na ANVISA ou não previstos nas listas oficiais, entre outros relacionados ao acesso à prestação de saúde no Brasil, e respectivas responsabilidades.

Foram fixados diversos critérios de julgamento, justamente para auxiliar e iluminar as decisões proferidas pelos Tribunais. Como reflexo de tal audiência, o Conselho Nacional de Justiça também publicou uma Recomendação, em 30

<sup>30</sup> Idem, p. 876.

<sup>31</sup> HACHEM, Daniel Wunder. Tutela Administrativa Efetiva dos direitos fundamentais sociais: Por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. 614. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná. p. 02.

<sup>32</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Despacho de convocação de audiência pública, 05 de março de 2009. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despacho\\_Convocatorio.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despacho_Convocatorio.pdf)>. Acesso em: 8 dez. 2014.

de março de 2010, com a qual “Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde”<sup>33</sup>.

Entre as recomendações, há orientação para que os magistrados:

b.1) procurem instruir as ações, tanto quanto possível, com relatórios médicos, com descrição da doença, inclusive CID, contendo prescrição de medicamentos, com denominação genérica ou princípio ativo, produtos, órteses, próteses e insumos em geral, com posologia exata; b.2) evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela Anvisa, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei; b.3) ouçam, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência; b.4) verifiquem, junto à Comissão Nacional de Ética em Pesquisas (Conep), se os requerentes fazem parte de programas de pesquisa experimental dos laboratórios, caso em que estes devem assumir a continuidade do tratamento; b.5) determinem, no momento da concessão de medida abrangida por política pública existente, a inscrição do beneficiário nos respectivos programas.

Destaca-se aqui a orientação para que sejam ouvidos os gestores do Sistema Único de Saúde, dando-se preferência aos relatórios confeccionados por médicos vinculados ao Sistema, já que, por conta dessa vinculação, tais médicos gozariam de uma maior credibilidade e confiabilidade com relação à prescrição de um novo medicamento.

Justamente esse entendimento acerca da credibilidade conferida às prescrições devido ao vínculo como o Sistema Único de Saúde é que deveria ver reavaliada, tendo-se em vista pesquisa realizada em novembro de 2010 pela Anvisa – Agência Nacional de Vigilância Sanitária, a qual demonstrou que a

---

<sup>33</sup> VALLE, Gustavo Henrique Moreira do; CAMARGO, João Marcos Pires. A Audiência Pública sobre a Judicialização da Saúde e seus Reflexos na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo v. 11, n. 3, p. 13-31, fev 2011. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13220>>. Acesso em: 8 dez 2014.

indústria farmacêutica influencia fortemente as decisões dos gestores e dos médicos das unidades básicas de saúde do SUS, e não só eles, como também médicos particulares, no que diz respeito à prescrição de novos e custosos medicamentos.

### 3 O LOBBY DA INDÚSTRIA FARMACÊUTICA

A indústria farmacêutica influencia nas decisões dos gestores do SUS, bem como também aos médicos não vinculados ao Sistema, com relação à prescrição de novos medicamentos. Foi o que mostrou uma pesquisa realizada pela Anvisa, em 2010<sup>34</sup>.

Segundo o trabalho desenvolvido pela Agência, o qual englobou entrevistas com 700 médicos, gestores e responsáveis pelas farmácias do SUS, em 15 capitais diferentes no Brasil (Manaus, Belém, São Luis, Natal, João Pessoa, Salvador, Belo Horizonte, Rio de Janeiro, São Paulo, Curitiba, Florianópolis, Goiânia, Teresina, Porto Alegre e Brasília), restou identificado que 75% dos entrevistados recebem visitas mensais de representantes da indústria farmacêutica, e, atrelado a isso, recebem alguns brindes, como canetas, agendas, blocos de anotação, camisetas relacionados à algum novo medicamento.

Para 20% dos entrevistados a entrega de brindes sempre ocorre, e eventualmente para 40%. Também há oferecimento de cortesias, apesar de em percentual menor (7,7%) como inscrição em congressos, pagamentos de passagens de avião e estadias em hotéis.

Os representantes da indústria farmacêutica ainda entregam amostras grátis dos medicamentos novos para cerca de 15% dos entrevistados, e mais de 33% recebem arquivos digitais dos novos produtos.

Percebe-se a existência de uma forte influência da indústria farmacêutica perante os médicos, incluídos aqueles vinculados de alguma forma ao SUS, com relação à prescrição de novos medicamentos. Esse comportamento do mercado farmacêutico pode levar a uma terapêutica com viés para prescrição de novos medicamentos.

Isso acaba acarretando um aumento de demandas judiciais, solicitando a prestação jurisdicional no sentido de obrigar a Administração Pública a custear

<sup>34</sup> FOLHA DE SÃO PAULO. *Lobby da indústria farmacêutica afeta unidades do SUS, diz Anvisa*. Cotidiano. 12.11.2010. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Lva5gxLcejYJ:www1.folha.uol.com.br/cotidiano/829698-lobby-da-industria-farmaceutica-afeta-unidades-do-sus-diz-anvisa.shtml+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 18 set. 2014.



esse novo medicamento ou tratamento prescrito, os quais, além de serem mais custosos, não se tem, por vezes, certeza de seu resultado.

Anteriormente ao aspecto econômico, há que se considerar se o fármaco prescrito foi objeto de recentes e sérias pesquisas científicas, de modo que a comunidade médica é unânime quanto a sua utilização e para quais pacientes é recomendado.

Como exemplo, cita-se o medicamento denominado Entecavir, cujo fornecimento pelo SUS foi discutido em demanda proposta pelo Ministério Público Federal e pelo Estado de Santa Catarina, onde houve a obrigação do custeio, pela Administração Pública, para todos os pacientes portadores do vírus da hepatite B crônica e coinfectados com HIV (STA 334-AgRg/SC)<sup>35</sup>. Porém, conforme constou no acórdão, tal medicamento não seria recomendado para determinados pacientes com condições clínicas e laboratoriais individuais, ou seja, deveria ser ministrado de acordo com a contagem de linfócitos T-CD4+. Interessante citar que na, decisão do citado agravo regimental na suspensão de tutela antecipada, Cezar Peluso, Ministro o STF, fez constar que não basta a comprovação de ser portador da doença, mas sim que a indicação do medicamento seja formulada por profissional integrante do SUS.

Justamente essa necessidade de indicação por médico integrante do SUS é que deveria ser revista como requisito para concessão do medicamento, já que, como visto, tanto tais profissionais como médicos particulares recebem visita da indústria farmacêutica, sofrendo influência para uma terapêutica com viés para prescrição de novos medicamentos.

Outro exemplo são os medicamentos Interferon e Interferon Peguilado. Tais medicamentos são utilizados para o combate do vírus da hepatite C (HCV), principal causador de cirroses em todo o mundo. Essa doença, segundo o Plano de Ação para prevenção, cuidado e tratamento da hepatite viral, desenvolvido pelos Estados Unidos da América em fevereiro de 2014, é uma epidemia silenciosa em que mais de 5 milhões de americanos vivem com o vírus e sequer tem ciência disso. Por ano, cerca de 12.000 a 18.000 americanos morrem de doenças relacionadas ao vírus<sup>36</sup>.

<sup>35</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 334/Santa Catarina. Rel. Min. Cezar Peluso. J. 24.06.2010. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613300>>. Acesso em: 30 dez. 2014.

<sup>36</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Department of Health and Human Services. Action Plan for the Prevention, Care, & Treatment of Viral Hepatitis. Fevereiro de 2014. Disponível em:<<https://www.aids.gov/pdf/viral-hepatitis-action-plan.pdf>>. Acesso em: 2 jan. 2015.

Segundo o Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas para Hepatite Viral Crônica C do nosso Ministério da Saúde, tanto a infecção crônica quanto a infecção aguda pelo HCV são usualmente assintomáticas, estimando-se que apenas um terço dos pacientes com infecção aguda pelo vírus C venha a ter sintomas ou icterícia<sup>37</sup>.

O estudo aponta que as principais complicações potenciais da infecção crônica pelo vírus HCV, a longo prazo, são cirrose, insuficiência hepática terminal e carcinoma hepatocelular, sendo que, uma vez com cirrose, cerca de 1% a 4% dos pacientes por ano desenvolvem carcinoma hepatocelular. Em 1998 foram publicados dois ensaios clínicos envolvendo 1.744 pacientes que mostraram maior taxa de resposta viral sustentada com a terapia combinada de Interferon alfa e Ribavirina sobre a monoterapia com Interferon alfa. Essa conduta, segundo o Protocolo, foi posteriormente ratificada pelo Consenso Internacional de Paris, realizado em 1999. A partir de então, uma nova forma de Interferon foi desenvolvida, que se chama Interferon Peguilado ou Peginterferon, e os estudos realizados constataram que a resposta dos pacientes com relação aos dois tipos de medicamentos (convencional e Peguilado) foi de apenas 6%.

Segundo os estudos apontados no documento:

Um ensaio clínico randomizado aberto de fase 3 comparando Interferon convencional mais Ribavirina *versus* Interferon Peguilado mais Ribavirina foi publicado por Manns e colaboradores em setembro de 2001 na revista *Lancet*, mostrando um pequeno benefício da combinação de Interferon Peguilado e Ribavirina sobre a combinação de Interferon convencional e Ribavirina. O Interferon Peguilado na dose de 1,5 µg/kg mais Ribavirina teve uma taxa de resposta viral sustentada de 54% *versus* 47% do Interferon convencional. O Food and Drug Administration nos Estados Unidos da América reanalisou os dados de Manns e concluiu que a diferença entre o Interferon Peguilado (resposta de 52%) e o Interferon convencional (resposta de 46%) foi de apenas 6%. Além disso, estatisticamente (ainda

<sup>37</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas para Hepatite Viral Crônica C. Disponível em: <[http://dtr2001.saude.gov.br/sas/dsra/protocolos/do\\_h23\\_01.pdf](http://dtr2001.saude.gov.br/sas/dsra/protocolos/do_h23_01.pdf)>. Acesso em: 2 jan. 2015. p. 431.

com uma chance de erro de 5%) esse valor pode estar situado entre 0,18% e 11,63%.<sup>38</sup>

O protocolo do Ministério da Saúde traz outros resultados de pesquisa realizados no decorrer de anos, concluindo que existem algumas dúvidas sobre a superioridade do Interferon Peguilado *versus* Interferon convencional.

Ocorre que o Interferon Peguilado é muitíssimo mais caro que o Interferon convencional<sup>39</sup>.

No âmbito do nosso Judiciário, em decisão proferida em dezembro de 2013 (nº CNJ: 0400641-59.2013.8.21.7000)<sup>40</sup>, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul condenou o Estado a fornecer o medicamento Interferon Peguilado, o qual custa cerca de R\$ 30.000,00, a uma paciente, mesmo diante do laudo pericial que indicou a possibilidade do tratamento da doença por ingestão de Interferon convencional. Verifica-se que a decisão judicial obrigou a Administração Pública a despender mais recursos do que o realmente era necessário, já que o Interferon Peguilado é medicamento relativamente novo e muito mais custoso ao Poder Público.

Constou como um dos fundamentos da decisão o fato de ser a saúde um direito fundamental básico, afastando qualquer alegação de cunho orçamentário ou de não inclusão do medicamento na lista oficial de medicamentos: “Da mesma forma, o fato de determinado medicamento ou procedimento não figurar na listagem do Sistema Único de Saúde, portanto, em nada interfere na procedência da pretensão posta na inicial, devendo ser protegido o direito

<sup>38</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas para Hepatite Viral Crônica C. Disponível em:<[http://dtr2001.saude.gov.br/sas/dsra/protocolos/do\\_h23\\_01.pdf](http://dtr2001.saude.gov.br/sas/dsra/protocolos/do_h23_01.pdf)>. Acesso em: 2 jan. 2015. p. 432.

<sup>39</sup> Ainda que estas incertezas possam modificar em alguma medida o uso desses medicamentos, o resultado aqui alcançado revela a necessidade de uma reflexão mais apurada da escolha do tratamento. Isto porque, considerando a evolução da hepatite C em trinta anos para uma corte de 1000 pacientes, o uso combinado da Ribavirina com o Interferon Peguilado fornece uma estimativa de ganho de 1% (0,33 anos de vida) de anos de vida sobre o uso com o Interferon convencional, a um custo 94% mais alto. VIANNA, Cid Manso de Mello et al. Avaliação tecnológica do Interferon Peguilado e Interferon convencional em associação com Ribavirina para tratamento do genótipo 1 da hepatite crônica C. *Jornal Brasileiro de economia da saúde*. 09.07.2012. Disponível em:<[http://www.uff.br/isc/site\\_2\\_5/images/publicacoes/Avaliacao\\_tecnologica\\_do\\_interferon\\_peguilado\\_e\\_interferon\\_convencional\\_.PDF](http://www.uff.br/isc/site_2_5/images/publicacoes/Avaliacao_tecnologica_do_interferon_peguilado_e_interferon_convencional_.PDF)>. Acesso em: 7 jan. 2015. p. 372.

<sup>40</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 0400641-59.2013.8.21.7000, Rel. Desª Marilene Bonzanini, J. 02.12.2013. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113536407/apelacao-civel-ac-70056760143-rs/inteiro-teor-113536417>>. Acesso em: 2 jan. 2015.

fundamental básico do cidadão à saúde e à dignidade”. Nesse caso, a prescrição do medicamento foi feita por médico particular, o qual poderia, segundo estudo realizado pela Anvisa, citado anteriormente, ter sido induzido pela indústria farmacêutica a prescrever um medicamento novo, quando, na verdade, o protocolo do Ministério da Saúde indica que o convencional também era eficaz para o tratamento.

Considerar-se-ia adimplida a obrigação estatal quando o Sistema Único de Saúde fornecesse a paciente o medicamento adequado para o tratamento (Interferon convencional), ainda que possa haver fármaco de eficácia ligeiramente superior e de uso menos frequente (Interferon Peguilado), já que não caberia à Administração Pública garantir maior comodidade ao paciente, mas sim prover-lhe os meios indispensáveis em busca da cura.

Caberia ao Poder Judiciário buscar estudos recentes e reconhecidos pela comunidade médica nacional e internacional relacionados ao medicamento novo em questão, com base em evidências (chamada Medicina com Base em Evidências – MBE<sup>41</sup>), e não somente acolher a prescrição do profissional médico, seja ele pertencente ao quadro do SUS ou não. Medicina Baseada em Evidência é a integração da experiência clínica com a capacidade de analisar e aplicar racionalmente a informação científica ao cuidar de pacientes<sup>42</sup>.

<sup>41</sup> Um movimento denominado Medicina Baseada em Evidências (Evidence-Based Medicine, EBM ou BEM) tem ajudado a ampliar a discussão sobre o ensino e a prática da medicina. Embora o termo Medicina Baseada em Evidências tenha sido introduzido recentemente, os métodos didáticos que lhe servem de alicerce não são totalmente novos. Não se pode negar, no entanto, que a MBE, sendo um movimento voltado para a formação de médicos com espírito crítico aguçado e aptos a manter o processo de educação continuada, tem ajudado a definir novas estratégias e métodos didático-pedagógicos e a divulgar outros anteriormente desenvolvidos. É importante observar que, ao examinar um paciente e detectar problemas, muitas das informações adicionais que irão orientar o que deve ser feito são adquiridas por meio da observação atenta da evolução, da avaliação laboratorial, da conversa com os familiares e de consultas com outros profissionais da equipe de saúde. Outra fonte de informação é a literatura médica. Por meio de *softwares* disponíveis em CD-ROM e da Internet, resumos, artigos completos e capítulos de livros podem ser facilmente pesquisados por um custo relativamente baixo. A Biblioteca Nacional de Medicina dos Estados Unidos (*National Library of Medicine*, NLM), por exemplo, oferece, via Internet, acesso grátis ao MEDLINE (o maior banco de dados de resumos de artigos publicados). A NLM pode ser acessada por meio do seguinte endereço: <<http://www.nlm.nih.gov>>. LOPES, A. A. Medicina baseada em evidências: a arte de aplicar o conhecimento científico na prática clínica. Revista da Associação Médica Brasileira, v. 46, n. 3, São Paulo, jul./set. 2000. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-4230200000300015&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-4230200000300015&script=sci_arttext)>. Acesso em: 6 jan. 2015.

<sup>42</sup> LOPES, A. A. Medicina baseada em evidências: a arte de aplicar o conhecimento científico na prática clínica. Revista da Associação Médica Brasileira, v. 46, n. 3, São Paulo, jul./set. 2000. Disponível em:

Outro exemplo é a prescrição de medicamento denominado Xigris, que é um pó para preparação de uma solução para perfusão (administração gota a gota em uma veia). Ele era utilizado em doentes adultos com sepse grave, patologia que ocorre quando as bactérias entram na circulação sanguínea e produzem substâncias nocivas (toxinas), que provocam uma falência dos órgãos do doente, como o coração, os pulmões e os rins. O Xigris era utilizado quando o doente exibia a falência de dois ou mais órgãos, em associação com o melhor tratamento padrão, nomeadamente antibióticos, medicamentos para suporte dos órgãos em falência e tratamento em uma unidade especial<sup>43</sup>.

Esse medicamento foi retirado do mercado em outubro de 2011 pelo próprio laboratório que o fabricava (Eli Lilly), após uma década de intensas campanhas de *marketing* para venda do fármaco, inclusive com publicidade focada aos médicos, com diminuição de estoques para sugerir grande procura<sup>44</sup>. A descontinuidade da fabricação, venda e utilização deu-se após pesquisa que demonstrou não haver qualquer benefício de sobrevivência do paciente com sepse grave ou choque séptico após o uso do medicamento<sup>45</sup>.

A comunicação publicada pela FDA – U.S. Food and Drug Administration em outubro de 2011 foi taxativa ao solicitar o não uso e a interrupção da administração do medicamento, além da devolução de estoques ao fornecedor<sup>46</sup>. Esse fato demonstra e comprova a grande influência que a indústria farmacêutica possui para produzir uma terapêutica com viés para novos medicamentos.

---

<[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-4230200000300015&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-4230200000300015&script=sci_arttext)>. Acesso em: 6 jan. 2015.

<sup>43</sup> EUROPEAN MEDICINES AGENCY. Xigris drotrecogina alfa (activada). Resumo do EPAR destinado ao público. Disponível em: <[http://www.ema.europa.eu/docs/pt\\_PT/document\\_library/EPAR\\_-\\_Summary\\_for\\_the\\_public/human/000396/WC500058114.pdf](http://www.ema.europa.eu/docs/pt_PT/document_library/EPAR_-_Summary_for_the_public/human/000396/WC500058114.pdf)>. Acesso em: 6 jan. 2015.

<sup>44</sup> NASSIF, Luis. A lenda do medicamento Xigris. 07.11.2011. Atualizado 14.06.2012. Disponível em: <<http://jornalggn.com.br/blog/luisnassif/a-lenda-do-medicamento-xigris>>. Acesso em: 6 jan. 2015.

<sup>45</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. FDA. U.S. Food and Drug Administration. FDA Drug Safety Communication: Voluntary market withdrawal of Xigris [drotrecogin alfa (activated)] due to failure to show a survival benefit. 25.10.2011. Disponível em: <<http://www.fda.gov/Drugs/DrugSafety/ucm277114.htm>>. Acesso em: 6 jan. 2015.

<sup>46</sup> “Xigris treatment should not be started in new patients. Xigris treatment should be stopped in patients being treated with Xigris. All remaining Xigris product should be returned to the supplier from whom it was purchased.” FDA. U. S. Food and Drug Administration. FDA Drug Safety Communication: Voluntary market withdrawal of Xigris [drotrecogin alfa (activated)] due to failure to show a survival benefit. 25.10.2011. Disponível em: <<http://www.fda.gov/Drugs/DrugSafety/ucm277114.htm>>. Acesso em: 7 jan. 2015.

Fortunas foram desembolsadas por particulares<sup>47</sup>, planos de saúde e pelo SUS, inclusive mediante decisões judiciais, para a aquisição do medicamento, que, posteriormente, provou-se ser um placebo. Conforme afirmou Luis Cláudio Correia, livre docente em cardiologia da Universidade Federal da Bahia, “anti-ético é promover a comercialização de um *placebo* de alto custo, que compromete o tênue equilíbrio financeiro do sistema de saúde, sem trazer benefício clínico”<sup>48</sup>.

Por esse motivo, torna-se importante, antes de deferir o pedido judicial de fornecimento de um novo medicamento, buscar a informação se a terapêutica em questão está conforme a metodologia da Medicina com Base em Evidências e não somente acolher a prescrição do profissional médico, por ele pertencer ao quadro do SUS.

Faz-se importante acompanhar os estudos recentes relacionados aos novos medicamentos para, inclusive, evitar determinação judicial no sentido de obrigar a Administração Pública a fornecer remédios de comercialização suspensa, como foi o caso do antiinflamatório e analgésico denominado Vioxx.

Em 30 de setembro de 2004, o laboratório fabricante do medicamento – Marck Sharp Dohme – informou a FDA – U.S. Food and Drug Administration que tal fármaco causava um aumento de problemas cardiovasculares aos pacientes, o que acarretou na suspensão da venda do produto<sup>49</sup>.

No entanto, em março de 2008 foi proferida sentença determinando o fornecimento de tal medicamento a um paciente, decisão que foi confirmada em novembro de 2010 pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo<sup>50</sup>.

<sup>47</sup> O custo estimado no Brasil era de R\$ 56.000 por paciente. CORREIA, Luis Cláudio. Xigris: uma lucrativa falácia provocada por um estudo truncado. 20.05.2012. Disponível em: <<http://medicinabaseadaevidencias.blogspot.com.br/2012/05/xigris-uma-lucrativa-falacia-provocada.html>>. Acesso em: 8 jan. 2015.

<sup>48</sup> CORREIA, Luis Cláudio. Xigris: uma lucrativa falácia provocada por um estudo truncado. 20.05.2012. Disponível em: <<http://medicinabaseadaevidencias.blogspot.com.br/2012/05/xigris-uma-lucrativa-falacia-provocada.html>>. Acesso em: 8 jan. 2015.

<sup>49</sup> ANVISA. Determinada a suspensão da venda de Vioxx. 30 set. 2004. Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br/divulga/noticias/2004/300904.htm>>. Acesso em: 7 jan. 2015.

<sup>50</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 994.08.150681-9. Des. Rel. Antonio Carlos Malheiros. J. 16.11.2010. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=SAJ&numeroDigitoAnoUnificado=&foroNumeroUnificado=&dePesquisaNuUnificado=&dePesquisaNuAntigo=994081506819>>. Acesso em: 7 jan. 2015.

Um dos fundamentos da decisão foi justamente o fato de existir prescrição médica indicando a administração do fármaco, sendo o bastante para o deferimento do pedido. Hoje esse critério não é mais suficiente, seja a prescrição realizada por médico do SUS ou particular, havendo necessidade de revisão da orientação, já que não se mostra adequada às novas metodologias aplicadas, principalmente a denominada Medicina com Base em Evidências – MBE.

## CONCLUSÃO

É preciso rediscutir os parâmetros utilizados pelo STF e pelo CNJ, principalmente diante de novas realidades e constatações, sempre buscando transformar o direito administrativo, como forma de torná-lo mais apto a prestar seus serviços de forma financeiramente equilibrada, possibilitando o melhor cumprimento as suas funções estatais.

É certo que a transferência do debate público para o Judiciário traz uma dose excessiva de politização dos tribunais, dando lugar a paixões em um ambiente que deve ser presidido pela razão, com defende Luiz Roberto Barroso<sup>51</sup>. No entanto e apesar disso, faz-se necessário revisitar os parâmetros determinados pelo STF e pelo CNJ, a fim de averiguar se estão ainda adequados à nova realidade e às novas percepções.

Não foi pretensão deste trabalho a discussão a respeito das decisões judiciais sobre o direito constitucional à vida em detrimento ao aspecto econômico financeiro, tanto da Administração Pública quanto privada, mas sim trazer uma reflexão a ser feita antes do pedido judicial de custeio de novo medicamento.

Como afirma Luis Roberto Barroso, “devemos ter em mente que o Judiciário não por ser menos do que deve ser, deixando de tutelar direitos fundamentais que podem ser promovidos com a sua atuação. De outra parte, não deve querer ser mais do que pode ser, presumindo demais de si mesmo [...]”<sup>52</sup>.

Atualmente, o Poder Judiciário considera a prescrição do médico do SUS, de novos medicamentos, como critério suficiente para sustentar o deferimento de pedidos que resguardem o direito constitucional à vida, em detrimento ao

<sup>51</sup> BARROSO, Luis Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. Disponível em: <[http://www.oab.org.br/editora/revista/revista\\_11/artigos/constituicaodemocraciasupremaciajudicial.pdf](http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciasupremaciajudicial.pdf)>. Acesso em: 3 dez. 2014.

<sup>52</sup> BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 876.

aspecto econômico. Buscou-se refletir se essa prescrição tem a credibilidade suficiente para isso.

Conclui-se que esse critério mostrou-se falho frente ao atual contexto em que a indústria farmacêutica exerce uma forte influência que leva a uma terapêutica com viés para novos e dispendiosos medicamentos. Esse fato resulta em obrigações judiciais a serem cumpridas pela Administração Pública no sentido de custear novos medicamentos, agravando a escassez dos recursos financeiros da saúde pública. Cada decisão favorável ao fornecimento de medicamentos novos e custosos compromete globalmente a otimização de tais recursos.

Não se defende a ingerência do Poder Judiciário no âmbito da Medicina, mas uma revisão do critério atualmente utilizado, substituindo este critério por um mais consistente que considere a Medicina Baseada em Evidências, e não somente a existência de prescrição médica para o deferimento do pedido de fornecimento de novos medicamentos.

## REFERÊNCIAS

ANVISA. Determinada a suspensão da venda de Vioxx. 30 set. 2004. Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br/divulga/noticias/2004/300904.htm>>. Acesso em: 7 jan. 2015.

BALBÍN, Carlos F. *Tratado de Derecho Administrativo*. 1. ed. Buenos Aires: La Ley, t. I, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula. O direito à prestação de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais*. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. Disponível em: <[http://www.oab.org.br/editora/revista/revista\\_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf](http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf)>. Acesso em: 3 dez. 2014.

BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais*. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BRASIL. Ministério da Saúde. Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas para Hepatite Viral Crônica C. Disponível em: <[http://dtr2001.saude.gov.br/sas/dsra/protocolos/do\\_h23\\_01.pdf](http://dtr2001.saude.gov.br/sas/dsra/protocolos/do_h23_01.pdf)>. Acesso em: 2 jan. 2015.



BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Decreto nº 591, de julho de 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm)>. Acesso em: 3 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. MS 8.895/DF. Min. Rel<sup>a</sup> Eliana Calmon. J. 07.06.2004. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200300142650&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 4 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 334/Santa Catarina. Rel. Min. Cezar Peluso. J. 24.06.2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613300>>. Acesso em: 30 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Despacho de convocação de audiência pública, 05 de março de 2009. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despacho\\_Convocatorio.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despacho_Convocatorio.pdf)>. Acesso em: 8 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 1.246/SC. Rel. Min. Celso de Mello. J. 31.01.1997. DJ 13.02.1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?s1=%28pet%24%2escla%2e+e+1246%2enum%2e%29&base=basemonocraticas&url=http://tinyurl.com/cktfmxxp>>. Acesso em: 10 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 994.08.150681-9. Des. Rel. Antonio Carlos Malheiros. J. 16.11.2010. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=SAJ&numeroDigitoAnoUnificado=&foroNumeroUnificado=&dePesquisaNuUnificado=&dePesquisaNuAntigo=994081506819>>. Acesso em: 7 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 0400641-59.2013.8.21.7000, Rel. Des<sup>a</sup> Marilene Bonzanini, J. 02.12.2013. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113536407/apelacao-civel-ac-70056760143-rs/inteiro-teor-113536417>>. Acesso em: 2 jan. 2015.

CARNEIRO, João Paulo de Souza. Efetivação judicial do direito à saúde no Brasil: uma breve reflexão à luz do “modelo de direitos fundamentais sociais” de Robert Alexy. *Revista Bonijuris*, Curitiba/PR, a. XXV, n. 598, p. 19-29, set. 2013.

CASTRO, Sebastião Helvécio Ramos de. Impacto desalocativo no orçamento público estadual em face das decisões judiciais. Belo Horizonte, 2011. 50f. Monografia (Concurso IV Prêmio SOF de Monografias) – Secretaria de Orçamento Federal.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista Crítica Jurídica*, n. 22, p. 17-29, jul./dez. 2003. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/critica/cont/22/pr/pr4.pdf>>. Acesso em: 1º dez. 2014.

\_\_\_\_\_. O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba: ABDConst, v. 3, p. 289-300, 2003.

CORREIA, Luis Cláudio. Xigris: uma lucrativa falácia provocada por um estudo truncado. 20.05.2012. Disponível em: <<http://medicinabaseadaemevidencias.blogspot.com.br/2012/05/xigris-uma-lucrativa-falacia-provocada.html>>. Acesso em: 8 jan. 2015.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. 10.12.1948. Disponível em: <[http://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_10133.htm](http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm)>. Acesso em: 29 nov. 2014.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Department of Health and Human Services. Action Plan for the Prevention, Care, & Treatment of Viral Hepatitis. Fevereiro de 2014. Disponível em: <<https://www.aids.gov/pdf/viral-hepatitis-action-plan.pdf>>. Acesso em: 2 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. FDA. U.S. Food and Drug Administration. FDA Drug Safety Communication: Voluntary market withdrawal of Xigris [drotrecogin alfa (activated)] due to failure to show a survival benefit. 25.10.2011. Disponível em: <<http://www.fda.gov/Drugs/DrugSafety/ucm277114.htm>>. Acesso em: 6 jan. 2015.

EUROPEAN MEDICINES AGENCY. Xigris drotrecogina alfa (activada). Resumo do EPAR destinado ao público. Disponível em: <[http://www.ema.europa.eu/docs/pt\\_PT/document\\_library/EPAR\\_-\\_Summary\\_for\\_the\\_public/human/000396/WC500058114.pdf](http://www.ema.europa.eu/docs/pt_PT/document_library/EPAR_-_Summary_for_the_public/human/000396/WC500058114.pdf)>. Acesso em: 6 jan. 2015.

FOLHA DE SÃO PAULO. Lobby da indústria farmacêutica afeta unidades do SUS, diz Anvisa. Cotidiano. 12.11.2010. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Lva5gxLcejYJ:www1.folha.uol.com.br/cotidiano/829698-lobby-da-industria-farmacautica-afeta-unidades-do-sus-diz-anvisa.shtml+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 18 set. 2014.

FRIAS, Maria Cristina. Cresce volume de remédios incluídos no SUS. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 12.12.2014. Mercado Aberto. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/mercadoaberto/2014/12/1561215-cresce-volume-de-remedios-incluidos-no-sus.shtml>>. Acesso em: 12 dez. 2014.

HACHEM, Daniel Wunder. Tutela Administrativa Efetiva dos direitos fundamentais sociais: Por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. 614. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná.

LOPES, A. A. Medicina baseada em evidências: a arte de aplicar o conhecimento científico na prática clínica. *Revista da Associação Médica Brasileira*, v. 46, n. 3, São

Paulo, jul./set. 2000. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-42302000000300015&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-42302000000300015&script=sci_arttext)>. Acesso em: 6 jan. 2015.

MÂNICA, Fernando Borges. *O setor privado nos serviços públicos de saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NASSIF, Luis. A lenda do medicamento Xigris. 07.11.2011. Atualizado 14.06.2012. Disponível em: <<http://jornalggn.com.br/blog/luisnassif/a-lenda-do-medicamento-xigris>>. Acesso em: 6 jan. 2015.

UNICEF. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <[http://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_10133.htm](http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm)>. Acesso em: 29 nov. 2014.

VALLE, Gustavo Henrique Moreira do; CAMARGO, João Marcos Pires. A Audiência Pública sobre a Judicialização da Saúde e seus Reflexos na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo v. 11, n. 3, p. 13-31, fev 2011. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13220>>. Acesso em: 8 dez 2014.

VIANNA, Cid Manso de Mello et al. Avaliação tecnológica do Interferon Peguilado e Interferon convencional em associação com Ribavirina para tratamento do genótipo 1 da hepatite crônica C. *Jornal Brasileiro de economia da saúde*. 09.07.2012. Disponível em: <[http://www.uff.br/isc/site\\_2\\_5/images/publicacoes/Avaliacao\\_tecnologica\\_do\\_interferon\\_peguilado\\_e\\_interferon\\_convencional\\_\\_\\_\\_.PDF](http://www.uff.br/isc/site_2_5/images/publicacoes/Avaliacao_tecnologica_do_interferon_peguilado_e_interferon_convencional____.PDF)>. Acesso em: 7 jan. 2015.

# A EXECUÇÃO FISCAL E AS SUAS CRISES DE INSTÂNCIA

*THE TAX LIEN AND CRISES INSTANCE*

**Cássio Benvenutti de Castro<sup>1</sup>**

Juiz de direito no Rio Grande do Sul

**RESUMO:** A cobrança do crédito tributário sofre uma crise de identidade e, por decorrência, várias crises de instância. Trata-se de uma modalidade de processo que não assume uma natureza jurídica referenciada pelas tendências do processo civil contemporâneo, pois a legislação de regência, da década de 1980, está comprometida com a metodologia tecnicista do século passado; assim, a execução fiscal não é considerada um procedimento em contraditório, e os seus incidentes são observados por meio da lente do formalismo excessivo do direito material-tributário, a mesma corrente que elabora o processo enquanto uma relação jurídica de direito público proporciona terreno fértil à série de crises de instância que emperra a execução fiscal. Na verdade, o que menos ocorre na execução fiscal é uma execução propriamente dita. Daí um cenário que se abriu propício à incidência do novo art. 40 da LEF e, portanto, um paradoxo: esse dispositivo

é ilustrado pelo paradigma que organiza o processo como um procedimento em contraditório, bem ao contrário do perfil que encerrava as compreensões do século em que formulada a lei de execução fiscal. A origem da execução fiscal se reporta ao tecnicismo, porém, as suas diuturnas reformas, inclusive as reformas do CPC, utilizam-se de uma diferente concepção do processo civil. A definição da natureza jurídica da execução fiscal aparelha o operador do direito para o manejo das recentes reformas do processo civil, seja uma regra prevista na LEF ou prevista de maneira inédita no CPC.

**PALAVRAS-CHAVE:** Processo; execução; tributário; forma.

**ABSTRACT:** *The tax credit suffers an identity crisis. This is a type of process that does not take a referencial by contemporary civil procedure, because the current law is dated from of the year 1980, when the technician approach organized the issues; thus, the procedural collection of taxes is not*

<sup>1</sup> Especialista em Direito, Mestre em Direito pela UFRGS.

*considered an adversarial procedure, and it follows an excessive formal procedural. The same idea that treats this process as a legal relationship under public law provides an outstanding question about the incidence of the new article 40 of tax collection: this law is illustrated by the paradigm that organizes the process as an adversarial procedure, meanwhile another profile understands the origin of this same law. The origin of tax enforcement reports to the technician, however, their reforms, including reforms of the Civil Procedural Code, uses a different conception of civil procedure rationality. The definition of the legal nature of the tax lien equips the worker to manage the recent reforms of civil procedure.*

**KEYWORDS:** *Process; implementation; tax; form.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 O formalismo excessivo da execução fiscal e as recentes reformas sobre a execução do título extrajudicial previstas no CPC: a incomunicabilidade das fontes como consequência; 2 A causa do isolamento entre a LEF e a nova execução de título extrajudicial prevista no CPC; Conclusão; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 The excessive formalism of the tax lien and the recent reforms on the implementation of non judicial provided in CPC: the isolation of the rights; 2 The cause of the isolation between LEF and new non judicial collection established in CPC; Conclusion; References.*

## INTRODUÇÃO

A Lei nº 6.830/1980 “dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública e dá outras providências”, segundo expresso em seu preâmbulo. Logo no art. 1º, a LEF estabelece que “a execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil”.

Entretanto, nem tudo o que uma lei denomina de “judicial” consiste em um ato “jurisdicional” típico<sup>2</sup>. No atual quadrante constitucional, a observação da essência das coisas jurídicas é fundamental para o manejo das próprias consequências normativas. Vale dizer que não é a nomenclatura determinada pela lei que estipula a sorte do evento da “judicialização” ou da “jurisdionalização” de algo, assim como não basta atribuir a nota de “cobrança judicial” a uma execução para, assim, resolver-lhe todos os percalços procedimentais.

<sup>2</sup> Basta examinar um “acordo” das partes celebrado em juízo: trata-se de um ato “processualizado”, mas não é um ato tipicamente jurisdicional (o que justifica a aplicação do art. 486 do CPC).

A tutela jurisdicional é um momento de ponderação, que supera a mera terminologia. Por sua vez, a execução fiscal (ou a *cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública*) é um desdobramento da tutela jurisdicional e que merece uma peculiar atenção, pois, a depender da natureza jurídica que lhe for atribuída a tal evento, ela enfrenta uma série de crises existenciais ao largo da existência do próprio processo. A tutela verticaliza a deontologia do processo. Daí a importância de analisar a lei de regência da execução fiscal não somente pelo fato de ela estabelecer um procedimento truncado, um procedimento repleto de incidentes e permeado de atos processuais arraigados a um formalismo excessivo, mas, sobretudo verificar de “onde” advieram tais crises e intercorrências.

A apertada pesquisa tenta identificar alguns acidentes de percurso da execução fiscal, ou seja, determinadas situações que acabam emperrando ou obstando uma *execução propriamente dita*. Levanta-se a tese de que o manuseio da execução fiscal, em grande parte do seu trâmite, pode ser tudo em termos de “cognição”, mas não pode ser considerada uma execução no sentido de constrição judicial do patrimônio do devedor, uma execução em termos concretos. O desencontro entre a denominação atribuída a esse processo e o seu respectivo conteúdo é o responsável pelo movediço destino.

Para salientar as crises de instância da execução fiscal, inicialmente, pontuo um repertório dogmático que remete a temática a um sintético divã processual, predispondo as clássicas regras da LEF ao lado das recentes regras do CPC reformado (pela Lei nº 11.382/2006). Um exame comparativo entre pontuais normas surpreende que a tendência das reformas processuais é para acelerar (ou conferir efetividade) o trâmite dos procedimentos, desburocratizando-os, além de afastar o vetusto absentismo técnico que separava o processo de conhecimento do processo de execução (e também o depurava do processo cautelar). Agora, não resolve dizer que uma determinada regra do CPC reformado não se aplica à LEF, enquanto outra regra da mesma reforma seria aplicável – necessário investigar o endereço das oscilações interpretativas nesse diálogo das fontes.

Na era do sincretismo, o processo tende a ser (ou deve ser) somente “um único” processo, no qual as suas diversas fases eventualmente se desdobram na permanente busca da tutela do direito. O juiz não conhece para executar, e não executa para conhecer, assim como o trabalho do intérprete não<sup>3</sup> pode

<sup>3</sup> A ciranda do “conhecer para interpretar e interpretar para conhecer” é automática e infundável. Não podem se autoexcluir, pois se tratam de fenômenos em constante coordenação, indelévels à racionalidade humana.

ser absolutamente fragmentado em “conhecimento+interpretação”. No contemporâneo mundo multimídia, multifacetado, multidimensionado, de plurisignificados dinâmicos e coordenados, mormente o mundo da cultura, não é a sociedade quem escolhe a sua tecnologia, mas é a tecnologia que organiza a sua sociedade.

A efetividade (enquanto valor<sup>4</sup>) aponta para essa direção.

Nesses termos, o *conhecimento*, a *execução* e a *cautela* consistem em fases da operação processual que se verticaliza à tutela dos direitos. A reflexão dessa matriz provavelmente descobre algum porquê de algumas crises de instâncias da execução fiscal. A pretensão não é desconstruir um sistema, mas, de alguma forma, debater sobre uma interessante disputa: na contratendência das recentes reformas do CPC, a execução fiscal segue como um *continuum* de formalismo excessivo do direito tributário ou, ontologicamente, ela representa um jogo de cena que ornamentou o século XX.

Afinal, a execução fiscal não seria essas duas cousas?

## **1 O FORMALISMO EXCESSIVO DA EXECUÇÃO FISCAL E AS RECENTES REFORMAS SOBRE A EXECUÇÃO DO TÍTULO EXTRAJUDICIAL PREVISTAS NO CPC: A INCOMUNICABILIDADE DAS FONTES COMO CONSEQUÊNCIA**

A Certidão de Dívida Ativa da Fazenda Pública é um título executivo extrajudicial (art. 585, VII, do CPC), cujo crédito que encerra será cobrado mediante o procedimento regulamentado pela Lei de Execução Fiscal (Lei nº 6.830/1980). Subsidiariamente à LEF, aplicam-se as normas do Código de Processo Civil. O diálogo das fontes é intuitivo e está expresso em lei (art. 1º da LEF), o que não deveria ensejar maiores desencontros interpretativos.

Ocorre que as recentes reformas do Código de Processo Civil desburocratizaram o procedimento geral da execução de título extrajudicial, assim fomentando a discussão sobre a aplicação dessas novas regras processuais,

<sup>4</sup> A efetividade pode ser compreendida como um valor (o que é ótimo) ou como um princípio (plano deontológico). O primeiro entendimento não deixa de ser pré-processual, atua no plano da política judiciária; o segundo refere-se à disputa processual no sentido concreto, em vista dos objetos que o próprio processo afunila. A efetividade se desenvolve em coordenação à segurança jurídica, seja como um valor ou seja como um princípio: no mundo da cultura, os valores e os princípios coexistem. A grande diferença é o palco desse diálogo, uma questão delicada e merecedora de aprofundamento. Ver OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*: proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. *passim*.

inclusive, às execuções fiscais. A tendência seria pela comunicabilidade das fontes.

De outro lado, entre os fundamentos que sustentam um aparente isolamento entre as fontes normativas da LEF e do CPC, entre si, pode-se citar o seguinte nexo de *causa* e *consequência*: a reforma do CPC obedece a um perfil epistêmico no qual o processo é compreendido como um procedimento em contraditório e, por decorrência dessa natureza jurídica mesma, diga-se que por ocasião dessa “causa”, a racionalidade contemporânea privilegiou o princípio da efetividade das técnicas executórias, em detrimento da outrora intocável salvaguarda do princípio da segurança jurídica. O problema é que a legislação das décadas de 1970 (a redação originária do CPC é de 1973) e 1980 (a LEF é uma lei de 1980) está arraigada a outra concepção de processo civil, que colocava a segurança jurídica por sobre o princípio da efetividade.

Um ligeiro quadro comparativo entre as velhas regras, que ilustram a LEF, para como as novas regras, que apareceram com a reforma do CPC, permite visualizar alguma medida da discussão:

<p>Art. 7º O despacho do Juiz que deferir a inicial importa em ordem para: I – citação, pelas sucessivas modalidades previstas no artigo 8º;</p> <p>Art. 8º O executado será citado para, no prazo de 5 (cinco) dias, pagar a dívida com os juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, ou garantir a execução, observadas as seguintes normas:</p>	<p>Art. 652. O executado será citado para, no prazo de 3 (três) dias, efetuar o pagamento da dívida. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006)</p> <p>[...]</p> <p>§ 4º A intimação do executado far-se-á na pessoa de seu advogado; não o tendo, será intimado pessoalmente. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).</p> <p>§ 5º Se não localizar o executado para intimá-lo da penhora, o oficial certificará detalhadamente as diligências realizadas, caso em que o juiz poderá dispensar a intimação ou determinará novas diligências. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006)</p>
---	---

Nos termos da Lei de Execução Fiscal, o executado será citado para efetuar o pagamento “ou garantir a execução”. Com efeito, aquele que “garante não paga”, pois, etiologicamente, a garantia é uma figura jurídica de salvaguarda, consiste em uma espécie de *solve et repete*, na qual o sujeito coloca um objeto à disposição de outrem para, assim, poder discutir sobre o conteúdo da dívida.



Na prática, a “garantia” da execução fiscal significa que ela é incompatível com o esquema atual do sincretismo, que é a marca notória da contemporânea epistemologia processual. Em execução fiscal, quando se executa não se discute, e quando se discute não se executa – existe uma solução de prejudicialidade obstativa entre execução e conhecimento, nos termos do vetusto aforisma da época em que jurisdição era sinônima de “dizer o direito”, mas não de *efetivar* o direito. A solução absenteísta do século XIX, ou seja, o fragmentarismo da modernidade, muito bem separava os conceitos em vasos estanques e incomunicáveis.

O que acontece quando o executado “garante” a execução fiscal?

Em primeiro lugar, ele passa a não ser mais um executado, se é que algum dia o foi, mas assume a condição de um simples litigante em processo de conhecimento. Ora, quando efetuada a “garantia” da dívida, quer dizer que o demandado em execução fiscal ajuizará os embargos contra tal execução. Por sua vez, os embargos constituem uma ação de conhecimento autônoma à execução e, segundo respeitável entendimento, determinam a imediata suspensão do processo executivo fiscal.

Daí acontece de dois processos se estancarem em solução de descontinuidade: a execução fiscal e os embargos à execução – ou tramita um deles, ou caminha outro, sendo um jogo de cena que transporta a “garantia” a um efeito de *abstracta efetividade*. Por que um jogo de cena? Porque a garantia geralmente não possui liquidez alguma, ela raramente é em dinheiro, o garantidor e ora embargante oferece em garantia da execução fiscal algum objeto inservível, dispendioso para ser depositado, isso quando não é algo precível e de impossível alienação no varejo do leilão público.

Assim, a primeira crise de instância da execução fiscal está cravada na sua fase prelibatória, quando se fala em “garantia” da execução. Por isso que a reforma do CPC (art. 652) não cogita de “garantia”, mas da citação para o pagamento, porquanto o próprio ajuizamento dos embargos não está condicionado – em situação de prejudicialidade – ao oferecimento de algum objeto imprestável (digo, algum objeto garantidor) ao feito executório (art. 738 do CPC).

A reforma do Código de Processo Civil está adequada à pontual preponderância do princípio da efetividade por sobre a segurança jurídica, um sopesamento que norteia a execução do título extrajudicial. Justamente porque, em tempos de sincretismo, executar não significa afastar o conhecer, assim como

cognição não afasta a execução, apenas são fases da tutela jurisdicional que devem tramitar juntas e misturadas, em prol da tutela do direito.

Intuitivo concluir que a execução fiscal nasce e se desenvolve, desde o berço, a conta-gotas, à medida que ela nasce entravada com uma espécie de *efeito suspensivo* subliminar: se o devedor garantir a execução tudo fica parado, como se nada tivesse acontecido, como se a execução existisse apenas “no papel”, e não no mundo da vida.

O primado do princípio da segurança jurídica em relação ao princípio da efetividade, desde a tradição da modernidade, implica que a execução fiscal seja impulsionada *secundum eventum citationis* e segundo a garantia da execução. A LEF deixa evidente o formalismo excessivo quanto ao ato processual isolado da “intimação”.

Art. 12. Na execução fiscal, far-se-á a intimação da penhora ao executado, mediante publicação, no órgão oficial, do ato de juntada do termo ou do auto de penhora.

§ 1º Nas Comarcas do interior dos Estados, a intimação poderá ser feita pela remessa de cópia do termo ou do auto de penhora, pelo correio, na forma estabelecida no artigo 8º, incisos I e II, para a citação.

§ 2º Se a penhora recair sobre imóvel, far-se-á a intimação ao cônjuge, observadas as normas previstas para a citação.

§ 3º Far-se-á a intimação da penhora pessoalmente ao executado se, na citação feita pelo correio, o aviso de recepção não contiver a assinatura do próprio executado, ou de seu representante legal.

Art. 668. O executado pode, no prazo de 10 (dez) dias após intimado da penhora, requerer a substituição do bem penhorado, desde que comprove cabalmente que a substituição não trará prejuízo algum ao exequente e será menos onerosa para ele devedor (art. 17, incisos IV e VI, e art. 620). (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006)

O formalismo é a totalidade formal do procedimento. Aprofundando a linha de observação, a forma em sentido estrito é um componente do formalismo, vale dizer, consiste em um átomo da totalidade, pois repercute o aspecto exterior de determinados *atos isolados* que compõem o processo.

A intimação é um desses atos processuais que reclamam especificidades em seus caracteres de individualização e a forma da intimação não representa um problema em si mesmo. Deveras, a intimação é um ato formal, um ato processual típico que reclama um complexo de fórmulas previstas na lei.

Todavia, um problema existe quando todo o formalismo (a totalidade formal do procedimento) é deslocado ou tendente a se desviar da rota, em função da forma em sentido estrito, o todo em função de um ato isolado. O sentido das coisas deveria ser exatamente o contrário.

Como não poderia deixar de ser, a reforma do CPC observa as formas que individualizam a intimação e os atos processuais congêneres, no tocante à execução do título extrajudicial. Porém, as novas normas que ilustram o CPC não permitem sequer que a ausência de intimação emperre o procedimento executório. Tanto é verdade que a intimação do devedor pode ser dispensada, quando discricionariamente o juiz identificar uma aparente evasão desse sujeito do distrito do processo (art. 652, § 5º, do CPC). Uma flexibilidade que também se reflete quando da eventual modificação da penhora (art. 668), pois encarrega ao devedor comparecer ao processo e “comprovar cabalmente” a utilidade da substituição dos bens constritos.

A inversão do ônus postulatório repercute o primado do princípio da efetividade. Em primeiro lugar, para requerer a substituição do objeto penhorado, o devedor deve comparecer e comprovar tal utilidade; em segundo lugar, mesmo que o devedor sequer compareça e não forneça um paradeiro, o juiz poderá dispensar a sua intimação formal para o prosseguimento do procedimento executório.

Uma realidade normativa em confronto com o art. 12 da LEF.

Ademais, esse mesmo art. 12 é reforçado pelo art. 8º da LEF, de maneira que a combinação dos dispositivos transforma a execução fiscal em um procedimento refeito aos humores do paradeiro do devedor. A literalidade desperta dois vetores que abalizam o primado da segurança jurídica, ora em prejuízo da efetividade: a “garantia” da execução é peça oportunizada, e a obsessiva e inderrogável necessidade de “intimação” do devedor.

Em outras palavras, quando a execução é suspensa pela “garantia” oferecida pelo devedor, ou quando a execução encalha na indelével necessidade da “intimação” do devedor – intimação que não pode ser dispensada pelo juízo –, o efeito prático é que o procedimento está subordinado à boa vontade do devedor. O velho discurso de que a execução fiscal consiste em um procedimento que confere “privilégios” à Fazenda Pública faz parte de um plano da segurança jurídica, que conferia poderes “formais” em troca de uma falta de solução prática à vida real. Mais expressamente: a Fazenda Pública não estava sujeita a prazos próprios e peremptórios, no entanto, a execução fiscal apenas se tornava

uma verdadeira execução, quando o devedor concordava em participar dessa ciranda excessivamente formal.

Na hipótese de o devedor não colaborar, existia um procedimento de chamamento, um procedimento repleto de atos formais (citação, garantia, intimação), mas, sobretudo, um procedimento que pouco ou quase nada executava, um procedimento que em termos práticos (paradigma da efetividade) não avançava sobre o patrimônio do réu. Uma preocupação que a reforma do CPC evidentemente não se furtou de afastar:

<p>Art. 13. O termo ou auto de penhora conterà, também, a avaliação dos bens penhorados, efetuada por quem o lavrar.</p> <p>§ 1º Impugnada a avaliação, pelo executado, ou pela Fazenda Pública, antes de publicado o edital de leilão, o Juiz, ouvida a outra parte, nomeará avaliador oficial para proceder a nova avaliação dos bens penhorados.</p> <p>§ 2º Se não houver, na Comarca, avaliador oficial ou este não puder apresentar o laudo de avaliação no prazo de 15 (quinze) dias, será nomeada pessoa ou entidade habilitada a critério do Juiz.</p> <p>§ 3º Apresentado o laudo, o Juiz decidirá de plano sobre a avaliação.</p>	<p>Art. 652: [...]</p> <p>§ 1º Não efetuado o pagamento, munido da segunda via do mandado, o oficial de justiça procederá de imediato à penhora de bens e a sua avaliação, lavrando-se o respectivo auto e de tais atos intimando, na mesma oportunidade, o executado. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006)</p>
--	---

O art. 652, § 1º, do CPC desburocratizou o procedimento da execução do título extrajudicial, não apenas em relação à avaliação, uma tarefa expressamente atribuída ao oficial de justiça e, excepcionalmente, quando impugnada a avaliação inicial, uma incumbência que reclama a nomeação de um profissional específico para o ato. Certo que a LEF também possibilitava a avaliação no mesmo ato em que realizada a penhora (por termo ou auto).

A diferença está no sincretismo<sup>5</sup> que o § 1º do art. 652 do CPC enseja, quando estabelece que o oficial de justiça se aparelhará de “duas” vias do

<sup>5</sup> Mais importante que a modificação de literalidades da legislação é atentar para os fundamentos que verticalizam as reformas. O sincretismo consiste na indelével prevalência do princípio da efetividade sobre o princípio da segurança jurídica, o que enseja a ruptura da metodologia apática que estratificada a execução do título extrajudicial. As releituras do processo civil – todas – acenam nesse sentido, sobremaneira as reformas preordenadas na fase executiva. Respeitosamente, dizer que a Lei nº 11.382/2006 excluiu o “direito de o executado nomear bens à penhora, permitindo, no § 2º do art. 652 do CPC, que o exequente, em sua petição inicial, já indique bens a serem penhorados”,

mandado: uma via do mandado para a citação do réu para o pagamento, e outra via do mandado para a efetivação da penhora e a avaliação dos bens.

As “duas vias” do mandado reportam o sincretismo da contemporaneidade, pois, ao mesmo tempo em que cita para pagar ou discutir, também está aberto o percurso para se avançar contra o patrimônio do devedor, com os atos da execução real. Tanto que os embargos à execução do CPC não suspendem de plano a execução, eles apenas significam um incidente ao desdobramento da execução em sua faceta de conhecimento. A face efetivamente executória, constrictiva, da execução do título extrajudicial, prossegue em seus ulteriores termos, apesar do ajuizamento dos embargos.

Diferente é a previsão literal contida na LEF que, nada sincrética, quando interpostos os embargos à execução, suspende-se tudo. Os embargos à execução fiscal assinalam mais uma crise de instância:

<p>Art. 16. O executado oferecerá embargos, no prazo de 30 (trinta) dias, contados:</p> <p>I – do depósito;</p> <p>II – da juntada da prova da fiança bancária;</p> <p>III – da intimação da penhora.</p> <p>§ 1º Não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução.</p> <p>§ 2º No prazo dos embargos, o executado deverá alegar toda matéria útil à defesa, requerer provas e juntar aos autos os documentos e rol de testemunhas, até três, ou, a critério do juiz, até o dobro desse limite.</p> <p>§ 3º Não será admitida reconvenção, nem compensação, e as exceções, salvo as de suspeição, incompetência e impedimentos, serão argüidas como matéria preliminar e serão processadas e julgadas com os embargos. [...]</p> <p>Art. 18. Caso não sejam oferecidos os embargos, a Fazenda Pública manifestar-se-á sobre a garantia da execução.</p>	<p>Art. 738. Os embargos serão oferecidos no prazo de 15 (quinze) dias, contados da data da juntada aos autos do mandado de citação. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006)</p> <p>§ 1º Quando houver mais de um executado, o prazo para cada um deles embargar conta-se a partir da juntada do respectivo mandado citatório, salvo tratando-se de cônjuges. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006)</p> <p>§ 2º Nas execuções por carta precatória, a citação do executado será imediatamente comunicada pelo juiz deprecado ao juiz deprecante, inclusive por meios eletrônicos, contando-se o prazo para embargos a partir da juntada aos autos de tal comunicação. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006)</p> <p>§ 3º Aos embargos do executado não se aplica o disposto no art. 191 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006)</p>
--	---

não resolve grande sorte da problemática: primeiro, porque a nomeação de objetos à penhora é um incidente técnico que a própria LEF possibilita a modificação (arts. 15 e 11); segundo, porque enquanto “nomeia” bens ainda não existe execução no sentido estrito, configurando-se antecedente prelibatório do efetivo ato de constrição, o que realmente interessa ao mundo da vida. Em contrário, ver CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A Lei nº 11.382/2006 e seus reflexos na execução fiscal. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 49. p. 96.

O quadro comparativo merece análise conjunta com o seguinte:

<p>Art. 19. Não sendo embargada a execução ou sendo rejeitados os embargos, no caso de garantia prestada por terceiro, será este intimado, sob pena de contra ele prosseguir a execução nos próprios autos, para, no prazo de 15 (quinze) dias:</p> <p>I – remir o bem, se a garantia for real; ou</p> <p>II – pagar o valor da dívida, juros e multa de mora e demais encargos, indicados na Certidão de Dívida Ativa pelos quais se obrigou se a garantia for fidejussória.</p>	<p>Art. 739-A. Os embargos do executado não terão efeito suspensivo. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006)</p> <p>§ 1º O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando, sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006)</p>
---	--

A regra da reforma do CPC, que estabelece a não concessão do efeito suspensivo automático aos embargos à execução de título extrajudicial, é aplicável aos embargos contra a execução fiscal?

A doutrina e a jurisprudência possuem argumentos para todos os lados, o que não chega a surpreender. Porém, é necessário identificar o fundamento que implica o diálogo entre as fontes, ou melhor, a razão pela qual é vitoriosa a corrente que defende o isolamento entre as fontes normativas.

Conforme respeitável doutrina,

analisando a questão sob o aspecto hermenêutico, é possível afirmar a impossibilidade da aplicação subsidiária do CPC à LEF, apesar do conteúdo do seu art. 1º, na medida em que as alterações efetivadas pela Lei nº 11.382 tornaram, em alguns pontos, as regras do CPC de impossível aplicação.<sup>6</sup>

Com a citação de inúmeros tributaristas de escol, a academia ainda refere que

a interpretação gramatical do art. 1º da LEF deve ser ponto inicial, mas nunca um fim do processo executivo fiscal. Com base nessa forma de interpretação observa-se, através do princípio da coerência, que, apesar de

<sup>6</sup> PARREIRA, Alberto; MELO, Danielle; AMARAL, Gustavo. As alterações da Lei nº 11.382 e sua repercussão sobre a Lei de Execuções Fiscais. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 143. p. 12.

não haver entre os ordenamentos citados uma radical contraditoriedade, existe, sim, uma exigência de compatibilidade.<sup>7</sup>

A tendência da jurisprudência trafegava<sup>8</sup> pelo acolhimento dessa tese, como verificado: “O art. 739-A do CPC, que nega aos embargos de devedor,

<sup>7</sup> Idem, ibidem.

<sup>8</sup> Atualmente, a jurisprudência do STJ acena em sentido contrário, em termos tendencias: “DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – REQUISITOS PARA A ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – RECURSO REPETITIVO (ART. 543-C DO CPC E RES. 8/2008-STJ). A oposição de embargos à execução fiscal depois da penhora de bens do executado não suspende automaticamente os atos executivos, fazendo-se necessário que o embargante demonstre a relevância de seus argumentos (*fumus boni juris*) e que o prosseguimento da execução poderá lhe causar dano de difícil ou de incerta reparação (*periculum in mora*). Com efeito, as regras da execução fiscal não se incompatibilizam com o art. 739-A do CPC/1973, que condiciona a atribuição de efeitos suspensivos aos embargos do devedor ao cumprimento de três requisitos: apresentação de garantia, verificação pelo juiz da relevância da fundamentação e perigo de dano irreparável ou de difícil reparação. Para chegar a essa conclusão, faz-se necessária uma interpretação histórica dos dispositivos legais pertinentes ao tema. A previsão no ordenamento jurídico pátrio da regra geral de atribuição de efeito suspensivo aos embargos do devedor somente ocorreu com o advento da Lei nº 8.953/1994, que promoveu a reforma do processo de execução do CPC/1973, nele incluindo o § 1º do art. 739 e o inciso I do art. 791. Antes dessa reforma, inclusive na vigência do Decreto-Lei nº 960/1938 – que disciplinava a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública em todo o território nacional – e do CPC/1939, nenhuma lei previa expressamente a atribuição, em regra, de efeitos suspensivos aos embargos do devedor. Nessa época, o efeito suspensivo derivava de construção doutrinária que, posteriormente, quando suficientemente amadurecida, culminou no projeto que foi convertido na citada Lei nº 8.953/1994. Sendo assim, é evidente o equívoco da premissa de que a Lei nº 6.830/1980 (LEF) e a Lei nº 8.212/1991 (LOSS) adotaram a postura suspensiva dos embargos do devedor antes mesmo de essa postura ter sido adotada expressamente pelo próprio CPC/1973 (com o advento da Lei nº 8.953/1994). Dessa forma, à luz de uma interpretação histórica dos dispositivos legais pertinentes ao tema e tendo em vista os princípios que influenciaram as várias reformas no CPC/1973 e as regras dos feitos executivos da Fazenda Pública – considerando, em especial, a eficácia material do processo executivo, a primazia do crédito público sobre o privado e a especialidade das execuções fiscais –, é ilógico concluir que a LEF e o art. 53, § 4º, da Lei nº 8.212/1991 foram, em algum momento, ou são incompatíveis com a ausência de efeito suspensivo aos embargos do devedor. Isso porque, quanto ao regime jurídico desse meio de impugnação, há a invocação – com derogações específicas sempre no sentido de dar maiores garantias ao crédito público – da aplicação subsidiária do disposto no CPC/1973, que tinha redação dúbia a respeito, admitindo diversas interpretações doutrinárias. Por essa razão, nem a LEF nem o art. 53, § 4º, da LOSS devem ser considerados incompatíveis com a atual redação do art. 739-A do CPC/1973. Cabe ressaltar, ademais, que, embora por fundamentos variados – fazendo uso da interpretação sistemática da LEF e do CPC/1973, trilhando o inovador caminho da teoria do diálogo das fontes ou utilizando da interpretação histórica dos dispositivos (o que se faz nesta oportunidade) – a conclusão acima exposta tem sido adotada predominantemente no STJ. Saliente-se, por oportuno, que, em atenção ao princípio da especialidade da LEF, mantido com a reforma do CPC/1973, a nova redação do art. 736 do CPC, dada pela Lei nº 11.382/2006 – artigo que dispensa a garantia como condicionante dos embargos –, não se aplica às execuções fiscais, haja vista a existência de dispositivo específico, qual seja, o art. 16, § 1º, da LEF, que exige expressamente a

como regra, o efeito suspensivo, não é aplicável às execuções fiscais. Em primeiro lugar, porque há disposições expressas reconhecendo, ainda que indiretamente, o efeito suspensivo aos embargos nessas execuções (arts. 19 e 24 da Lei nº 6.380/1980 e art. 53, § 4º, da Lei nº 8.212/1991). E, em segundo lugar, porque a mesma Lei nº 11.382/06 – que acrescentou o art. 739-A ao CPC (retirando dos embargos, em regra, o efeito suspensivo automático) –, também alterou o art. 736 do Código, para retirar desses embargos a exigência da prévia garantia de juízo. O legislador, evidentemente, associou uma situação à outra, associação que se deu também no § 1º do art. 739-A: a outorga de efeito suspensivo supõe, entre outros requisitos, “que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes”. Ora, ao contrário do que ocorre no CPC, no regime da execução fiscal, persiste a norma segundo a qual “não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução” por depósito, fiança ou penhora (art. 16, § 1º, da Lei nº 6.830/1980)<sup>9</sup>.

As interpretações contrastantes não são equivocadas em si mesmas, a matéria-prima normativa do direito permite a tergiversação. Pensar de uma maneira e, eventualmente, repensar ou sopesar os argumentos para uma variação de limites consiste em uma nota dos fluxos e contrafluxos do ambiente cultural no qual está ambientado o Direito.

A grande questão é identificar o “porquê” de se adotar determinada orientação, o “fundamento” que sufraga um diálogo entre as fontes ou o isolamento entre as fontes. Com efeito, o atual quadrante constitucional elevou à peça de museu a adoção abstracionista das velhas técnicas da especialidade, da cronologia e da hierarquia. A Constituição e a sua multimalha normativa, repleta das cláusulas abertas e das variações valorativas, não permite um exercício meramente subsuntivo da hermenêutica. Pelo contrário, o constitucionalismo contemporâneo impõe a construção do direito como uma experiência contínua, como uma empresa em permanente transformação, à medida que a operação jurídica somente alcança seus escopos quando pondera os fatores culturais que se coordenam reciprocamente.

A interpretação do direito não é incoerente quando utilizado uma ou outra orientação. Para evitar percalços pragmáticos e sobretudo formular uma

---

garantia para a admissão de embargos à execução fiscal. Precedentes citados: AgRg-Ag 1.381.229-PR, Primeira Turma, DJe de 02.02.2012; e AgRg- EDcl-Ag 1.389.866/PR, Segunda Turma, DJe 21.09.2011. REsp 1.272.827-PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Julgado em 22.05.2013”.

<sup>9</sup> REsp 1178883/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Órgão Julgador T1, DJe 25.10.2011, RDDT, v. 196, p. 196.



sistemática hermenêutica que efetivamente seja coerente, é necessário avaliar o que está na base das premissas dogmáticas. Assim, a própria reforma da legislação pode ser compreendida, bem como também pode ser extraído o sentido da “execução” e a razão das crises de instâncias da execução fiscal.

Por que a execução fiscal vive permeada de crises? A reforma das leis processuais abarcam uma deontologia diferente daquela que sustentou o CPC e a LEF em suas origens? Afinal, a execução fiscal é mais cognitiva que propriamente executiva?

O eventual fracasso<sup>10</sup> das respostas, em última análise, remete à reflexão das causas que ora surpreendem as reformas da legislação processual.

## **2 A CAUSA DO ISOLAMENTO ENTRE A LEF E A NOVA EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL PREVISTA NO CPC**

O debate sobre a natureza jurídica da execução fiscal permite problematizar *de onde provém e para onde* caminham as diversas reformas que entrecortam alguns aspectos da legislação processual civil. Uma questão que trafega pelas entranhas da epistemologia e da lógica jurídica, e afeta diretamente a seguinte percepção dogmática: *uma nova regra sobre a execução de título extrajudicial prevista no Código de Processo Civil é diretamente aplicável à execução fiscal?*

O diálogo coordenativo (não apenas de subsidiariedade) entre as fontes chegaria a despertar a distinção entre a “tutela jurisdicional” e a “técnica de tutela jurisdicional”. Ora, uma reforma da legislação processual comunica as técnicas entre si, sem maiores discussões; de outro lado, a tutela jurisdicional, tanto em termos de estrutura quanto de funcionalidade, não se comunicaria de maneira imediata. O problema é definir o limite entre a “técnica” e a “tutela”, algo que não aparece com frequência na doutrina e jurisprudência nacional. Além disso, o aprofundamento da distinção técnica-tutela reclamaria a especificidade no estudo dessa temática, o que não é permitido nessas breves linhas, que são mais pragmáticas que acadêmicas.

O que pretendo demonstrar, e com uma maior singeleza que o tema técnica-tutela enseja, é que a compreensão da natureza jurídica do processo

---

<sup>10</sup> O fracasso é diretamente proporcional ao risco do sucesso, quando efetuada a pesquisa nos laboratórios acadêmicos. Segundo Hart, em geral sequer é um fracasso transcendente, que produz danos a outrem, mas uma falibilidade que ensina ao próprio pesquisador onde ele errou e por onde poderia melhorar a sua tentativa de análise. Ver o comentário cético em HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 26.

influencia diretamente sobre a maneira de trabalhar com uma reforma da legislação. Aplicar ou não aplicar, à execução fiscal, uma regra sobre a execução do título extrajudicial, que hoje está prevista expressamente pela reforma do CPC (Lei nº 11.382/2006), é matéria que se orienta por intermédio de um perfil epistêmico.

Logo, descreve como entende a natureza jurídica do processo civil, que será possível diagnosticar sobre a comunicabilidade, ou não, entre as fontes normativas previstas na LEF e no CPC (e vice-versa).

## 2.1 A LEI DE EXECUÇÃO FISCAL COMO UM SUBPRODUTO DO PROCESSUALISMO: A NATUREZA DA EXECUÇÃO FISCAL ENQUANTO RELAÇÃO JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO

A compreensão do processo enquanto uma relação jurídica (entre o juiz e as partes) respondeu pela autonomia científica do processo civil, separando-o definitivamente do direito material (desde o século XIX). O Código de Processo Civil, datado originariamente de 1973, é um reflexo vivo dessa matriz jurídica, porque atinente ao panorama cultural então vigente no Brasil.

Assim, o CPC de 1973 não se preocupou em fornecer ferramentas para que o operador do direito aproximasse o processo à realidade do direito material. A grande questão de sua época era justamente reforçar a independência dogmática do processo civil, com o alvitre de o elevar a uma estrutura não<sup>11</sup> ideológica e, sobretudo, tecnicista<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Inúmeros dispositivos originariamente positivados no CPC demonstram a solução de compromisso de “não especificidade” adotada pelo CPC/1973: o Código de Processo Civil tendeu a unificar os procedimentos em modalidades ordinárias e alheias ao direito material, com raros casos de “processos especiais”; o juiz deveria ser neutro, um juiz não ativo; os meios executórios (inclusive os meios probatórios) se pautavam pelo princípio da tipicidade, daí sacralizando um formalismo excessivo; as eficácias das sentenças se fungibilizaram ao denominador comum da sentença condenatória, vigorando a teoria ternária para obsessivamente classificar as sentenças e não as espécies de tutela jurisdicional; o procedimento não abria possibilidade real à antecipação da tutela e refutava o sincretismo, existia um momento prévio para o conhecimento e uma fase posterior para a execução. Entre outros exemplos, em sua feição genética, o CPC/1973 manteve afastado o processo civil do direito material, daí retratando a era da *técnica* processual.

<sup>12</sup> A referência à metodologia denominada de “processualista, tecnicista, ou conceitualista” reflete a posição que, desde o iluminismo, alavancou o processo a uma posição de autonomia em relação ao direito material, mas também fora responsável para afastar o processo da realidade que ele tende a solucionar com a justiça. Até a consagração do processualismo, existia uma visão plana do ordenamento jurídico, na qual Dinamarco refere que “a ação era definida como o direito subjetivo lesado (ou: o resultado da lesão ao direito subjetivo), a jurisdição como sistema de tutela aos direitos, o processo como mera sucessão de atos (procedimento)”. Para aprofundar a sequência entre as correntes

A Escola processualista, que ilustrou o nosso CPC<sup>13</sup>, também é responsável pela sorte de influências que nortearam a formulação da Lei nº 6.830/1980. Uma racionalidade que reproduz efeitos teóricos e pragmáticos até o presente, mormente quando a matéria subjacente – o objeto do processo: o direito tributário – é de cunho tão formalista quanto o próprio processo. Daí o fundamento epistêmico pelo qual as reformas<sup>14</sup> pontuais elaboradas recentemente ao CPC (Lei nº 11.382/2006) não despertam uma imediata aplicação, ou sofrem resistências contra a comunicabilidade das fontes, quando do manejo da execução fiscal.

Quando se fala em reforma do CPC aplicável à LEF, a toda prova, uma bifurcação de correntes sobrepára: de um lado, a nova ordem mundial compreende o processo civil como um procedimento em contraditório, assim embasando dispositivos que privilegiam o princípio da efetividade em detrimento da segurança jurídica (na própria LEF existe repercussão dessa lógica, como expresso no art. 40); de outro lado, um perfil abstracionista e outrora responsável pela autonomização do processo reinava quando do advento do CPC e da LEF, nas décadas de 1970 e 1980, disso fincando raízes para entender o processo como uma relação jurídica. O abismo epistêmico criado pela ruptura entre as duas corrente é dantesco.

A Lei Especial nº 6.830/1980 foi criada para conferir *privilégios* processuais à Fazenda Pública; na verdade, privilégios talvez retóricos, como alguns jogos de cena, como assinalados no item anterior. De qualquer maneira, a execução fiscal,

---

metodológicas, na ordem, sincretismo, processualismo ou autonomismo e instrumentalismo, ver DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 18. Finalmente, também se fala no formalismo-valorativo, corrente que é defendida no decorrer dessa exposição.

<sup>13</sup> Merece referência a soberba literal do item “I”, alínea “5”, da Exposição de Motivos do CPC de 1973: “diversamente de outros ramos da ciência jurídica, que traduzem a índole do povo através de longa tradição, o processo civil deve ser dotado exclusivamente de *meios racionais*, tendentes a obter a atuação do direito”. Além de retirar do povo (os verdadeiros detentores do poder) e, conseqüentemente, do próprio cenário da cultura, a força de coesão para colaborar com a formação do direito – entropias de influência do social sobre o âmbito do jurídico –, parece que o processo civil, segundo o CPC do século passado, não pretendeu “se misturar” a outros ramos da ciência jurídica, sendo intuitiva uma fragmentação do direito em compartimentos estanques do conhecimento, como se fosse possível entender institutos através de uma leitura em tiras incomunicáveis. Tampouco se admitia um efetivo diálogo entre as fontes normativas, uma aproximação real entre direito e processo, o que, atualmente, são mecânicas indispensáveis a uma própria dicção do que é racional ou razoável em termos jurídicos.

<sup>14</sup> As reformas do CPC bem como as reformas da própria LEF (nova redação dos parágrafos do art. 40) assinalam o vértice epistêmico acolhido pelo legislador: na esteira da contemporânea doutrina do século XX, o processo é compreendido como um procedimento em contraditório. Logo, o processo sempre deve andar para a frente.

seja para beneficiar o Fisco ou para elastecer o humor do devedor, deve seguir o formalismo do direito tributário para tutelar alguns interesses considerados supremos. E quando se falava em “supremacia”, em pleno século XX, considerava-se não um equilíbrio material, mas apenas formal e conceitualista. Tanto que o dualismo extremo entre o processo e o direito material sobrepairava naquela época, e estava cravado na alma da operação jurídica como um todo, podendo ainda ser sensivelmente notado no abstracionismo regulamentado na lei de execução fiscal.

Assim, se o regime jurídico do CPC de 1973, inerente à cultura brasileira do último quartel do século XX<sup>15</sup>, influenciou a lei de execução fiscal, atribuiu a ela um maior “grau” de formalismo admissível, entre todas as espécies de processos de execução. As mensagens conceituais cristalizadas nessa lei extraordinária, não por acaso, isolam os diversos atos processuais em verdadeiras “crises de instâncias” – a execução fiscal não chega a ser um procedimento em contraditório, mas possui geneticamente uma natureza de *relação jurídica de direito público*.

Em outras palavras, a execução fiscal está repleta de atos processuais formais que praticamente se isolam entre si, como se fossem ilhas. A forma dos atos, enquanto tais, prevalecem sobre o formalismo total do procedimento, o que é indesejável e motivo de ruídos e crises. Daí por que a constatação de que na execução fiscal tudo ou quase tudo depende de intimações e de ciências inequívocas de parte à parte, para que assim se prossiga adiante. A consagração de uma *estrutura relacional* legitimou um esquema de “poder”, no qual a Administração é colocada no vértice, no topo de uma pirâmide, contra o indivíduo outrora considerado um súdito. Uma assimetriação que beira ao desvio de finalidade da tutela jurisdicional, com um retorno disfarçado ao regime da autotutela.

---

<sup>15</sup> A metodologia tecnicista e seus devaneios excessivamente formalistas não permitem ponderar a multifuncionalidade da efetividade e da segurança em perspectiva dinâmica, não observa a tutela do direito e a tutela jurisdicional em cotejo simbiótico, como tampouco não possibilita a visualização de categorias do gênero “questão mista” em processo civil. A metodologia da técnica assola a LEF e a remete a um amontoado de “crises de instâncias”, normalmente geradas pela concepção de um processo formalista ao extremo, que reflete o rigor do direito tributário e da burocracia brasileira da década de 1980. A lei de execução fiscal jamais cogitou de sincretismo. Na longínqua década de 1980, conhecimento e execução não se misturavam, tanto que os embargos formam verdadeira crise existencial na execução e possuem uma limitação material quanto às matérias que poderiam ser alegadas. Uma lente que violenta a ampla defesa enquanto direito fundamental, porém, expressa a cultura de que a Administração tinha prevalência sobre o direito individual do contribuinte.

Uma fórmula que assegurou um desenvolvimento processual truncado, no seguinte acordo de conveniências: enquanto a execução fiscal promete a falência dos prazos processuais próprios, pois concede à Fazenda Pública quase uma potestade de *agires*, ao seu talante e possibilidade, ao devedor foi garantida uma saída à francesa<sup>16</sup>, pois a cada *não comparecimento* se estabelece uma crise de instância que emperra o procedimento.

A separação entre uma “relação jurídica processual” e a “relação em direito material”, consoante a racionalidade do processualismo, que recorta os objetos em ilhas incomunicáveis, demonstra que a escola processual brasileira trouxe, desde o direito privado, uma realidade conceitual<sup>17</sup> – a relação jurídica<sup>18</sup>. Nicola Picardi<sup>19</sup> salienta que o processo como uma relação jurídica de direito público configura uma limitação de natureza “orgânica”, limita a dinamicidade

<sup>16</sup> Um francesamento no duplo sentido: tanto por ser “sutil” como por ser produto de uma racionalidade típica do iluminismo.

<sup>17</sup> A racionalidade oitocentista (e o panorama kantista desde então) trabalha com dicotomias, isso não causa estranheza. Vale a pena analisar a obra de Bülow para, além desse cenário, constatar os fluxos e contrafluxos científicos ao largo do tempo. Para repudiar o pragmatismo do romanismo, que muito influenciou o processo comum da idade média, Bülow ressalta que avistar o processo em sua dinâmica é uma ideia *superficial* que não o afasta do procedimento. O qualificador do processo é a “relação jurídica de direito público”. Bülow joga a realidade das coisas em uma definição cunhada no direito material, o velho modo de compreender as realidades por uma estática. O autor refere que a concepção dominante no século XIX, até a sua obra, deixava “predominar o procedimento na definição do processo, não se descuidando de mostrar a relação processual como a outra parte da concepção”. Qualquer semelhança com o sentido inverso dessa moeda não é mera coincidência. Atualmente, a doutrina majoritária devolve a noção de procedimento como mola propulsora do formalismo processual. O que interessa não é a relação jurídica, mas o qualificativo dinâmico de um contraditório que qualifica o padrão, a rotina pela qual o procedimento trafega. Os fluxos e contrafluxos da ciência. Ver BÜLOW, Oskar. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003. p. 8. A doutrina de Bülow influencia pelo menos dois séculos de gerações do processo civil, inclusive, sendo o autor denominado o “pai do processo”, o responsável pela separação do processo em confronto com o direito material. Em precisa reconstrução histórica, Giovanni Tarello salienta que Oscar Bülow “*forse il più influente processualista del sec. XIX; può considerarsi l’iniziatore della nuova processualistica dogmatica; e certamente rappresenta nel massimo grado le tendenze della cultura giuridica germanica dell’età bismarkiana*”. (TARELLO, Giovanni. Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno Studio della genesi dottrinale e ideológica del vigente código italiano di procedura civile. *Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bologna: Il Mulino, 1989. p. 37).

<sup>18</sup> PICARDI, Nicola. *La successione processuale*. Oggetto e limiti. Milano: Giuffrè, 1964. p. 28.

<sup>19</sup> Picardi refere que “*i fenomeni processuali non si prestano ad essere ricondotti, nel loro complesso, sub specie di rapporto giuridico. Infatti, se il quid, che lega nello schema del rapporto giuridico le posizioni soggettive, va identificato nel nesso di ‘correlazione’ e se tale nesso, nella sua eccezione più rigorosa, va risolto unicamente nella coppia dovere-diritto, ne risulta che solo alcune posizioni processuali si prestano ad essere considerate sub specie di rapporto*” (idem, p. 49).

ínsita à figura do processo como sequência de atos concatenados entre si. Para cada relação jurídica do direito material deve existir uma relação jurídica de natureza processual.

Qual a consequência de se reputar a execução fiscal como uma relação jurídica?

Desde a racionalidade kantiana, é intuitivo que uma relação jurídica é uma relação entre dois sujeitos, ou que coloca dois ou mais sujeitos em posição de observação perante determinado objeto. A lógica da relação jurídica é “estrutural”: um vínculo<sup>20</sup> + um objeto + pessoas. Em síntese:

contexto estrutural <sup>21</sup> da relação jurídica	vínculo estabelecido pela norma
	objeto
	<i>mais de um interessado no objeto</i>

Hans Kelsen explica que na relação jurídica existe uma coligação entre “o sujeito de um dever jurídico e o sujeito do correspondente di-

<sup>20</sup> O vínculo é definido de maneira prática, por Kelsen, como um elemento sensível que supõe a “forma” que reveste a “essência/conteúdo” da relação jurídica. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 187.

<sup>21</sup> Necessário dizer que o conceitualismo abarcado pela relação jurídica sempre trabalhou com noções “estruturais”, de organicidade, e não com o tema do mundo contemporâneo – a funcionalidade. Por isso que os institutos jurídicos eram raciocinados de maneira estática, sem a rotina do “para que eles servem”, mas somente eram pensados “de onde eles provém”. Pensar de maneira estrutural chega a ser uma abreviação, resume grande parte da visão à técnica. O processo – por meio do seu gênero procedimento –, primeiramente fora visualizado por Fazzalari em um universo funcional, quando o provimento seria o ato finalizado pelos sujeitos, com um evidente nexó teleológico. Apenas em um posterior momento, após consolidado o raciocínio sobre o procedimento, é que o contraditório forte *puxa para dentro do processo uma esquematização paritária e que reclama a simetria* entre os sujeitos. Ou seja, primeiro a função e, após, uma depreensão estrutural do fenômeno. Quero dizer que Fazzalari pensou de fora para dentro do processo, como se dos efeitos se raciocinasse em direção à eficácia, o que é humanamente mais plausível. Entretanto, ainda no pós-kantismo isso tudo parece causar certa surpresa à significativa parcela de pensadores. Ver FAZZALARI, Elio. *Processo. Teoria generale. Novissimo digesto italiano*, v. XIII, Torinese, 1957, em especial, p. 1069/1070. Dinamarco chega a comentar a influência dos administrativistas para a definição do procedimento e do processo (inclusive por existir relação de gênero e espécie), ver *A instrumentalidade do processo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 82. A origem publicista de uma concepção de procedimento em confronto com o processo

reito”<sup>22</sup>. Ou seja, se o processo é uma relação jurídica de direito público, devem existir dois sujeitos em posição de contrapartida de direitos e deveres. Tal correspondência de “poderes, deveres e direitos” processuais não seria somente em uma parte – a demandante – e o juiz (o órgão assimétrico), até porque o juiz é “assimétrico” em relação a quem?

Ora, o julgador é assimétrico em relação às partes, elas é que se colocam em posição de combatividade equidistante entre si mesmas. Daí o problema que surge quando não existe uma colaboração do devedor, quando o executado literalmente se furta às intimações e aos comparecimentos processuais: na prática, não existe uma execução fiscal nos termos previstos pela própria legislação de regência, pois a execução fiscal nos moldes do século XX trabalha com uma matriz lógica e jurídica que depende das duas partes, do exequente e do executado. Um tripé mais estrutural que funcional.

Quando uma das partes está ausente ou não colabora, por decorrência, está instaurada uma crise de instância que emperra o procedimento. Logo, uma execução fiscal sem o devedor, ou sem a citação ou a intimação formal do devedor, pode ser tudo menos uma execução propriamente dita – à medida que não existe uma constrição efetiva sobre o patrimônio do sujeito passivo.

Óbvio que a citação por edital pode solucionar, por uma ficção legal, essa crise de efetividade. Agora, na prática, quem é citado por edital também não é atingido pela constrição de bens. Uma, porque não possui objetos penhoráveis; outra, porque os objetos se perderam ao controle das instituições, no tempo e espaço.

O que existe no mundo da vida, nesses casos, é apenas uma figura conceitual, bem ao talante das velhas ilustrações dos clássicos pandetísticos. Um arremedo de execução em busca do estruturalismo relacional, mas que a toda evidência se furta da funcionalidade que deveria verticalizar seus limites, pois de execução efetiva não se trata.

---

pode ser observado no precursor ensaio de BENVENUTI, Feliciano. *Funzione amministrativa, procedimento, processo. Rivista Trimestale di Diritto Pubblico*, anno II, 1952, em especial, p. 126/7. O sobrenome não é mera coincidência. Se o leitor quiser aprofundar para muito além do processo civil, a filosofia empresta uma distinção entre os pensamentos de Parsons e Luhmann que, talvez, descortina a transição de um raciocínio estrutural-funcionalista para o funcional-estruturalista, na teoria dos sistemas (fundamentos, inclusive, de recente filmacoteca norte-americana, vide a verdadeira poesia na película *Matrix*, em especial o *Matrix II*, quando o conflito entre os mundos *Zion-Matrix* coloca a descoberto a dialética dos sistemas e as questões da autopoiese e da heteropoiese; *aprofundando* o raciocínio, até programas televisivos, como o *Big Brother*, exploram a questão sistêmica).

<sup>22</sup> KELSEN, Hans. Op. cit., p. 182.

## 2.2 AS RECENTES REFORMAS DA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL (EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL PELO CPC E ART. 40 DA LEF): A COMPREENSÃO DO PROCESSO COMO UM PROCEDIMENTO EM CONTRADITÓRIO

Uma parcela da doutrina considerava a execução como um arremedo de processo civil, pois somente o processo de conhecimento seria o *verdadeiro* processo. Não é preciso vasculhar a história do processo civil para identificar escritos que consideram a execução fiscal como uma “ação de execução singular”<sup>23</sup>, no qual se desenvolvem atos mais ordinatórios que propriamente jurisdicionais.

Respeitosamente, a “ação” processual é uma posição jurídica subjetiva de evolução progressiva<sup>24</sup>, consiste em um *movimento*, uma dinâmica, um exercício, de maneira que se torna secundário ou desimportante o caráter singular<sup>25</sup> ou coletivo desse fenômeno. O que interessa, sobremaneira quando analisada a natureza jurídica da execução fiscal, não é o critério da “ação”, mas identificar um processo enquanto uma faceta da atividade jurisdicional, do contrário, a própria execução fiscal se perderia como um resquício de autotutela da Administração.

Ora, a “ação” processual consiste em uma série de poderes, faculdades, deveres, ônus e direitos no sentido estrito. Não basta dizer que a “ação” é um direito público subjetivo, que ela confere o acesso do postulante à jurisdição, à medida que a “ação” é um desenrolar complexo, tanto que Carlos Alberto Alvaro de Oliveira<sup>26</sup> anota que o “o agir é realizado exclusivamente por meio da ação

<sup>23</sup> KISTEUMACHER, Daniel Henrique Rennó. Aspectos (in)constitucionais da execução fiscal. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 39, n. 127, set. 2012. p. 67.

<sup>24</sup> PICARDI, Nicola. *Manuale del processo civile*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2012. p. 230. Postura científica que muito provavelmente o autor tenha buscado na doutrina de Elio Fazzalari, ver *Note in tema di diritto e processo*. Milano: Giuffrè, 1957. p. 111 e ss.

<sup>25</sup> Utilizado apenas para separar a execução singular da execução coletiva (por exemplo, na recuperação de empresas).

<sup>26</sup> Em palestra promovida no Centro de Estudos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira reforçou: “ação processual é, afinal de contas, agir. Garantia de ação, o direito fundamental de ação é algo que não diz respeito à ação processual, é algo pré-processual, vem antes da ação. E a ação é o agir. E como é que eu ajo? Ajo exercendo os poderes que me são concedidos abstratamente pelo ordenamento, por atos concretos. E isso é ação. Ação não é, como dizia Liebman, só o poder de provocar a jurisdição, mas de exercer todos os poderes até o fim do processo, até o último ato do processo; isso é ação processual. Poderes que não abstratamente concedidos; por exemplo, o poder de recorrer, o poder de demandar, o poder de pedir provas, o poder de arrazoar, poderes que são abstratamente concedidos e que são exercidos concretamente por atos processuais: recorrer, arrazoar, etc.” (Ver OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Da sentença: Lei nº 11.277/2006 e



processual, pelo exercício das faculdades e poderes da parte, que se concretizam em atos processuais, conforme a sequência procedimental estabelecida em lei (*v.g.*, demanda, réplica, pedido de prova, arrazoados, recursos etc.)”<sup>27</sup>.

Se atualmente não existe discordância em dizer que a “ação” é atípica por natureza e que ela consiste em um *modus* dinâmico pelo qual é atingida ou perseguida a tutela jurisdicional, sobra evidente que a sequência de poderes, deveres, ônus, direitos e faculdades que ela emprega seja ordenada de maneira lógica e cronológica<sup>28</sup> por um vínculo normativo ou de diversas normas concatenadas entre si. Tal ligação é providenciada pelo *procedimento*, que reúne diversos atos concretos – desde o primeiro ato da “ação” (a *demanda*) até o seu ato final, o provimento<sup>29</sup>.

A questão é fundamental, o que levou Elio Fazzalari a ressaltar que os *extremos da série sequencial da ação* – a demanda e o provimento final – também compõem o procedimento, porque são elementos essenciais a ele mesmo. O procedimento organiza os atos e as posições jurídicas com a finalidade de atingir o ato final (o provimento), assinalando um compromisso funcional<sup>30</sup>. Um *groviglio* de ideias começa a ganhar forma.

Ao dizer que alguém *age* é intuitivo que o *agente* se coloque em movimento, pois ele se retirou da situação ou do seu mero *status* para se colocar em pontaria de combatividade<sup>31</sup>. Em termos empíricos (e psicológicos), questiono se os atos são invisíveis (?), pois as condutas dos sujeitos não aparecem no plano dos *agires*. Vale dizer, não são os *agires* do sujeito que permitem uma observação, mas o que deixa rastros é o resultado final ou mesmo o caminho percorrido para cruzar que os sujeitos atinjam os seus objetivos. Daí a importância do procedimento –

---

nova redação dada aos arts. 162, 267, 269, 463 e introdução dos arts. 466-A, 466-B e 466-C pela Lei nº 11.232/2005. In: *As recentes reformas processuais*. TJRS, Cadernos do Centro de Estudos, v. I, p. 36.

<sup>27</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Efetividade e tutela jurisdicional. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (Orgs.). *A polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 102.

<sup>28</sup> PICARDI, Nicola. *Manuale del processo civile*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2012. p. 230.

<sup>29</sup> FAZZALARI, Elio. Procedimento e processo (teoria generale). *Enciclopedia del diritto*, v. XXXV. Milano: Giuffrè, 1986. p. 819. Esse texto, na verdade, parece uma resenha de partes de *Note in tema di diritto e processo* (Milano: Giuffrè, 1957, p. 111 e ss.).

<sup>30</sup> FAZZALARI, Elio. Processo. Teoria generale. *Novissimo digesto italiano*, vol. XIII, Torinese, 1957, p. 1068.

<sup>31</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, t. I, 1997. p. 103.

um esqueleto sensível dos *agires*, um verdadeiro rastro por intermédio do qual, da demanda até o provimento final, é providenciado um fio condutor.

O que pretendo dizer com essa reportagem da teoria geral do processo?

O objetivo é salientar que o procedimento é o liame que permite visualizar uma “ação”, porquanto a “ação” é um fenômeno evidentemente prático e, assim, invisível. O procedimento é o vínculo que concatena os atos concretos e as posições jurídicas processuais em ordem lógica e cronológica<sup>32</sup>. Logo, o procedimento é um corpo sensível<sup>33</sup> dos *agires*. No interior do procedimento (que é a *espinha dorsal* do formalismo processual) é possível assinalar a demanda (o ato originário) e a sua funcionalização até o ato derradeiro, o provimento final.

O manancial teórico que examina analiticamente a “ação” e o procedimento se desdobra ao natural quando a temática é transportada para a Lei da Execução Fiscal.

Com efeito, para atingir o provimento final da execução fiscal, ou melhor, para que seja entregue o dinheiro ao credor-Fazenda Pública, é necessário ser observado o *procedimento previsto em lei*, como uma série concatenada de atos processuais. Mais ainda, para que sejam produzidos os efeitos do processo e do seu provimento na esfera jurídica do devedor-parte executada, é necessário que o liame entre a demanda e o ato final se organize de maneira paritária e simétrica, assim permitindo efetiva ou potencialmente a *discussão* da matéria entre os destinatários ou interessados pelos efeitos jurídicos gerados e sofridos.

---

<sup>32</sup> Carlos Alberto Alvaro de Oliveira define o procedimento “como estrutura formal constante, a sequência procedimental caracteriza-se por ser disciplinada por uma série de normas coligadas entre si, de tal modo que a norma sucessiva da série tem sempre o seu suporte fático constitutivo composto pelos efeitos produzidos pela atuação da norma precedente. Dessa maneira, o modelo procedimental decorre de uma sequência de normas, cada qual regulando determinada conduta e ao mesmo tempo enunciando, como pressuposto da própria incidência, o cumprimento de uma atividade regulada por outra norma da série e assim até à norma reguladora do ‘ato final’. Ao fim e ao cabo, o procedimento só pode ser concebido na perspectiva de conexão, antecipadamente prevista, entre as várias normas, atos e posições subjetivas da série”. Ver *Do formalismo no processo civil*: proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 156/7. Uma definição que, na verdade, traduz os dizeres da doutrina italiana – de Fazzalari a Nicola Picardi.

<sup>33</sup> Pensamento análogo ao dizer que “ação” processual “consiste apenas no agir das partes em juízo, por meio do exercício dos poderes e faculdades que lhe correspondem abstratamente, concretizados em atos processuais, e correspondentes posições subjetivas processuais, conforme a sequência procedimental estabelecida em lei (v.g., demanda, réplica, pedido de prova, arrazoados, recursos etc.). Nada tem a ver, assim, com a tutela jurisdicional prestada pelo órgão judicial, que decorre não do meio, mas do resultado do processo, da imperatividade e da soberania do Estado-juiz”. Ver *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 73.

Do contrário, a execução não seria uma tutela jurisdicional, mas um exemplo de autotutela.

A questão da tutela jurisdicional e a produção de efeitos jurídicos na esfera jurídica do devedor implica uma ruptura da clássica natureza jurídica do processo enquanto uma relação jurídica. Na verdade, o fenômeno procedimento é logicamente incompatível com a estrutura da “relação jurídica”. Para ser um procedimento da espécie processo, a distância da relação jurídica se aprofunda, tendo em vista que o processo possui uma inerente carga funcional-estrutural e não estrutural-funcionalizada.

Por isso que atualmente ganha vigor a corrente que entende o processo civil como a natureza jurídica de um procedimento em contraditório<sup>34</sup>, no qual se organiza um esquema dialético que permite a participação e a discussão das questões pelos sujeitos processuais. O

processo é uma subespécie do gênero procedimento de estrutura policêntrica e desenvolvimento dialético, necessariamente com observância do contraditório. O processo é policêntrico porque envolve sujeitos diversos, cada um dos quais tem uma posição particular e desenvolve um papel específico. A essa estrutura subjetivamente complexa corresponde um desenvolvimento dialético. O tecido conectivo do necessário equilíbrio dinâmico entre as partes (igualdade de chances; paridade de armas) é estabelecido pelo contraditório.<sup>35-36</sup>

Seja qual for a modalidade da atividade jurisdicional – de *conhecimento*, *cautelar* ou de *execução* –, o processo é um esquema procedimental em contraditório.

Particularmente, entendo que a execução fiscal consiste em um procedimento em contraditório.

Daí ocorre que desde o ato inicial (desde a demanda), com o ajuizamento da petição inicial protocolada pela Fazenda Pública, desenvolve-se uma

---

<sup>34</sup> FAZZALARI, Elio. Procedimento e processo (teoria generale). Op. cit., p. 827.

<sup>35</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Curso de processo civil*. Teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2010. p. 99.

<sup>36</sup> Uma definição de Nicola Picardi (*Manuale...*, p. 230/1).

seqüência preordenada de atos – advêm a citação e os demais atos processuais –, até culminar no provimento final e a entrega do dinheiro. Cada ato da série supõe um ato subsequente, do contrário, um ato processual ficaria pendente, um órfão no esquema do procedimento.

Compreender o processo como um procedimento em contraditório fundamenta as recentes reformas do CPC no tocante à execução do título extrajudicial, pois elas privilegiaram o princípio da efetividade em pontual detrimento do princípio da segurança jurídica. Além disso, o próprio art. 40 da Lei nº 6.830/1980 acolhe essa tendência:

Art. 40. O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.

§ 1º Suspenso o curso da execução, será aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública.

§ 2º Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o Juiz ordenará o arquivamento dos autos.

§ 3º Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução.

§ 4º Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato. (Incluído pela Lei nº 11.051, de 2004)

§ 5º A manifestação prévia da Fazenda Pública prevista no § 4º deste artigo será dispensada no caso de cobranças judiciais cujo valor seja inferior ao mínimo fixado por ato do Ministro de Estado da Fazenda. (Incluído pela Lei nº 11.960, de 2009)

Evidente que o art. 40 da LEF também possui raízes na boa-fé processual (desdobramento do *ne venire contra factum proprium*). No entanto, pensar em boa-fé (mesmo objetiva) subentende dois sujeitos, o que poderia fazer retornar o raciocínio ao item anterior (o processo como relação jurídica).

Além de pressuposta ao tema, a importantíssima temática da boa-fé não exclui indagar sobre a natureza jurídica da execução fiscal e, portanto, identificar no processo da execução um procedimento em contraditório efetivo ou latente. O que isso significa?

Que o procedimento deve caminhar sempre para frente. Natural que também a execução fiscal deva caminhar sempre avante, trata-se de gênero e espécie. Nisso está o fundamento que reformou o art. 40 da LEF.

Por intermédio desse dispositivo, o legislador consagrou a prescrição intercorrente que outrora apenas a jurisprudência reconhecia (provavelmente com base na prescrição intercorrente então prevista no Código Penal). Um mesmo fundamento epistêmico que também norteia as recentes reformas do Código de Processo Civil sobre a execução do título extrajudicial.

A matéria possui total identificação com as crises de instâncias da execução fiscal, pois o legislador reformista – a mentalidade que informa as reformas tanto do CPC quanto da LEF – se orienta no sentido de organizar a execução fiscal como um procedimento em contraditório, um tráfego que sempre deve andar para a frente, não importa se o credor não demonstra interesse em o impulsionar.

Em sentido contrário à reforma, a alma da LEF pertence ao clássico processualismo da década de 1980, quando a execução fiscal era uma relação jurídica de direito público ao jurista brasileiro. Uma cisão do arquétipo que desperta desencontros pela doutrina e pela jurisprudência sem, contudo, elas examinarem “de onde vem” e “para onde vai” a natureza jurídica da origem da lei e da reforma da lei.

As consequências de observar a natureza jurídica do modelo de processo que a execução fiscal assume são significativas. Ora, quando ajuizada a execução fiscal e ordenada a citação, porém, não efetuada a citação (por diversos problemas, como por exemplo: falta de endereço correto, não localização do devedor, não efetuado o pedido de citação por edital), ou quando o procedimento emperra na hipótese de uma não intimação formal do devedor em semelhantes hipóteses, é possível que o procedimento seja reputado existente e válido, todavia, de *um procedimento efetivamente executório não se trata*.

Não precisa o juiz ordenar um “arquivamento” no sentido formal da palavra, porque, em termos de execução no sentido prático, execução sequer existiu. Os processos de execução se arrastam sem que qualquer ato de constrição seja praticado, apenas com discussões retóricas sobre matérias cognitivas. Isso é falta de boa-fé do devedor? Talvez, em alguns casos. Agora, mesmo que um

exemplo de conduta processual não ocorra sempre, é necessário refletir sobre os jogos de cena que a execução fiscal proporciona – verdadeiras trocas de prerrogativas que ilustravam a época na qual ela se originou.

Quando não existe constrição patrimonial, portanto, possível interpretar que houve um arquivamento tácito, pois execução não existe. Afinal, não houve sequência de atos conforme previsto na lei de execução fiscal no tocante à constrição do patrimônio do devedor, pois não houve uma efetivação da execução. Segundo o princípio da efetividade, não houve execução, mas, quando muito, aconteceu uma mera “garantia” da execução, o que caracteriza uma série ou uma *sequência de atos atípicos em termos de execução*, pois ficaram barrados em uma das diversas crises de instância da execução fiscal, um expediente que considerava a forma do ato individual por sobre o formalismo total do processo.

## CONCLUSÃO

A doutrina e a jurisprudência possuem divergentes posicionamentos acerca da aplicabilidade, ou não, das reformas da execução do título extrajudicial (Lei nº 11.382/2006) diretamente à execução fiscal. O problema não consiste nessa diversidade de interpretações, mas a grande questão é identificar o porquê de uma corrente permitir o diálogo coordenativo entre as fontes normativas – reforma do CPC e LEF – e a outra corrente defender o isolamento entre as fontes, como se o sistema atualmente inserido no CPC não fosse muito mais atual e adiantado aquele previsto na Lei de Execuções Fiscais.

A celeuma sobre o diálogo das fontes vivencia uma espécie de arquétipo cindido: a execução fiscal fora promulgada em um ambiente científico no qual predominava o tecnicismo/processualismo, que dominava a metodologia do processo civil desde o século XIX, daí se consagrando legislativamente, na LEF de 1980, a compreensão do processo como uma relação jurídica de direito público; de outro lado, as reformas contemporâneas do processo civil, tanto as reformas do CPC como as reformas da LEF, adotam a noção do processo como um procedimento em contraditório, o que sobremaneira desencadeia desencontros interpretativos, frutos de ponderações lógicas e epistêmicas que rompem, ou não, com os velhos dogmas secularmente cravados no sistema.

Nos séculos XIX e XX, ou melhor, desde o advento iluminista, houve a preponderância do princípio da segurança jurídica sobre os demais fatores da deontologia processual. Em contrapartida, quando se fala em “pós-modernismo” e principalmente com o liminar do século XXI, o princípio da

efetividade passou a preponderar sobre a segurança jurídica, tanto em termos de reformas legislativas quanto no que toca ao próprio pragmatismo das decisões jurisdicionais. Uma revolução de racionalidades que não ocorreu por acaso, porém, que sobremaneira merece uma atenção em termos de mentalidade e de metodologia do operador jurídico, pois não adianta muito estudar a variação científica do “modernismo” para o “pós-modernismo” e seus conceitos líquidos se os principais atores das experiências jurídicas atuais permanecerem com a alma arraigada ao século retrasado.

A reforma do CPC e a reforma da LEF enfrentam o mesmo paradoxo: a depender da natureza jurídica adotada para compreender o processo de execução fiscal, a depender da causa jurídica que ilustra o perfil da lógica do observador, será diagnosticado o diálogo sistemático entre as fontes ou o isolamento entre as fontes. Basta assumir o risco que uma reforma proporciona, analisando-se a motivação das propostas, como sintetizo:

	<b>Processo como uma relação jurídica</b>	<b>Processo como um procedimento em contraditório</b>
<b>Reformas do CPC</b>	Não são aplicáveis à LEF, apenas técnicas que afetam a tutela jurisdicional	Aplicáveis ao CPC, em permanente diálogo entre as fontes, afinal, a própria LEF assinalou a tendência de assumir a feição de um procedimento em contraditório, com o advento do seu novo art. 40
<b>Art. 40 da LEF</b>	Uma interpretação formalista, verdadeira exegese, no qual o magistrado não interpreta, mas subsume os termos da lei ao alvedrio da Fazenda Pública, quase retornando a uma assimetria de auto-tutela institucionalizada	Uma interpretação ponderativa, na qual o magistrado constrói a realidade da suspensão do processo a partir do caso concreto. Primeiro, concluindo que a “execução” está suspensa quando em realidade sequer existe execução propriamente dita, mas apenas fase de chamamento e de cognição e suas crises de instância; em decorrência, a “suspensão do curso da execução” (art. 40, § 1º, da LEF) se reporta a essa mesma conclusão – se não houve execução em concreto, porque prevalece o princípio da efetividade sobre a segurança jurídica, a execução está suspensa desde o seu início, passando assim a fluir o prazo da prescrição intercorrente, pois sequer execução no mundo real não existe, em se tratando de um procedimento que deve caminhar para a frente

Quando o novo art. 40 da LEF estabelece que o “o juiz suspenderá o curso da execução”, necessário perguntar o que é uma execução? Se a execução significa uma definição retórica ou se é o caso de uma execução propriamente dita, com avanço contra o patrimônio do devedor?

Por conseguinte, o intérprete diagnostica que o significado de “suspensão do curso da execução” (art. 40, § 1º) também vai depender da operação lógica sobre a cognição, a execução e também o sincretismo.

A corrente dominante, que defende uma depuração dogmática entre a cognição e a execução, separando-os em paradas incomunicáveis, deve manter a coerência e dizer que quando “conheço é porque não executo”. Logo, as crises de instância da execução não são execução propriamente dita. Mais ainda, quando adotado o novo paradigma que ilustra as reformas: mesmo que utilizar o processo como procedimento em contraditório subentenda o sincretismo, é claro que o princípio da efetividade coloca a realidade das coisas do mundo sobre as variações nem sempre fidedignas do mundo das definições. Portanto, não basta chamar de “execução” o que não avança sobre o patrimônio do devedor, daí retornando ao que chamei atenção na introdução. O conceito, o fator do mundo real, a essência das coisas, prepondera por sobre a denominação que se imponha a determinado evento.

Não basta chamar de execução ou de cobrança do crédito tributário. Impende que efetivamente sejam procedidas as constrições patrimoniais que façam valer essa realidade. O termo inicial da prescrição intercorrente, previsto no art. 40 da LEF, sujeita-se a tal lógica.

Uma prescrição intercorrente é um lapso de tempo que corre entre duas coisas. É uma corrente entre dois termos. Quais os pontos entre os quais a prescrição intercorrente trafega? O ponto inicial, no qual ainda não existe execução propriamente dita, e o ponto final, que acontece quando do advento do prazo prescricional.

Segundo a mentalidade das reformas – tanto do CPC e da LEF –, que privilegiam o princípio da efetividade, suspender a execução não é um golpe de mágica ou do extremo formalismo do magistrado. A suspensão da execução acontece quando ela mesma não se efetiva no mundo das coisas, quando, desde o nascedouro do processo, não existe a menor perspectiva sobre a constrição de patrimônio do devedor.

Algumas circunstâncias objetivas colaboram para tal identificação, entre as quais:



- pedido de penhora de imóvel sem a apresentação da matrícula, desde a petição inicial;
- necessidade de emenda da inicial por diversos motivos, como endereço equivocado ou sem apresentação do endereço, falta de requisito necessário na CDA;
- falta de endereço ou de um possível acesso ao paradeiro do devedor, sendo dever da Fazenda Pública trocar informações para acelerarem suas pesquisas (art. 199 do CTN), e, tendo em vista que no atual mundo multimídia, com redes sociais, Google worth, e demais acessos, o Judiciário tenha que acolher a pesquisa de endereços que cabe à Fazenda Pública;
- pedidos de prorrogação de prazos impróprios que, na verdade, acenam pela suspensão da execução, ou melhor, sequer pelo início da execução propriamente dita, pois se estanca o processo em fase de chamamento e intercorrências cognitivas.

A concretude do processo da execução fiscal apresenta uma série de vicissitudes que caracteriza crises de instância. Vale dizer que a situação de “crise” acontece em qualquer modalidade processual, para a seguinte proposta, o que interessa é além de identificar as circunstâncias objetivas que caracterizam as crises, sobretudo, refletir qual o sentido da execução fiscal.

A execução fiscal existe para se desdobrar em várias intempéries cognitivas ou ela transcorre para efetivamente avançar contra o patrimônio do devedor?

As consequências da resposta posicionam o observador entre duas concepções acerca da natureza do processo civil. Desde então, torna-se presente a linha de visada que aparelha as recentes reformas do CPC e da LEF.

Assumir os riscos que a reforma da legislação e da própria lógica jurídica proporcionam definem a natureza jurídica do processo de execução fiscal. Mais que isso, também assim se define a sorte da interpretação que um dispositivo – como o art. 40 da LEF – possibilita, bem como o destino do diálogo ou do isolamento entre as fontes da LEF para com o CPC.

## REFERÊNCIAS

BENVENUTI, Feliciano. *Funzione amministrativa, procedimento, processo. Rivista Trimestale di Diritto Pubblico*, anno II, 1952.

BÜLOW, Oskar. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A Lei nº 11.382/2006 e seus reflexos na execução fiscal. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 49.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FAZZALARI, Elio. Procedimento e processo (teoria generale). *Enciclopedia del diritto*, v. XXXV. Milano: Giuffrè, 1986.

\_\_\_\_\_. Processo. Teoria generale. *Novissimo digesto italiano*, v. XIII, Torinese, 1957.

\_\_\_\_\_. *Note in tema di diritto e processo*. Milano: Giuffrè, 1957.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KISTEUMACHER, Daniel Henrique Rennó. Aspectos (in)constitucionais da execução fiscal. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 39, n. 127, p. 63-84, set. 2012.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Efetividade e tutela jurisdicional. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (Orgs.). *A polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_. Da sentença: Lei nº 11.277/2006 e nova redação dada aos arts. 162, 267, 269, 463 e introdução dos arts. 466-A, 466-B e 466-C pela Lei nº 11.232/2005. In: *As recentes reformas processuais*. TJRS, Cadernos do Centro de Estudos, v. I.

\_\_\_\_\_. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Curso de processo civil*. Teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2010.

\_\_\_\_\_. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PARREIRA, Alberto; MELO, Danielle; AMARAL, Gustavo. As alterações da Lei nº 11.382 e sua repercussão sobre a Lei de Execuções Fiscais. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 143.

PICARDI, Nicola. *La successione processuale*. Oggetto e limiti. Milano: Giuffrè, 1964.

\_\_\_\_\_. *Manuale del processo civile*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, t. I, 1997.

TARELLO, Giovanni. Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno Studio della genesi dottrinale e ideológica del vigente código italiano di procedura civile. *Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bologna: Il Mulino, 1989.

# DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: REFLEXÕES SOBRE A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

*SANCTIONING ADMINISTRATIVE LAW: REFLECTIONS ON THE APPLICABILITY OF THE PRINCIPLE OF INSIGNIFICANCE*

**Daniel Guimarães Medrado de Castro<sup>1</sup>**

Procurador Jurídico Chefe da Fundação Estadual do Meio Ambiente

**RESUMO:** O presente artigo tem por objetivo permear a doutrina do Direito Administrativo Sancionador, fixando uma proximidade com o Direito Penal, em razão da sua característica de limitação dos direitos e garantias fundamentais por meio de uma punição estatal. Com isso, como corolário protetivo do indivíduo no Estado Democrático de Direito, desvela-se necessária a observância de todos os direitos e garantias aplicáveis nos procedimentos penais (normas materiais e procedimentais), em razão da existência de uma vasta gama de institutos de proteção do indivíduo. Entretanto, essa aplicabilidade não se dá de forma mecânica, sendo imperiosa a modulação de acordo com as características específicas dos

procedimentos administrativos. Feito este primeiro paralelo, pretende-se desbravar pela teoria da sujeição especial, identificando que a punibilidade administrativa depende necessariamente de um vínculo que liga o indivíduo à Administração, seja ele de caráter geral ou especial. Por fim, será investigada a aplicação do princípio da insignificância nos procedimentos administrativos sancionatórios, averiguando, em especial, os entendimentos prolatados pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Administrativo; sanções; sujeição especial; princípio da insignificância.

**ABSTRACT:** *This article aims to investigate the doctrine of Sanctioning Administrative*

---

<sup>1</sup> Especialista em Direito Público: controle de contas, transparência e responsabilidade pela PUC-Minas e TCEMG, Mestre em Direito Público pela PUC-Minas (Pesquisador Bolsista Fapemig), Diretor do Instituto de Defesa da Cidadania e da Transparência – IDCT, Advogado, Procurador Chefe da Fundação Estadual do Meio Ambiente de Minas Gerais, Vice-Presidente da Associação Brasileira de Ouvidores/Ombudsman – Seção Minas Gerais e Professor do Centro Universitário Newton Paiva.

*Law, establishing a close proximity to the Criminal Law, because of its characteristic of limitation of fundamental rights and guarantees through a state punishment. Thus, as a corollary protective of the individual in a Democratic State of Law, unveils be necessary to observe all the rights and safeguards applicable in criminal proceedings (material and procedural rules), due to the existence of a broad range of individual protection institutes. However, this applicability does not happen mechanically, being imperious modulation according to the specific characteristics of administrative procedures. Moreover, we intend to analyze the theory of special subjection, identifying that the administrative punishment necessarily depends on a link that connects the individual to Government, be it general or special subjection. Finally, we will investigate the application of the principle of insignificance in sanctioning administrative procedures, checking particularly some cases decided by the Brazilian tribunal "Superior Tribunal de Justiça – STJ".*

**KEYWORDS:** *Administrative Law; sanctions; special subjection; principle of insignificance.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Direito Administrativo Sancionador e a sujeição especial; 2 Princípio da insignificância; Conclusão; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 Sanctioning Administrative Law and Special Subjection; 2 Principle of Insignificance; Conclusion; References.*

## INTRODUÇÃO

O Direito, devido à sua cogência universal<sup>2</sup> e à possibilidade do uso dos meios de coerção para o seu cumprimento, desvela-se como mecanismo apto a ser utilizado pelo Estado para direcionar o agir humano por meio da síntese das experiências compartilhadas intersubjetivamente, transformando-as em normas jurídicas.

Essas descrições e/ou prescrições<sup>3</sup> normativas são construídas tendo como parâmetro os bens jurídicos que se pretende proteger, sendo que a violação

<sup>2</sup> É condição de possibilidade do Direito a pretensão de verdade, de modo que os seus postulados e dispositivos estão alicerçados na busca por uma normatização adequada e, assim, possui a expectativa de observância por todos os seus destinatários. Com isso, o fato de haver o descumprimento não implica na ausência de cogência, mas sim a quebra da expectativa de adimplemento. Do mesmo modo, a construção normativa se dá no intuito de regulamentação intersubjetiva, o que lhe dá a condição de universalidade. Obviamente a universalidade está condicionada ao grupo de destinatários. Ora, o Estatuto do Servidor Público Federal, a princípio, não será utilizado em uma relação celetista, o que não lhe retira o caráter de universalidade pretendida.

<sup>3</sup> A pretensão aqui não é de fazer um fechamento conceitual de que as normas jurídicas são expressas exclusivamente por meio de estruturas linguísticas descritivas ou prescritivas. Apenas vislumbra-se posicionar no sentido de que as normas jurídicas não são somente prescritivas, como assevera Von Wright e Kelsen, podendo assumir outras formas, sendo as mais comuns a descritiva e a prescritiva.

e a intensidade da violação irá determinar a sanção a ser aplicada. Quando, por exemplo, por um ato ilícito, provoca-se um dano patrimonial a alguém, nasce a obrigação de reparar o dano. A sanção aqui é puramente reparatória e visa recompor a relação interpessoal.

Entretanto, além dessa reparação, caso a ação tenha sido direcionada a ocasionar o dano patrimonial, de modo que há uma violação que transcende a esfera das relações privadas e atinge a propriedade enquanto o bem jurídico protegido pela sociedade, ocorrendo uma transgressão ao pacto social, mostra-se necessária uma maior intervenção do Estado, que aplicará uma sanção punitiva<sup>4</sup>, exercendo, assim, o seu *ius puniendi*<sup>5</sup>.

O poder punitivo estatal, com efeito, é exercido com o objetivo de reafirmar o pacto social, garantindo a proteção dos bens jurídicos socialmente relevantes e reforçando os alicerces que fundam aquela sociedade.

O que se está em jogo, assim, não é a relação privada entre os indivíduos, mas a relação destes com o Estado e com a própria sociedade, sendo que a sanção imposta visa retribuir o mal feito e/ou prevenir que não aja a nova prática de ato lesivo, seja em uma perspectiva individual (prevenção especial) ou coletiva (prevenção geral).

Nesse mister, a sanção cominada pelo descumprimento do comando comportamental que lesa o pacto social visará à punição do infrator e lhe fixará uma limitação a um direito fundamental. Nessas hipóteses, o Estado age com todo o seu poder, sendo imprescindível a observância das garantias individuais que obstaculizam o sancionamento exacerbado. Essas garantias legitimam o procedimento sancionador, impedindo que a pena transborde os limites expressos pelas normas constitutivas do Estado e que representam uma proteção individual face à sua recorrente fúria.

---

<sup>4</sup> Não obstante o presente artigo não esteja alinhado teoricamente com o positivismo, vale destacar que essa característica também foi identificada por Kelsen, como aduz o jurista argentino Carlos Santiago Nino (2010, p. 204): “Kelsen oferece alguns critérios para distinguir as sanções civis das penais (sobretudo da multa, que apresenta profunda analogia com a execução forçosa). Afirma que, em geral, ocorrem estas diferenças [...] 3) Enquanto a sanção penal tem uma finalidade retributiva ou preventiva – conforme as teorias sobre a finalidade da pena –, a sanção civil tem o propósito de ressarcir o dano produzido e seu valor total é dado pela extensão deste último”.

<sup>5</sup> Não se busca aqui realizar uma distinção ontológica entre a sanção decorrente do poder punitivo estatal e a sanção que visa recompor as relações sociais. A pretensão é apenas a de mencionar que no caso da sanção punitiva há um desequilíbrio de forças, mostrando-se forçosa a existência de garantias individuais aptas a equilibrar o pêndulo da justiça.

Dentro do poder punitivo estatal, o ramo que apresenta uma sanção mais abrupta – atingindo a liberdade individual – e que há uma maior reprovabilidade da conduta é o Direito Penal, que, em razão disso, possui uma gama mais extensa de institutos e garantias jurídicas que visam a uma maior proteção do indivíduo.

Contudo, não é só este ramo que permite o exercício do poder punitivo, sendo passível de ocorrência no Direito Tributário, no Direito Administrativo, no Direito Ambiental, no Direito Coletivo e Difuso, entre outros. Quando isso acontece, isto é, quando há o sancionamento nestes ramos, por ocorrer também um cerceamento a um direito individual em razão da punição, apresenta-se como inexorável a aproximação com as normas protetivas penais e processuais penais<sup>6</sup>, exigindo-se que o procedimento esteja acautelado por todas as garantias individuais previstas no sistema jurídico<sup>7</sup>.

Isso porque há uma unidade repressiva estatal, sendo que o poder punitivo, em razão da sua fundamentação e do seu modo operacional, não é individualizado de acordo com o objeto tutelado pelo ramo do Direito, existindo uma integração normativa do *ius puniendi*<sup>8</sup>.

A própria técnica utilizada pelo legislador e pelo intérprete na construção dos dispositivos jurídicos relacionados às sanções punitivas, adotando-se uma terminologia que remete à disciplina penal (como pena, tipo administrativo, ilícito etc.)<sup>9</sup>, evidencia que o sancionamento realizado pelo Estado se firma na mesma base estruturante, estando, portanto, em uma perspectiva de unidade.

---

<sup>6</sup> “Forçoso concluir, pois, que todas as regras e todos os princípios versando sobre ‘ilícitos’, ‘sanções’, litígios ou ‘processos sancionadores’ e, adicionalmente, sobre as garantias deferidas aos ‘acusados’ e aos ‘sancionados’ em geral, como inculpidos na Carta Magna, são apropriáveis tanto pelo Direito Penal como pelo Direito Administrativo Sancionador, ainda que com nuances, porque retratam o poder punitivo estatal.” (Ferreira, 2012, p. 177/178)

<sup>7</sup> “O Direito Penal procura absorver com seus princípios, sob a influência, aliás, de ideias autoritárias, outras disciplinas jurídicas, especialmente o Direito Administrativo e o Disciplinar, procurando uniformizar o regime de sanções e penetrando na vida administrativa, no campo das contravenções e das infrações administrativas, de um modo geral.” (Cavalcanti, 1960, p. 110)

<sup>8</sup> “Isso deriva da adesão à posição prevalente, que identifica ilícito penal e ilícito administrativo, quanto à sua natureza e regime jurídico. Como ensina George Dellis ‘a ideia clássica de autonomia pura e simples da ação administrativa e da ação penal está muito bem ultrapassada: a concepção da unidade do domínio repressivo ganha progressivamente terreno’. Por isso, os princípios fundamentais de Direito Penal vêm sendo aplicados no âmbito do Direito Administrativo Repressivo.” (Justen Filho, p. 236)

<sup>9</sup> Mello, 2007, p. 104.

Essa técnica, além de absorver a maturidade e o maior avanço teórico do Direito Penal (Nieto, 2005, p. 86), expressa a preocupação do legislador em nortear o processo sancionador a absorver as garantias já consolidadas neste ramo jurídico<sup>10</sup>.

Evidente que essa permeabilidade das normas penais exige uma adequação, ajustando-se às particularidades trazidas por cada ramo. Em cada um destes, o mesmo dispositivo pode ganhar uma “tonalidade” diferente (García de Enterría e Fernandez, 2004, p. 168), de modo que a sua aplicação se dê de forma mais efetiva.

Diante disso, antes de analisar a aplicabilidade do princípio da insignificância para o Direito Administrativo Sancionador, vale realizar algumas considerações sobre este ramo do Direito.

## 1 DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E A SUJEIÇÃO ESPECIAL

A permissibilidade punitiva exige a existência de um vínculo que ligue o Estado ao indivíduo, o que se dá por meio da imposição legislativa. Somente o legislador pode exigir a adoção de um comportamento que, em caso de não observância, pode ensejar a aplicação de uma sanção punitiva.

Nessas hipóteses, o estado encontra-se na condição de ente regulamentador das relações sociais e que possui a atribuição de tipificar as condutas proibidas, protegendo o pacto social. A atuação estatal aqui deve ser vislumbrada como a de guardião da sociedade e de seus bens jurídicos mais relevantes.

Quando essas tipificações tiverem como balizamento a relação do indivíduo com a Administração Pública, estar-se-á diante de um ilícito administrativo, que pode se dar pela sujeição geral (ou das denominadas sanções de polícia) ou pela sujeição especial.

No caso da sujeição geral, a obrigação do indivíduo com a Administração Pública se dá de forma involuntária e decorre diretamente da atribuição estatal de regulamentar o comportamento do administrado. Não há uma manifestação

---

<sup>10</sup> Nesse diapasão, vale colacionar as palavras do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, no Mandado de Segurança nº 18.666/DF, quando discorria sobre a permeabilidade das normas penais nos procedimentos administrativos disciplinares: “Estou em que essa tendência mereça e deva mesmo ser maximamente prestigiada, para se criar a mentalidade de preservação dos direitos, liberdades e garantias individuais, que são, em última análise, as características e os fundamentos do Estado Democrático”.



de vontade por parte deste sobre aderir ou não àquela relação jurídica, sendo esta compulsória e concernente à vida em sociedade<sup>11</sup>.

É o caso, por exemplo, das infrações de trânsito, nas quais há a tipificação de condutas proibidas visando garantir uma mobilidade urbana segura e ordenada. Outro exemplo seria o sancionamento decorrente do não recolhimento de um imposto, impedindo que o estado cumpra com suas políticas públicas de interesse da coletividade.

Por sua vez, a sujeição especial<sup>12</sup>, erigida na doutrina alemã do século XIX<sup>13</sup> e capitaneada precipuamente por Otto Mayer, surgiu com o objetivo de remodelar o princípio da legalidade, os direitos fundamentais e a proteção judicial.

Para essa corrente de pensamento, algumas relações específicas, concernentes à atividade habitual da Administração Pública, não deveriam conter uma limitação legal de atuação, sendo relevante a abertura regulamentar que se desse por meio de atos normativos expedidos pela própria administração. A atuação deveria se nortear pelo *standard* principiológico de que “a ação administrativa há de ser dirigida, na medida do possível, por regras de direito”<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> “As pessoas naturais ou coletivas se obrigam perante a Administração Pública de forma compulsória ou por vontade própria. Involuntariamente, a sujeição se dá por força de lei (de sujeição geral), de sorte que as infrações administrativas gerais (ou de polícia) contrastam com obrigações ou proibições para as quais não há um fator volitivo de aproximação (como o fiscal, e.g.)” (Ferreira, ob. cit., p. 174)

<sup>12</sup> O instituto também é corriqueiramente nomenclaturado como “relações especiais de poder”, buscando fugir da concepção de hierarquia entre a Administração Pública e o indivíduo. Apesar de filarmos a essa perspectiva, preferimos adotar o termo “sujeição especial” como mais comumente é utilizado. Para saber mais sobre as controvérsias acerca da utilização do termo, ler: WIMMER, Miriam. As relações de sujeição especial na administração pública. *Revista de Direito Público, Doutrina Brasileira*, n. 18, 2007.

<sup>13</sup> Segundo a Professora Wimmer, “a doutrina das relações de sujeição especial, originada na Alemanha do século XIX, surgiu para fundamentar a existência de um poder administrativo especial que legitimaria a imposição de determinadas restrições aos direitos fundamentais de pessoas que se encontram em situações diferenciadas em relação ao Poder Público. Entre os exemplos tradicionalmente apontados, estão às relações que se desenvolvem entre o Estado e funcionários públicos, estudantes de escolas públicas, militares e presos – relações marcadas por uma acentuada dependência em relação ao Estado. Trata-se de uma construção jurídica, que busca justificar a minoração dos direitos dos cidadãos, ou dos sistemas institucionalmente previstos para sua garantia, como consequência de uma “relação qualificada com o poder público” (idem).

<sup>14</sup> “[...] a administração, para fazer-se ‘conforme ao direito’, deve estar vinculada pelas regras jurídicas. A Constituição criou com essa finalidade a forma da lei, e isso basta. Não obstante, é fácil ver que a atividade do Estado não pode circunscrever-se à simples execução das leis existentes; a ele é necessário viver e trabalhar, ainda que não haja normas para dirigir sua atividade; há na administração uma

Nessa visão clássica da sujeição especial, haveria um grau de liberdade regulamentar da administração, que poderia criar obrigações e impor sanções sem a devida previsão legal e sem que se pudesse haver a intervenção jurisdicional. Nas palavras de Wimmer (2007, p. 38/39):

Dessa definição depreende-se que as relações de sujeição especial tinham o condão de colocar o indivíduo numa situação de especial dependência em relação ao Estado. Afastava-se o princípio da reserva legal para a imposição de restrições aos direitos fundamentais, podendo o Executivo mover-se de forma livre e autônoma para determinar os termos e condições da relação especial em causa. Mayer menciona como exemplos de relações de sujeição especial as obrigações do funcionário público, o poder disciplinador (*Dienstgewalt*), o poder de direção nos estabelecimentos públicos (*Anstaltsgewalt*) e o poder das corporações públicas sobre seus membros (*Vereinsgewalt*). A instauração de uma relação de sujeição especial poderia, para Mayer, decorrer de lei, como no caso das relações involuntárias, como o serviço militar, ou de um ato de consentimento voluntário, como ocorre na nomeação para um cargo público. Assim, a diferenciação entre relações especiais e relações gerais servia de instrumento legitimador da modificação da vigência geral de três institutos jurídicos: (i) o princípio da legalidade; (ii) os direitos fundamentais; e (iii) a proteção judicial.

Entretanto, essa possibilidade de limitação a direitos fundamentais sem a previsão legal não pode vigorar na sistemática de um Estado de Direito Constitucional<sup>15</sup>, em que se sustenta a irrenunciabilidade dos direitos

---

multitude de coisas que não podem ser previstas por regras estritas que as encadeariam. O *Rechtsstaat* deve, por conseguinte, restringir suas exigências ao que seja possível; portanto, seu princípio pode formular-se assim: a ação da administração há de ser dirigida, na medida do possível, por regras de direito.” (Mayer *apud* Wimmer, op. cit., p. 37 – tradução livre)

<sup>15</sup> “Nesse contexto, a teoria das relações de sujeição especial revelou-se anacrônica e nitidamente incompatível com o novo quadro constitucional. Todavia, não foi de imediato abandonada. A entrada em vigor da Lei Fundamental de Bonn não provocou a imediata superação dos conceitos jurídicos ancorados em estruturas constitucionais pretéritas, mas contribuiu para sua gradual obsolescência e/ou transformação.” (Wimmer, op. cit., p. 42)

fundamentais<sup>16</sup>. Não seria lícito conceder à Administração Pública a prerrogativa de suprimir direitos basilares do indivíduo, criando-se, assim, uma relação desequilibrada e autoritária entre administração e administrado.

Nessa trilha, o Tribunal Constitucional Alemão, no julgamento BBVGE 33,1 de 14 de março de 1972<sup>17</sup>, asseverou que a mera existência de uma relação especial não poderia legitimar a limitação de direitos fundamentais, sendo imperioso que essas limitações detivessem expressa previsão legal.

Nada obstante isso, não significa, como querem alguns, que ocorreu a morte do instituto. A sujeição especial se mostra de extrema relevância para permitir que a Administração Pública, alicerçada por um diploma legal, adequue o texto normativo a uma determinada realidade.

É extremamente palatável que um instrumento convocatório de uma licitação pública melhor delineie as infrações administrativas previstas na Lei nº 8.666/1993, adaptando-as de acordo com o objeto licitado. O que se mostra inviável é a criação de novos tipos infracionais, estabelecendo novas hipóteses punitivas.

Ainda, vale ressaltar que esse vínculo especial de sujeição pode ser formado de forma voluntária ou involuntária, como bem expressa Daniel Ferreira (2009):

---

<sup>16</sup> “Ao contrário do defendido pela doutrina clássica das relações especiais de poder, os cidadãos regidos por estatutos especiais não renunciam a direitos fundamentais (irrenunciabilidade dos direitos fundamentais) nem se vinculam voluntariamente a qualquer estatuto de sujeição, produtor de uma *capitii deminutio*. Trata-se tão somente de relações de vida disciplinadas por um estatuto específico. Este estatuto, porém, não se situa fora da esfera constitucional, desde logo porque as pessoas sujeitas a estatutos especiais mantêm a titularidade de direitos [...]. Não é uma ordem extraconstitucional, mas sim um estatuto heteronomamente vinculado, devendo encontrar seu fundamento na Constituição (ou estar pelo menos pressuposto).” (Canotilho, 2003, p. 466/467).

<sup>17</sup> “A doutrina aponta a decisão BVGE 33, 1 do Tribunal Constitucional alemão, de 1972, como o grande catalisador para a metamorfose da doutrina das relações especiais de sujeição, após o advento da Lei Fundamental de Bonn. O recurso foi motivado pela restrição à liberdade de expressão de um preso, com fundamento em uma disposição administrativa. Na decisão, o Tribunal afirmou a vigência dos direitos fundamentais e do princípio da legalidade no âmbito das relações especiais de sujeição, determinando que (i) os direitos fundamentais dos presos somente podem ser restringidos por intermédio ou com base em uma lei; (ii) as intervenções nos direitos fundamentais dos presos, sem fundamento legal, somente podem ser de caráter provisório; (iii) a limitação dos direitos fundamentais dos presos somente pode ser considerada quando tal for indispensável para alcançar os fins da sociedade, abrangidos pela ordem de valores da Lei Fundamental; (iv) cabia ao legislador expedir uma lei de execuções penais em conformidade com a concepção moderna de direitos fundamentais, que contemplasse critérios rigorosos sobre as circunstâncias nas quais poderia haver intervenções nos direitos fundamentais.” (Wimmer, op. cit., p. 43)

Configuram infrações administrativas especiais as que se constituem em razão de um vínculo de especial sujeição, que pode ser voluntário (contratuais [decorrentes de vínculo originado por conta de licitação, por exemplo], disciplinares [face ao regime funcional]) ou involuntário (transgressão em sede de regime militar obrigatório e outras passíveis de cometimento pelos encarcerados).

A existência de uma sujeição (geral ou especial) com a Administração Pública, portanto, caracteriza-se como condição de possibilidade de fixação do ilícito administrativo e da consequente aplicação da sanção punitiva.

Esse sancionamento, contudo, somente será factível diante da já mencionada observância das garantias individuais que norteiam o procedimento sancionador, entre elas, a do consagrado princípio da insignificância, que passamos a analisar.

## 2 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

A execução da conduta tipificada como proibida pelo sistema jurídico não conduz necessariamente à prática de um ilícito, sendo imperiosa a averiguação no caso concreto da ocorrência dos demais elementos indispensáveis para sua caracterização.

Entre eles, encontra-se a significância lesiva ao bem jurídico protegido. Se o objetivo da norma é protegê-lo, não teria sentido a punição quando a conduta do agente não é capaz de lesioná-lo concretamente.

Com efeito, em determinadas situações, a lesão ao bem jurídico não passa de um mero arranhão, mostrando-se incapaz de atingi-lo em uma perspectiva real. Nesses casos, sob o manto do *mínima non curat praetor*, o estado deve se abster de aplicar a sanção.

Note-se que, ao contrário do princípio da lesividade, na insignificância, há a lesão ao bem jurídico, mas, de tão minúscula, não alcança a relevância necessária para aplicar a punição. A ausência de lesão significativa torna injustificável a busca punitiva<sup>18</sup>, uma vez que não houve a efetiva quebra do pacto social.

---

<sup>18</sup> “A irrelevante lesão do bem jurídico protegido não justifica a imposição de uma pena, devendo excluir-se a tipicidade da conduta em caso de danos de pouca importância.” (Prado, 2006, p. 148)

Sob essa perspectiva, o alemão Claus Roxin, em sua obra *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, de 1964, teria sugerido a introdução do princípio da insignificância na determinação geral do injusto e na interpretação das normas penais<sup>19</sup>. Nas palavras do jurista alemão:

*[...] a esto pertenece además el llamado principio de la insignificancia, que permite en la mayoría de los tipos excluir desde un principio de poca importancia [...] Como fuerza debe considerarse únicamente un obstáculo de cierta importancia. Igualmente también la amenaza debe ser sensible para pasar el umbral de la criminalidad. Si con estos planteamientos se organizara de nuevo consecuentemente la instrumentación de nuestra interpretación del tipo, se lograría, además de una mejor interpretación, una importante aportación para reducir la criminalidad en nuestro país. (Roxin apud Toledo, 1994, p. 133/134)*

O princípio da insignificância, portanto, visando impedir a desproporção entre a lesão do bem e a intervenção estatal (Bitencourt, 2008, p. 21), excluirá a tipicidade material da conduta, tornando-a irrelevante para fins punitivos. Em outras palavras, não obstante o agente tenha praticado o comportamento previsto na norma proibitiva (tipicidade forma), a sua ação (ou omissão) não foi suficiente para afetar significativamente o bem protegido (tipicidade material).

A sua aplicabilidade, contudo, vem sendo amplamente vergastada sob o fundamento de que não é possível construir critérios claros para identificar a insignificância, de forma que a sua parametrização fica ao alvedrio do intérprete que irá valorar no caso concreto se a lesão foi ou não significativa. Segundo esses opositores, esse princípio traz uma carga de subjetivismo extrema que pode afetar a segurança jurídica, devido à vagueza conceitual da sua expressão.

Essa corrente de pensamento, entretanto, baseia-se em uma perspectiva de fechamento conceitual a partir da estrutura semântica da linguagem, acreditando na existência de um conceito jurídico determinado *a priori*. Não se observa, assim, os ganhos trazidos pela filosofia analítica, principalmente pela

---

<sup>19</sup> “Welzel considera que o princípio da adequação social bastaria para excluir certas lesões insignificantes. É discutível que assim seja. Por isso, Claus Roxin propôs a introdução, no sistema penal, de outro princípio geral para a determinação do injusto, o qual atuaria igualmente como regra auxiliar de interpretação. Trata-se do denominado princípio da insignificância, que permite, na maioria dos tipos, excluir os danos de pouca importância.” (Toledo, 1994, p. 133)

ideia de estruturação conceitual a partir da dimensão pragmática da linguagem e da noção de jogos de linguagem defendidos pelo segundo Wittgenstein<sup>20</sup>. Assim, não é possível albergar tais críticas, uma vez que a construção conceitual sempre dependerá das circunstâncias do caso concreto e isso não implica no subjetivismo, mas na formação do conceito – provisório e precário – a partir da intersubjetividade.

No âmbito do Direito Administrativo, erige outra crítica, asseverando-se que este ramo defende a coletividade e que o cometimento do ilícito necessariamente irá atingir o interesse público, pilar estruturante do Direito Administrativo e que prevalece ante o interesse privado.

Essa fundamentação é vazia na vigência do Estado Democrático de Direito, pois a Supremacia do Interesse Público possui um viés extremamente autoritário, inserindo o indivíduo na condição de súdito do estado<sup>21</sup>. Ao revés disso, o estado deve garantir os direitos fundamentais, não sendo lícita a supressão desses direitos com o argumento de defesa da coletividade. É imprescindível a avaliação, no caso concreto, se a ação do agente efetivamente foi capaz de lesionar significativamente o bem jurídico e se é merecedora de punição.

A aplicabilidade do princípio da insignificância, ainda, pode ser defendida com o fundamento de que, enquanto no Direito Penal, em razão da subsidiariedade e da fragmentariedade, há um quantitativo menor de condutas puníveis, no Direito Administrativo ocorre o oposto, com uma maior amplitude de condutas tuteláveis, o que indica a necessidade de uma aplicação mais acentuada deste princípio, fazendo com que a Administração não gaste recursos (físicos e financeiros) com comportamentos inexpressivos e incapazes de ocasionar um dano efetivo ao Erário ou à coletividade.

O Superior Tribunal de Justiça, todavia, parece não açambarcar esse posicionamento, mormente quando se trata de Improbidade Administrativa. No julgamento do REsp 892818/RS, o Ministro Relator Herman Benjamin afastou a aplicabilidade deste princípio, aduzindo que o bem jurídico protegido

---

<sup>20</sup> Para uma abordagem mais aprofundada sobre o assunto, sugerimos a leitura do livro *O Administrativismo do século XXI: Por uma Visão Renovada dos Conceitos Jurídicos Indeterminados*, de autoria do professor Leonardo de Araújo Ferraz.

<sup>21</sup> Parece-nos que o princípio em discussão baseia-se em uma compreensão equivocada da relação entre pessoa humana e Estado, francamente incompatível com o *leitmotiv* Democrático de Direito, de que as pessoas não existem para servir aos poderes públicos ou à sociedade política, mas, ao contrário, estes é que se justificam como meios para a proteção e promoção dos direitos humanos. (Sarmiento, 2007, p. 48)

era a moralidade administrativa, pouco importando o quantitativo recebido injustificadamente pelo agente.

A partir do momento em que há a valoração negativa da ação, resta-se caracterizada a conduta ímproba sujeita de punição, independentemente do quantitativo envolvido. Na visão do Ministro, a significância somente poderia ser aferida quanto à irregularidade cometida, pois, após constatada a ausência de eticidade da conduta, seria impossível caracterizá-la como insignificante, uma vez que já havia sido violada substancialmente a moralidade pública, objeto de proteção pela norma.

Como alicerce argumentativo, o Relator citou o julgamento do REsp 769317/AL, que trata da apuração de crime de responsabilidade por parte do chefe do executivo municipal. Neste, o Ministro Gilson Dipp não acatou a aplicação do princípio da insignificância, alegando que “não obstante a pequena quantia desviada, diante da própria condição de Prefeito do réu, de quem se exige um comportamento adequado, isto é, dentro do que a sociedade considera correto do ponto de vista ético e moral”.

Voltando ao caso específico do REsp 892818/RS, tratava o caso da utilização indevida de um veículo de propriedade do município e da força de trabalho de três guardas municipais para fins pessoais do chefe de gabinete do prefeito. Teria sido gasto de combustível o valor de R\$ 8,47 (oito reais e quarenta e sete centavos) e mais o equivalente à força de trabalho dos servidores envolvidos.

Evidentemente que a conduta do agente municipal, de quem se espera e confia a mais absoluta probidade e impessoalidade, estava carregada dos resquícios do patrimonialismo, sendo inegável a violação da moralidade administrativa em vista da confusão entre o público e o privado. Cuida-se de um comportamento deplorável em se tratando de servidor público e efetivamente ilegal. Disso não há dúvida.

O que se argumenta é que essa ação, apesar de ter afetado a moralidade administrativa, não teria sido capaz de lesionar o bem jurídico protegido de forma tão intensa que merecesse uma sanção punitiva. A sanção reparatória, visando tão somente à devolução dos valores, seria uma medida mais adequada.

Repare-se que, em nome deste punitivismo, no caso em questão, a movimentação dos órgãos estatais (Ministério Público, Judiciário e outros) ocasionou um dispêndio financeiro muito maior que o “desviado”. E não se

trata aqui de fazer uma análise econômica do direito<sup>22</sup>, mas de evidenciar que a movimentação dos órgãos estatais, bem como a sanção perquirida<sup>23</sup>, foram desproporcionais em face do fato vilipendiado.

Ainda, vale dizer que o Relator caminha bem ao deixar implícito que o princípio da insignificância não está atrelado ao quantitativo financeiro, mas à intensidade da violação ao bem jurídico protegido. Apesar de aplaudível este ponto, ele equivoca-se ao mensurar a significância em momento anterior à ocorrência de ato tipificado como ímprobo. Não obstante este princípio exclua a tipicidade, a sua exclusão se dá no plano material, isto é, quando a conduta formalmente se caracteriza como ilícita, mas, materialmente, não foi capaz de lesionar significativamente o bem.

Em outro julgado, o MS 10.827/DF, que tratava do pedido de reintegração ao cargo de um policial rodoviário federal que fora demitido por receber indevidamente auxílio-transporte no montante de R\$ 36,80 (trinta e seis reais e oitenta centavos), o Ministro Relator Hélio Quaglio Barbosa, mesmo reconhecendo a insignificância da conduta e sua baixa lesividade, compreendeu que isso não implicaria na exclusão da penalidade, uma vez que não teria o condão de excluir a tipicidade do ato nem a sua reprovabilidade ético-moral. No caso, a Corte compreendeu que deveria apenas modificar a sanção imposta, aplicando uma menos severa.

Mais uma vez, o posicionamento do STJ não caminhou com a melhor técnica. Ao reconhecer a insignificância da conduta e a sua ínfima lesividade, a sanção imposta não estaria toldada pelo direito, tendo em vista que esses elementos ensejam a atipicidade material da conduta, contornando-a como não suscetível a sanções punitivas.

O princípio da insignificância, repisa-se, não é um elemento a ser considerado na dosimetria da pena, mas na ocorrência ou não do ilícito. A sua presença implica necessariamente na constatação de inexistência do ato antijurídico, tornando-se pusilânime a imposição de qualquer sanção com caráter punitivo.

---

<sup>22</sup> A linha teórica aqui trabalhada em nada se confunde com o pragmatismo defendido por Richard A. Posner e a sua *Economic Analysis of Law*.

<sup>23</sup> Vale destacar que qualquer sanção imposta sob o fundamento de improbidade administrativa, mesmo que não acarrete severas restrições a direitos, possui um impacto muito grande ao condenado, que é, naturalmente, rotulado como corrupto.



## CONCLUSÃO

A concepção de um Direito Administrativo Sancionador adequado aos ditames de um Estado Democrático de Direito perpassa necessariamente pela plena observância das garantias individuais, o que exige a interconectividade com as normas protetivas do Direito Penal e Processual Penal, trazendo ao processo administrativo princípios como o da insignificância.

Entretanto, ao realizar a transposição – buscando amoldá-lo à realidade e às peculiaridades do Direito Administrativo –, o intérprete tem desvirtuado o princípio da insignificância, retirando a sua característica principal de impedir um punitivismo injustificado. O manto da supremacia do interesse público parece pesar sobremaneira nas decisões do judiciário, que buscam a punição a qualquer irregularidade em nome da suposta moralidade administrativa.

O que não se percebe é que, por vezes, a perseguição implacável ao desviante acaba por gerar um dano maior ao Erário, que precisa dispor de recursos financeiros, físicos e de pessoal para punir uma conduta que não chegou a atingir substancialmente o bem jurídico, nem mesmo a moralidade.

Destarte, é preciso que se revise o princípio da insignificância na sua face administrativa, de modo que se perceba que não se trata de um culto à impunidade, mas de um instrumento jurídico que não só garante a razoabilidade e adequação da sanção imposta à conduta perpetrada, como também permite uma maximização da estrutura estatal para que se punam as condutas de maior lesividade à Administração e ao Erário.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. São Paulo: Freitas Bastos, v. I, 1960.

DUTRA, Leonardo Eduardo. *Princípio da insignificância: instituto de direito material inibidor da persecutio criminis*. Curitiba: UFPR, 2010.

FERREIRA, Daniel. *Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

\_\_\_\_\_. Sanções administrativas: entre direitos fundamentais e democratização da ação estatal. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 12, n. 12, p. 167-185, jul./dez. 2012.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 9. ed. Madrid: Civitas, v. 2, 2004.

MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. Parte general. Tradução do francês por Horacio H. Heredia e Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Depalma, t. I, 1949.

MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007.

NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. Trad. Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

PRADO, Luis Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2006.

SARMENTO, Daniel. Interesses públicos *vs.* interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos do direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

WIMMER, Miriam. As relações de sujeição especial na administração pública. *Revista de Direito Público*, Doutrina Brasileira, n. 18, 2007.



# GARANTIA CONSTITUCIONAL DO ACESSO À JUSTIÇA COMO PLENA SOLUÇÃO DOS CONFLITOS SOCIAIS POR MEIO DO PROCESSO

*CONSTITUTIONAL GUARANTEE OF ACCESS TO JUSTICE AS FULL  
SOLUTION OF SOCIAL CONFLICTS THROUGH THE PROCESS*

**Daniel Moura Nogueira<sup>1</sup>**

Mestre em Direito pela ITE – Instituição Toledo de Ensino de Bauru/SP

**RESUMO:** O presente ensaio houve em face da análise do comando constitucional do acesso à justiça e seus inúmeros percalços, uma vez que há previsão constitucional e legal, sem, contudo, a Administração Pública conseguir a atuação dessas normas nas práticas jurídicas, com o objetivo de uma concretude daquele comando por meio de medidas claras e honestas do setor administrativo do poder estatal, a fim de solucionar um impasse milenar na atuação do Estado frente a seus administrados.

**PALAVRAS-CHAVE:** Norma constitucional; garantia de justiça; processo civil; duração e tempo processual; responsabilidade estatal; solução.

**ABSTRACT:** *This essay was in the face of the constitutional command analysis access to justice and its many mishaps once there is constitutional and legal provisions, without, however, the government achieves these performance standards in the judicial usages, with the goal of concreteness that one command through clear and honest measures of the administrative sector of state power to solve an age-old impasse in the performance of their opposite state administered.*

**KEYWORDS:** *Constitutional standard; ensuring justice; civil procedure; duration and time procedural; state responsibility; solution.*

---

<sup>1</sup> Especialista em Jurisdição e Tutela dos Direitos Constitucionais pela Facoltà di Giurisprudenza da Univerisità di Pisa, Itália, Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso e Rio Grande do Sul, Professor na Graduação e Pós-Graduação *Lato Sensu* na UNIC – Universidade de Cuiabá, Campus Sinop, Advogado.

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Garantia de justiça e a constituição; 2 Processo civil efetivo como consecução da jurisdição e garantia do acesso à Justiça; 3 O tempo razoável do processo e a (ir)responsabilidade administrativa do Estado; 4 Garantia da jurisdição e o equilíbrio: direito de ação/exceção e direito à tutela jurisdicional; 5 Tentativas de solução: meios alternativos, normas e logística do Estado; Conclusão; Referências.

**SUMMARY:** Introduction; 1 Ensuring Justice and the Constitution; 2 Civil Process as effective achieving jurisdiction and ensuring access to justice; 3 The reasonable process time and the administrative (ir) responsibility of the State; 4 Assurance jurisdiction and equilibrium: law of action/ exception and the right to judicial protection; 5 Attempted solution: alternative media, rules and logistics of State; Conclusion; References.

## INTRODUÇÃO

**E**m tema de direito processual constitucional-civil do acesso à Justiça, iniciar invocando um tipo penal, *prima facie*, parece um tanto quanto paradoxal. Todavia, se se fala em acesso à justiça, pergunta-se qual justiça? Justiça como um substantivo ou um termo institucional?

Com certeza se refere à entidade responsável pela oitiva das reclamações e aplicação da solução justa ancorada na base jurídica às pessoas sob a direção de um ente, ou seja, aos jurisdicionados do Estado.

Pois bem, o estudo do tema *acesso à Justiça* tem seu marco inicial com a criminalização da justiça de *mão própria*, hoje, no sistema brasileiro, tipificado pela norma penal do art. 345 do CP.

Se o ente público veda a efetivação da justiça pelos próprios direcionados, se obriga, em contrapartida – pela natureza dessa atitude –, a proporcionar uma resposta na mesma *altura*, no que concerne ao resultado prático, a que tinha o cidadão anterior a essa avocação.

Darci Guimarães Ribeiro assevera que quando o Estado monopolizou a justiça, “não se comprometeu a prestar qualquer tipo de tutela jurisdicional, senão uma tutela jurisdicional efetiva, adequada ao direito postulado em juízo”<sup>2</sup>.

Eis a razão de se falar em efetividade eficaz por meio do processo, pois o processo civil nada mais é que uma ferramenta, um instrumento em prol do

<sup>2</sup> A concretização da garantia constitucional do contraditório e as presunções contidas no § 6º do art. 273 do CPC. In: STRECK, Lenio Luiz et al. (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: anuário do programa de pós-graduação em direitos da Unisinos. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2010. p. 57.

acesso à Justiça, e esse processo impõe que seja de forma tal a fim de cumprir o desiderato e garantir o comando constitucional da plena concretização dos direitos e a solução de conflitos.

Neste ensaio, portanto, cumpre apontar algo que possa traduzir – ainda que em pequena escala – uma atuação judicial efetiva em nome do acesso à Justiça em seus meandros, compreendendo a efetivação jurisdicional nas questões particulares, diferenciando tutela jurídica e tutela estatal-jurisdicional em nome de não atender ao autor da demanda, mas sim as partes como elemento do contexto social e destinatários da justiça.

Ainda, pretende-se analisar a atuação jurisdicional efetiva como direito fundamental do cidadão, sua força na Constituição, especificar o processo como consecução dessa atividade de garantia do acesso, como o razoável tempo e a administração judicial irresponsabilidade do Estado, sem olvidar do equilíbrio que enseja na atuação estatal, e, por fim, tentativas de solução.

Tudo em torno do comando maior que determina a todos um processo célere, em uma efetividade eficaz, ensejando na *práxi* forenses e na dogmática jurídico-processual uma concretude real, cumprindo a missão constitucional de não ser apenas norma simbólica em seus próprios pilares que sustenta a estrutura social.

## 1 GARANTIA DE JUSTIÇA E A CONSTITUIÇÃO

Imporia que a garantia ou as garantias do Estado Democrático de Direito constasse do texto constitucional? Se se levar em consideração a necessidade da existência de uma norma sobre todas as normas que sirva de alicerce jurídico, técnico e moral para dirigir a função estatal, com certeza, sim, e é o que acontece.

Se as garantias constassem tão somente de normas ordinárias/infra-constitucionais, quiçá não serviria como sustentáculo a exigir do Estado que realize a jurisdição ou, ainda, que preste assistência jurídica? Ou melhor, se não constasse do texto constitucional, não haveria obrigação do ente estatal em atender aos jurisdicionados em seus litígios?

Essa resposta vem encontrada em David Vallespín Pérez:

*El estudio del proceso debe abordarse no sólo examinando su concreta organización según las leyes ordinarias vigentes, sino tomando en consideración, al mismo tiempo, la conformidad de su disposición positiva respecto a la normativa constitucional reguladora del ejercicio de la actividad jurisdiccional.*

*Las normas y principios constitucionales relativos al ejercicio de la función jurisdiccional permiten, precisamente, diseñar un verdadero y propio esquema general del proceso. El objeto de este esquema general viene suministrado por la denominada “jurisdiccionalidad derivada del proceso”, es decir, por el examen de su “deber ser” de acuerdo con la normativa constitucional.<sup>3</sup>*

Parece que o professor espanhol não deposita tanta fé ao poder da norma infraconstitucional de exigir do Estado uma atuação substituidora e pacificadora diante dos litígios provocados e suportados pelos administrados.

Sem uma raiz da qual nasçam e estribam as demais regras cogentes e os preceitos pétreos de proteção da dignidade do ser [essa como elemento primordial da vida e da existência], o cidadão permanece sem alicerce para exigir uma atuação como merecido em face daquele que tem a obrigação.

Já se tem dito que constituição, além de outras virtudes, trata-se de um escudo social de contenção de poder. De conter poder do administrador, que, dessa forma, se obriga a cumprir os ditames fundantes do Estado emanados pela carta maior, sob pena de sanções a níveis além das penalidades ordinárias<sup>4</sup>.

Essa força fiscalizadora do *due processo of law* é evidente no Estado de direito desde épocas remotas. Tem seu marco inicial na Magna Carta inglesa, impondo a realização de um juízo que pudesse ser interpretado como aquele capítulo em que previu a instância fundamental do constitucionalismo moderno: a previsão de um limite, de uma lei, sobre aquele que detenha o monopólio da força<sup>5</sup>.

Além dessa limitação da força estatal, o *due processo of law*, como emanção e exigência constitucional, impõe, como fim último, um processo justo. Para uma melhor compreensão é o magistério de Pérez, que acrescenta:

*El modelo constitucional de proceso contenga, por una parte, un núcleo interrelacionado de elementos constantes e insuprimibles en todo procedimiento jurisdiccional establecido*

<sup>3</sup> *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*. Barcelona: Atelier, 2002. p. 65.

<sup>4</sup> Quando diz aqui além das penalidades ordinárias, pretendeu aclarar algo fora de penas por crimes comuns, mas de ordem administrativas e internacionais.

<sup>5</sup> Cfr. PÉREZ, David Vallespín. Op. cit., p. 61. Consta do original: “*Que puede ser interpretado como aquel capítulo en que se anticipa la instancia fundamental del constitucionalismo moderno: la previsión de un límite, de una ley, sobre aquel que detenta el monopolio de la fuerza*”.

*en el ordenamiento jurídico; y, por otra, un conjunto de características móviles y espacios vacíos destinados a ser variados y colmados por el legislador ordinario con el fin de alcanzar los objetivos por él perseguidos. Surge así, lo que se ha dado en denominar, tanto a nivel nacional como supranacional, modelo de proceso justo. Este proceso justo es el resultado de una combinación de garantías concurrentes que instrumentándose a través de la constitucionalización de los más significativos e inalienables derechos subjetivos y de algunas garantías fundamentales referidas al Poder Judicial y a la Administración de Justicia.<sup>6</sup>*

Dessas assertivas, constata-se que, se as garantias sociais – que devem ser a natureza da relação, da via entre sociedade e Estado – não fossem acobertadas por uma ordem fundante – por uma imposição pela qual não se possa mexer (ainda que, em tese, em nome de cláusulas pétreas) –, não conseguiria consecução à altura que merece o cidadão.

Quicá por isso é que Ferdinand Lassalle tenha negado a essência do direito constitucional como ordem jurídica, mas tão somente uma questão política no sentido de administrar forças institucionais<sup>7</sup>. Se se observar a política como sua essência pura, a resposta para Lassalle seria positiva, uma vez que política é o artifício gestor do Estado.

Mas o professor alemão descaracteriza constituição como algo superior de comando normativo, para quem *“ley y la Constitución, tienen, evidentemente, una esencia genérica común. Una Constitución, para regir, necesita la promulgación legislativa, es decir, que tiene que ser también ley. Pero no es una ley como otra cualquiera, una simple ley: es algo más”*<sup>8</sup>.

Essa tese encontrou certo desacerto com o que ensinou Konrad Hesse, pois, *“se as normas constitucionais nada mais expressam do que relações fáticas altamente mutáveis, não há como deixar de reconhecer que a ciência da Constituição jurídica constitui uma ciência jurídica na ausência do direito”*<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> Idem, p. 67.

<sup>7</sup> Cfr. HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991. p. 10/11.

<sup>8</sup> LASSALLE, Ferdinand. *¿Qué es una constitución?* Bogotá/Colômbia: Editorial Temis S.A., 2010. p. 37.

<sup>9</sup> HESSE, Konrad. Op. cit., p. 11.



Independentemente se *política ou jurídica*, o certo é que há tempos as constituições já previam que ao Estado incumbe o papel do amparo social a título de uma *garantia*, em face da posição que ocupa no complexo da existência do ser humano organizado.

A história resgata a ideia de constituição como regra maior e alicerce do Estado, emergindo garantias jurisdicionais aos particulares, contando desde os atenienses, aproximadamente no período entre 329 a 322 a.C., no qual a magistratura era contida pelo conselho que a examinava em seus atos, especialmente, quando se tratava de dinheiro público, até mesmo o cidadão comum podia denunciar “qualquer Magistrado ao conselho”, quando “não tenha respeitado as leis”<sup>10</sup>.

A partir desse contexto é que se vê a necessidade ou a importância vital que a tutela jurídica emergja da carta magna, pois, em nível supremo da relação *vida social*, do agrupamento humano e sua direção gestora pelo ente público, somente a base fundante, ou o topo da pirâmide, como preferiu Kelsen, consegue fornecer e fazer cumprir o que se chama de *garantia*, pois, acima da constituição (e esta compreendida como bloco constitucional por força de tratados internacionais ratificados) somente a soberania Divina<sup>11</sup>.

Diz-se que somente a constituição consegue outorgar e executar essa garantia, pois, nesse caso, não se trata de um direito no sentido *lato*, que rege a conduta entre cidadãos comuns, mas sim algo além, que regula a relação entre a *massa da sociedade* e aquele que detém o poder de gestão sobre todo o complexo de um Estado soberano, não obstante tratar-se de soberania mitigada pela democracia.

Em nome da importância, suficiência e eficiência da previsão, no texto da Carta Maior, da obrigação de eficiência e eficácia da tutela estatal, bem como da preocupação com normais ordinárias falhas, Canotilho pontificou que:

Como conteúdo *constitucional e internacional mínimo*, exige-se que a *proteção jurisdicional* não fique aniquilada em virtude da inexistência de uma determinação legal da via judicial adequada. Além deste conteúdo mínimo, é de questionar se bastará o facto de a lei assegurar, de

---

<sup>10</sup> ARISTÓTELES. *Constituição dos atenienses*. Tradução do original grego de Delfim Ferreira Leão. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, sd. p. 94.

<sup>11</sup> Sem olvidar da força dos pactos internacionais que podem ter força igual à Constituição, na qual passa a ser chamado de bloco constitucional.

qualquer forma, mesmo vaga e imprecisa, a abertura da via judiciária. Se a *determinação dos caminhos judiciais* for de tal modo confusa (ex.: através de reenvios sucessivos de competências) que o particular se sinta tão desprotegido como se não houvesse via judiciária nenhuma, haverá violação do princípio do Estado de direito e do direito fundamental de acesso ao direito e à via judiciária.<sup>12</sup>

Tanto é assim que a Constituição Federal vedou que quaisquer normas infraconstitucionais possam excluir da apreciação do poder Estado/Judiciário qualquer ameaça, violação ou insatisfação a um direito, na previsão do art. 5º, inciso XXXV, da CF.

E se se fala em garantia, tem-se algo a ser reclamado. Havendo garantia o destinatário pode exigir. A garantia fornece poder de manutenção daquilo que inicialmente se adquire; daquilo que, no momento da transição da justiça ao monopólio central da coisa pública, se prometeu. Promessa de manutenção nos mesmos moldes iniciais, a fim de permitir que a qualidade do que se recebe não seja amainado, porém aprimorado.

Emerge, portanto, da própria lei maior, do poder fundante da sociedade, uma garantia de que o ente público exerça o *munus* intermediador com resposta diante de uma testilha de interesses, algo que, natural e previsivelmente<sup>13</sup>, ocorre na sociedade.

Como complementação dessa garantia, nasce da Emenda Constitucional nº 45/2004, além de outros preceitos, o inciso LXXVIII ao art. 5º da CF/1988, impondo, objetiva e diretamente, ordem no sentido de que a resposta estatal seja em medida razoável de tempo, com meios céleres.

Esse preceito já deveria existir no contexto jurídico nacional, pois o Brasil é signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, com previsão em seu art. 8º, nº 1, por meio do Decreto nº 678, de 06.11.1992. Ainda, pode-se

<sup>12</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., 9. reimp. Coimbra: Almedina, sd. p. 497.

<sup>13</sup> Diz-se natural e previsível, pois a índole do ser é por natureza tendenciosa ao erro, ao egoísmo do interesse próprio em detrimento alheio, por essa razão, inexoravelmente os conflitos existirão.

exemplificar a proteção europeia dos direitos da pessoa humana, previsão do art. 6º, nº 1, da Convenção Europeia para tanto<sup>14</sup>.

Mas o comando constitucional não conseguiria realidades concretas sem os instrumentos de consecução dos direitos em litígio, como se verá, ou seja, o comando existe, basta algo muito simples e, ao mesmo tempo, complexo, qual seja gestão pública de qualidade, honestidade e temor espiritual a Deus, pois a índole humana tende ao erro e, em assim sendo, a má gestão da coisa pública não consegue fins – nem meios – céleres, justos e eficazes.

A esse mote tratará o item 5 a seguir como solução ao problema, mas de forma real, não *virtual*<sup>15</sup>, como se pretende o legislador com emanação de leis, mas, na realidade, a máquina física, palpável, não há como funcionar.

## 2 PROCESSO CIVIL EFETIVO COMO CONSECUÇÃO DA JURISDIÇÃO E GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA

Em linhas gerais, tem-se por jurisdição o cotidiano e amiúde comentário de que, como monopólio do Estado, este se obrigou a intermediar os polos litigantes em uma atitude tal que inverta o papel degradante da justiça privada dos primórdios da sociedade.

Com essa atitude, cria-se *ferramentas* de consecução prática dessa atuação, que nada mais são que o *processo* e o *procedimento*, aquele como caminho e este a forma desse caminho, a maneira de fazer este caminho.

Não se nega, jamais, que a jurisdição tenha esse papel de substituir os contendores, aplicando o direito ao litígio, com o desiderato da pacificação social. Todavia, pensar apenas na substituição literal dos antagonicos para impedir uma atuação *manu militare* é pouco – enxuto demais –, ou fica aquém de uma função filosófica e teleológica da atividade do Estado na solução dos litígios.

Essa atividade vigorava na Roma antiga, onde, na lição de Antônio Rulli Júnior<sup>16</sup>, “procurava aproximar a jurisdição dos fins criados pela sociedade

<sup>14</sup> Oficial a convenção denomina-se “Convenção Europeia dos Direitos do Homem e do Cidadão”, a qual aqui amplia para *pessoa humana* em nome da realidade do *ser* cuja natureza impede distinção de sexo.

<sup>15</sup> *Virtual*, aqui, no sentido apenas de algo imaginários com a criação de normas e normas sem a obediência na prática.

<sup>16</sup> *Universalidade da jurisdição*. 1. ed. São Paulo: Oliveira Mendes: 1998. p. 14.

política, limitando tal atividade na obtenção e restabelecimento da harmonia social”.

Apenas a substituição dos polos e o evitar uma sangrenta guerra não atingirá a verdadeira busca das coisas por suas últimas causas, diante de um momento, como asseverou o Ministro Marco Aurélio<sup>17</sup>, do “século do satélite, na era da Internet, do pulsar dos *bytes*”.

Não se olvida, ainda (voltando um pouco às origens), de que se a jurisdição é função estatal de pacificar, tal instituto nasceu justamente do conflito. Surgiu a ideia de tal cátedra, não antes, mas após o litígio.

E o conflito nasce, justamente, da existência de pessoas em um mesmo local, como ponderou o Professor Rulli Júnior ser “uma das características das sociedades humanas tem sido a conflitividade, marca da imperfeição e perfeição do próprio homem, pela impossibilidade real que tem a sociedade de satisfação de todos os interesses”<sup>18</sup>.

Ou seja, a existência e o crescimento desenfreado da desordem, da subversão, forçaram o ente organizado à intromissão e a arrogar a palavra final da disputa entre dois polos que desejam a mesma coisa, ao mesmo tempo em que é impossível ela ser usufruída por ambos<sup>19</sup>.

Distando um pouco desses atributos, impõe-se uma atuação com resultado mais eficaz por parte do Estado, a fim de que o cidadão possa se sentir como se seu direito não houvesse sido lesado.

A isso enseja um resultado curador, não amenizador da *ferida* causada no direito daquele que tem razão em uma disputa de interesses.

O *só entregar* a resposta estatal, fazer o papel dos litigantes, simplesmente, não enquadra mais na ideia do *jurisdicere*.

O jurisdicionado espera de seu responsável resposta não só em curto prazo, mas também em curta visualização – visualização próxima – de seus direitos diante de suas necessidades. E a isso é que nasce uma resposta efetiva com eficácia.

---

<sup>17</sup> Palavras no prefácio na obra: ROCHA, Cesar Asfor. *A luta pela efetividade da jurisdição*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

<sup>18</sup> RULLI JÚNIOR, Antônio. Op. cit., p. 1.

<sup>19</sup> Cfr. HOBBS, Thomas. *O leviatã*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Abril Cultural, v. XII, 1974.

Para Rodolfo de Camargo Mancuso, tutela jurisdicional de qualidade é aquela que se impõe “justa, jurídica, econômica, tempestiva, razoavelmente possível e idônea a assegurar a efetiva fruição do bem da vida, valor ou direito reconhecidos no julgado”<sup>20</sup>.

Luiz Rodrigues Wambier, por outra ordem, vai mais longe, apontando o descompromisso estatal da tutela meramente formal, como se vê:

A prestação “descompromissada” da tutela jurisdicional é tida em nossos dias como muito próxima de sua inexistência, pois o que se quer garantir é o direito à obtenção de provimentos que sejam capazes de promover, nos planos jurídico e empírico, as alterações requeridas pelas partes e garantidas pelo sistema. Não mais basta – repita-se – a mera tutela formal dos direitos. Esta, se estiver desacompanhada da produção de efeitos práticos produzidos tempestivamente, é tida como uma forma de desatenção à regra constitucional garantidora do acesso à justiça, pois, como afirmamos noutro espaço, o direito ao processo significa direito a um processo cujo resultado seja útil em relação à realidade dos fatos.<sup>21</sup>

Impõe que, além das características da jurisdição comumente empregadas por caráter substitutivo, inércia, lide e definitividade, deve-se incorporar o caráter da efetividade eficaz, preconizado pelos incisos XXXV e LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal.

O Ministro Asfor Rocha assim também se manifestou acerca do *eficaz*, como se vê nas seguintes linhas:

Contudo, o grande problema que hoje se coloca sobre a função da jurisdição reside na sua efetividade: o Poder Judiciário está sob a mira dos cidadãos e da mídia e é intimado, diariamente, a responder ao apelo à ligeireza

---

<sup>20</sup> *Acesso à justiça* – Condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: RT, 2011. p. 9, grifos no original.

<sup>21</sup> A efetividade do processo e a nova regra do art. 14 do CPC Judicial. In: *Direito processual* – Inovações e perspectivas: estudos em homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 356.

das decisões, proveniente daqueles que por elas estão a esperar.<sup>22</sup>

Por efetividade eficaz tem-se entendido algo em constância, função permanente e em pleno exercício. De Plácido e Silva indica ser terminologia do latim *efficere*: executar, cumprir, satisfazer, acabar. Qualidade de efetivo do latim *effectivus*: indicando tudo o que já está verificado, é real, estão cumprindo os seus efeitos<sup>23</sup>.

Já eficácia, do “latim *efficacia*, de *efficax* (que tem virtude, que tem propriedade, que chega ao fim), compreende-se como a força ou poder que possa ter um ato ou um fato, para produzir os desejados efeitos”<sup>24</sup>.

Antônio Geraldo da Cunha traz as origens como sendo algo positivo, estável, seguro e com eficiência<sup>25</sup>.

Enfim, *efetivo e eficaz* devem sempre estar ligados àquilo que surte os efeitos almejados, a fim de responder aos anseios do jurisdicionado em nome do acesso à Justiça.

Em tema de acesso à Justiça, a doutrina tem visto a tutela jurisdicional efetiva e eficaz como atuação do Estado, sem denotar que essa tarefa seja um “peso” imprescindível na resposta a um conflito de interesses<sup>26</sup>.

Ou seja, se é tarefa do Estado, este não pode, como vem acontecendo, transpor a responsabilidade aos cidadãos, como se a existência de litígios entre as pessoas não pudesse existir e, em assim sendo, devem se responsabilizar por atos seus.

A isso, com todas as *venias* merecidas, não se pode concordar com o magistério de Rodolfo de Camargo Mancuso preferindo impor ao jurisdicionado, quiçá, a crise no retardo da resposta estatal pelo número de demandas que aporta o Judiciário.

---

<sup>22</sup> ROCHA, Cesar Asfor. Op. cit., p. 38.

<sup>23</sup> Cfr. DE PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph. *Vocabulário Jurídico*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. II, 1997. p. 138.

<sup>24</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>25</sup> *Dicionário Etimológico Nova Fronteira*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982. p. 284 e 285.

<sup>26</sup> Cfr. ROCHA, Cesar Asfor. Op. cit., p. 72.

Assim preleciona o Professor Mancuso acerca do comando do inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, que impede a exclusão e recusa de efetiva justiça a qualquer situação, para quem esse comando matriz:

Tem merecido, ao longo do tempo, uma leitura que a descolou da realidade judiciária contemporânea, tomando ares tão *ufanistas como irrealistas*. Com isso, daquele singelo enunciado se têm extraído premissas, garantias, deveres, direitos, enfim, proposições diversas [...], estimulando o demandismo judiciário e por pouco não convertendo o direito de ação em... *dever de ação!*<sup>27</sup>

Que o número de processo possa abarrotar o judiciário, o Estado não pode conferir tratamento ineficaz e inefetivo. Não pode, como pretende parte da doutrina, o demandismo exacerbado (*enxurrada de demandas*) dar azo ao descumprimento das garantias constitucionais do processo que permitem ao cidadão o acesso material à Justiça.

Assim muito bem lembrou Vincenzo Vigoritti, para quem “*preme súbito dire che l’alternativa non è ala giustizia (improponibile non-giustizia), ma a um certo modo di fare giutizia: non un’ alternative à la justice, mais une justice alternative*”<sup>28</sup> [sic].

Não se nega que várias áreas de atuação do Estado sejam de âmbito administrativo, como ponderou José Ignácio Botelho de Mesquita referenciado por Mancuso, no sentido de que:

Ao Poder Judiciário a apreciação de lesões que consistam em violação da ordem jurídica e cuja prevenção ou correção, por isso mesmo, dependa apenas do restabelecimento da ordem jurídica violada. Lesões para cuja correção sejam necessários meios de outra natureza, como são os meios econômicos, financeiros, políticos, técnicos, científicos, artísticos etc., não constituem objeto da função jurisdicional. Constituem

<sup>27</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Op. cit., p. 194, grifos no original.

<sup>28</sup> Accesso alla giustizia, ADR, prospettive. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Coord.). *Teoria do processo - Panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2007. p. 975.

objeto da administração pública ou da função legislativa.<sup>29</sup>

Ainda assim, a ordem administrativa do Estado não consegue produzir justiça, ora, se se trata de litígio ou, ainda, de pretensão insatisfeita ou resistida, houve em face de que alguém espontaneamente não cumpriu com certa obrigação, nas palavras de Mancuso, “crises propriamente *jurídicas*”<sup>30</sup>.

A ideia dessa doutrina é assaz adequada e de curial importância ao Estado Democrático de Direito, pois o que pretendem os pensadores contemporâneos acerca da crise judicial é que o setor *gestão estatal* seja (também) eficaz, ou seja, que o administrador público previna desavenças sociais com suas políticas públicas, como no exemplo fornecido por Mancuso, no qual, em ação de despejo, ainda que o locador tenha direito à retomada do bem e a pretensão real seja sua desocupação, enseja várias concausas, entre elas, de cunho social, a solucionar o “direito à moradia”<sup>31</sup>.

Não se questiona que a toda causa há um meio, uma concausa, um elemento gerador, no qual se pode usar por analogia a questão de reparação de danos, a qual traz consigo inúmeras raízes provocadoras das causas remotas que levaram ao ato ilícito.

O importante e curial seria solucionar os males pela raiz, não havendo descontentamentos, levando em consideração que a raiz dos litígios/conflitos de interesses está ligada, inexoravelmente, a duas vertentes, ou seja: resistência ou a insatisfação de uma pretensão e na impossibilidade legal da satisfação espontânea da pretensão.

É da natureza do ser humano o desejo pela obtenção de certo bem da vida impedido de sua consecução, gerando, ainda que não queira, o conflito.

Diante dessa visão que se viu *supra*, voltar-se-ia à origem de tudo a ponto de se concluir que, se não houvesse nenhum contato entre os homens, não haveria, também, disputa de interesses. E aí não teria necessidade da tripartição

---

<sup>29</sup> MESQUITA, José Ignácio Botelho de. A crise do judiciário e do processo. Apud MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Op. cit., p. 44/45.

<sup>30</sup> Idem, p. 45.

<sup>31</sup> Exemplo trazido por Rodolfo de Camargo Mancuso (idem, *ibidem*).



dos poderes aconselhada por Montesquieu e John Locke e confirmada pela Declaração dos Direitos do Homem em seu art. 16<sup>32</sup>.

A realidade é que, há milhões de anos, a humanidade surgiu, o contato foi (é) imprescindível para continuação da vida e da espécie e, justamente essa jornada, gerou desencontros inimagináveis, cuja solução inicial, a própria força física, resolvia, até ter-se a dissipação humana – o término da espécie –, e voltar-se-ia ao nada. Circunstância que sabiamente o elemento público da humanidade soube dar um marco inicial com a concentração em si da solução, tendo como contrapartida a tributação pecuniária imposta a cada cidadão<sup>33</sup>.

É visível que tão somente o marco inicial da administração houve com diligência, mas seus corolários houveram por desvirtuado pela má índole administrativa, na qual restou tão somente o cumprimento por parte do administrado pela rendição à tributação pecuniária.

Mas a sociedade necessita desse *ente* solucionador de suas questões, pois não conseguiu evitar a desarmonia entre seus concidadãos, ou seja, o véu de ignorância colocado na posição original, proposto por John Rawls, é uma utopia. Jamais o homem ficaria atrás de um véu de ignorância quanto a seus interesses.

Disso volta ao *status quo* do tema: o Estado deve cumprir seu papel sem transferir ao cidadão tutelado qualquer obrigação no que tange à solução do conflito, uma vez que pelos meios alternativos como submissão, transação, mediação privados, não conseguir equacionar o dilema.

Mas o que fazer? A crítica por crítica resolve? Palavras e mais palavras apenas e tão somente ficam no papel, inócuo ao que se pretende.

Impõe conselhos reais e concretos ao ente estatal, como se verá do item a seguir.

---

<sup>32</sup> Assim prevê o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem: “Toda sociedade que não assegura a garantia dos direitos nem a separação dos poderes não possui constituição”.

<sup>33</sup> A esse respeito da troca entre tributação e resposta estatal, Flávia de Almeida M. Zanferdini propôs: “Estando a arrecadação de tributos afeta ao Executivo, compete-lhe transferir para os demais poderes da República os recursos necessários para o seu bom funcionamento. Todavia, no Brasil, o Executivo e o Legislativo vetam, ao seu próprio talante, e segundo seus interesses (quase sempre políticos) as verbas destinadas ao Poder Judiciário ou, ainda, o Executivo não faz o devido repasse. Com isso, o Judiciário vem enfrentando séria crise financeira, impossibilitado de estruturar-se para cumprir adequadamente sua função” (*O processo civil no 3º milênio e os principais obstáculos ao alcance de sua efetividade*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 43).

### 3 O TEMPO RAZOÁVEL DO PROCESSO E A (IR) RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA DO ESTADO

Se se fala em garantir acesso ao Estado/juiz como comando constitucional (por ser alicerce da democracia), não se pode esquivar dos elementos básicos para tal desiderato, ou seja, não se pode negar que, para concretização dos direitos como solução de litígios, impõe-se que esse acesso seja por meio de um processo, que seja efetivo e que essa efetividade seja eficaz.

Se o acesso à Justiça instiga plena solução dos conflitos, impõe-se, inexoravelmente, um resultado em tempo hábil. No entanto, em plano material da vida humana, tudo o que se espera e que chega fora de tempo torna inócuo e imprestável para o fim a que se buscou.

Por isso, a questão *tempo* é imprescindível ao estudo do acesso, uma vez que este não se traduz tão somente a busca (ou a *ida*, a *recepção* pelo Estado), mas sim a resposta.

Como ter um processo efetivamente eficaz sem se falar no fenômeno natural *tempo*? Esse elemento da natureza, que, aliás, faz parte do gênio intrínseco do homem e, por se chocar com outro instinto humano, o da *imediatez*, leva a ser um peso ou ônus a ser suportado pelas partes em se falando de solução de litígios.

E, diga-se de passagem, não faz parte de uma cômoda aceitação o fator aguardar, esperar por um determinado tempo, quando se busca algo vital ou quando almeja proteção de quem tem a obrigação de prestá-la, *in casu*, o Estado-juiz.

Ora, se faz parte da natureza humana o elemento *espera*, impõe análise de como administrar esse elemento por quem tem a obrigação de dar a resposta.

Na doutrina italiana, Oliviero Mazza da Università di Milano propõe que:

*Occorre, infatti, aver ben chiaro che la durata predeterminata e 'oggettiva' del processo non è di per sé ragionevole. Come insegna la giurisprudenza europea, il concetto di durata ragionevole è di relazione: ragionevole è il processo che dura il tempo necessario al compiuto accertamento dei fatti e delle eventuali responsabilità, calibrato sulla complessità del caso, senza ritardi dovuti all'inazione delle autorità procedenti o addebitabili alle parti private. Un concetto, come detto, relativo e casistico, non assoluto o predeterminabile. La*

*ragionevole durata del processo può solo essere valutata ex post, con riferimento a specifiche vicende processuali, mai pronosticata ex ante per categorie generali.*<sup>34</sup>

Mas não é suficiente estudar o que seja processo célere ou tempo razoável. O que se quer dizer com isso? Não se pode falar em resposta estatal sem analisar os mecanismos, os instrumentos para concretização dessa função.

Com isso, pretende informar que, se o aparato da máquina não estiver em pleno funcionamento dos elementos que o constitui, nunca se terá resposta eficaz como merece o jurisdicionado e como impõe ao Estado fazer.

Em se falando de aparatos do instrumento que é o processo, tem-se a conjuntura de fatores para consecução prática, que vai desde elementos físicos humanos a elementos físicos mecânicos, eletrônicos e elementos psíquicos, ou seja, capacidade para tanto.

Nessa vertente, não se pode negar que, não havendo pessoal capacitado, equipamentos e gestão do complexo judiciário, não há resposta. Como funcionaria um poder com escassez de Magistrados, de serventuários e de equipamentos?

Como estatística, não obstante o problema ser a nível nacional, aqui traz, somente como um exemplo dentro do complexo total, a estrutura judiciária estadual do Estado do Mato Grosso, verificou-se em comarca do interior que a gestora/escrivã apôs cartaz contendo o seguinte informativo:

A 5ª Vara Cível informa a todos (parte/advogado/defensores/promotores) que desde o dia 01.02.2012 está com dois servidores a menos no quadro funcional e a partir do dia 23.05.2012 em cumprimento ao ofício circular 5004/2012-DRH Tribunal de Justiça contará com menos dois servidores – Inspetores de menores que deverão voltar ao atendimento inerente ao cargo, ou seja: a 5ª vara (*família, infância cível e criminal, sucessões e cp família e infância*), conta hoje com 4.903 (quatro mil

<sup>34</sup> *Il garantismo al tempo del giusto processo*. 1. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2011. p. 198. Tradução livre: “Como orienta a jurisprudência europeia, o conceito de razoável duração é relativo: razoável é o processo que leva o tempo necessário à completa análise dos fatos e das eventuais responsabilidades, equacionado sobre a complexidade do caso, sem demoras pela inação da autoridade processual ou imputável às partes. Um conceito como este, relativo e casuístico, não absoluto ou previsível. A razoável duração do processo pode somente ser valorada *a posteriori*, com referência a eventos específicos do processo, nunca prevista *a priori*, por categorias gerais”.

novecentos e três processos) e tem em efetivo trabalho 04 servidores e 02 estagiários para cumprir as audiências designadas, decisões proferidas, os prazos, expedir as averbações além do atendimento ao público.<sup>35</sup>

E, ainda que se pregue, que se discuta métodos, doutrinas processuais, e, mais do que isso, criação de leis a fim de uma maior celeridade processual – como se tem visto nas tentativas do legislador com comandos constitucionais, *v.g.* art. 5º, XXXV e LXXVIII, da CF, e outros tantos artigos do CPC –, se na prática não houver quem *ligue e impulse a máquina*, ela não funcionará.

Nas basta o autor que tem razão invocar ao juiz o comando *v.g.* do § 6º do art. 273 do CPC se não há juiz para analisar e serventuários para colocar em prática o comando!

Não obstante os pensamentos no sentido de que esse é tema secundário, pois se trata de responsabilidade administrativa do Estado o aparato fático, o engano é assaz, impõe a verificação que, em quase a totalidade dos órgãos judiciários das instâncias ordinárias, quer estadual quer federal, os feitos se emperram. As estatísticas estão aí<sup>36</sup>.

Por essa razão, não se pode impor unicamente ao fator comando (leis) sem *restaurar* o alicerce que, traduzindo, significa as ferramentas de consecução fática desse comando. Impõe-se, além da criação de normas céleres e eficazes, que o Estado Judiciário se organize administrativamente.

Não basta a norma dizer *v.g.* que a todos se assegura duração média do processo e caminhos que garantam tramitação célere se, no momento de analisar a petição, o Magistrado de primeira instância encontra-se cumulando duas ou três varas judiciais e os cartórios encontram-se com escrivão e um funcionário de expediente.

Com essa irresponsabilidade estatal no trato prático da distribuição da justiça, o tempo – elemento indispensável para os atos da humanidade – é agravado/elevado em últimas potências pela lentidão da tramitação judiciária dos processos.

---

<sup>35</sup> Informações prestadas pela Gestora Judiciária da 5ª Vara Cível de Família da Comarca de Sinop, Estado do Mato Grosso.

<sup>36</sup> A professora Teresa Wambier trouxe exemplo estatístico que no Tribunal de Justiça de São Paulo: “havia fila de espera para distribuição de apelações”. Igualmente na Justiça Mato-grossense como informado *supra*.

A isso, pode-se concluir com as palavras de Nicolò Trocker, afirmando que:

A justiça realizada morosamente é sobretudo um grave mal social; provoca danos econômicos (imobilizando bens e capitais), favorece a especulação e a insolvência, acentua a discriminação entre os que têm a possibilidade de esperar e aqueles que, esperando, tudo têm a perder. Um processo que perdura por longo tempo transforma-se também num cômodo instrumento de ameaça e pressão, uma arma formidável nas mãos dos mais fortes para ditar ao adversário as condições da rendição.<sup>37</sup>

Na doutrina estrangeira traz-se o exemplo da Itália, onde houve condenação do Estado por violar o art. 6º, § 1º, da CEDU, há algum tempo, ou seja, no início dos anos 1980<sup>38</sup>.

Por sua vez, a Espanha, com precisão, enfatizou que o tempo da resposta estatal é algo distinto do direito da própria tutela judicial efetiva, segundo previsão do art. 24 da Constituição Espanhola de 1978. É que aquela cultura jurídica leva em consideração que, além de efetividade, o processo não enseje em dilações indevidas<sup>39</sup>.

Não se sabe quanto tempo levará até que o administrador público possa cumprir o papel de investimento e aparelhamento do judiciário (no qual, como se verá em tópico *infra*, o problema não reside na ausência de normas, mas tão somente no funcionamento da máquina), pois essa temática é pauta desde muito tempo.

Já falava Aliomar Baleeiro, ainda no STF, que “a responsabilidade do Estado pelo defeituoso funcionamento da justiça, ocasionando (por sua omissão dos recursos materiais e pessoais adequados) óbices ao pontual cumprimento

<sup>37</sup> TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione*. Apud RIBEIRO, Darci Guimarães. *Op. cit.*, p. 56.

<sup>38</sup> Essas estatísticas são fornecidas em: NIGRO, Casimiro; PROSPERI, Luigi. *L'irragionevole durata dei processi - Cause e rimedi per la violazione del diritto alla giustizia*. 1. ed. Forlì (It): Expert Edizioni, 2009. p. 41.

<sup>39</sup> Cfr. PÉREZ, David Vallespín. *Los nuevos retos del derecho a la tutela judicial efectiva en el proceso civil*. 1. ed. Barcelona: CIMS, 2009. p. 94.

dos deveres funcionais de seus juízes”, quando articulou em um de seus votos (RF 220/105 e RTJ 39/191)<sup>40</sup>:

Se o Estado responde, segundo antiga e iterativa jurisprudência, pelos movimentos multitudinários, ou pelo “fato das coisas” do serviço público, independentemente de culpa de seus agentes [...], com mais razão deve responder por sua omissão ou negligência em prover eficazmente ao serviço da Justiça, segundo as necessidades e reclamos dos jurisdicionados, que lhes pagam impostos e até taxas judiciárias específicas, para serem atendidos.<sup>41</sup>

Aqui não se trata de responsabilidade civil propriamente dita, mas sim que, na atual conjuntura da justiça estatal, a demora na entrega da tutela jurídica tem sido a falta de aparato judicial capaz de concluir o que prevê a norma jurídica acerca de um processo célere.

Ainda que seja matéria um tanto quanto periférica ao tema, não há como negar que a inatividade do Estado-juiz – levando em consideração não a pessoa isolada do Magistrado, mas do Poder Judiciário –, fazendo com que a parte que tenha razão sofra pelos prejuízos em seus direitos, impõe a reparação devida, pois é comando constitucional do art. 37, § 6º, CF, a obrigação de indenização/reparação por parte do ente público por si e seus agentes de forma objetiva.

José Augusto Delgado defende a responsabilidade do Estado pela ineficiência da resposta prestada ao cidadão, para quem:

A realidade mostra que é mais possível a sociedade suportar a morosidade da justiça, quer pela ineficiência dos serviços forenses, quer pela indolência dos seus juízes. É tempo de se exigir uma tomada de posição do Estado para solucionar a negação da Justiça por retardamento da entrega da prestação jurisdicional. Outro caminho não tem o administrado, senão o de voltar-se contra o próprio Estado que lhe retardou a Justiça, exigir-lhe reparação civil pelo dano, pouco

---

<sup>40</sup> Apud DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do estado por atos judiciais*. São Paulo: RT, 1994. p. 195.

<sup>41</sup> Idem, *ibidem*.

importando que por tal via também enfrente idêntica dificuldade.<sup>42</sup>

Mas o que fazer? Perpetuar a sub-rogação do cumprimento do papel administrativo do Estado pelo equivalente em dinheiro aos danos causados, por força das indenizações/reparações?

O tempo sempre e sempre irá existir. A procura por solução dos litígios perante o Estado não esgotará, bem ainda, a tramitação ordinária dos feitos impõe em maior ou menor escala. Resta, então, a quem de direito e de dever cumprir sua responsabilidade aparelhando devidamente o que for necessário para a máquina funcionar.

#### **4 GARANTIA DA JURISDIÇÃO E O EQUILÍBRIO: DIREITO DE AÇÃO/EXCEÇÃO E DIREITO À TUTELA JURISDICIONAL**

Muito já se debateu acerca do direito de ação, como elemento *força* a fazer com que o Estado *atenda* o jurisdicionado independentemente da futura procedência ou não da pretensão deduzida.

Já se disse também que tutelar enseja amparar, proteger o cidadão quando de sua queixa por violação a um direito ou, ainda, uma pretensão insatisfeita, resistida.

Desde Adolf Wach já se debatia acerca do amparo estatal às partes, se confundiria com o mérito ou com outorga às partes, para o pioneiro alemão, tutela seria exigir do Estado contra a parte contrária, pois a considerava a própria procedência em face do réu<sup>43</sup>.

Mas, na sistemática processual consubstanciada no princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, não traduz que essa previsão fundante do Estado enseje obrigatoriamente direito à tutela jurisdicional, ou, explicando, não se pode confundir que acesso à Justiça seja a outorga da tutela pretendida.

Muito bem apontou Cândido Rangel Dinamarco com “repúdio” a essa visão unitarista como sendo a ação à própria tutela jurisdicional, na ideia clássica de processo na qual visualizava “um dos meios de exercício dos direitos”, sendo

---

<sup>42</sup> Idem, p. 197.

<sup>43</sup> Cfr. RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 40/41.

“coerente acreditar que” o processo “fosse feito para o autor e a jurisdição, exercida para a prestação de tutela a ele”<sup>44</sup>.

Se não fora assim, não teria sentido a norma dos arts. 267, § 4º, e 264 do CPC, nos quais, uma vez chamado o réu a juízo, pela citação válida, não pode o demandante, ao seu bel querer, desistir de aguardar a resposta estatal ao litígio.

Assim também é na Itália, no art. 306 do CPC italiano, no CPC francês, art. 30, bem como ainda na ZPO alemã, no § 269, nº 1.

E aqui se defende a ideia de que tutela jurisdicional é a proteção a um direito ameaçado, preterido ou insatisfeito, consubstanciada na própria procedência do mérito do pleito por força do direito material em favor do titular; não confundido, como será exposto, com o direito de ação, como elemento da jurisdição, que independe da procedência para que o Estado atenda o cidadão incondicionalmente.

Nesse sentido, escreve Darci Guimarães Ribeiro:

A pretensão à tutela jurídica, assim como a ação processual, pertence tanto ao demandante que põe em movimento a jurisdição com a ação processual, como ao demandado que apenas se defende e, ainda que não exercite ação nenhuma, com sua presença em juízo, exige também do Estado sua tutela judicial mediante a improcedência da pretensão processual que o autor supostamente disse ser titular.<sup>45</sup>

De forma contrária é a lição de Flávio Luiz Yarshell, para quem tutela jurisdicional não pode ser designação de procedência da demanda ou “o resultado final do exercício da jurisdição estabelecido em favor de quem tem razão”<sup>46</sup>.

Defende o Professor Yarshell que, se assim fora a tutela – como amparo do Estado –, iria favorecer auto e réu segundo, também, se tivesse o direito material a seu favor. Leciona que, nesse caso, a tutela jurisdicional estaria tão somente com o credor no processo de execução, uma vez que não há fases cognitivas. Já

<sup>44</sup> *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 92.

<sup>45</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães. Op. cit., p. 39/40.

<sup>46</sup> *Tutela jurisdicional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: DPJ, 2006. p. 24.



quanto às cautelares, não haveria “prestação de tutela” de forma “autêntica”<sup>47</sup>, quiçá pelo fator assecuratório.

Conclui-se dessa lição que tutela jurisdicional seria o próprio acesso à Justiça, independentemente da entrega ou não do bem da vida, o que aqui entendemos, com a devida *venia*, que essa ideia é do direito de ação, propriamente dito, como garantia do acesso livre ao Estado.

É que o professor pretende diferenciar tutela jurisdicional de tutela de direitos, como sendo esta, sim, a entrega do bem da vida.

Todavia, se se fala em *tutela de direitos* com o sentido da entrega do bem da vida pretendido, da mesma forma, confundiria com o direito de ação, pois, entender tutela jurisdicional como o exercício – independente de procedência ou não – talvez voltasse à ideia de ação como direito concreto, tutelar direito, então, confundiria com ação procedente.

Com as vênias e genuflexo respeito ao Professor Yarshell, quando, com coerência, explana diferença entre *jurisdição* e *tutela jurisdicional*, parece concordar com a ideia de exercício para primeira e resultado para segunda ao afirmar que, “enquanto a primeira designa atividade – também função e poder – estatal, a segunda designa a proteção (tutela)”<sup>48</sup>. E aí, pergunta: proteção a quê? A um direito? Qual direito, senão o direito material invocado como substância do litígio?

Até porque tutela jurisdicional se distingue daquele instituto (*jurisdição*), o qual se encerra uma atividade própria do Estado de direito que, por natureza própria, tem a obrigação de substituir os sujeitos em litígio com a aplicação daquilo que é justo por meio das normas condutoras da vida e das atividades dos seres humanos, com o fim último a pacificação.

Não se confunde, ainda, com ação, sendo esta um direito de se chegar ao Estado-juiz quando pretender o interessado independentemente de procedência ou não de seu pleito, em nome da abstração.

Com o processo, de igual modo, não confunde, no qual conclui o complexo de atividades e cooperação dos envolvidos – autor, réu e terceiros – na demanda/processo, já a tutela jurisdicional impõe a concessão da proteção a quem o direito material amparar.

---

<sup>47</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>48</sup> Idem, p. 135.

Ainda que inócuo o estudo desse tema por forças terminológicas – pois aparenta tão somente questionar denominação de um e outro instituto –, entende-se sugestivo pensar na ideia de se estabelecer atividade, função e poder como amparo e proteção à sociedade, determinados por tutela jurídica, como sendo comportamento obrigatório do ente estatal em prol do cidadão, ou seja, prestar o cuidado jurídico.

Dizia Pontes de Miranda acerca da obrigação do Estado oriunda do monopólio da justiça que, diante disso, “tinha de prometer e assegurar a proteção dos que precisassem de justiça, isto é, prometer e assegurar a *pretensão à tutela jurídica*”<sup>49</sup>.

Já para o resultado, sugere-se como a concessão do próprio bem da vida, da própria pretensão substancial em prol daquele que o direito material amparar como senso do que é justo, ou seja, àquele que tem razão seja conferida a tutela jurisdicional, seja concedido o amparo àquilo que defende ser de razão alicerçado no direito material.

Cumpra distinguir, portanto, tutela jurídica e tutela jurisdicional, sendo aquela o próprio exercício da ação, a obrigação do Estado para com a sociedade, enquanto que a última a concessão do próprio bem da vida disputado em juízo, ou seja, é a entrega da pretensão àquele que tem razão.

Por sua vez, Canotilho propõe uma “interconexão entre ‘direito de acesso aos tribunais’ e ‘direitos materiais’”, apontando duas estaturas fundamentais:

- (1) os direitos e interesses do articular determinam o próprio *fim* do direito de acesso aos tribunais, mas este, por sua vez, garante a *realização* daqueles direitos e interesses; (2) os direitos e interesses são efectivados *através dos tribunais* mas são eles que fornecem as *medidas materiais de protecção* por esses mesmos tribunais.<sup>50</sup>

Eis a questão de se equilibrar a jurisdição como acesso à Justiça, no sentido de amparar, na intenção de eficácia e esmero na assistência jurídica<sup>51</sup> do Estado

<sup>49</sup> *Tratado das ações*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, t. I, 1972. p. 231. Vê-se aí que o saudoso mestre fala em assegurar pretensão à tutela jurídica, no sentido de prestar assistência jurídica à sociedade.

<sup>50</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit., p. 497.

<sup>51</sup> Aqui “assistência jurídica” não se confunde com assistência judiciária, aquela conferida gratuidade de custas, emolumentos e taxas ao Poder Judiciário e ao Estado, mas sim assistir a sociedade diante de conflito de interesses entre seus membros, com livre acesso.

à sociedade, fazendo com que o processo seja célere e eficaz dentro do senso *do justo*, não apenas ao autor.

Para dar cumprimento ao tema proposto, impõe, como já se disse no preâmbulo, diferenciar *tutela jurídica* e *tutela jurisdicional* em nome de não atender ao autor da demanda, mas sim às partes como elemento do contexto social e destinatários da justiça.

Proposição desse naipe é essencial, uma vez que é *mister* a consciência de que o acesso à Justiça se faz à sociedade, não ao autor *tour court*. Ou seja, impõe analisar *outro* princípio constitucional, não menos importante, para garantia da efetividade, ensejando no contraditório.

Não obstante o clamor pelo processo célere em atenção ao pleito do autor que tem razão impõe aos operadores do direito um equilíbrio na verificação dessa razão, pois, ao lado do princípio do acesso à Justiça, concorrem outros dois, não menos importantes: o contraditório e da imparcialidade do julgador.

Logo, como algo cedoço, a justiça não há em prol – como se regra fosse –, de quem reclama inicialmente, mas sim da sociedade e, *intra parts*, ao autor, réu e terceiros, uma vez que a justiça é virtude para quem necessita, por quem busca e para a parte que figura como aquele contra quem se busca, como ponderou Chiovenda: “*Le parti in quanto chiedono giustizia, devono essere poste nel processo in assoluta parità di condizioni*”<sup>52</sup>.

Com bastante propriedade expôs Guimarães Ribeiro acerca da contrapartida do princípio constitucional do contraditório à efetividade da prestação jurisdicional, para quem aquele postulado “tem insistentemente cedido lugar a esta nova exigência legal”, necessitando “estabelecer certos limites entre os dois princípios constitucionais”<sup>53</sup>.

Pretende, tão somente, nesse comentário, um alerta ao equilíbrio na atuação das medidas tendentes – e com muita importância – à celeridade processual em nome de um processo efetivo para o fim último de concretizar direitos e solucionar litígios.

Assim, vem a calhar com um processo justo na legitimação pelo procedimento, teoria defendida por Niklas Luhmann, filósofo que imporia a

---

<sup>52</sup> *Istituzioni di diritto processuale civile*. Reimpressão da 2ª edição. Napoli: Jovene, v. 1, 1960. p. 86. (Nossa tradução livre: “as partes, quanto invocadoras de justiça, devem ser postas, no processo, em absoluta paridade de condições”).

<sup>53</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica...* Cit., p. 57.

justiça como exercício de meio, no procedimento legítimo, não importando com o resultado, o qual assim professa:

A legitimação pelo procedimento e pela igualdade das probabilidades de obter decisões satisfatórias substitui os antigos fundamentos jusnaturalistas ou os métodos variáveis de estabelecimento do consenso. Os procedimentos encontram como que um reconhecimento generalizado, que é independente do valor do mérito de satisfazer a decisão isolada, e este reconhecimento arrasta consigo a aceitação e consideração de decisões obrigatórias.<sup>54</sup>

O Contraditório nada mais é que a legitimação ao direito fundamental à participação como formação do resultado no processo civil, pois, como já dito, o acesso à Justiça não como instituição, mas sim como instrumento da sociedade em prol de fazer e aplicar o que é justo.

Acerca do justo processo, propõe Oliviero Mazza, em análise ao novo art. 111 da Constituição italiana, um equilíbrio entre eficiência e garantia e entre razoável duração do processo e o exercício do direito de defesa<sup>55</sup>.

Em nome do contraditório como parcela do acesso à Justiça, não se pode confundir, por outro lado, com o simples despacho de expediente, impondo manifestação das partes ao longo do processo, pois contraditório é muito mais que isso, senão a garantia que todos os interessados na distribuição da justiça têm de participar concretamente no resultado do processo, a isso tem-se como exemplo *amicus curiae*.

Em nome desse equilíbrio, cumpre anotar a admoestação do professor português:

A exigência de um *processo sem dilações indevidas*, ou seja, de uma protecção judicial em tempo adequado, não significa necessariamente “justiça acelerada”. A “aceleração” da protecção jurídica que se traduza em diminuição de garantias processuais e materiais

<sup>54</sup> *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: UNB, 1980. p. 31/32.

<sup>55</sup> *Il garantismo al tempo del giusto processo*. 1. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2011. p. 50. Do original: “Ancora una volta riemerge il presunto contrasto fra efficienza e garanzie, fra ragionevole durata del processo ed esercizio del diritto di difesa”.

(prazos de recurso, supressão de instâncias excessiva) pode conduzir a uma justiça pronta mas materialmente injusta.<sup>56</sup>

Dessas ilações, conclui-se que o equilíbrio entre efetividade jurisdicional e contraditório se impõe – além de uma questão real da sociedade, e por essa razão ainda – por encontrar-se como cláusula fundante do Estado Democrático de Direito insculpido na própria Constituição da República, não como forma de impedir o processo célere por ordem – também – da Carta Magna e dos diante de circunstâncias específicas do próprio CPC.

Não se desfaz – com isso – o que se falou anteriormente, tão somente que o equilíbrio impõe na prestação jurisdicional célere, sem olvidar que nas hipóteses de concessão de medidas de urgência – ou no dizer do projeto do novo CPC, medidas de evidência – a atitude do julgador não extrapolaria o desequilíbrio nem desvirtuaria o contraditório e a imparcialidade, uma vez que a outorga da pretensão é alicerçada em juízo de verossimilhança para antecipação genérica da tutela, e em incontrovérsia para antecipação específica de definitividade prevista no § 6º do art. 273 do CPC<sup>57</sup>.

## 5 TENTATIVAS DE SOLUÇÃO: MEIOS ALTERNATIVOS, NORMAS E LOGÍSTICA DO ESTADO

Em face da tentativa da solução, o legislador e a administração da justiça têm procurado manejos no fito de diminuir o *excessivo contingente de demandas* a serem analisadas, como sombra ou uma indireta vedação ao acesso por parte do cidadão.

Mancuso trata do tema de uma trajetória entre “qualidade” e “quantidade”, asseverando impossível justiça de qualidade diante do estrondo numeral do volume de processo em tramitação na Justiça brasileira, tal utopia pela “razão de que a *quantidade afeta à qualidade*, sendo inócuo esperar que juízes sobrecarregados possam produzir satisfatoriamente”<sup>58</sup>.

A tendência, como aponta Mancuso, é a “jurisdição compartilhada”, jurisdição alternativa com as ferramentas da mediação e conciliação, no intuito da

<sup>56</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit., p. 499.

<sup>57</sup> Aqui não se pretende entrar nessa seara por se tratar exclusivamente do ponto filosófico do acesso à Justiça, onde aquele tema levaria a outros contornos.

<sup>58</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo de. Op. cit., p. 9.

diminuição do número de processo, ou seja, ao invés de tratar as consequências do mal, apregoa a doutrina, deve-se tratar de sua origem<sup>59</sup>.

O Professor Neil Andrews apresenta formas alternativas para solução de conflitos na Inglaterra, ponderando o acordo, a mediação e a arbitragem<sup>60</sup>.

Os dados confirmam que a tentativa de conciliação prevista – na atual – audiência preliminar do art. 331 do CPC e as previsões dos juizados são a causa de diminuição do crescente volume de ações.

Sempre a mitigação da natureza compulsória do processo (que se encerra com a sentença condenatória e a invasão no patrimônio do devedor) foi (e é) fator preponderante para pacificação social. A transação com concessões mútuas entre os litigantes leva a solucionar demandas que poderiam tomar espaço e tempo de fóruns.

Em defesa dos meios alternativos, o Professor Andrews aponta que:

O acordo pode ser mais flexível do que a sentença final proferida pelos tribunais. Pode-se inserir no acordo um elemento de “sucesso” para ambas as partes. Em contrapartida, a sentença normalmente cria somente um vencedor, e o tribunal fica restrito ao padrão de remédios oferecidos pelo direito privado ou pelo direito público.<sup>61</sup>

Já sobre os meios paraestatais<sup>62</sup> de promoção da justiça – mediação e arbitragem –, interessa inicialmente ponderar, como informa a doutrina, que seus surgimentos provêm da própria inércia e incúria no serviço público jurisdicional.

Ainda que aparentemente de curial importância diante da aparente célere solução de uma celeuma, cumpre certos cuidados, pois sua utilização não é fruto espontâneo do cidadão em buscar tais serviços privados com cunho público, mas sim de uma pressão e impulsos internos provocados na psique daquele que,

<sup>59</sup> Idem, p. 10.

<sup>60</sup> *O moderno processo civil* – Formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. Orientação e revisão da tradução Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2009.

<sup>61</sup> Idem, p. 244.

<sup>62</sup> Essa terminologia é usada por Rodolfo de Camargo de Mancuso (*A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito*. São Paulo: RT, 2009. p. 257).

interessado e carente de uma resposta solucionadora e justa, descrê do judiciário pelas decepções sofridas.

A esse respeito, pontifica Mancuso que “a Justiça estatal continuará deficitária em qualidade e produtividade, e as instâncias paraestatais não conseguirão recepcionar o afluxo dos litigantes decepcionados com o Judiciário”<sup>63</sup>.

Não se pode olvidar da importância das vias alternativas de resolução dos conflitos, como proposto pelo Direito inglês.

Mas disso a impor que o jurisdicionado seja *obrigado* a usar de outros meios que não o Estatal é afugentar o cidadão que paga para isso a não ver seu problema jurídico resolvido, no qual impõe cuidados do Estado a fim de não transformar essa política em uma cultura inconstitucional.

Com a *venia* da maioria, isso diminui a busca pela justiça. Promove a verdadeira tolerância a um Estado que foge de suas responsabilidades.

Uma preocupação com essa evasão do Estado com sua obrigação é o que ocorre em países que incentivam tais métodos – as vias alternativas –, onde há certo abandono aos litigantes, por parte do julgador, como lembrado por Neil Andrews de que “os tribunais ingleses dificilmente interferem nos termos de um possível acordo”<sup>64</sup>.

Não coaduna com o senso de acesso à Justiça. E justiça aqui em ambas as conotações, como solução justa e na aceção institucional como tarefa do Estado.

Não se nega, jamais, a importância da conciliação, aliás, medida imposta ao julgador em qualquer tempo e fase processual no teor do art. 125, IV, do CPC, e no projeto do novo CPC nos arts. 129 e 145, do Projeto de Lei nº 8.046/2010, e, após a redação final do Substitutivo da Câmara dos Deputados, que atualmente retornou ao Senado como Projeto nº 166/2010, art. 149.

Todavia, dispensar a função judicante quanto à árdua análise de uma demanda cognitiva nas mãos do árbitro ou mediador, de forma única e imperativa (ou mesmo acordos forçados), como uma condição da solução, é retroceder. A imposição em aceitar mediação *extrajudicial* por força do Estado fere, além do princípio do acesso à Justiça, o próprio dispositivo.

---

<sup>63</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>64</sup> ANDREWS, Neil. Op. cit., p. 236.

Enfim, não se apregoa a inoperância das vias alternativas, mas que seja uso cultural dentro da liberdade constitucional do cidadão e que faça por livre escolha e consciência.

É que a sistemática de distribuição de justiça pública tem sido reputada por exercício de poder de um *inimigo*, como apontou o Professor Owen Fiss contra a ADR (*Alternative Dispute Resolution*) americana, que apoia medida com “premissas” inseguras, agindo “como se as Cortes tivessem surgido para solucionar conflitos entre vizinhos que chegaram a um impasse e voltaram-se a um estranho para ajudá-los”<sup>65</sup>.

Por isso, se afirma que toda essa racionalização do sistema de distribuição de justiça entre os cidadãos vem contribuir para o melhor aparelhamento técnico-psicológico do julgador, resguardando as temperanças necessárias na aplicação dos institutos de inovação, pois o processo e a demanda podem ter sido abreviados, “a justiça pode não ter sido feita”<sup>66</sup>, e é isso que deve preocupar o Estado e, em contrapartida, não deve o jurista, o operador do direito que está do lado do cidadão, aquiescer com passividade.

Pelo lado da normatividade, não se nega, jamais, a necessidade de normas indutoras do sistema de efetivação concreta, palpável da resposta estatal, porém, a existência *tout court* da norma, determinando que seja dessa ou daquela forma, confirmando que o direito a quem tem razão não basta, é inócuo se não há o aparato necessário para a consecução prática, como já se disse, elementos físicos humanos a elementos físicos mecânicos, eletrônicos e psíquicos.

Se o comando existe, mas não há como obedecê-lo, qual finalidade de sua existência? Configura plenamente o simbolismo da norma, como proposto por Marcela Neves quanto à *constituição simbólica* e Cass R. Sunstein<sup>67</sup> quanto à *constituição parcial*.

E a atual situação do sistema lembra as lições de Marcelo Neves de que o desiderato do Estado/legislador é unicamente gerar “confiança no governo, no

<sup>65</sup> *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Trad. Daniel Porto Godindo da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 123.

<sup>66</sup> *Idem*, p. 124.

<sup>67</sup> SUNSTEIN, Cass R. *A constituição parcial*. Trad. Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. 1. ed. Belo Horizonte: Rel Rey, 2008.



estado, no sistema político e jurídico” e mais, aliviar-se de “pressões políticas ou apresentar o Estado como sensível às exigências e expectativas dos cidadãos”<sup>68</sup>.

A exemplo do conjunto normativo desde o processo civil romano, já havia previsão de meios céleres, como os *interditos*, nos quais conferia-se ao postulante uma consecução imediata face do procedimento comum, nem mesmo perquiriria profundamente nas manifestações das litigantes<sup>69</sup>.

Desde a época das Ordenações do reino, já se preocupava com a questão do efeito da efetividade da justiça, ainda que letra morta, tão só como exemplo, cita-se lei de D. Afonso IV estampada nas Ordenações Afonsinas, a qual previa o breve término das demandas, bem como visava revogar o direito de apelação contra decisões interlocutórias, assim constava do título LXXII, n<sup>o</sup>s 2, 3 e 5:

2. *E depois desto El Rey Dom Affonso o Quarto da Louvada Memória, filho do virtuoso El Rey Dom Doniz, fez outra Ley sobre as ditas appellações em esta forma que se segue. [sic]*

3. *De boom Julgador he abreviar as demandas, de guisa que nam sejam infindas, mas ajam cedo seu acabamento; porque os que as fazem de rezam, e como devem, ajam gualardom do que demandam, assy que per perlonguas, que sempre costumaram fazer os demandados, nom despereça o direito dos demandadores: outro-sy por fadiguamento, que alguuns “fabricadores (a)” de demandas fazem aos demandados, e esses demandados, por nom desepararem aquello, que com direito “afinha” defender podem. [sic]*

5. *Estabelecemos, e Ordenamos por Ley, que da Sentença Interlucutoria, que seja dada per qualquer Juiz, do qual devem appellar sem outro mêo, ou per algum mêo, que nenhuua das partees, contra que for dada, nom possa appellar.*<sup>70</sup> [sic]

Entre nós, desde o Regulamento n<sup>o</sup> 737, já havia previsão de celeridade, por sua forma econômica e procedimento simples de atender ao jurisdicionado, como exemplo, são os arts. 67, 68, 73, os quais permitiam a petição inicial reduzir-se a simples requerimento de citação do réu para comparecer à audiência, na

<sup>68</sup> NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 36/37.

<sup>69</sup> Cfr. CARMIGNANI, Maria Cristina da Silva. *A origem romana da tutela antecipada*. LTr, 2001. p. 9.

<sup>70</sup> *Ordenações afonsinas*. Livro III. Coimbra: Real Imprensa da Universidade, 1786. Edição reproduzida por fac-símile, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 280/281.

qual o autor proporia a ação, momento oportuno de tentativa de conciliação, o que, não havendo, abriria prazo para defesa.

Para o atual CPC (1973), são inúmeras as previsões de celeridade ora antecipando a tutela de forma genérica ou diante de parcela incontroversa (arts. 273 e 461/CPC); ora inadmitindo recursos (arts. 543-A e 557 do CPC); recursos repetitivos (art. 543-C/CPC); ora coibindo o devedor aos atos procrastinatórios da execução do cumprimento da sentença (arts. 475-J, 615-A, 600 e 601/CPC).

Há defensores<sup>71</sup>, também, do *ativismo judicial* como cumprimento da tarefa jurisdicional efetiva e eficaz, primando por condutas práticas/concretas em nome de um processo justo, não desvalendo da norma, mas com inovações criadas pelo juiz, diante do caso concreto, fazendo dos comandos positivos verdadeiros valores sociais.

A esse tema, José Augusto Delgado defende um processo racional, para quem:

O ativismo judicial conduz o juiz a impor um processo de racionalização do direito quando está em jogo valores componentes da dignidade humana e da cidadania. Quando empregado com ponderação e afastado de qualquer influência ideológica (de natureza política, econômica, religiosa), adequa-se aos parâmetros estabelecidos para o constitucionalismo da era atual que caracteriza-se por defender a aplicação imediata dos postulados e princípios que informam a Constituição, concretizando a sua vontade.

O ativismo judicial, conseqüentemente, contribui para impor a força normativa da Constituição, especialmente, no concernente a proteção da dignidade humana e da cidadania, considerados valores fundamentais.

O primeiro compromisso do ativismo judicial consiste em adotar postura interpretativa de lei, de qualquer natureza, que tenha os valores presentes na vida do

---

<sup>71</sup> Cfr. DELGADO, José Augusto. *Ativismo judicial: o papel político do poder judiciário na sociedade contemporânea*. In: *Processo civil – Novas tendências: homenagem ao Professor Humberto Theodoro Jr.* Belo Horizonte: Del Rei, 2008. p. 319/320.

cidadão como sendo o centro a ser atendido pelos seus efeitos concretos.<sup>72</sup> [sic]

Toda essa estrutura normativa houve em nome do princípio constitucional da congruência na tentativa de efetivar a norma.

Todavia, se a norma pela norma efetivasse o direito em disputa, não haveria necessidade do debate em torno de celeridade, efetividade e eficácia. E, apenas para exemplificar no sistema universal, não necessitaria da Lei italiana nº 89, de 24 de março de 2001, que trata exclusivamente da celeridade processual<sup>73</sup>.

Com a inteligência e preocupação com o processo civil que lhe é peculiar, Teresa Arruda Alvim Wambier pontifica acerca do tema admoestando “que não se veja na alteração ininterrupta dos textos da lei a *solução* para todos os problemas da Justiça brasileira, até porque, verdadeiramente, não é a mera alteração legislativa que fará com que o sistema funcione mais adequadamente aos seus fins”<sup>74</sup>.

Avocando o exemplo aportado pela Professora Teresa Alvim e o conjunto normativo, pode-se fazer um paralelo ao caso do Tribunal de Justiça de São Paulo, onde “havia fila de espera para distribuição de apelações”<sup>75</sup>, e as normas do processo civil: qual a culpa a ser imposta à lei para tal comportamento desidioso? Ou seja, as normas relativas aos recursos encontram-se no CPC, mas como executá-las sem o *aparato* técnico?

Mas o tema da crise da justiça estatal é panorama em várias outras culturas jurídicas, para tanto afirma o Professor Andrews que, se não houvesse um grande número de concretização de acordos, “seria necessária significativa expansão de todo o Poder Judiciário e aumento de número de *ombudsmen* e de árbitros”<sup>76</sup>.

Na Itália, nos anos 1990, o legislador, da mesma forma, tentou resolver o problema, mas a doutrina e a cultura peninsular de igual modo entendem que

<sup>72</sup> Idem, p. 320.

<sup>73</sup> Legge del 24 marzo 2001, n. 89. Previsione di equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo e modifica dell'articolo 375 del codice di procedura civile (publicata nella G.U. del 03 aprile 2001, n. 78, Serie Generale).

<sup>74</sup> O novo recurso de agravo, na perspectiva do amplo acesso à justiça, garantido pela Constituição Federal. In: FUX, Luiz et al. (Org.). *Processo e constituição* – Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. 1. ed. São Paulo: RT, p. 1085.

<sup>75</sup> Idem, p. 1079.

<sup>76</sup> ANDREWS, Neil. Op. cit., p. 235.

o problema é mais logístico que legal, como bem ponderaram Casimiro Nigro e Luigi Prospero, nestes termos:

*Negli anni “90, lo Stato italiano constatò l’aumento vertiginoso dei casi di violazione del termine ragionevole. Per far fronte a tale problema, adottò diverse misure legislative, soprattutto in materia civile, ambito in cui l’incapacità a contrastare il problema veniva riconosciuta ed attribuita non tanto all’inidoneità dei mezzi in sé, quanto alle croniche disfunzioni e carenze strutturali ed organizzative della macchina della giustizia”.<sup>77</sup>*

Em âmbito mais abrangente, a Corte Europeia de Direitos Humanos impôs medidas *de meio* para um processo célere, eficaz e justo, como lembrou a doutrina italiana nesses termos:

*Aspetto centrale della CEDU è il ruolo sussidiario della Corte europea: ciò non vuol dire che la Corte abbia una funzione ridimensionata e subordinata all’interno del sistema, ma che gli Stati membri debbano per primi rispettare e tutelare in modo effettivo i diritti e le libertà riconosciute ed elencate nella Convenzione mediante strumenti di diritto nazionale (ciò implica la predisposizione di questi, qualora non esistano).*

*L’articolo 13 CEDU impone agli Stati membri di istituire un rimedio interno effettivo ed un giudice cui le persone possano rivolgere le doglianze relative a presunte violazioni dei diritti e libertà fondamentali riconosciuti dalla Convenzione.*

*Ciò corrisponde allo scopo del principio di sussidiarietà, sul quale si fonda l’intero sistema internazionale della tutela dei diritti umani e che implica, appunto, che i diritti sanciti nella Convenzione siano riconosciuti in primo luogo da parte degli Stati firmatari, attraverso strumenti all’uopo apprestati dai singoli ordinamenti.*

*Il rimedio interno effettivo non rappresenta una garanzia di risultato bensì una garanzia di mezzi. In altri termini, viene*

---

<sup>77</sup> NIGRO, Casimiro; PROSPERI, Luigi. Op. cit., p. 50.

*concessa la possibilit  di proporre ricorso, il quale tuttavia non condurr  necessariamente a un risultato favorevole.*<sup>78</sup>

Vale salientar que os exemplos estrangeiros nem sempre s o a solu o para os problemas internos, mas n o deixam de dar uma grande parcela de par metro e norte a fim de encontrar tentativas de se alinhar um procedimento administrativo/judiciário atuante e com resultado.

## CONCLUSÃO

O problema da efetividade da resposta estatal aos jurisdicionados não   de hoje, doutrina e história têm esclarecido que dista desde centenas de anos. Não   também problema de legisla o, pois o comando legal sempre houve no sentido da celeridade processual, como visto.

A mensagem que se impõe no momento  , além do complexo de comandos imperativos os quais imprescindíveis, a efetiva o do material prático, concreto, físico por parte do Estado àqueles que, frente a frente, se deparam com a feitura da sistemática para consecua o da justiça.

Cumpra ao ente público, como no exemplo citado dos Estados de Mato Grosso e São Paulo, aparelhar o aparato físico, psíquico e técnico do Judiciário.

Trocando um pouco a finesa do *palavreado*, impõe urgentemente o aumento do efetivo pessoal, com a implanta o de concursos públicos para gestores/escrivães, diretores de secretaria, serventuários de expedientes, oficiais de justiça e, por fim, a efetiva o distribui o da tarefa de julgar entre juízes destinados tão somente a uma vara judicial, não cumula o de dois ou três cartórios, nos quais se emitem normas verbais aos gestores de que os atos judiciais são tão somente procedidos em medidas de urgência, como cautelares, antecipa o de tutela e menores.

Deflui desse contexto que o tema da efetividade eficaz – no atual momento – não   mais culpa do legislador, senão do administrador.

Disso tudo resulta que, se a própria estrutura judiciária fosse eficaz no sentido palpável/concreto da situa o, voltaria   raiz das causas, pois teria um instrumento a coibir concreta e forçosamente atitudes imorais geradoras de insatisfa o, por via inversa imposta pelo caráter pedagógico exemplar das decisões judiciais.

<sup>78</sup> Idem, p. 52.

## REFERÊNCIAS

- ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil – Formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. Orientação e revisão da tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT, 2009.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., 9. reimp. Coimbra: Almedina, sd.
- CARMIGNANI, Maria Cristina da Silva. *A origem romana da tutela antecipada*. 1. ed. São Paulo: LTr, 2001.
- CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile*. Nápoli: Jovene Editore, 1960.
- \_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965.
- DELGADO, José Augusto. Ativismo judicial. O papel político do poder judiciário na sociedade contemporânea. In: JAYME, Fernando Gonzaga et al. (Coord.). *Processo civil – Novas tendências, homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rei, 2008.
- DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado por atos judiciais*. São Paulo: RT, 1994.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Trad. Daniel Porto Godindo da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- LASSALLE, Ferdinand. *¿Qué es una constitución?* Bogotá/Colômbia: Editorial Temis S.A., 2010.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: UNB, 1980.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo de. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito*. São Paulo: RT, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Acesso à justiça – Condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: RT, 2011.
- MAZZA, Oliviero. *Il garantismo al tempo del giusto processo*. 1. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. Proteção judicial efetiva dos direitos fundamentais. In: LEITE, Gerge Salomão et al. (Coord.). *Direitos fundamentais e estado constitucional, homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NIGRO, Casimiro; PROSPERI, Luigi. *L'irragionevole durata dei processi – Cause e rimedi per la violazione del diritto alla giustizia*. 1. ed. Forlì (It): Expert Edizioni, 2009.

NUNES, Gustavo Scheneider Nunes. *Tempo do processo civil e direitos fundamentais*. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010.

PÉREZ, David Vallespín. *Los nuevos retos del derecho a la tutela judicial efectiva en el proceso civil*. 1. ed. Barcelona: CIMS, 2009.

\_\_\_\_\_. *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*. Barcelona: Atelier, 2002.

RAMOS, Carlos Henrique. *Processo civil e o princípio da duração razoável do processo*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

RIBEIRO, Darci Guimarães. A concretização da garantia constitucional do contraditório e as presunções contidas no § 6º do art. 273 do CPC. In: STRECK, Lenio Luiz et al. (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de pós-graduação em direitos da Unisinos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2010.

\_\_\_\_\_. *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ROCHA, Cesar Asfor. *A luta pela efetividade da jurisdição*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TUTI, José Rogério Cruz e. Ativismo judicial. O papel político do poder judiciário na sociedade contemporânea. In: JAYME, Fernando Gonzaga et al. (Coord.). *Processo civil – Novas tendências, homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rei, 2008.

VIGORITI, Vincenzo. Acesso alla giustizia, ADR, prospettive. In: JORDÃO, Eduardo Ferreira; DIDIER JR., Fredie Souza (Coord.). *Teoria do processo – Panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários à 2ª fase da reforma do código de processo civil*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: DPJ, 2006.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. *O processo civil no 3º milênio e os principais obstáculos ao alcance de sua efetividade*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

# RESOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS DIFUSOS E COLETIVOS<sup>1</sup>

## *CONSENSUAL RESOLUTION OF CONFLICTS DIFUSE AND COLLECTIVE*

**Eduardo Cambi<sup>2</sup>**

Promotor de Justiça no Estado do Paraná

**Fernando Machado de Souza<sup>3</sup>**

Mestrando em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense – Unipar

**RESUMO:** O presente artigo trata da resolução consensual de conflitos difusos e coletivos. Por meio de revisão bibliográfica do entendimento doutrinário e jurisprudencial, pretende-se delimitar o instituto que tem por finalidade precípua a tutela efetiva de direitos fundamentais, evitar a judi-

cialização de demandas e promover a adequada proteção dos direitos meta-individuais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos difusos; direitos coletivos; resolução consensual; efetividade e adequação da tutela jurídica.

<sup>1</sup> Área do Direito: Direito Processual Civil. Direitos difusos. Direitos coletivos. Resolução consensual de conflitos.

<sup>2</sup> Assessor da Procuradoria Geral de Justiça do Paraná, Coordenador Estadual do Movimento Paraná Sem Corrupção, Coordenador Estadual da Comissão de Prevenção e Controle Social da Rede de Controle da Gestão Pública do Paraná, Assessor de Pesquisa e Política Institucional da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, Representante da Secretaria de Reforma do Judiciário na Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA), Coordenador do Grupo de Trabalho de Combate à Corrupção, Transparência e Controle Social da Comissão de Direitos Fundamentais do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Pavia, Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e da Universidade Paranaense (Unipar), Diretor financeiro da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná (FEMPAR), Curitiba/PR.

<sup>3</sup> Professor da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS) e do Centro Universitário da Grande Dourados, Assessor Jurídico na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS), Advogado em Dourados/MS.



**ABSTRACT:** *This article wants to discuss means to solve collective conflicts. With judicial precedents analyses and a literature review, intends to search how alternative means of resolving disputes can promote the fundamental rights effectiveness, avoid the Judiciary intervention and to protect accordingly the collective rights.*

**KEYWORDS:** *Diffuse rights; collective rights; alternative means of resolving disputes; fundamental rights effectiveness.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Resolução consensual dos litígios coletivos; 2 Resolução Extrajudicial de Litígios; 3 Natureza jurídica do termo de ajustamento de conduta; 4 Objeto do termo de ajustamento de conduta; 5 Legitimados para celebrar termo de ajustamento de conduta; 6 Aspectos formais do termo de ajustamento de conduta; 7 Efeitos e execução do termo de ajustamento de conduta; 8 Métodos de solução consensual de conflitos no Novo Código de Processo Civil; Considerações finais; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 Consensual resolution of collective disputes; 2 Resolution of Extrajudicial Dispute; 3 Legal Nature of the conduct adjustment agreement; 4 Object of conduct adjustment term; 5 Legitimate to celebrate conduct adjustment term; 6 Formal conduct adjustment term aspects; 7 Effects and implementation of the conduct adjustment agreement; 8 Methods of consensual resolution of conflicts in Novo Código de Processo Civil; Final considerations; References.*

## INTRODUÇÃO

A ampliação do acesso à justiça, a partir da Constituição Federal de 1988, reduziu os níveis de *litigiosidade contida*, mas aumentou progressivamente o volume de processos que tramitam perante o Poder Judiciário brasileiro.

Estatísticas divulgadas pelo Conselho Nacional de Justiça, em 2014, referentes a dados de 2013, demonstram que tramitavam no Brasil 95 milhões de processos judiciais. De 2012 para 2013, ingressaram no Poder Judiciário 28,3 milhões de novos processos, cerca de 400 mil a mais que em 2012. Cada um dos 16.500 juízes brasileiros julgou, em 2013, em média, 1.684 processos, número inferior à média de 2012, quando foram julgados 1.712 processos. O volume de processos pendentes vem aumentando e, entre 2009 e 2013, saltou de 58,9 milhões para 66,8 milhões. Desse total, 31,8% são processos relativos a direito do consumidor e a questões ambientais; outros 41,4% são de ações de execução

fiscal<sup>4</sup>. Sem uma mudança nesse quadro, estima-se que, em 2020, haverá 114,5 milhões de processos em tramitação na Justiça brasileira.

É necessário, pois, pensar em uma estratégia nacional de prevenção e de redução de litígios<sup>5</sup>, que inclua a resolução de conflitos difusos e coletivos.

Um dos pilares do novo Código de Processo Civil é, justamente, estimular os métodos de solução consensual dos litígios (art. 3º, § 3º, da Lei nº 13.105/2015). Embora o NCPC não se aplique diretamente aos conflitos difusos e coletivos, o art. 19 da Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985) afirma que o Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/1973) deve incidir naquilo que não contrariar as regras do processo coletivo. Pelo art. 1.046, § 4º, do NCPC, as remissões a disposições do Código de Processo Civil revogado, existentes em outras leis, passam a referir-se às que lhes são correspondentes no novo CPC.

Para evitar a prática de ilícitos ou para que os atos contrários ao direito cessem, com a minimização dos prejuízos, quanto mais rápida a solução do conflito melhor se tutela os direitos difusos e coletivos ameaçados ou violados. A resolução consensual desses litígios, além de possibilitar uma proteção mais adequada, permite a melhor pacificação social.

## 1 RESOLUÇÃO CONSENSUAL DOS LITÍGIOS COLETIVOS

O art. 841 do Código Civil prevê que só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação. Uma interpretação descontextualizada dessa regra jurídica conduziria à impossibilidade de resolução consensual de conflitos envolvendo direitos difusos ou coletivos. Isso decorre da natureza jurídica da transação, que, pela regra prevista no art. 840 do Código Civil, corresponde a *concessões mútuas* como forma de resolução de conflitos.

A indisponibilidade dos direitos difusos e coletivos decorre de sua natureza jurídica, disciplinada na regra do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, que prevê: (i) que os direitos difusos são os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (*v.g.*, o direito ao meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado, à proteção dos espaços naturais e da paisagem, à preservação das espécies animais e vegetais, à manutenção do equilíbrio biológico contra todas as causas de degradação, o direito a respirar ar puro, a beber água potável, à conservação do

<sup>4</sup> Disponível em: <<http://opinio.estadao.com.br/noticias/geral,a-justica-em-numeros-imp-,1572117>>. Acesso em: 13 abr. 2015.

<sup>5</sup> CAMBI; PEREIRA, p. 435-458.

patrimônio histórico e cultural, o direito à saúde pública, o direito à segurança pública, o direito à função social da cidade, o direito de todos os consumidores de não serem atingidos por propaganda enganosa e abusiva e o direito à gestão proba do Erário)<sup>6</sup>; (ii) que os *direitos coletivos são os* transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base (*v.g.*, a exclusão da participação de pessoas com necessidades especiais do edital de concursos públicos ou a cobrança de mensalidade abusiva aos estudantes de determinada universidade particular).

Com efeito, os direitos difusos e coletivos são *metaindividuais*, que se diferenciam pela possibilidade ou não de determinação dos interessados, sendo que, nos direitos difusos, os interessados são indeterminados e indetermináveis, enquanto nos direitos coletivos, apesar de serem os titulares indeterminados, poderão ser determináveis enquanto grupo, classe ou categoria, interligadas por meio de uma situação jurídica base<sup>7</sup>.

Os direitos difusos e coletivos adquirem *status* de direito indisponível, posto que, diante da amplitude do alcance de sua titularidade, não poderiam sofrer renúncia.

A indisponibilidade dos interesses coletivos impede a celebração de transação que importe em renúncia ao direito material tutelado. Entretanto, tal impedimento não impede a celebração de compromissos de ajustamento de conduta, em procedimentos extrajudiciais ou em ações que versem sobre direitos transindividuais, desde que importem na estipulação de mecanismos para a efetiva tutela desses direitos, tais como a concessão de prazo, a definição de modos de cumprimento e o parcelamento de obrigação de dar ou de fazer.

Os termos de ajustamento de conduta podem ser celebrados, extrajudicialmente, em inquéritos civis públicos ou mesmo no curso da ação civil pública. Aliás, no âmbito dos processos coletivos, há de prevalecer o interesse na efetiva tutela dos valores maiores da sociedade civil, isto é, a adequada proteção ou reparação ao interesse metaindividual ameaçado ou lesado. A economia de tempo e de custos justifica e favorece a solução consensual dos litígios, ainda que tenham sido judicializados<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> SERRANO JÚNIOR, p. 33.

<sup>7</sup> DONIZETTI, p. 40.

<sup>8</sup> MANCUSO, 2011, p. 267.

Aliás, a circunstância de o processo de conhecimento pressupor uma sentença de mérito não significa necessariamente que as lides tenham que percorrer todos os graus de jurisdição, com o esgotamento de todas as possibilidades recursais. Essa cultura demandista atua como ponderável concausa para o acúmulo de processos no Judiciário, desde o primeiro grau até os Tribunais Superiores<sup>9</sup>.

A importância da solução consensual de conflitos vai além de uma mera técnica processual, mas deve resultar na superação do conceito clássico de jurisdição. Veja-se que, para Chiovenda, a jurisdição é “a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio de substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade concreta da lei, já no torná-la praticamente efetiva”<sup>10</sup>. Em outras palavras, o Estado-Juiz substitui a vontade das partes para afirmar a vontade concreta da lei.

O conceito de jurisdição contemporânea deve ser guiado pela noção de democracia participativa; isto é, a jurisdição deve ser compartilhada com outros agentes, órgãos e instâncias capazes de prevenir ou resolver conflitos com justiça, em tempo razoável e com uma boa equação custo-benefício<sup>11</sup>.

## 2 RESOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE LITÍGIOS

Os acordos extrajudiciais, versando interesses metaindividuais, são denominados compromissos de ajustamento de conduta. Por meio deles, é possível evitar ou pôr fim ao processo coletivo.

O compromisso de ajustamento de conduta foi inserido no Direito brasileiro pela primeira vez no art. 211 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), com a seguinte redação: “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, o qual terá eficácia de título executivo extrajudicial”. Em seguida, ele foi contemplado no art. 113 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), que acrescentou o § 6º ao art. 5º da Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985), nos seguintes termos: “Os órgãos públicos legitimados

<sup>9</sup> Idem.

<sup>10</sup> CHIOVENDA, p. 11.

<sup>11</sup> MANCUSO, 2011a, p. 473.

poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”.

Outras legislações assimilaram o termo de ajustamento de conduta como técnica processual adequada à proteção dos direitos transindividuais. Vale destacar, entre outros: (i) a Lei nº 9.469/1997, que regulamenta o art. 4º, inciso VI, da Lei Complementar nº 73/1993 (que instituiu a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e permite sejam firmados acordos e compromissos nas ações de interesse da União), o art. 4º-A, introduzido pela Lei nº 12.249/2010, possibilita a celebração de termo de ajustamento de conduta, para prevenir ou terminar litígios, nas hipóteses que envolvam interesse público da União, suas autarquias e fundações); (ii) a Lei nº 9.605/1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, no seu art. 79-A, com redação atribuída pela Medida Provisória nº 2.163-41/2001, permite que os órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama), responsáveis pela execução de programas e projetos e pelo controle e fiscalização dos estabelecimentos e das atividades suscetíveis de degradarem a qualidade ambiental, celebrem, com força de título executivo extrajudicial, termo de compromisso com pessoas físicas ou jurídicas responsáveis pela construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores; (iii) a Lei nº 12.529/2011, que prevê regras sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, estabelece que os Conselheiros do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica podem firmar termo de compromisso de cessação da prática ilícita, nos procedimentos preparatórios de inquérito administrativo para a apuração de infrações à ordem econômica, em inquéritos administrativos para apuração de infrações à ordem econômica, bem como em inquéritos administrativos para a imposição de sanções à ordem econômica (art. 85).

Portanto, o termo de ajustamento de conduta é um meio alternativo de proteção dos direitos difusos ou coletivos. Não pretende substituir a atividade jurisdicional, mas complementá-la quando a solução negociada se mostre mais apropriada<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> RODRIGUES, p. 105.

### 3 NATUREZA JURÍDICA DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

Como os direitos difusos e coletivos são direitos indisponíveis, o termo de ajustamento de conduta não tem natureza jurídica de transação comum, nos moldes dos arts. 840 e 841 do Código Civil.

Não há consenso na doutrina brasileira quanto à natureza jurídica do termo de ajustamento de conduta.

Hugo Nigro Mazzilli sustenta que o termo de ajustamento de conduta não pode se equiparar à transação do Direito Civil, pois não tem a mesma natureza bilateral e consensual, devendo ser conceituado como sendo um ato administrativo negocial, pelo qual somente o causador do dano se compromete<sup>13</sup>. O órgão público apenas abre mão de ajuizar ação de conhecimento para pedir aquilo que já foi reconhecido no termo de ajustamento de conduta, que possui eficácia de título executivo extrajudicial.

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, por sua vez, defende que o termo de ajustamento de conduta está próximo do reconhecimento de uma obrigação legal (um dever jurídico) a cumprir<sup>14</sup>.

No entanto, o termo de ajustamento de conduta é um equivalente jurisdicional, um método alternativo de solução de controvérsias, com essência de negócio jurídico bilateral, pois é fundamental à livre manifestação de vontades, ainda que limitada a acertar a conduta do obrigado às exigências legais<sup>15</sup>.

### 4 OBJETO DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

Por se tratar de direito difuso e coletivo, de natureza indisponível, não se pode dispor, ainda que parcialmente, de seu conteúdo. Não se podem dispensar as obrigações necessárias para a efetiva satisfação do direito ofendido. Isso porque a resolução extrajudicial do conflito não pode ser um meio para legalizar a conduta contrária à lei, chancelar atividade ilegal ou lesiva aos direitos transindividuais ameaçados ou lesionados nem, tampouco, servir para excluir eventual responsabilidade civil, administrativa ou criminal<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> MAZZILLI, p. 455-456.

<sup>14</sup> CARNEIRO, p. 402.

<sup>15</sup> RODRIGUES, p. 131-139.

<sup>16</sup> NADER, p. 128.

Cabe ao compromissário somente a fixação de condições de tempo, modo e lugar para cumprimento do compromisso.

O termo de ajustamento de conduta deve versar sobre a prevenção de determinado ato ilícito, evitar o prosseguimento da ilicitude ou servir para a reparação dos danos provocados. Com o intuito de promover direitos fundamentais sociais (art. 6º da CF), o objeto do termo também pode recair sobre a necessidade de elaboração, aperfeiçoamento ou revisão de políticas públicas<sup>17</sup>, compreendidas como o conjunto de iniciativas, decisões e ações resultantes da interação entre Estado e sociedade para a resolução ou a minoração de situações envolvendo a efetividade daqueles direitos. A democratização do acesso à ordem jurídica justa e a efetivação da justiça social é um processo que se consolida com políticas públicas de inclusão e construção de cidadania, bem como com métodos que favorecem a solução pacífica e extrajudicial de conflitos<sup>18</sup>.

Para tanto, é preciso delimitar, no termo de ajustamento, a conduta comissiva ou omissiva do agente, o que pode ser apurado mediante inquérito civil ou por qualquer outro procedimento administrativo.

Após apurada a conduta, antecede a celebração do termo de ajustamento de conduta, uma fase de negociação que pode envolver técnicas de mediação ou de outros métodos de solução consensual de conflitos. Embora seja recomendável que tais formas de composição aconteçam para evitar o processo judicial, nada impede que sejam aplicadas após a intervenção do Estado-Juiz como meio de resolução consensual do processo.

O compromisso de ajustamento de conduta, como regra, tem como objeto uma obrigação de fazer, ou de não fazer, relacionada com a satisfação do resultado almejado pelo substituto processual, mediante formalização da conduta com imposição de multa (*astreintes*)<sup>19</sup>.

Porém, é possível ajustar cominações de natureza não pecuniária, como a suspensão de atividade, a obrigação de refazer a situação anterior à violação, a imposição de advertências etc.<sup>20</sup>.

O art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/1992 veda, expressamente, transações, acordos ou conciliações nas ações que versem sobre atos de improbidade

---

<sup>17</sup> CAMBI; LIMA, p. 113.

<sup>18</sup> ALAK, p. 65.

<sup>19</sup> MANCUSO, 2011, p. 267.

<sup>20</sup> NERY, p. 199.

administrativa. No entanto, o compromisso de ajustamento de conduta pode ser total ou parcial. Nos processos desencadeados por ações civis públicas de improbidade administrativa, não se admite acordo quanto às sanções impostas no art. 12 da Lei nº 8.429/1992, com exceção do ressarcimento integral dos danos ao Erário, que são imprescritíveis, por força do art. 37, § 5º, da Constituição Federal<sup>21</sup>.

De qualquer modo, o que é indispensável é a preservação do núcleo essencial do direito *metaindividual*. O termo de ajustamento de conduta não pode, de nenhum modo, restringir o conteúdo do direito difuso ou coletivo ameaçado ou lesionado. Assim, o resultado obtido pela via consensual deve ser o mesmo que seria alcançado em caso de efetivo cumprimento da lei ou, ainda, em eventual condenação judicial.

## 5 LEGITIMADOS PARA CELEBRAR TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

Os legitimados para celebração do compromisso de ajustamento de conduta são órgãos públicos, denominados compromissários, ao passo que aqueles que se comprometem ao cumprimento denominam-se compromitentes.

Nos termos do art. 5º, § 5º, da Lei nº 7.347/1985, são legitimados para propositura de termo de ajustamento de conduta os órgãos públicos legitimados para ajuizar ação civil pública. Assim, podem firmar compromisso de ajustamento de conduta o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, bem como a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista.

Cabe a ressalva com relação à terminologia *órgãos públicos*, que, a rigor, representam estruturas decorrentes do poder hierárquico sem personalidade jurídica, devendo-se ampliar o alcance da expressão, de modo a considerá-la como *entes públicos*. Com isso, estariam abarcados nesse rol os entes políticos da Administração direta, as entidades da Administração indireta de natureza pública, bem como instituições de natureza pública, como o Ministério Público.

<sup>21</sup> “O Plenário do STF, no julgamento do MS 26.210, da relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, decidiu pela imprescritibilidade de ações de ressarcimento de danos ao Erário” (RE 578.428-AgRg, Rel. Min. Ayres Britto, Segunda Turma, J. 13.09.2011, DJe 14.11.2011). No mesmo sentido, conferir: RE 693.991, Rel. Min. Carmen Lúcia, decisão monocrática, J. 21.11.2012, DJe 28.11.2012; AI 712.435-AgRg, Relª Min. Rosa Weber, J. 13.03.2012, Primeira Turma, DJe 12.04.2012.



Com a superveniência do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, restou claro que as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, têm legitimidade para formular termo de ajustamento de conduta. Com isso, órgãos como os Procons têm legitimidade para firmar o termo de ajuste de conduta.

Por outro lado, associações, sindicatos e fundações de direito privado não são legitimados. Essa vedação decorre da ausência de subordinação dessas entidades ao regime jurídico administrativo e, conseqüentemente, de vinculação aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, previstos no art. 37 da Constituição Federal. A desvinculação das obrigações decorrentes do regime de direito público desobriga tais entidades de atender a determinados requisitos inerentes ao Poder Público.

Com relação às empresas públicas e sociedades de economia mista, apesar de integrantes da administração indireta, é necessário saber qual é a atividade desenvolvida por essas entidades. Se forem prestadoras de serviços públicos, as empresas públicas e sociedades de economia mista se revestem de natureza jurídica de direito público, podendo firmar compromissos de ajustamento de conduta. Por outro lado, se atuam na exploração de atividade econômica, em condições empresariais e tendo como finalidade o lucro (não a proteção dos interesses de toda a coletividade e a busca do bem comum), prevalece o regime de direito privado, com as alterações previstas em lei e exigidas pelo art. 173, § 1º, da Constituição Federal, o que retira a legitimidade para celebração de termo de ajustamento de conduta.

Além do elenco expressamente contido na Lei de Ação Civil Pública, outras leis ampliam o rol de legitimados, conforme exposto no item 3.

Há que se observar, além da natureza jurídica do ente público, a pertinência temática de suas finalidades institucionais em relação ao objeto do compromisso.

A legitimidade do Ministério Público é presumida por força do art. 127, *caput*, da Constituição Federal. Atente-se que uma das maiores preocupações estratégicas do Ministério Público, em âmbito nacional, é ampliar a resolução extrajudicial dos conflitos. Para prevenir os conflitos, reduzir a judicialização de demandas, assegurar maior eficiência e eficácia institucionais na proteção dos direitos e interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, da CF) e ampliar os instrumentos efetivos de pacificação social, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) editou a Resolução nº 118, de 1º de dezembro de 2014, para estabelecer a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição, para

a implementação e a adoção de mecanismos como a negociação, a mediação, a conciliação, o processo restaurativo e as convenções processuais.

O art. 5º, § 5º, da Lei nº 7.347/1985 afirma que poderá haver litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses difusos e coletivos. O litisconsórcio entre Ministérios Públicos é um corolário dos princípios constitucionais da unidade e da indivisibilidade (art. 127, § 1º, da CF) e, além de estar regulamentado na Lei de Ação Civil Pública, poder ser extraído do próprio Código de Processo Civil (arts. 46 do CPC/1973 e 113 do CPC/2015)<sup>22</sup>. Trata-se de hipótese de litisconsórcio *facultativo*. Isto significa que cada unidade do Ministério Público pode, sozinho ou sem a anuência da outra, ajuizar a ação civil pública<sup>23</sup>. Logo, tanto o Ministério Público da União pode demandar perante a Justiça Estadual quanto o Ministério Público Estadual pode ajuizar ação civil pública na Justiça Federal sem ser necessário o litisconsórcio. Afinal, o titular do direito de ação é o Ministério Público (art. 129, inc. III, da CF), não suas unidades de forma fragmentada. Ora, se o raciocínio vale para o ajuizamento de ações civis públicas, também deve ser estendido para a legitimidade para a formulação de termos de ajustamento de conduta, ressalvada a discussão, anterior à assinatura do compromisso de ajustamento de conduta, quanto aos conflitos de atribuições perante o Supremo Tribunal Federal, na forma do art. 102, inciso I, letra *f*, da Constituição Federal<sup>24</sup>, ou, posterior a sua assinatura, quanto à fixação de condições de tempo, modo e lugar para cumprimento do compromisso.

Quando o Ministério Público não participa da celebração do termo de ajustamento de conduta, que versa sobre a proteção de direito difuso ou coletivo, deve fiscalizar a atuação dos demais colegitimados, como defensor da ordem jurídica (art. 127, *caput*, da CF). Antes da fixação dos termos de ajustamento de conduta, o Ministério Público pode atuar, preventivamente, requisitando informações sobre acordos a serem celebrados e até expedir recomendações administrativas aos órgãos públicos para que os direitos difusos ou coletivos sejam adequadamente tutelados. Porém, após a celebração dos compromissos sem a participação do Ministério Público, caso as condições pactuadas estejam

<sup>22</sup> STJ, REsp 1444484/RN, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, J. 18.09.2014, DJe 29.09.2014; REsp 382.659/RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, J. 02.12.2003, DJ 19.12.2003, p. 322.

<sup>23</sup> NERY JR.; Nery, p. 1.664-1.665.

<sup>24</sup> STF, Pet 3528, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, J. 28.09.2005, DJ 03.03.2006, p. 00071, Ement. v. 02223-01, p. 00078, *LexSTF*, v. 28, n. 327, 2006, p. 165-175, RT, v. 95, n. 849, 2006, p. 469-474.

em desacordo com a máxima proteção dos direitos metaindividuais, pode ajuizar ação civil pública para completar os termos do compromisso de ajustamento de conduta ou mesmo para invalidá-lo.

Em relação à Defensoria Pública, o art. 5º, inciso II, da Lei nº 7.347/1985, com a redação dada pela Lei nº 11.448/2007, ao atribuir expressa legitimidade ativa para a Defensoria Pública para propor ação civil pública e, conseqüentemente, para a propositura de termos de ajustamento de conduta, exige interpretação conforme os arts. 134, *caput*, e 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal para admitir a atuação da Defensoria Pública na promoção dos interesses individuais homogêneos e coletivos *dos necessitados*. O Supremo Tribunal Federal, em 1994, de certo modo, balizou esse entendimento ao interpretar o art. 68 do Código de Processo Penal<sup>25</sup>; ou seja, estruturada da Defensoria Pública, é inconstitucional a atuação do Ministério Público na defesa dos *necessitados*<sup>26</sup>, bem como viola a autonomia institucional do Ministério Público (art. 127, *caput*, da CF) a atuação irrestrita da Defensoria Pública na defesa de interesses sociais e individuais indisponíveis quando duvidosa ou manifesta a ausência de comprovação da hipossuficiência do grupo beneficiado.

<sup>25</sup> “Art. 68. Quando o titular do direito à reparação do dano for pobre (art. 32, §§ 1º e 2º), a execução da sentença condenatória (art. 63) ou a ação civil (art. 64) será promovida, a seu requerimento, pelo Ministério Público”.

<sup>26</sup> “LEGITIMIDADE – AÇÃO *EX DELICTO* – MINISTÉRIO PÚBLICO – DEFENSORIA PÚBLICA – ARTIGO 68 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – CARTA DA REPÚBLICA DE 1988 – A teor do disposto no artigo 134 da Constituição Federal, cabe à Defensoria Pública, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, a orientação e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV, da Carta, estando restrita a atuação do Ministério Público, no campo dos interesses sociais e individuais, àqueles indisponíveis (parte final do artigo 127 da Constituição Federal). INCONSTITUCIONALIDADE PROGRESSIVA – VIABILIZAÇÃO DO EXERCÍCIO DE DIREITO ASSEGURADO CONSTITUCIONALMENTE – ASSISTÊNCIA JURÍDICA E JUDICIÁRIA DOS NECESSITADOS – SUBSISTÊNCIA TEMPORÁRIA DA LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – Ao Estado, no que assegurado constitucionalmente certo direito, cumpre viabilizar o respectivo exercício. Enquanto não criada por lei, organizada – e, portanto, preenchidos os cargos próprios, na unidade da Federação – a Defensoria Pública, permanece em vigor o artigo 68 do Código de Processo Penal, estando o Ministério Público legitimado para a ação de ressarcimento nele prevista. Irrelevância de a assistência vir sendo prestada por órgão da Procuradoria Geral do Estado, em face de não lhe competir, constitucionalmente, a defesa daqueles que não possam demandar, contratando diretamente profissional da advocacia, sem prejuízo do próprio sustento” (RE 135328, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, J. 29.06.1994, DJ 20.04.2001, p. 00137, Ement. v. 02027-06, p. 01164, RTJ, v. 00177-02, p. 00879). No mesmo sentido, conferir: RE 147.776, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, J. 19.05.1998, Primeira Turma, DJ 19.06.1998; RE 341.717-AgRg, Rel. Min. Celso de Mello, J. 05.08.2003, Segunda Turma, DJe 05.03.2010.

Em relação aos entes políticos, a atuação decorre da natureza da ofensa<sup>27</sup>. Se a lesão ou a ameaça de lesão ao bem jurídico é restrita ao Município, é dele a legitimidade para firmar o termo de ajustamento de conduta. Caso envolva mais de um Município, a atuação deve ser do Estado ou da atuação conjunta dos Municípios envolvidos. De igual modo, se a lesão ou ameaça de lesão for regional, com repercussão em dois ou mais Estados-membros, a legitimidade é da União ou dos Estados interessados. Por fim, havendo lesão ou ameaça de lesão de âmbito nacional, a legitimidade para estabelecer compromisso de ajustamento de conduta deve ser da União.

Ademais, em relação aos demais entes legitimados, é preciso fazer ressalva quanto ao objeto do termo de ajustamento de conduta. Por exemplo, uma autarquia federal de proteção ao meio-ambiente pode celebrar acordo com indústria que não realize a adequada gestão de resíduos sólidos, mas não poderá fazê-lo com relação à fabricante de automóveis para a realização de *recall* em sistema de freio.

Por outro lado, podem figurar como obrigados ou compromissados no ajustamento de conduta quaisquer pessoas naturais ou jurídicas, de direito público ou privado, desde que observadas as regras gerais para a validade dos negócios jurídicos prevista no art. 104 do Código Civil. Quando o órgão público comparecer como compromissado, somente o seu representante legal poderá assiná-lo<sup>28</sup>.

## 6 ASPECTOS FORMAIS DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

Não há, no art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/1985, um estrito rigor formal na formulação de termos de ajustamento de conduta. Aliás, o excesso de formalismo para a sua celebração o tornaria mais dispendioso, demorado, e limitaria a sua operacionalidade<sup>29</sup>.

Porém, certas leis, como a Lei nº 9.605/1998, no art. 79-A, a Lei nº 9.469/1997, no art. 4º-A, e a Lei nº 12.529/2011, no art. 85, § 1º, preveem alguns requisitos mínimos para a validade do termo de ajustamento de conduta.

<sup>27</sup> VIEIRA, p. 271.

<sup>28</sup> MAZZILLI, p. 454.

<sup>29</sup> RODRIGUES, p. 105.

De qualquer modo, é importante consignar que somente órgãos públicos, conforme explicado no item anterior, podem ser compromitentes. Precisa ser formalizado em um instrumento escrito, contendo, pelo menos: o nome, a qualificação e o endereço das partes compromissadas; a previsão das obrigações acordadas (incluindo, entre outros, o tempo e o modo de cumprimento) e de sanções em caso de inadimplemento; os fundamentos de fato e de direito e a forma de fiscalização.

É suficiente a assinatura do compromitente e do compromissário, sendo dispensável a presença de advogados, bem como de testemunhas instrumentárias.

Não precisa de homologação judicial para produzir efeitos porque possui eficácia de título executivo extrajudicial (art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/1985). Contudo, quando o termo de ajustamento de conduta, formalizado extrajudicialmente, é levado a juízo para homologação ou quando é celebrado no curso de processo judicial, torna-se, por consequência, um título executivo judicial (arts. 475-N, incs. III e V, do CPC/1973 ou 515, incs. II e III, do NCPC), sujeito às regras do cumprimento de sentença. Entretanto, para a validade do título executivo, a obrigação deve ser certa, quanto a sua existência, e exigível, quanto ao seu objeto, nos termos do art. 580 do CPC/1973 ou do art. 783 do NCPC.

A Lei nº 7.347/1985 não prevê prazo prescricional para o ajuizamento de ação civil pública. Retirando a hipótese de ressarcimento de danos ao Erário público, que são imprescritíveis por força constitucional (art. 37, § 5º, da CF), as demais pretensões deduzidas nessa demanda coletiva prescrevem em 5 anos. Tal prazo decorre da interpretação analógica do art. 21 da Lei nº 4.737/1965 (Lei de Ação Popular)<sup>30</sup>. A apuração do ato ilícito não se sujeita a um prazo máximo, não existindo legislação que determine um tempo específico para o término do inquérito civil ou do procedimento administrativo. A Resolução nº 23/2007 do Conselho Nacional do Ministério Público, no art. 9º, determina apenas que o inquérito civil deve ser concluído em um ano, mas tal prazo pode ser prorrogado quantas vezes forem necessárias, desde que por decisão fundamentada, baseada na imprescindibilidade da realização ou da conclusão de diligências. O excesso de prazo para o processamento de inquéritos civis não prejudica, em princípio, o

<sup>30</sup> “O Superior Tribunal de Justiça considera aplicável, à míngua de previsão do prazo prescricional para a propositura da ação civil pública, o prazo previsto no art. 21 da Lei nº 4.717/1965. Precedentes: AgRg-AREsp 113.967/PR, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe 22.06.2012; AgRg-REsp 1.185.347/RS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 25.04.2012” (REsp 1310857/RN, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, J. 25.11.2014, DJe 05.12.2014).

investigado, que tem o ônus de demonstrar que tal dilação lhe traz prejuízos<sup>31</sup>. O prazo prescricional para o oferecimento de termo de ajustamento de conduta, não se tratando de obrigações de trato sucessivo, deve seguir a regra da prescrição na ação civil pública, devendo expirar em cinco anos a contar da data em que o órgão público responsável toma conhecimento da conduta ilícita e/ou danosa.

## 7 EFEITOS E EXECUÇÃO DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

O instrumento que materializa o compromisso de ajustamento de conduta possui eficácia de título executivo extrajudicial, quando formalizado em inquérito civil ou em procedimento avulso, sem homologação judicial<sup>32</sup>.

Para a eficácia do título executivo extrajudicial não se exige a prévia manifestação do Conselho Superior do Ministério Público, na hipótese de o compromisso ter sido formalizado por membro do Ministério Público Estadual ou das Câmaras de Coordenação e Revisão, quando celebrado pelo Ministério Público da União.

O controle judicial, quanto à legalidade do termo de ajustamento de conduta, é posterior a sua celebração. Nesse caso, qualquer dos colegitimados pode propor ação civil pública para complementar ou anular o compromisso de ajustamento de conduta, quando contrariar a proteção adequada do direito difuso ou coletivo a ser tutelado, inclusive quando a recomposição dos bens jurídicos lesados ou a reparação dos prejuízos forem insuficientes. Além disso, na execução do título extrajudicial, caberá ao compromissado opor embargos à execução, para discutir as matérias contidas no art. 745 do CPC/1973 ou no art. 917 do NCPC.

Por outro lado, caso o termo de ajustamento de conduta se mostre apto a tutelar o bem jurídico ao qual se destina, não é cabível a propositura de ação civil pública por falta de interesse processual.

A previsão de multas por descumprimento das obrigações assumidas tem o intuito de forçar o cumprimento do termo de ajustamento de conduta. Por esse motivo, não devem ter caráter compensatório e sim cominatório (*astreintes*). O fundamento para o caráter cominatório das cominações reside no interesse público do cumprimento da obrigação específica. A reparação integral dos

<sup>31</sup> STJ, AgRg-RMS 25.763/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, J. 02.09.2010, DJe 24.09.2010.

<sup>32</sup> CARNEIRO, p. 401.

danos nem sempre é suficiente para a proteção do interesse metaindividual, não podendo se substituir o cumprimento específico da obrigação (*v.g.*, a recuperação ambiental de área degradada ou a melhoria de determinado serviço público prestado por concessionária não se converte em obrigação pecuniária).

A ausência de previsão de multa diária não invalida o termo de ajustamento. Na omissão da estipulação dessa multa, poderá esta ser fixada pelo juiz, que poderá adequá-la ao caso específico (arts. 461, § 4º, 5º, 6º e 461-A, § 3º, do CPC/1973, e 536, § 1º, do NCPC).

A não observância da decisão judicial que fixa a multa diária pode resultar na execução por quantia certa, com a expropriação dos bens do executado.

O termo de ajustamento de conduta, quando celebrado extrajudicialmente, mas levado à homologação judicial ou for fixado, em juízo, para pôr fim – total ou parcialmente – a um processo judicial, possuirá natureza de título executivo judicial, ficando sujeito às regras do cumprimento de sentença. Ao contrário do que se verifica nos compromissos extrajudiciais, em que somente entes públicos podem compor extrajudicialmente, nas ações judiciais é permitida a celebração de composição consensual por qualquer legitimado para a propositura da ação civil pública. Caso o Ministério Público não seja parte no processo, para a validação desse acordo é obrigatória a sua intervenção como fiscal da lei (art. 5º, § 1º, da Lei 7.347/1985). O acordo judicial pode importar tanto na suspensão processual, até o efetivo cumprimento do acordo celebrado, ou ainda acarretar a resolução do processo com resolução de mérito, nos moldes do art. 269, inciso III, do CPC/1973 ou do art. 487, inciso III, letra *a*, do NCPC. O acordo judicial homologado produz efeitos de coisa julgada material, formando um título executivo judicial em favor da coletividade<sup>33</sup>.

São restrições à homologação do acordo por sentença as discordâncias entre as partes sobre os termos pactuados ou quando o acordo celebrado for incompleto ou apresentar vícios insanáveis. Se homologado, poderão recorrer da sentença homologatória os litisconsortes, assistentes litisconsorciais ou o Ministério Público. O colegitimado que não tenha sido parte no processo poderá interpor recurso como terceiro prejudicado (arts. 499, § 1º, do CPC/1973 ou 996 do NCPC).

No que se refere à execução do compromisso de ajustamento de conduta, observa-se ampliação do rol de legitimados para promover a execução, em

---

<sup>33</sup> DONIZETTI, p. 320

relação a este rol, para celebrar o compromisso. Qualquer dos legitimados, incluindo associações civis e mesmos os indivíduos, em se tratando da tutela de direitos individuais homogêneos, poderá ajuizar ação de execução.

Ao Ministério Público cabe a atribuição de promover a execução de qualquer compromisso não efetivado, desde que o objeto esteja descrito nas suas funções institucionais (art. 127, *caput*, da CF)<sup>34</sup>.

## 8 MÉTODOS DE SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O NCPC, atendendo à excessiva judicialização de demandas e da morosidade da prestação jurisdicional, estimula, no art. 3º, § 3º, a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos.

Com isso, o novo Código inova em relação ao CPC/1973, pois estabelece, no art. 334, a possibilidade de realização de audiência de conciliação ou de mediação antes da resposta do réu. Este é citado apenas para participar dessa audiência. E tão somente se restarem frustrados os mecanismos de autocomposição é que começará a correr prazo para o réu contestar.

O NCPC aposta em *meios alternativos* de resolução de controvérsias, por considerá-los mais adequados, rápidos, baratos e eficientes. Tais meios evitam a imposição de uma decisão pelo Estado-juiz, o que favorece o bom-senso das partes e contribui para a pacificação social.

O NCPC enaltece os mecanismos alternativos de solução dos conflitos de interesses, que podem ser *heterocompositivos* (quando a decisão é imposta por um terceiro, como no caso da arbitragem) ou *autocompositivos* (quando as partes chegam à solução *de per se*, com a intervenção de um terceiro, como na conciliação ou na mediação).

<sup>34</sup> “PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA - TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL - LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROPOR A EXECUÇÃO - 1. Consoante decidiu esta Turma, ao julgar o REsp 443.407/SP (Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 25.04.2006, p. 106), encontra-se em plena vigência o § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985, de forma que o descumprimento de compromisso de ajustamento de conduta celebrado com o Ministério Público viabiliza a execução da multa nele prevista. No referido julgamento, ficou consignado que a Mensagem nº 664/90, do Presidente da República - a qual vetou parcialmente o Código de Defesa do Consumidor -, ao tratar do veto aos arts. 82, § 3º, e 92, parágrafo único, fez referência ao art.113, mas não o vetou. 2. Recurso especial provido para reconhecer a força executiva do compromisso de ajustamento de conduta firmado com o Município de Curitiba e a legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento da execução” (STJ, REsp 828.319/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, J. 16.12.2010, DJe 08.02.2011).



Assim, destacam-se três meios de evitar a solução da controvérsia, pelo Estado-juiz, após o trâmite do processo judicial: (i) a *conciliação*, que é o método pelo qual as partes, com auxílio de uma terceira pessoa imparcial, procuram chegar a um acordo que seja favorável (ou menos prejudicial) a ambas; foi recomendada pelo art. 165, § 2º, do NCPC para os casos em que, preferencialmente, não houver vínculo anterior entre os litigantes, sem qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem; (ii) a *mediação*, que deve ocorrer preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, que contratam terceira pessoa de sua confiança ou aceitam que terceiro imparcial lhes auxiliem na busca de um acordo; o mediador deve ajudar as partes a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que elas possam, pelo reestabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos (art. 165, § 3º, do NCPC); (iii) a *arbitragem*, pela qual as partes resolvem transferir a um árbitro ou a uma entidade especializada a solução do conflito.

A conciliação e a mediação integram a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, desenvolvida pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e voltada a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade. Tanto a conciliação quanto a mediação são consideradas instrumentos efetivos de pacificação social, prevenção e resolução de litígios, além de técnicas de redução da excessiva judicialização dos conflitos de interesses e de redução da quantidade de recursos e execuções de sentenças. Tal Política Judiciária Nacional foi regulamentada pelo Conselho Nacional de Justiça na Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, e vem sendo incentivada em campanhas como a da Semana Nacional de Conciliação, na qual processos que tenham a possibilidade de acordo são selecionados pelos Tribunais, que intimam as partes envolvidas no conflito, ou são incluídos a pedido dos cidadãos ou de instituições, como empresas e órgãos públicos, quando identificam demandas padronizadas e repetitivas. O NCPC incentiva a execução de programas instituídos pelo Poder Judiciário para promover a autocomposição, prevendo a suspensão dos prazos processuais e incumbindo os Tribunais de especificar, com antecedência, a duração dos trabalhos (art. 221, parágrafo único, do NCPC).

Além disso, o NCPC (art. 175) não exclui outras formas de conciliação e de mediação extrajudiciais, vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, que poderão ser regulamentadas por lei específica. Ao admitir inclusive outras formas de conciliação e de mediação

extrajudiciais, o NCPC aproxima-se do modelo português que prevê, no art. 209<sup>a</sup>.2, os *juizados de paz*. A atuação dos juizados de paz é vocacionada a permitir a participação cívica dos interessados e estimular a justa composição dos litígios por acordos das partes (art. 2<sup>o</sup>, item 1, da Lei n<sup>o</sup> 78/2001).

Ademais, o art. 174 do NCPC incentiva a criação de câmaras de mediação e de conciliação, pelos entes da Federação, para dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da Administração Pública, avaliar a admissibilidade de pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública, e promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta. Nesse sentido, o art. 11, inciso III, da Lei n<sup>o</sup> 11.079/2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública, já estabelecia, no art. 11, inciso III, a possibilidade de o instrumento convocatório prever o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

Aliás, encontra-se em estágio avançado de tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei do Senado n<sup>o</sup> 7.169/2014, que regulamenta a mediação entre particulares como meio alternativo de solução de controvérsias e sobre a composição de conflitos no âmbito da Administração Pública. A fixação desse marco regulatório é importante para promover a cultura de métodos adequados de solução de conflitos e, a um só tempo, ampliar os instrumentos de pacificação social e conferir maior racionalidade à jurisdição estatal<sup>35</sup>. Nesse sentido, é preciso destacar também os esforços desenvolvidos pela Escola Nacional de Mediação e Conciliação e pelo Centro de Estudos sobre o Sistema de Justiça, da Secretaria de Reforma do Judiciário, do Ministério da Justiça, com a elaboração de cursos e manuais específicos para advogados, defensores públicos, membros do Ministério Público e Defensores Públicos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A resolução consensual de conflitos que tratam de direitos *transindividuais* é um importante meio de adequação da tutela, pois assegura a mais rápida e eficiente proteção dos direitos coletivos e difusos ameaçados ou lesados, bem como tem se mostrado mais eficiente para a pacificação social do que a decisão judicial de mérito transitada em julgado.

<sup>35</sup> SALOMÃO, p. 19.

Por isso, métodos de solução consensual de conflitos têm sido incentivados pelo Conselho Nacional de Justiça, na Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, pelo Conselho Nacional do Ministério Público, na Resolução nº 118, de 1º de dezembro de 2014, pelos Poderes Executivo e Legislativo, que aprovaram o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) e buscam votar e sancionar o Projeto de Lei do Senado nº 7.169.

A ampliação dos métodos alternativos de proteção de direitos difusos e coletivos exige redobrada atenção dos operadores do sistema de justiça, em especial dos legitimados para a celebração de termos de ajustamento de conduta, a fim de se aumentar a mais rápida e efetiva resolução de conflitos sem a intervenção do Estado-Juiz ou, pelo menos, sem a observância integral do processo judicial.

## REFERÊNCIAS

ALAK, Julio César. Onde há uma necessidade, nasce um direito. *Diálogos sobre Justiça*, Brasília: Centro de Estudos sobre o Sistema de Justiça, n. 3, set./dez. 2014, 2014.

CAMBI, Eduardo; LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. Compromisso de ajustamento de conduta: um eficaz instrumento à disposição do Ministério Público para a implementação de políticas públicas e à efetivação dos direitos fundamentais sociais. *Revista dos tribunais*, v. 908, jun. 2011.

\_\_\_\_\_; PEREIRA, Fabricio Fracaroli. Estratégia nacional de prevenção e redução de litígios. *Revista de processo*, v. 237, nov. 2014.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. A proteção dos interesses difusos através do compromisso de ajustamento de conduta previsto na lei que disciplina a ação civil pública. Anais do 9º Congresso Nacional do Ministério Público. Salvador: Conamp, 1992.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, v. II, 1943.

DONIZETTI, Elpidio. *Curso de processo coletivo*. São Paulo: Atlas, 2010.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011a.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NADER, Michele. Atuação do Ministério Público na proteção dos direitos da personalidade visando à sua efetivação por meio do termo de ajustamento de conduta. Dissertação apresentada no curso de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Maringá (Cesumar), 2015.

NERY, Ana Luiza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta*. São Paulo: RT, 2010.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 13. ed. São Paulo: RT, 2013.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta – Teoria e prática*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SALOMÃO, Luis Felipe. O marco regulatório para a mediação no Brasil. *Diálogos sobre Justiça*, Brasília: Centro de Estudos sobre o Sistema de Justiça, n. 3, set./dez. 2014, 2014.

SERRANO JÚNIOR, Odoné. *Ações coletivas: teoria e prática – Tutela coletiva de direitos individuais homogêneos e tutela de direitos metaindividuais indivisíveis (difusos e coletivos) no processo civil*. Curitiba: Juruá, 2011.

VIEIRA, Fernando Grella. A transação na esfera da tutela dos interesses difusos e coletivos: compromisso de ajustamento de conduta. In: Édís Milaré (Coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.



# O AJUIZAMENTO DE AÇÃO PETITÓRIA NO CURSO DE AÇÃO POSSESSÓRIA: ANÁLISE CRÍTICA DA OPOSIÇÃO COMO MEIO ADEQUADO EM FACE DA INTRODUÇÃO DO ARTIGO 557 NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

*THE PETITIONARY FILLING ACTION IN THE COURSE OF ACTION FOR POSSESSION: CRITICAL ANALYSIS OF OPPOSITION AS APPROPRIATE MEANS, AND THE INTRODUCTION OF ARTICLE 557 IN THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE*

**Elaine Harzheim Macedo<sup>1</sup>**

Professora na Graduação e no Programa de Pós-Graduação em Direito junto à PUCRS

**George Jales<sup>2</sup>**

Professor na Graduação em Direito junto à Faculdade Santo Agostinho/PI

**RESUMO:** A discussão judicial acerca da possibilidade do ajuizamento de ações petitórias no curso das ações possessórias é tema de recorrente discussão. Com a redação do art. 557 no texto do novo Código de Processo Civil, regulando a discussão do domínio em sede de possessória se for a pretensão deduzida em face de terceira pessoa, abre-se a discussão sobre a possibilidade

de veiculação da oposição, prevista no Código de Processo Civil de 1973 como intervenção de terceiro, mas que no novo estatuto foi elevada à condição de ação, como meio adequado à tutela petitória. Para melhor compreensão do tema, fixam-se as noções jurídicas das ações possessórias, petitórias e do instituto da oposição. Defende-se, ao final da pesquisa, que é possível,

---

<sup>1</sup> Doutora e Mestre em Direito, Especialista em Direito Processual Civil, Desembargadora Aposentada do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Ex-Presidente do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul, Membro do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, Advogada.

<sup>2</sup> Mestrando em Direito pela PUCRS, Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Candido Mendes/RJ, Procurador Federal, Chefe da Seção de Cobrança e Recuperação de Crédito da Procuradoria-Geral Federal.

no curso da ação possessória, ser discutida a propriedade por meio da oposição, acautelando-se o sistema contra eventual fraude processual ao efeito de burlar a sumariada e eficácia das ações possessórias.

**PALAVRAS-CHAVE:** Posse; propriedade; intervenção de terceiros; oposição; novo CPC.

**ABSTRACT:** *The litigation about the possibility of petitionary filling actions in the course of possessory actions is a recurrent discussion topic. With the wording of art. 557 in the text of the new Civil Procedure Code, regulating the discussion in the field in possessory seat if the claim deducted in the face of third party, opens the discussion on the possibility of opposition placement provided in the Civil Procedure Code 1973 as third party intervention, but that new status was elevated to the status of action, as appropriate means to petitionary protection. To better understand the issue, legal concepts of possessory actions, petitionary and opposition Institute are set up. At the end of the research we conclude that it is possible in the course of action for possession, the property being discussed by the opposition, cautioning that the system against any procedural fraud to the effect of circumventing the decision and effectiveness of possessory actions.*

**KEYWORDS:** *Possession; property; third party intervention; opposition; new CPC.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Código de Processo Civil de 1973; 2 O novo Código de Processo Civil; Considerações finais; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 Code of Civil Procedure of 1973; 2 The new Code of Civil Procedure; Final considerations; References.*

## INTRODUÇÃO

No presente artigo, serão abordados aspectos de direito material e processual envolvendo conflitos que recaiam sobre a coisa<sup>3</sup>, mais precisamente sobre disputa possessória *versus* disputa petítória, tema que sempre se mostrou angustiante para os operadores de direito. A questão central gira em torno da possibilidade da propositura de uma ação petítória no curso de uma ação em que se discute a posse. Na vigência do Código de Processo Civil de 1973, por força do disposto no seu art. 923, tal ajuizamento é vedado.

<sup>3</sup> Irrelevante, aqui, se a discussão se dá com fundamento no pessoal ou real. O fato é que ambas as ações, possessória e petítória, são *reais* porquanto por elas “se pede a coisa e não o cumprimento de uma obrigação”. (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Procedimentos especiais: exegese do Código de Processo Civil* (arts. 890 a 981). Rio de Janeiro: Aide, 1989. p. 197), desimportando o fundamento do pedido.

Ocorre que, com a edição do novo Código de Processo Civil<sup>4</sup>, a regra do atual art. 923 vem reproduzida, em termos, no art. 557, passando a admitir a discussão do domínio da propriedade em face de terceira pessoa, o que exige a discussão sobre o meio adequado (devido processo legal) para veicular tal pretensão.

Tal alteração legislativa mostra-se relevante no meio jurídico, já que reacende o debate acerca da faculdade de se discutir o domínio no curso da ação possessória. Nesse sentido, examina-se a possibilidade de terceira pessoa ajuizar ação<sup>5</sup> de oposição com natureza petitória no curso de uma ação possessória.

Partindo-se de uma abordagem doutrinária e jurisprudencial, pelo método dedutivo, especialmente no que diz com o direito material envolvido, investiga-se o instituto jurídico da oposição e sua aplicação frente às modificações introduzidas no novo Código de Processo Civil, trabalhando-se, exegética e criticamente, os dois textos processuais sob uma ótica temporal – presente e futuro.

## 1 CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973

Embora o Código de Processo Civil de 1973 se encontre no apagar das luzes, face ao novo estatuto que, em breve, deverá ser sancionado e publicado, impõe-se que o problema posto seja avaliado pela legislação ainda vigente, pela doutrina construída ao longo de quatro décadas e profícua produção jurisprudencial, cujo resgate certamente influenciará as novas posições.

### 1.1 AÇÃO POSSESSÓRIA E AÇÃO PETITÓRIA

Importante estabelecer, ainda que brevemente, as diferenças entre uma ação de natureza possessória e uma ação de natureza petitória, até porque, inúmeras vezes, os conflitos de direito material ganham contornos não muito claros entre posse e propriedade, cobrando do intérprete esforço desdobrado para bem compor o impasse, até porque é nos fatos e no direito material que se deve buscar a solução.

---

<sup>4</sup> O texto do novo CPC (PLS 166/2010, que na Câmara dos Deputados levou o nome de PL 8.046-B/2010), foi aprovado pelo Senado, depois de retornar da Câmara dos Deputados, em 17.12.2014, quando encaminhado à sanção presidencial. Até o término deste artigo, o projeto ainda se encontrava tramitando junto à Presidência da República.

<sup>5</sup> No novo CPC, a oposição ganha *status* de ação autônoma, deixando de ser modalidade de intervenção de terceiros, como adiante se verá.



Elpídio Donizetti<sup>6</sup> esclarece o tema, elucidando que:

No juízo possessório, busca-se exercer as faculdades jurídicas oriundas da posse em si mesma considerada, sem cogitar qualquer outra relação jurídica. No juízo possessório (*ius possessionis*), protege-se a posse pelo simples fato de ser ela um direito subjetivo digno de tutela. O fundamento da pretensão é a posse. Por outro lado, no juízo petitório (*ius possidendi*), a proteção à posse tem como fundamento o direito de propriedade, ou seja, busca-se a posse como fundamento da titularidade do domínio.

Para Sílvio de Salvo Venosa<sup>7</sup>:

O juízo petitório ou *ius possidendi* é aquele destinado à tutela de eventual “direito de posse fundado na propriedade (em algum título: não só propriedade, mas também em outros direitos reais e obrigações com força real). O possuidor tem a posse e também é proprietário. A posse nessa hipótese é o conteúdo ou objeto de um direito, qual seja, o direito de propriedade ou direito real limitado. O titular pode perder a posse e nem por isso deixará sistematicamente de ser proprietário.

Já o juízo possessório ou *ius possessionis* é aquele destinado à tutela de eventual “direito fundado no fato da posse, nesse aspecto externo. O possuidor, nesse caso, pode não ser o proprietário, não obstante essa aparência encontre proteção jurídica, pelos motivos até agora cogitados. Essa é uma das razões pelas quais nosso Código estatui: “considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno, ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio ou propriedade” (art. 1.196).

Ambas as posições defendidas, relativamente ao *ius possessionis*, estão, de certa forma, comprometidas com a ideia de que o direito se define como relação

<sup>6</sup> DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 1211.

<sup>7</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 31, 35 e 36.

jurídica, precisando justificar as ações possessórias a partir de um direito (nem que seja direito de posse). Em sentido diverso, Ovídio A. Baptista da Silva<sup>8</sup>, discursando ainda frente ao Código Civil Brasileiro de 1916, vai além, para ver nas ações possessórias um caráter real – sem qualquer compromisso com o direito real – porquanto:

O pressuposto fundamental para que uma demanda seja considerada possessória é a circunstância de buscar-se com ela a tutela de um possuidor contra algum fato que ofenda a relação possessória existente. Ficam, pois, fora do campo das possessórias mesmo as ações que tenham por fim a aquisição ou recuperação da posse de alguma coisa em que o demandante alegue – não uma ofensa à posse – mas a existência de alguma relação jurídica que lhe dê *direito à posse*.

Ou seja, para o jurista gaúcho, importante é que o postulante à tutela possessória exerça uma situação de fato, que, por ser tutelada na lei civil, pode ser considerada uma situação jurídica, irrelevante se há ou não uma *relação jurídica* (leia-se, direitos e obrigações entre sujeitos) subjacente. A diferença, porém, é que, se a ofensa se der contra a posse, a via adequada seria a das ações possessórias. Se a ofensa se der à relação jurídica estabelecida entre as partes, a demanda cairia na vala comum, escapando aos limites das ações possessórias, profundamente sumarizadas, seja no tocante à extensão do conhecimento, seja em relação ao seu caráter interdital. Nesse sentido, o autor defende que as ações de imissão de posse não guardam características possessórias, mas petitórias, porque é o direito de aquisição da coisa que se protege.

Ainda que a leitura feita tenha tido por base o Código de 1916, parece-nos perfeitamente aplicável ao Código de 2002, até porque o tema, no particular, não sofreu alterações substanciais.

Denota-se, pois, que a diferença entre as referidas ações reside no fato de a ação possessória visar à defesa da posse (situação de fato), ao passo que na ação petitória têm por finalidade a defesa da propriedade (situação de direito), ou seja, o proprietário requer a posse não pelo fato de detê-la ou exercê-la, mas por ser titular de um direito decorrente de sua condição de dono.

<sup>8</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. Ob. cit., p. 194.

As ações petitorias são, portanto, aquelas em que se busca a proteção do domínio (*jus possidendi*) ou de outro direito real. O ajuizamento da ação pode ocorrer após, ou antes, da violação do direito real, mas sempre buscando que tal direito seja reconhecido, protegido, e que possa ser livremente exercido. As mais importantes são a reivindicatória e a imissão de posse enquanto ações que buscam a coisa. De bom tom registrar que a ação de usucapião, embora reconhecidamente ação real, não se caracteriza como petitoria, porque não pede a coisa, mas busca a declaração do domínio<sup>9</sup>, partindo-se do pressuposto que a coisa esteja em poder do autor (posse *ad usucapionem*). Trata-se, portanto, de ponto de intersecção no problema levantado por este artigo e que merece a devida reflexão, porém, exige espaço próprio de pesquisa, razão pela qual não será aqui abordada.

A ação de imissão de posse caracteriza-se como o meio adequado para tutelar o titular de um direito sobre a coisa objetiva cuja posse não detenha, não podendo se valer da ação reivindicatória porque ainda não logrou obter o devido registro imobiliário. Dizendo de outra forma, o direito sobre a coisa tem amparo em um título passível de aquisição da propriedade, condição ainda não concretizada. Nesses termos, a ação de imissão de posse tutela um direito à propriedade e não um direito de propriedade.

Diferentemente, na ação reivindicatória, temos, de um lado (polo ativo), o proprietário não possuidor, e, do outro lado (polo passivo), o possuidor não proprietário, estando prevista no art. 1.228 do Código Civil<sup>10</sup>. Pela importância de sua previsão no ordenamento jurídico, até porque a propriedade é garantia constitucionalmente, tem aplicação restrita à previsão legal, não devendo ser relativizada sob pena de banalização da medida.

Para o ajuizamento da ação reivindicatória, é necessária a prova pré-constituída do domínio da coisa, sua perfeita identificação individualizada e a alegação ou imputação de que o réu a possua ou a detenha injustamente, isto é, sem qualquer causa jurídica.

---

<sup>9</sup> INOCÊNCIO, Antônio Ferreira. *Ação de usucapião e ação de retificação de área e de alteração de divisas no registro imobiliário*. Bauru/SP: Jalovi, 1980. p. 85.

<sup>10</sup> “Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.”

A *vindicatio* – qualidade afeita tanto à ação reivindicatória como à imissão de posse – enquadra-se na vedação legal do art. 923 do CPC/1973, por uma razão muito simples, como destaca Ovídio A. Baptista da Silva<sup>11</sup>:

Ora, o objeto da proibição do cúmulo sempre decorreu da necessidade de impedirem-se duas sentenças executivas contrárias entre si, uma ordenando que a posse seja restituída ao possuidor (leia-se, porque houve esbulho) e a outra, em sentido inverso, determinando que a mesma posse seja mantida ou restituída ao proprietário (leia-se, porque reconhecida a propriedade). Não é por ser ação de “reconhecimento de domínio”, fundamentalmente, que o direito veda a propositura da *vindicatio* na pendência do júizo possessório: é pela notória possibilidade de que a sentença de procedência nesta ação, torne vazia e inócua a sentença de procedência proferida na ação possessória.

Já as ações possessórias visam à proteção do possuidor enquanto possuidor (aquele que exerce faticamente a posse, irrelevante a que título), contra ato praticado por outra pessoa (física ou jurídica), que tenda a violar seu exercício sobre a coisa (*ius possessionis*). A jurisdicização da posse enquanto exercício fático é da tradição do direito pátrio e vem consagrada no art. 1.196 do CCB, enquanto que a respectiva tutela está prevista no art. 1.210 do mesmo estatuto, recebendo, da lei processual, tratamento especializado:

Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

Art. 1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.

<sup>11</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. Ob. cit., p. 216.

As possessórias típicas, como enunciado por Humberto Theodoro Júnior<sup>12</sup>, compreendem as ações de reintegração, manutenção e interdito proibitório. Outras ações que eventualmente podem proteger a posse, como a nunciação de obra nova e os embargos de terceiro, não são ações possessórias típicas<sup>13</sup>, pois não são exclusivamente voltadas para a tutela possessória.

Tratando das possessórias típicas, Misael Montenegro Filho<sup>14</sup> esclarece que:

Na hipótese de ameaça de turbação ou de esbulho (ainda não consumado), a ação adequada é a de interdito proibitório; no caso de ocorrência do esbulho (perda da posse), a demanda cabível é de reintegração de posse; diante de uma turbação (molestamento da posse), justifica-se o ingresso da ação de manutenção de posse.

De sorte que, perda da posse caracteriza esbulho e leva à ação de reintegração de posse (comando típico de sentença executiva), turbação ou incômodos contra o exercício da posse induz a ação de manutenção de posse (comando mandamental), mas havendo apenas a ameaça, como forma de evitar que venha a agressão se caracterizar como esbulho ou turbação, será cabível o interdito possessório (sentença mandamental).

Ressalte-se ainda que, diferente das ações petitorias<sup>15</sup>, entre as ações possessórias há a fungibilidade. Consoante determinado no art. 920 do CPC, a propositura de uma em vez de outra dessas ações não obsta que o juiz conheça do pedido e outorgue a proteção legal correspondente àquele.

---

<sup>12</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: procedimentos especiais*. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. III, 2007. p. 130-131.

<sup>13</sup> Aliás, sua inclusão no rol de ações possessórias não é pacífica na doutrina, cuja discussão escapa aos limites deste trabalho.

<sup>14</sup> MONTENEGRO FILHO, Misael. *Processual civil: técnicas e procedimento*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 423.

<sup>15</sup> Eventualmente, no equívoco da identificação da ação petitoria adequada, tem se admitido a imissão de posse como reivindicatória ou vice-versa, mais como forma de corrigir o rótulo dado à ação de forma indevida do que propriamente fungibilidade, até porque ambas as pretensões deságuam no art. 461-A do CPC/1973. (Apelação Cível nº 70049799190, 18ª C.Cív., TJRS, Rel. Pedro Celso Dal Pra, Julgado em 06.09.2012)

Pela fungibilidade, a parte pode requerer ao juiz uma proteção possessória e o juiz, analisando os fatos concretamente, poderá deferir medida possessória diferente da requerida que, no caso concreto, se mostre mais adequada.

O que merece destaque, contudo, é que não cabe a fungibilidade entre ação petitória e ação possessória, porque a causa de pedir e o pedido não se confundem.

## 1.2 OPOSIÇÃO

A oposição, nos termos do Código de Processo Civil de 1973, é uma modalidade de intervenção de terceiro, mediante a qual um terceiro (oponente ou oponente) se apresenta como legítimo titular do direito discutido entre o autor e o réu (opostos), sem ser integrante da lide.

Terceiro seria aquele que não participa do processo (relação jurídica processual) como parte principal, mas vem a juízo requerer a prestação de uma tutela jurisdicional em seu favor. A definição de terceiro parte da exclusão.

Cândido Dinamarco<sup>16</sup> explica o que seria terceiro, ao afirmar que:

Enquanto terceiro, a pessoa não realiza atos no processo e não é titular de poderes ou faculdades, ônus, etc., que caracteriza a relação processual (não é sujeito dos atos processuais). E, porque não participa da preparação do julgamento que virá, não é lícito estender-lhe os efeitos diretos da sentença.

Moacyr Amaral Santos<sup>17</sup> define terceiros como sendo as pessoas que são estranhas à relação jurídica processual já constituída, que, sujeitos de uma relação de direito material, intervêm no processo a fim de defender interesse próprio.

Para Scarpinella Bueno<sup>18</sup>, a oposição é uma

modalidade de intervenção de terceiros pela qual um terceiro pretende o mesmo direito sobre o qual os

<sup>16</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 18.

<sup>17</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 18.

<sup>18</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. 2. ed. São Paulo, Saraiva: v. 2, 2008. p. 486.

outro sujeitos litigam em um processo, já pendente. A pretensão deste terceiro é verdadeiro pedido de tutela jurisdicional em relação ao mesmo bem que as partes originárias disputam.

Vicente Greco Filho<sup>19</sup> aduz que, na oposição, o terceiro (opoente) passa a ser autor de uma ação principal em que o autor e o réu originários são réus. Na realidade, a oposição nada mais é do que uma ação prejudicial à demanda primitiva, já que, se a oposição for julgada procedente, o objeto da ação originária torna-se prejudicado, pois a coisa ou o direito controvertido pertence ao opoente, dela ou dele sendo descartadas as partes do primeiro processo.

Trata-se, portanto, de uma modalidade de intervenção voluntária, que possui natureza jurídica de uma verdadeira ação autônoma, na qual o pedido do opoente é excludente ao pedido feito na ação principal pelos opostos, tendo como objetivo negar o pretense direito dos que estão litigando.

Entre as espécies de oposição, temos a interventiva que ocorre quando a oposição é apresentada entre a citação e a audiência de instrução e julgamento e a autônoma que ocorre quando a oposição é apresentada após a audiência de instrução e julgamento.

Na modalidade interventiva, a oposição será apensada aos autos principais e correrá simultaneamente com a ação principal, sendo ambas julgadas pela mesma sentença. Já na modalidade autônoma, a oposição seguirá o rito ordinário, sendo julgada sem prejuízo da ação principal, nos termos do art. 60 do CPC/1973.

Porém, nesta modalidade, o juiz detém a faculdade de sobrestar o andamento do processo principal, por prazo nunca superior a 90 dias, para julgá-lo juntamente com a oposição.

Eduardo Arruda Alvim<sup>20</sup> denomina de “prejudicialidade externa homogênea” a modalidade da oposição autônoma, por entender que se trata de dois processos distintos, mas com ambas as ações sendo cíveis e com a causa de pedir idêntica ou semelhante, na qual o conhecimento de uma (oposição) prejudica o da outra (ação originária).

---

<sup>19</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 142.

<sup>20</sup> ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Direito processual civil*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 308.

Na verdade, o que se constata por meio da oposição é uma forma simplificada e distinta de reunião de processos ou demandas, que tenham um certo grau de conexão, mas envolvendo uma pluralidade maior de legitimados.

Convém observar que o terceiro detém a faculdade ou de apresentar logo a oposição ou de esperar o desfecho da demanda principal para, só aí, ajuizar uma ação autônoma.

Nesse sentido, Luiz Rodrigues Wambier<sup>21</sup> esclarece:

O terceiro pode ou não fazer uso da oposição para, por meio dela, fazer valer seu direito frente aos opostos. Se preferir, todavia, pode esperar o desfecho da ação em que controvertem A e B para, depois de findo o processo, voltar-se contra aquele a quem coube o bem em torno do qual controvertiam.

Cumpra ainda destacar que, no caso do juiz estar obrigado a julgar a oposição e a ação principal na mesma sentença (oposição interventiva), por força do art. 61 do CPC/1973, o Magistrado deve primeiro se manifestar sobre a oposição para, só depois, caso seja improcedente, se manifestar sobre o objeto da ação principal, já que, pela própria natureza jurídica do instituto (incidente processual), o mesmo tem a possibilidade de interferir na decisão da lide principal.

Este inclusive é o mesmo entendimento da jurisprudência<sup>22</sup>, concluindo que a oposição é uma causa prejudicial, lógica e jurídica da causa originária, caso tenha sido ajuizada antes da audiência de instrução e julgamento.

Convém ressaltar que a oposição não é admitida no rito sumário<sup>23</sup>, na execução de título executivo extrajudicial e, conseqüentemente, na fase

---

<sup>21</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.); TALAMINI, Eduardo; ALMEIDA, Flávio Renato Correia. *Curso avançado de processo civil*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 293.

<sup>22</sup> TJP, AC 1428040/PR, Apelação Cível nº 0142804-0, Rel. Antônio Gomes da Silva, Data de Julgamento: 28.10.2003, 5ª C.Cív.

<sup>23</sup> “Art. 280. No procedimento sumário não são admissíveis a ação declaratória incidental e a intervenção de terceiros, salvo a assistência, o recurso de terceiro prejudicado e a intervenção fundada em contrato de seguro.”



de cumprimento de sentença e no rito dos juizados especiais regido pela Lei nº 9.099/1995<sup>24</sup>.

### 1.3 DA DISCUSSÃO DO DOMÍNIO NO CURSO DA AÇÃO POSSESSÓRIA POR MEIO DA OPOSIÇÃO

Conforme disposto no art. 923 do CPC, é vedado discutir a propriedade no curso de uma ação possessória, a saber: “na pendência de ação possessória é vedado, assim ao autor como ao réu, propor ação de reconhecimento do domínio”.

Seguindo o mesmo entendimento, o Conselho da Justiça Federal elaborou o Enunciado nº 79<sup>25</sup>:

Enunciado nº 79 – art. 1.210: *A exceptio proprietatis*, como defesa oponível às ações possessórias típicas, foi abolida pelo Código Civil de 2002, que estabeleceu a absoluta separação entre os juízos possessório e petitório.

Marcus Vinicius Rios Gonçalves<sup>26</sup> elucida que a interpretação que deve ser atribuída ao art. 923 do CPC/1973 é a mais restritiva possível, não podendo ser admitido no curso da ação possessória qualquer ação de reconhecimento de domínio. Caso venha a ser proposta, a mesma deverá ser imediatamente extinta por ausência de pressuposto processual negativo, podendo inclusive o juiz conhecer de ofício.

Ovídio A. Baptista da Silva<sup>27</sup> elucida que a proibição do acúmulo das ações decorreu da necessidade de se impedir sentenças executivas contraditórias, “uma ordenando que a posse seja restituída ao possuidor e a outra, em sentido inverso, determinando que a mesma posse seja mantida ou restituída ao proprietário”.

Corroborando esse entendimento, a jurisprudência consolidada nos tribunais<sup>28</sup> brasileiros é no sentido de ser vedada a propositura de ação em que

<sup>24</sup> “Art. 10. Não se admitirá, no processo, qualquer forma de intervenção de terceiro nem de assistência. Admitir-se-á o litisconsórcio.”

<sup>25</sup> Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>. Acesso em: 21 jul. 2014.

<sup>26</sup> GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2014. p. 275.

<sup>27</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. Op. cit., p. 216.

<sup>28</sup> TJMG, AC 10416130004086001/MG, Rel. Luiz Carlos Gomes da Mata, Data de Julgamento: 26.06.2014, 13ª C.Cív., Data de Publicação: 04.07.2014; TJBA, AI 00046465820118050000/BA, 0004646-

se discuta o domínio (reivindicatória ou imissão de posse) quando estiver em trâmite uma ação possessória sobre o mesmo bem.

Trazendo para o campo das ações possessórias, podemos vislumbrar uma situação em que o autor da oposição (opoente) intervém por meio da oposição em um processo no qual litigam, pela posse da coisa, autor e réu (opostos). Tratando-se de pedido possessório, não há óbice para a apresentação da oposição, vez que o opoente e os opostos discutem exclusivamente a questão possessória sobre a coisa.

Ressalte-se que não é possível, na oposição, trazer discussão de direito não controvertido na lide existente entre os opostos, ou seja, há uma limitação no objeto da oposição que tem que ficar restringido ao objeto da ação principal.

Ocorre que o opoente pode, em vez de alegar a posse da coisa, alegar o domínio, tornando-se a oposição uma verdadeira ação de cunho petitório. Nessa hipótese, cabe indagar se é possível o recebimento e o processamento da oposição, levando-se em consideração o art. 923 do CPC/1973.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - STJ<sup>29</sup>, considerando a legislação processual em vigor, inclina-se no sentido de ser impossível o recebimento e o processamento da oposição com natureza petitória, tendo em vista a redação imposta pelo art. 923 do CPC.

Os limites da ação de oposição são fixados pela ação originária, o que implica dizer que não se pode, no âmbito da oposição, efetuar discussão acerca de matéria não controvertida pelos opostos na ação principal, no caso, o domínio.

Em sentido oposto, alguns doutrinadores entendem que, quando se tratar de terras públicas, perfeitamente cabível a proposição da oposição, sob a alegação de domínio, já que as partes no processo principal exerciam apenas a detenção do imóvel e não a posse.

Almeida Aguiar<sup>30</sup> segue nesse sentido:

---

58.2011.8.05.0000, Rel<sup>a</sup> Vera Lúcia Freire de Carvalho, Data de Julgamento: 22.10.2012, 1<sup>a</sup> C.Cív., Data de Publicação: 16.11.2012.

<sup>29</sup> REsp 493.927/DF, 3<sup>a</sup> T., Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 18.12.2006; REsp 685.159, (2004/0124113-9), 4<sup>a</sup> T., Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 19.10.2009, p. 1485.

<sup>30</sup> AGUIAR, Eduardo Henrique de Almeida. Possibilidade de ajuizamento de ação de desapropriação como instrumento processual de celeridade ao programa de reforma agrária, mesmo na existência de outras demandas judiciais em trâmite discutindo o domínio público ou privado da área. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 15, n. 2682, 4 nov. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17747>>. Acesso em: 22 jul. 2014.

Assim, em síntese, quando o particular estiver ocupando bem público sem que exista qualquer relação jurídica anterior entre este e o ente público cuja área pertence, trata-se de mera detenção, não possuindo o particular a posse da área. Logo, não detém o particular legitimidade para ajuizar ação visando a proteção possessória, eis que não se trata de possuidor, mas de mero detentor. Nesta hipótese, havendo ocupação da área por trabalhadores rurais, e sendo ajuizada possessória de reintegração de posse por parte do particular detentor, *cabere a oposição pelo INCRA, demonstrando o não cabimento da ação possessória ajuizada pelo particular, e requerendo a sua reintegração na área.* (grifou-se)

Na mesma linha, Kellen Avila<sup>31</sup>, também fazendo destaque que só é pertinente se envolver bens públicos:

*É perfeitamente cabível os entes públicos interviem como oponentes em ação possessória onde litigam particulares, com fundamento no domínio, quando se tratarem de bens públicos, sem que haja ofensa aos arts. 1.210, § 2º, do CC e 923 do CPC, pois o que se pleiteia não é a propriedade, mas a posse do bem público, tese que já vem sendo aceita pelos Tribunais em especial pelo Superior Tribunal de Justiça.* (grifou-se)

Já há julgados em nossos tribunais que permitem a propositura da oposição de domínio no curso da ação possessória. O Superior Tribunal de Justiça, no REsp 780.401-DF<sup>32</sup>, reconheceu que a propositura da oposição de domínio por parte da Fazenda Pública, no curso de demanda possessória, não ofende o comando do art. 923 do Código de Processo.

Percebe-se que, sob a legislação atual, é permitida a oposição, mesmo no curso de uma ação possessória, quando se tratar de terras públicas e o opositor for a Fazenda Pública. A particularidade que legitima a exceção fica por conta da pessoa jurídica de direito público, cujas posse e propriedade ganham tratamento

<sup>31</sup> AVILA, Kellen Cristina de Andrade. A oposição nas ações possessórias em terras públicas. Disponível em: <jus.com.br/artigos/29529/a-oposicao-nas-acoes-possessorias-em-terras-publicas#ixzz38AP4oxZc>. Acesso em: 22 jul. 2014.

<sup>32</sup> REsp 780401/DF, Rel<sup>a</sup> Min. Nancy Andrighi, 3ª T., Julgado em 03.09.2009, DJe 21.09.2009.

privilegiado na legislação pátria, a partir, inclusive, do dogma de que bens públicos não são passíveis de usucapião, a teor, inclusive, dos arts. 183, § 3º, e 191, § 2º, da Constituição da República, que o expressa como excludente das usucapiões urbano e rural, típicos instrumentos da função social da propriedade.

## 2 O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Há sempre uma tendência de que os temas polêmicos sob uma determinada legislação venham a ser revistos e superados por lei posterior, que àquela se sobreponha. Se a assertiva pode até funcionar no âmbito do direito material, sérias dúvidas perduram quando a problemática é processual. A judicialização dos conflitos é seara afeita à multiplicação das interpretações incidentes, gerando, muitas vezes, perplexidade.

De qualquer sorte, retoma-se a temática das ações possessórias e das ações petitórias frente à nova regulamentação processual, em vias de ser adotada no Direito brasileiro.

### 2.1 AÇÃO POSSESSÓRIA E AÇÃO PETITÓRIA: PONTO DE APROXIMAÇÃO

Assim como no Código Buzaid, no novo CPC não houve um tratamento específico para as ações petitórias. As mesmas continuam tendo seu fundamento no direito substancial, nos termos antes expostos (*jus possessionis* e *jus possidendi*), cuja natureza está atrelada ao direito material e respectivas pretensões deduzidas. Tudo o que foi dito além, aqui encontra coro.

Como de tradição, o procedimento a ser adotado é o do processo de conhecimento, enquadrando-se nos arts. 498<sup>33</sup> e 538<sup>34</sup> do novo estatuto, de teor semelhante ao art. 461-A do CPC/1973.

Já as ações possessórias foram transferidas para o Livro III da Parte Especial e que regula o processo de conhecimento, o cumprimento de sentença e os procedimentos especiais, estando expressamente previstas nos arts. 554 a 568. O tratamento dado às ações possessórias individuais não sofreu mudanças significativas. É mantida a fungibilidade entre as ações possessórias, seu caráter

<sup>33</sup> “Art. 498. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará prazo para o cumprimento da obrigação.”

<sup>34</sup> “Art. 538. Não cumprida a obrigação de entregar coisa no prazo estabelecido na sentença, será expedido mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse em favor do credor, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel.”

dúplice, a clássica divisão entre ação possessória de força e força velha, a tutela antecipatória, liminarmente ou após audiência de justificação, bem como a distinção entre esbulho, turbação e ameaça, a gerar comandos de reintegração, manutenção ou inibição à ameaça em sede de interdito proibitório.

Como novidade, foi incluída a regulamentação do litígio coletivo pela posse de imóvel, estabelecendo a indispensabilidade da citação dos demandados, pessoal para aqueles que forem encontrados no local e por edital dos demais, a intervenção do Ministério Público e também da Defensoria Pública quando constatada a hipossuficiência econômica do polo passivo, conforme parágrafos do art. 554, e quando o esbulho ou a turbação houver ocorrido há mais de ano e dia a exigência de o juiz realizar audiência de mediação, inclusive com a intervenção dos órgãos públicos responsáveis pela política agrária e pela política urbana, nos termos do art. 565.

Mas o que mais releva para o presente trabalho é a disposição legal de vedar ação de reconhecimento de domínio na pendência de ação possessória, de seguinte teor:

Art. 557. Na pendência de ação possessória é vedado, assim ao autor como ao réu, propor ação de reconhecimento do domínio, *exceto se a pretensão for deduzida em face de terceira pessoa.*

Parágrafo único. Não obsta à manutenção ou à reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa. (grifou-se).

Pelano velredação, podemos interpretar que o legislador infraconstitucional acabou por permitir que qualquer uma das partes envolvidas no litígio possessório pudesse discutir o domínio do mesmo imóvel, mas com terceira pessoa, alheia ao processo, mantendo, porém, a vedação em relação às partes originárias e principais do processo em curso.

Ou seja, o autor *A* promove ação de reintegração (ou manutenção) contra *B*. Nesta ação, a discussão deverá versar exclusivamente sobre posse *versus* agressão à posse. Não se reconhecerá defesa para obtenção da tutela possessória fundada a pretensão no domínio e nem poderá o réu elidir eventual julgamento de procedência com a tese de que esbulhou ou turbou a posse de *A* porque é proprietário. O parágrafo único (*não obsta à manutenção ou à reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa*) nada mais é que a repetição do § 2º do art. 1.210 do CCB/2002 (*não obsta à manutenção ou reintegração na posse*

a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa) e traduz velha tradição: o possuidor que também é proprietário pode se valer da tutela possessória, mas esta será concedida pela qualidade da posse e, nos termos da Súmula nº 487 do STF, “será deferida a posse a quem evidentemente tiver o domínio, se com base neste for ela disputada” (grifamos), ou seja, quando ambos os contendores discutirem a posse a partir de seus títulos dominiais. Situação completamente diversa daquela que proíbe juízo petitório em sede de juízo possessório, mais por uma questão lógica do que jurídica, como já destacado em item anterior.

Forçoso concluir que, ressalvada a hipótese de debate com terceiro, a vedação de reconhecimento de domínio no seio de ação possessória continua em pleno vigor, como não poderia deixar de ser, pena até de se negar tutela possessória, pois esta não convive com a tutela petitória.

Cumprida, desta feita, problematizar qual a via processual para que o terceiro ingresse na ação possessória, clamando por seu direito dominial, mais precisamente, vindicando o bem litigioso.

Entre as ações que poderiam ser propostas por um terceiro no curso de uma ação possessória, vislumbra-se a possibilidade do terceiro, por meio da oposição, alegar o domínio do bem objeto de disputa pelas partes na ação principal, de natureza possessória.

## 2.2 A NOVEL OPOSIÇÃO

No novo Código de Processo Civil, a oposição deixa de ser tratada no capítulo da intervenção de terceiros, assumindo definitivamente sua natureza jurídica, já reconhecida pela doutrina, de ação, tendo sido deslocada para o Livro III da Parte Especial, que cuida dos procedimentos especiais, sendo disciplinada nos arts. 682 a 686.

Não houve nenhuma mudança no regramento da oposição no novo CPC, ressalvada sua transposição de modalidade de intervenção de terceiro para ação de procedimento especial, como adiante se verá.

Com a futura entrada em vigor do novo CPC, não vislumbramos qualquer óbice para que se possa ajuizar a ação de oposição em casos de ações possessórias, com cunho de pretensão petitória, seja a partir da regra do art. 557, seja pela disciplina de seu procedimento, conforme segue.

O cabimento da oposição vem assim disciplinado: “Art. 682. Quem pretender, no todo ou em parte, a coisa ou o direito sobre que controvertem autor e réu, poderá, até ser proferida a sentença, ofertar oposição contra ambos”.

Seria a hipótese de uma ação de reintegração ou de manutenção em que *A* e *B* controvertem em demanda possessória, o primeiro alegando que foi esbulhado ou turbado em sua posse e o segundo negando essa imputação e alegando ser ele o possuidor. *C*, fundado em título de propriedade, reivindica o bem, voltando-se contra ambos, autor e réu da ação possessória. O amparo para a constituição do cúmulo de ações encontra respaldo no texto legal e não agride a logicidade defendida pela vedação. Uma coisa é não aniquilar a tutela possessória por força da tutela petitória, outra coisa é reconhecer que dois litigantes que entre si disputam a tutela possessória a ela não fazem jus porque o terceiro é titular de um direito que se sobrepõe, o de propriedade ou, ainda, um direito à propriedade.

No exemplo teórico, estão preenchidas as condições e os elementos da ação de oposição, não havendo óbice para que o terceiro dela se utilize, tendo como objeto o reconhecimento da propriedade do bem imóvel em que é discutida a posse por outras duas pessoas.

Dispõe o art. 683 que *o oponente deduzirá seu pedido em observação aos requisitos exigidos para propositura da ação*. Regra comezinha de natureza procedimental para atender os requisitos da petição inicial, notoriamente repetida em sede de procedimentos especiais.

Após a propositura da oposição, a mesma deverá ser distribuída por dependência, conforme determina o parágrafo único do art. 683, ou seja, no foro da ação possessória, o que atende a reunião de feitos conexos que se faz presente. Segue-se, de acordo com o seu parágrafo único, a citação do autor e do réu da ação originária, por meio de seus advogados, como já é da tradição da oposição, abrindo-se o prazo de 15 dias para contestar.

O reconhecimento da procedência da pretensão por um dos réus, conforme art. 684, autoriza que o prosseguimento da oposição seja exclusivamente em relação ao réu resistente, como, aliás, o art. 58 do CPC/1973 dispõe, também aqui nada se inovando.

Pelo art. 685, dispõe-se sobre o processamento da oposição, em autos apartados, mas pensados à ação principal, e o julgamento conjunto dos dois feitos, isso para evitar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias, caso sejam decididas separadamente, em atenção ao que reza o § 3º, art. 55, do novel estatuto.

Seria contraproducente o terceiro aguardar, por vários anos às vezes, o término da lide em que o objeto é discutido para, posteriormente, propor a

demanda de domínio em face daquele que adquiriu a posse da coisa, adequando-se, também por essa razão, a oposição do titular de domínio às ações possessórias.

Ademais, a alteração legislativa ora analisada está em consonância com o princípio da economia processual e do acesso à Justiça<sup>35</sup>, pois, além de permitir o ajuizamento da ação por parte de um terceiro, garantindo assim seu direito de provocar o Judiciário, permite que duas ações sejam julgadas em uma única sentença, eliminando a prática de diversos atos processuais, reduzindo custos.

O parágrafo único do art. 685 repete a regra da oposição até então conhecida como autônoma, expressão que nos parece estar alijada da nova redação, pois, em qualquer situação temporal de ajuizamento, a oposição é ação autônoma. De qualquer sorte, abarca a hipótese de a oposição ser promovida quando já iniciada a audiência de instrução. Nesse caso, cumpre ao juiz ou suspender o curso do processo originário ao fim da produção de prova (isto é, apenas não lança sentença) ou, concluindo que a unidade da instrução atende ao princípio da duração razoável do processo, mantém a reunião para instrução conjunta, suspendendo a produção da prova já iniciada.

Dessa forma, diante de todo o exposto, percebe-se que não haverá qualquer impedimento para o ajuizamento da oposição a uma ação possessória, uma vez que o terceiro estará exercendo seu direito de ação agora devidamente assegurado pelo art. 557 do novo Código de Processo Civil, sem qualquer ofensa à tutela possessória e sua independência.

Se de um lado mantém-se intacta a preservação das duas distintas tutelas – possessória e petitória –, de outro se estabelece um ponto de aproximação, que é o ingresso de um terceiro, autor da oposição, reclamando a coisa base no domínio.

O risco, porém, desta abertura processual é o fraudulento manejo da segunda ação, seja em favor do autor, seja em favor do réu do feito originário, que dela poderá se valer para beneficiar um ou outro, base em uma titulação armada. Contudo, assim como a jurisprudência já reconheceu situações, embora muito pontuais e em favor da Fazenda Pública conforme julgados antes colecionados, possibilitando que um terceiro discuta o domínio em face dos litigantes da ação possessória, não há fundamentos legais ou racionais para deixar de estender essa abertura também ao particular proprietário. De qualquer sorte, a regra do

<sup>35</sup> No novo CPC, o acesso à Justiça, garantido constitucionalmente, passa a ser expressamente previsto no art. 3º: “Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”.



art. 142<sup>36</sup> do novo estatuto, repetindo o teor do art. 129 do CPC/1973, portanto de tradição do processo civil, outorga ao juiz poderes para impedir e sancionar o uso indevido do processo.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Discorreu-se, na presente pesquisa, de forma sintética e objetiva, as diversas características das ações petitórias e possessórias, bem como os fundamentos para manter tais tutelas independentes. A partir de então, analisaram-se os impactos que poderiam surgir com a introdução do art. 554 do novo Código de Processo Civil no nosso ordenamento jurídico, principalmente no que diz respeito à possibilidade de se discutir o domínio no curso de uma ação possessória, limitando a hipótese à discussão com terceira pessoa.

Tem-se, assim, que a proibição não mais se mantém como absoluta, podendo, em certos casos, como na oposição, ser ajuizada ação petitória na pendência da possessória, desde que promovida por terceira pessoa. A opção pela oposição se dá em razão, igualmente, de que esta passou a ser tratada no novo estatuto processual como ação autônoma, incluída no rol dos procedimentos especiais.

Nestes casos, por uma questão de economia processual, eventual terceiro, titular de um direito dominial, não carece esperar o final do trâmite da ação possessória para poder procurar em juízo a tutela do seu direito de propriedade, oposto frente aos litigantes que digladiam sobre a posse do mesmo bem.

Entretanto, cumpre ressaltar que Poder Judiciário brasileiro, com parcimônia, deverá verificar se, no caso concreto, há realmente um terceiro interessado ou se trata de uma fraude processual com o intuito de burlar a eficácia das ações possessórias.

Por fim, denota-se que a introdução do art. 557 do novo Código no ordenamento jurídico pátrio veio a flexibilizar o ingresso em juízo do terceiro interessado, estando assim em consonância com o art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988.

---

<sup>36</sup> “Art. 142. Convencendo-se, pelas circunstâncias da causa, 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 de litigância de má-fé.”

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Eduardo Henrique de Almeida. Possibilidade de ajuizamento de ação de desapropriação como instrumento processual de celeridade ao programa de reforma agrária, mesmo na existência de outras demandas judiciais em trâmite discutindo o domínio público ou privado da área. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 15, n. 2682, 4 nov. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17747>>. Acesso em: 22 jul. 2014.

ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Direito processual civil*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

AVILA, Kellen Cristina de Andrade. A oposição nas ações possessórias em terras públicas. Disponível em: <[jus.com.br/artigos/29529/a-oposicao-nas-acoes-possessorias-em-terras-publicas#ixzz38AP4oxZc](http://jus.com.br/artigos/29529/a-oposicao-nas-acoes-possessorias-em-terras-publicas#ixzz38AP4oxZc)>. Acesso em: 22 jul. 2014.

BAHIA. Tribunal de Justiça, AI 00046465820118050000/BA, 0004646-58.2011.8.05.0000, 1ª C.Cív., Relª Vera Lúcia Freire de Carvalho, Data de Julgamento: 22.10.2012, Data de Publicação: 16.11.2012.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça, REsp 493.927/DF, 3ª T., Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 18.12.2006.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça, REsp 685.159, (2004/0124113-9), 4ª T., Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 19.10.2009.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça, REsp 780401/DF, 3ª T., Relª Min. Nancy Andrighi, Julgado em 03.09.2009, DJe 21.09.2009.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. III, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2014.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

INOCÊNCIO, Antônio Ferreira. *Ação de usucapião e ação de retificação de área e de alteração de divisas no registro imobiliário*. Bauru/SP: Jalovi, 1980.

MINAS GERAIS. TJMG, AC 10416130004086001/MG, 13ª C.Cív., Rel. Luiz Carlos Gomes da Mata, Data de Julgamento: 26.06.2014, Data de Publicação: 04.07.2014.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Processual civil: técnicas e procedimento*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PARANÁ. Tribunal de Justiça, AC 1428040/PR, Apelação Cível nº 0142804-0, 5ª C.Cív., Rel. Antônio Gomes da Silva, Data de Julgamento: 28.10.2003.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça, Apelação Cível nº 70049799190, 18ª C.Cív., Rel. Pedro Celso Dal Pra, Julgado em 06.09.2012.

SENADO FEDERAL. Substitutivo da Câmara dos Deputados nº 8.046, de 2010. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=116731](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=116731)>. Acesso em: 4 out. 2014.

SANTOS, Moacyr Amaral Santos. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Procedimentos especiais: exegese do Código de Processo Civil (arts. 890 a 981)*. Rio de Janeiro: Aide, 1989.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: procedimentos especiais*. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. III, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.); TALAMINI, Eduardo; ALMEIDA, Flávio Renato Correia. *Curso avançado de processo civil*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

# A DESTITUIÇÃO DA ADOÇÃO - UM CAMINHO A SER REPENSADO NAS ADOÇÕES DESASTROSAS

*ADOPTION OF DISMISSAL - A WAY IN ADOPTIONS BE RETHOUGHT DISASTROUS*

**Fábio Alberto de Lorenzi<sup>1</sup>**

Professor da Universidade do Oeste do Estado do Paraná – UNIOESTE – Campus de Francisco Beltrão/PR

**Elimar Szaniawski<sup>2</sup>**

Professor da Universidade Federal do Paraná – UFPR

**RESUMO:** O estudo aqui apresentado tem por finalidade promover a análise e reflexão acerca do tema adoção, mormente no sentido de conhecer um pouco do seu histórico, sua evolução e seus ordenamentos jurídicos vigentes em nosso País, inclusive fazendo um breve relato a respeito dos princípios de direito que o norteiam, bem como justificar sua irrevogabilidade como regra geral. Entretanto, também cabe aqui mencionar que, em situações especialíssimas, poderão existir hipóteses para se pensar em sua revogação. Para tanto, referido artigo é

dividido em seis partes. A primeira cuida de alguns aspectos da evolução histórica e jurídica da adoção no Brasil. A segunda parte relata a respeito dos ordenamentos jurídicos da adoção no Brasil após a Constituição de 1988, tais como o Código Civil brasileiro de 2002, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), A Lei nº 12.010/2009 – Lei da Adoção. A terceira parte trata de explicar alguns dos princípios de direito inerente ao instituto da adoção, principalmente aqueles que servem como base para a proteção do menor. A quarta parte trata de relatar a despeito dos fundamentos

---

<sup>1</sup> Advogado, Mestre em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá (Unesa - RJ), Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Membro do Núcleo de Pesquisa em Direito Público do Mercosul (NUPESUL), Membro do Grupo de Pesquisa em direitos Humanos (GPDH).

<sup>2</sup> Advogado, Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná, Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR).

da irrevogabilidade da adoção. A quinta parte busca demonstrar que, às vezes, ou seja, em situações especialíssimas, a não aplicabilidade da irrevogabilidade da adoção pode ser o melhor remédio para se preservar outros direitos fundamentais do ser humano, notadamente quanto a sua dignidade, o seu direito à personalidade, o seu melhor interesse e até para evitar danos futuros em seu desenvolvimento como ser humano. Por fim, a última parte se refere à conclusão do trabalho, que tem como escopo apontar algumas considerações a despeito do instituto da adoção, mormente no que se refere à possibilidade excepcional da revogabilidade da adoção.

**PALAVRAS-CHAVE:** Adoção; irrevogabilidade; dignidade humana; direito à personalidade; destituição; melhor interesse da criança ou do adolescente.

**ABSTRACT:** *The study presented here is to promote the analysis and reflection on the theme adoption, especially in order to learn a little about its history, its evolution and its current legal system in our country, including making a brief report about the principles of law that guide and justify its irrevocability as a general rule. However, also mention that in very special situations there may be chances to think about its revocation. Therefore, that article is divided into six parts. The first takes care of some aspects of the historical and legal evolution of adoption in Brazil. The second part reports about the legal systems of adoption in Brazil after the 1988 Constitution, such as the Brazilian Civil Code of 2002, the Statute of Children and Adolescents (ECA), Law 12.010/2009 – Adoption Law. The third part deals with explaining some of the principles of law inherent in the adoption of the institute, especially those that serve as a basis for the protection of minors. The fourth part deals with reporting regardless of the grounds of irrevocability of adoption. The fifth part seeks to show that sometimes, that is, in very special situations the non-applicability of the adoption of irrevocability may be the best remedy for preserving other fundamental rights of the human being, especially as their dignity, the right personality, their best interest and even to prevent future damage to your development as a human being. Finally, the last part refers to the termination of the work is scoped to point out some considerations despite the adoption of the Institute, particularly as regards the exceptional possibility of revocability of adoption.*

**KEYWORDS:** *Adoption; irrevocability; human dignity; the right personality; impeachment; best interests of the child or adolescent.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Alguns aspectos histórico-jurídicos da adoção no Brasil; 2 Os ordenamentos jurídicos da adoção no Brasil após a Constituição de 1988; 3 Alguns princípios de direito inerentes à adoção; 4 A irrevogabilidade da adoção; 5 A destituição da adoção: um caminho a ser pensado nas adoções desastrosas; Conclusão; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 Some historical aspects - legal adoption in Brazil; 2 The legal systems of adoption in Brazil after the 1988 Constitution; 3 Some legal principles inherent*

*in adoption; 4 The finality of adoption; 5 The removal of adopting a path to be thought of the disastrous adoptions; Conclusion; References.*

## INTRODUÇÃO

O assunto adoção é instigante, sendo que, para alguns, pode ser considerado simplesmente um ato de amor ao próximo; para outros pode ser a superação da frustração de não poder gerar um filho biológico; e já para outros simplesmente uma atitude desesperada de tentar manter um casamento que está em ruínas, mas também pode ser uma escolha consciente. É exatamente aqui que se espera que referido instituto tenha sua finalidade, notadamente porque se espera que a adoção permita para a criança ou adolescente um lar em que encontre carinho, afeto, compreensão, proteção e, acima de tudo, o sentimento de pertencimento a uma família.

Assim sendo, o que se pretende no presente artigo é inicialmente relatar aspectos histórico-jurídicos da adoção no Brasil, apresentando um pouco do referido instituto a fim de que se possa em nossa atualidade melhor compreendê-lo. Na sequência do assunto, o objetivo é apresentar os ordenamentos jurídicos adotados em nosso País após a CF/1988, bem como os seus efeitos perante a vida das partes envolvidas em uma adoção.

Saliente-se que se pretende também trabalhar com alguns dos princípios que fazem parte do dia a dia do Direito de Família, mormente os mais relacionados com o instituto da adoção, dado o fato de que, em tal assunto, há grande presença deles para amparar as crianças e os adolescentes no sentido de proporcionar-lhes mais segurança, respeito e dignidade em um momento tão especial de suas vidas, uma vez que com a adoção passam a ter uma nova esperança de vida, notadamente no seio de uma família.

Desta forma, ainda se pretende demonstrar no referido artigo a questão da adoção e o seu caráter de irrevogabilidade. Assim, partindo do pressuposto de que o Direito não pode se afastar do mundo real e para tanto deve se desenvolver no sentido de buscar soluções para os conflitos concretos, tem-se questionado a despeito de tal irrevogabilidade da adoção como melhor forma de proteção ao adotado, uma vez que, em algumas situações específicas, tem-se pensando que a destituição da adoção pode vir a ser o melhor remédio para esse indivíduo que tanto sofreu em sua vida.

Portanto, é neste aspecto que se pretende finalizar referido trabalho, ou seja, refletir a despeito de que, em algumas situações especialíssimas, a nulidade

da sentença de adoção com sua consequente destituição é o melhor caminho para tentar juntar os “pedaços” de uma adoção que se mostrou totalmente desastrosa.

## **1 ALGUNS ASPECTOS HISTÓRICO-JURÍDICOS DA ADOÇÃO NO BRASIL**

No Brasil, a adoção tem sua história voltada desde o tempo da colonização, uma vez que naquela época a adoção tinha um sentido de caridade cristã em que os mais ricos prestavam ajuda aos mais pobres. Assim, as famílias com condições financeiras criavam no interior de suas casas os filhos daqueles que não tinham condições de criá-los e, em contrapartida, tinham mão de obra gratuita, já que esses filhos de “criação” ajudavam em todos os afazeres domésticos. Portanto, naquela época, o instituto da adoção não estava ligado ao interesse de zelar e cuidar da criança que fora abandonada pelos seus pais biológicos, mas sim de ter uma forma de trabalho barato, até porque também naquela época eram tratados sempre de forma distinta dos filhos biológicos<sup>3</sup>.

A adoção, no Brasil, de forma legal fora introduzida a partir das Ordenações Filipinas, uma vez que em 22.09.1828 foi promulgada uma lei, baseada no Direito romano, sendo que todo o procedimento para adoção deveria ser feito de forma judicial. Posteriormente surgem outros dispositivos legais, tais como o Decreto nº 181, de 24.01.1890, a Consolidação das Leis Civas, de Teixeira Freitas, e a nova Consolidação das Leis Civas, de Carlos de Carvalho, publicada em 1915. Entretanto, com o Código Civil de 1916 é que pela primeira vez se sistematiza e disciplina todo o instituto da adoção, por meio de onze artigos (368 a 378)<sup>4</sup>.

Mister se faz ressaltar que referido instituto apenas visava atender aos interesses dos adotantes. Na versão original do Código Civil de 1916, os requisitos para adotar eram bastante limitados, posto que só poderia adotar quem tivesse mais de 50 anos de idade e não possuísse filhos legítimos. A adoção em conjunto só era permitida se o homem e a mulher fossem casados<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> MAUX, Ana Andréa Barbosa; DUTRA, Elza. A adoção no Brasil: algumas reflexões. Rio de Janeiro: UERJ. 2010. Disponível em: <<http://www.revispsi.uerj.br/v10n2/artigos/pdf/v10n2a05.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2014.

<sup>4</sup> CUNHA, Tainara Mendes. A evolução histórica do instituto da adoção. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 30 nov. 2011. Disponível em: <[www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-civil/211912](http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-civil/211912)>. Acesso em: 18 jul. 2014.

<sup>5</sup> JÜRGENS, Ana Luiza de Bragança. Adoção: paradigmas da contemporaneidade à luz do princípio do melhor interesse da criança. Curitiba: UFPR. 2009. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/>>

O Código Civil de 1916, notadamente no art. 378, relatava que os direitos e deveres resultantes do parentesco natural não se extinguíam pela adoção, exceto o pátrio poder, que se transferia do pai natural para o pai adotivo<sup>6</sup>.

No ano de 1957, o Código Civil de 1916 sofreu algumas alterações em razão da Lei nº 3.133, sendo que trouxe uma nova concepção para a adoção, notadamente porque, se antes a finalidade era atender ao interesse do adotante, de trazer para a sua família e na condição de filho uma pessoa estranha, agora a adoção passou a ter um outro objetivo, o assistencial, que consistia principalmente de ser um meio de melhorar a condição do adotado. Isto tudo sem falar que, com tal modificação, o casal adotante não precisaria não ter mais filhos, o que acaba por abandonar a ideia de que somente os casais estéreis poderiam adotar<sup>7</sup>.

Em 1965, a Lei nº 4.655 introduziu no referido instituto de adoção a chamada “*legitimação adotiva*”, na qual se estabeleceu de uma vez por todas o vínculo de parentesco de primeiro grau, em linha reta entre adotado e adotante, em que o adotado definitivamente se desligava da família biológica, inclusive por meio da sentença judicial de adoção já poderia ser feito no registro civil a anotação do mesmo como se filho natural fosse dos adotantes<sup>8</sup>.

Em 1979, com advento do Código de Menores – Lei nº 6.697/1979, fora incorporada na adoção duas modalidades, uma chamada de “*simples*”, que consistia para regularizar crianças em situação irregular, notadamente os “*delinquentes*” e os “*abandonados*”, os quais dependiam de uma autorização judicial, sendo que na sequência se fazia uma alteração na sua certidão de nascimento. A outra modalidade chamada de “*adoção plena*”, a qual trazia como maior consequência o rompimento de todo e qualquer vínculo com a família sanguínea<sup>9</sup>.

---

dspace/bitstream/handle/1884/31041/Ana%20Luiza%20Braga%20Jurgens.pdf?sequence=1>. Acesso em: 18 jul. 2014.

<sup>6</sup> CUNHA, Tainara Mendes. A evolução histórica do instituto da adoção. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 30 nov. 2011. Disponível em: <[www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-civil/211912](http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-civil/211912)>. Acesso em: 18 jul. 2014.

<sup>7</sup> Idem.

<sup>8</sup> CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat; ANDRADE, Nilda Siqueira. Ponderação de interesses e “irrevogabilidade” da adoção. Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/orgaos/caocc/dirfamilia/artigos/pond.interesses.e.irrevog.adocao.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2014.

<sup>9</sup> SENADO FEDERAL. História da adoção no mundo. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/contexto-da-adocao-no-brasil/historia-da-adocao-no-mundo.aspx>>. Acesso em: 18 jul. 2014.



Por fim, no que tange a alguns aspectos histórico-jurídicos da adoção no Brasil, deve ser dito que até a CF/1988 persistiu na lei a distinção entre filhos legítimos e adotados, sendo que somente de acordo com o art. 227 da CF/1988 é que se igualou pelo menos juridicamente os filhos havidos ou não da relação de casamento ou por adoção, proibindo-se quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação<sup>10</sup>.

## 2 OS ORDENAMENTOS JURÍDICOS DA ADOÇÃO NO BRASIL APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Conforme dito anteriormente, a CF/1988 fora o primeiro ordenamento jurídico brasileiro a terminar com a distinção entre filhos legítimos e adotados, bem como fora a primeira legislação nacional a trazer uma doutrina baseada na proteção e nos interesses do menor<sup>11</sup>. Tal fato ocorreu principalmente em razão do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, posto que nossa Carta Magna também reconheceu a criança e o adolescente como sujeitos de direito, garantindo a prioridade no atendimento de seus direitos por se tratarem de pessoas em desenvolvimento e estabelecendo a doutrina da proteção integral e o princípio do melhor interesse da criança<sup>12</sup>.

Importante destacar que há muito a Constituição Federal deixou de ser reconhecida meramente como uma Carta Política, uma vez que passou a ser a mais importante norma jurídica de nosso País, totalmente dotada de imperatividade. Aliás, para Bonavides<sup>13</sup>, os princípios estatuídos na Constituição, agora denominados de princípios constitucionais, tornam-se as normas supremas de todo o ordenamento jurídico, servindo de pautas ou critérios por excelência para avaliação de todos os conteúdos constitucionais e infraconstitucionais, rodeadas

---

<sup>10</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 2 set. 2014.

<sup>11</sup> SENADO FEDERAL. História da adoção no mundo. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/contexto-da-adocao-no-brasil/historia-da-adocao-no-mundo.asp>>. Acesso em: 18 jul. 2014.

<sup>12</sup> BRAUNER, Maria Cláudia Crespo; ALDROVANDI, Andréa. Adoção no Brasil: aspectos evolutivos do instituto no direito de família. *Juris*, Rio Grande, 15: 7-35, 2010. Disponível em: <<http://www.seer.furg.br/juris/article/view/3214/1872>>. Acesso em 22 jul. 2014.

<sup>13</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 260-261.

de prestígio e de hegemonia que se confere às normas inseridas na Lei das Leis, convertendo-se inclusive em norma *normarum*, ou seja, normas das normas.

Em razão desta supremacia de nossa constituição, observa-se que ela não deixou de consagrar em especial a proteção da família, reconhecendo a sua importância na formação de pessoas<sup>14</sup>, o que de fato “respinga” no campo da filiação, mormente na extinção plena de eventuais diferenças entre filhos, adentrando, portanto, nos aspectos da adoção, notadamente no sentido de proporcionar ao adotado a plena satisfação como pessoa humana e como membro pertencente a uma família.

Depois da CF/1988 adveio o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/1990, que, no tocante à adoção, acabou eliminando suas espécies (simples e plena), sendo unificadas em uma só, não existindo mais adoção com efeitos limitados, pois se tornou única, irrevogável e com vínculo pleno de filiação com o(s) adotante(s), com exceção do impedimento matrimonial. Com o Código Civil de 2002, não houve grandes alterações na adoção, sendo que apenas se reforçou a ideia do ECA de irrevogabilidade da adoção e a extensão dos laços familiares ao adotado<sup>15</sup>.

No ano de 2009 surgiu a Lei nº 12.010, chamada de “Lei Nacional da Adoção”, que alterou parte do ECA, bem como revogou boa parte dos artigos que regulam a adoção no Código Civil e na CLT, sendo que sua alteração mais visível fora a unificação do prazo de licença maternidade para a adoção, a qual passou a ser de 120 dias independentemente da idade da criança<sup>16</sup>, bem como acrescentou alguns aspectos da adoção internacional, uma vez que incorporou alguns dispositivos da Convenção de Haia<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> JÜRGENS, Ana Luiza de Bragança. Adoção: paradigmas da contemporaneidade à luz do princípio do melhor interesse da criança. Curitiba: UFPR. 2009. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/handle/1884/31041/Ana%20Luiza%20Braga%20Jurgens.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 22 jul. 2014.

<sup>15</sup> Idem.

<sup>16</sup> BRAUNER, Maria Cláudia Crespo; ALDROVANDI, Andréa. Adoção no Brasil: aspectos evolutivos do instituto no direito de família. Juris, Rio Grande, 15: 7-35, 2010, Disponível em: <<http://www.seer.furg.br/juris/article/view/3214/1872>>. Acesso em: 25 ago. 2014.

<sup>17</sup> JÜRGENS, Ana Luiza de Bragança. Adoção: paradigmas da contemporaneidade à luz do princípio do melhor interesse da criança. Curitiba: UFPR. 2009. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/handle/1884/31041/Ana%20Luiza%20Braga%20Jurgens.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 25 ago. 2014.

### 3 ALGUNS PRINCÍPIOS DE DIREITO INERENTES À ADOÇÃO

#### 3.1 DA DIGNIDADE HUMANA

Na visão de Szaniawski temos que a dignidade humana se reflete atualmente sob dois aspectos: o primeiro no sentido de proteção da pessoa humana no que tange a sua integridade física e mental, e no segundo, em uma visão mais ampla, a qual confere ao indivíduo “[...] o direito à autodeterminação, consubstanciado no direito de ir e vir, de escolher um local para viver e de levar a vida como melhor lhe apraz, segundo o efetivo exercício da cidadania”. Aliás, o mesmo autor completa dizendo que o conceito de dignidade humana é fluído, multidisciplinar e multifacetário, inclusive se confundindo com o próprio conceito de personalidade, sendo definida como um atributo da pessoa humana<sup>18</sup>.

Registre-se também que princípio da Dignidade da Pessoa Humana segundo o pensamento de Barroso:

O princípio da dignidade humana identifica um espaço de integridade a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independente da crença que se professe quanto à sua origem. [...]. Ele representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar.<sup>19</sup>

Cambi já relata que o princípio da dignidade da pessoa humana funciona como um vetor-mor da hermenêutica jurídica, podendo-se afirmar que, na dúvida entre a proteção de dois direitos fundamentais contrapostos, deve ser preservado aquele que melhor atenda à dignidade da pessoa humana<sup>20</sup>.

Sarlet aduz que referido princípio nada mais é do que

<sup>18</sup> SZANIAWSKI, Elimar. *Direito de personalidade e sua tutela*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005. p. 140.

<sup>19</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 252.

<sup>20</sup> CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Disponível em: <<http://www.panoptica.org/fevereiro2007pdf/1Neoconstitucionalismoeneoprocessualismo.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2011.

o reduto intangível de cada indivíduo e, neste sentido, a última fronteira contra quaisquer ingerências externas. Tal não significa, contudo, a impossibilidade de que se estabeleçam restrições aos direitos e garantias fundamentais, mas que as restrições efetivadas não ultrapassem o limite intangível imposto pela dignidade da pessoa humana.<sup>21</sup>

Ainda Sarlet, em uma conceituação mais ampla e analítica, diz que o princípio da dignidade humana pode ser definido como “uma qualidade intrínseca e distinta de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade”, sendo, portanto, um complexo de direitos e obrigações essenciais que assegure ao ser humano proteção contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, afim de que lhe possa proporcionar garantias e condições existenciais mínimas para uma vida saudável e adequada dentro de uma comunhão com os demais seres vivos<sup>22</sup>.

Por fim, quanto ao princípio da dignidade humana, é importante destacar que, no campo do Direito de Família, ele tem suma relevância, uma vez que a pessoa humana assumiu o núcleo axiológico das relações familiares, tendo como cerne a dignidade humana. Aliás, deve-se partir da ideia de que todos os institutos jurídicos deverão ser interpretados à luz do princípio da dignidade humana, principalmente no que toca à nova conceituação e funcionalização da família que deve partir da plenitude da realização da dignidade e da personalidade de cada um de seus membros. Assim, tem-se que a família passou a ter sentido a partir da concretização da dignidade das pessoas que a compõem, independentemente do modelo de família que existe nos dias de hoje<sup>23</sup>.

### 3.2 DA CONVIVÊNCIA FAMILIAR

Já no que tange ao princípio da convivência familiar, inicialmente deve-se dizer para uma melhor compreensão deste que o conceito de família sofreu algumas alterações nos últimos anos e, neste sentido, Fachin relata que, com o

<sup>21</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 124.

<sup>22</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 62.

<sup>23</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Boletim do IBDFam*. Belo Horizonte, IBDFam, jul./ago. 2005. p. 10.

advento da CF/1988, a família passou a ter relações de afeto, de solidariedade e de cooperação. E completa seus dizeres: “[...] a concepção eudemonista da família: não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade”<sup>24</sup>. Ainda neste mesmo norte, tem-se que a entidade familiar é o primeiro lugar no qual convive o ser humano, local esse que certamente servirá de primeira referência para que o indivíduo possa se desenvolver e incorporar valores morais e éticos, bem como ter suas primeiras experiências afetivas, sociais e de membro de uma comunidade<sup>25</sup>.

Assim sendo, partindo do pressuposto de que a família é essencial para o desenvolvimento de cada ser humano, inegável então dizer que toda criança e adolescente tem direito à convivência familiar; tanto é que Hironaka sustenta que a convivência familiar se reflete na importância para o indivíduo, principalmente para aqueles que estão em formação (crianças e o adolescente), no sentido de pertencimento, ou seja, fazer parte daquele lugar onde se possa integralizar sentimentos, sensações de esperança, agregação de valores éticos e morais, enfim, de membro de um projeto cujo núcleo é a família<sup>26</sup>.

### 3.3 MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E/OU DA PROTEÇÃO INTEGRAL

No que se refere ao princípio do melhor interesse da criança e/ou da proteção integral, antes de tudo deve ser dito que alguns doutrinadores tendem a colocá-los de forma distinta. Contudo, entende-se neste momento que podem ser vistos sobre um mesmo aspecto. Assim, tem-se que o seu embasamento legal no art. 227, *caput*, da CF/1988, bem como o ECA, notadamente nos seus arts. 3º e 4º, reforça a justificativa de que toda criança e todo adolescente deve gozar de todos os direitos inerentes à pessoa humana, sem prejuízo de sua proteção

<sup>24</sup> FACHIN, Luiz Edson. Inovação e tradição do direito de família contemporâneo sob o novo Código Civil brasileiro. p. 23-24. Disponível em: <<http://anima-opet.com.br/pdf/anima3-Luiz-Edson-Fachin.pdf>>. Acesso em: 1º set. 2014.

<sup>25</sup> LÔBO, Paulo. Do poder familiar. p. 2/2. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 11, n. 1057, 24 maio 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8371>>. Acesso em: 1º set. 2014.

<sup>26</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. Disponível em: <[http://www.jusnews.com.br/portal/index.php?option=com\\_content&task=view&id=43](http://www.jusnews.com.br/portal/index.php?option=com_content&task=view&id=43)>. Acesso em: 2 set. 2014.

integral, a fim de facilitar o seu desenvolvimento, inclusive com plena liberdade e dignidade<sup>27</sup>.

Aliás, referido princípio trata-se da base de todos os direitos inerentes à criança e ao adolescente, notadamente porque visa retirá-los de qualquer situação que os coloquem em risco, seja quanto a sua integridade física, moral, ou intelectual, inclusive podendo-os colocar em famílias substitutas, as quais passam a lhes proporcionarem as condições necessárias para o pleno desenvolvimento em todos os seus aspectos<sup>28</sup>.

Desta forma, pode-se dizer que referido princípio visa uma prioridade absoluta no sentido de proteção das crianças e dos adolescentes quanto “às inadequações e erros do mundo adulto”<sup>29</sup>. E diga-se mais, tal princípio posiciona expressamente as crianças e os adolescentes como sujeitos de direitos, os quais se tornam detentores de várias garantias individuais, da mesma forma que os adultos, inclusive com todo o rol descrito na Constituição e ainda com direito a uma proteção “extra”, tendo em vista tratar-se de seres humanos em desenvolvimento<sup>30</sup>.

Tartuce relata que nosso Código Civil, em dois dispositivos, acaba por reconhecer esse princípio de forma implícita, sendo os arts. 1.583 e 1.584, os quais têm como teor a menção de que, em situação de dissolução do vínculo conjugal, será sempre atendido o melhor interesse da criança, sendo que a guarda deverá ser atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la. Registre-se aqui que a expressão “melhores condições” constitui uma “cláusula geral, uma janela aberta deixada pelo legislador para ser preenchida pelo aplicador do Direito” em cada caso concreto<sup>31</sup>.

<sup>27</sup> BRASIL. Lei nº 8.069/1990 - ECA. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)>. Acesso em: 2 set. 2014.

<sup>28</sup> PRESOT, Regiane Sousa de Carvalho. A irrevogabilidade da adoção: Um direito humano. Revista Internacional de Direito e Cidadania, n. 13, p. 87-94, jun. 2012. Disponível em: <[http://www.reid.org.br/arquivos/00000306-08-regiane\\_reid-13.pdf](http://www.reid.org.br/arquivos/00000306-08-regiane_reid-13.pdf)>. Acesso em: 2 set. 2014.

<sup>29</sup> Idem.

<sup>30</sup> JÜRGENS, Ana Luiza de Bragança. Adoção: paradigmas da contemporaneidade à luz do princípio do melhor interesse da criança. Curitiba: UFPR. 2009. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/handle/1884/31041/Ana%20Luiza%20Braga%20Jurgens.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 2 set. 2014.

<sup>31</sup> TARTUCE, Flávio. Novos princípios do direito de família brasileiro. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&totalPage=2>>. Acesso em: 2 set. 2014.

Ressalta-se que o princípio da proteção integral e/ou do melhor interesse da criança foi previsto no art. 3º da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, que assim reza: “Todas as decisões relativas a crianças, adotadas por instituições públicas ou privadas de proteção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão primacialmente em conta o interesse superior da criança”<sup>32</sup>.

Portanto, sob a ótica do artigo supramencionado da Convenção Internacional sobre os direitos da criança, tem-se que tal princípio surge como o da prioridade imediata em favor da criança, tendo um caráter de aplicação universal<sup>33</sup>.

### 3.4 IGUALDADE ENTRE OS FILHOS

No que tange ao princípio da igualdade entre filhos, mister se faz ressaltar que a CF/1988, por meio do art. 227, § 6º, de uma vez por todas sepultou qualquer possibilidade de discriminação entre os filhos naturais (concebidos via método natural) e os filhos havidos por meios artificiais (fertilização *in vitro* ou inseminação artificial), ou ainda os filhos de adoção, ou ainda aqueles decorrentes ou não da relação de casamento<sup>34</sup>.

Insta mencionar ainda que, além do Texto Constitucional, o próprio Código Civil, em seu art. 1.596, apresenta a mesma redação a respeito da igualdade entre os filhos. Assim sendo, esses dois ordenamentos jurídicos pátrios regulamentam especificamente a isonomia constitucional, ou igualdade em sentido amplo, o que permite dizer que não se pode mais utilizar as expressões filho adulterino ou filho incestuoso, e também filho espúrio ou filho bastardo, uma vez que todas são discriminatórias. Aliás, tal isonomia constitucional e infraconstitucional acaba por repercutir também no campo patrimonial quanto no pessoal, uma vez que não se admite mais qualquer forma de distinção jurídica<sup>35</sup>.

<sup>32</sup> BRASIL. Convenção Internacional sobre os direitos da criança. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm)>. Acesso em: 2 set. 2014.

<sup>33</sup> PRESOT, Regiane Sousa de Carvalho. A irrevogabilidade da adoção: Um direito humano. Revista Internacional de Direito e Cidadania, n. 13, p. 87-94, jun. 2012. Disponível em: <[http://www.reid.org.br/arquivos/00000306-08-regiane\\_reid-13.pdf](http://www.reid.org.br/arquivos/00000306-08-regiane_reid-13.pdf)>. Acesso em: 2 set. 2014.

<sup>34</sup> BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constitucao/constitucao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao.htm)>. Acesso em: 2 set. 2014.

<sup>35</sup> TARTUCE, Flávio. Novos princípios do direito de família brasileiro. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&totalPage=2>>. Acesso em: 2 set. 2014.

No que se refere ao assunto adoção, por exemplo, tal princípio visa evitar tratamento discriminatório e diferenciado entre os filhos naturais e os adotivos, sendo que a ocorrência de tais hipóteses pode até trazer sérias consequências, tais como a perda do poder familiar, e inclusive sanções na esfera civil; senão vejamos a ementa do seguinte julgado:

APELAÇÃO CÍVEL – PODER FAMILIAR – DESTITUIÇÃO – PAIS ADOTIVOS – AÇÃO AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO – ADOÇÃO DE CASAL DE IRMÃOS BIOLÓGICOS – IRRENUNCIABILIDADE E IRREVOGABILIDADE DA ADOÇÃO – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA – RENÚNCIA DO PODER FAMILIAR – ADMISSIBILIDADE, SEM PREJUÍZO DA INCIDÊNCIA DE SANÇÕES CIVIS – APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 166 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – PERDA DO PODER FAMILIAR EM RELAÇÃO AO CASAL DE IRMÃOS ADOTADOS – DESCONSTITUIÇÃO EM FACE DA PRÁTICA DE MAUS TRATOS FÍSICOS, MORAIS – CASTIGOS IMODERADOS, ABUSO DE AUTORIDADE REITERADA E CONFERIÇÃO DE TRATAMENTO DESIGUAL E DISCRIMINATÓRIO ENTRE OS FILHOS ADOTIVOS E ENTRE ESTES E O FILHO BIOLÓGICO DOS ADOTANTES – EXEGESE DO ART. 227, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL C/C ARTS. 3º, 5º, 15, 22, 39, §§ 1º, 2º E ART. 47, TODOS DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE C/C ARTS. 1.626, 1634, 1.637 E 1.638, INCISOS I, II E IV, TODOS DO CÓDIGO CIVIL. [...]. (TJSC, Apelação Cível nº 2011.020805-7, de Gaspar, Rel. Des. Joel Figueira Júnior, J. 21.06.2011 – nosso grifo)<sup>36</sup>

Assim, quanto a este princípio não se pode deixar de citar quanto aos filhos oriundos das técnicas de fertilização *in vitro* ou de inseminação artificial, cuja previsão legal fora abordada no art. 1.597 do Código Civil, em seus incisos III, IV e V, o qual também deixa claro que não poderá haver qualquer distinção.

<sup>36</sup> TJSC. Disponível em: <[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/avancada.jsp#resultado\\_ancora](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/avancada.jsp#resultado_ancora)>. Acesso em: 2 set. 2014.



Desta feita, partindo de tudo que fora dito anteriormente, pode-se dizer que atualmente os filhos são classificados meramente para fins didáticos, como filhos biológicos e não biológicos, não sendo mais permitida qualquer diferenciação com o intuito discriminatório. Aliás, deve ser lembrado que a filiação atualmente está pautada naqueles que a geraram ou que a acolheram e criaram com base no afeto e na solidariedade.

### 3.5 DA PERSONALIDADE HUMANA

Antes de adentrarmos a respeito do princípio da personalidade humana ou o direito fundamental da personalidade humana, cabe-nos mencionar que o conjunto de caracteres do próprio indivíduo é que se chama personalidade humana<sup>37</sup>. Assim para efeitos da adoção, tem-se que tal princípio importa nos direitos personalíssimos e os direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, e que, na classificação de Cupis, entre uma delas, pode-se falar do direito à identidade pessoal (direito ao nome, prenome, patronímico e ao título ao sinal pessoal)<sup>38</sup>, uma vez que a criança ou adolescente que é adotada receberá como um dos efeitos da adoção o sobrenome do adotante.

Aliás, Szaniawski esclarece que a personalidade de uma pessoa também está ligada aos laços de paternidade e de filiação, cujos efeitos também podem ser decorrentes da adoção, “uma vez que a paternidade constitui-se no elemento que define o laço de parentesco, que une imediatamente a pessoa a um dos ascendentes”, inclusive constituindo-se no núcleo fundamental da origem de direitos que são acoplados no patrimônio do filho, sejam eles direitos de personalidade ou qualquer outra espécie de direito. E conclui o mesmo autor dizendo: “Neste sentido, o *status* não é propriamente o elemento revelador da personalidade da pessoa, mas sim o binômio paternidade/filiação, do qual decorre o direito à identidade pessoal, constituído pelo direito ao nome (prenome e patronímico) e pelo direito à identidade genética”<sup>39</sup>.

No que tange ainda a tal princípio, tem-se que o seu desdobramento no direito à identidade pessoal, o qual, como antes dito, abrange tanto o direito ao nome como também à historicidade pessoal de cada ser humano, serve a

---

<sup>37</sup> SZANIAWSKI, Elimar. Op. cit., p. 70.

<sup>38</sup> DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Trad. Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Moraes, 1961. p. 28-31.

<sup>39</sup> SZANIAWSKI, Elimar. Op. cit., p. 230.

fundamentar o direito à investigação de paternidade ou maternidade<sup>40</sup>. Tal desdobramento do direito da personalidade é tão forte que o legislador pátrio, no que tange ao direito da criança e adolescente no art. 27 do ECA, determinou o reconhecimento do estado de filiação como direito personalíssimo, indisponível e imprescritível<sup>41</sup>.

Pois bem, retira-se de tal princípio a ideia de que todo ser humano, ainda mais em desenvolvimento, como é caso das crianças e dos adolescentes, tem a necessidade de ser identificado, constituindo-se esta identificação pessoal por meio de sua aparência física, de sua voz, de sua história pessoal, de seu nome familiar, de seu pseudônimo, de sua identidade sexual, de sua identidade genética e etc.<sup>42</sup>, fatores estes intimamente ligados com o instituto da adoção.

### 3.6 PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

Para Tartuce, o afeto é o principal fundamento das relações familiares<sup>43</sup>. Fachin, ao analisar as mudanças de paradigmas que a CF/1988 ocasionou, relata que a família constitucionalizada surgiu de forma mais igualitária e flexível, e que a caracterização do instituto família se transformou em um espaço no qual as pessoas comungam interesses de vida, no qual os laços de afetividade e solidariedade marcam a sua solidez<sup>44</sup>.

Lôbo menciona que a família atual deixou de ser reconhecida somente pela família biológica, principalmente com o advento da CF/1988, pois o modelo científico tornou-se inadequado, haja vista que a certeza absoluta da origem genética não é suficiente para fundamentar a filiação, uma vez que a atual concepção de família engloba outros valores para clarear a relação entre pais e filhos, tais como a convivência e a construção permanente dos laços afetivos. Em suma, referido autor diz que “a identidade genética não se confunde com a

<sup>40</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. Recusa à realização do exame de DNA na investigação da paternidade e direitos da personalidade. Disponível em: <<http://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&q=direito+da+personalidade+e+ado%C3%A7%C3%A3o&btnG=&lr=>>>. Acesso em: 9 set. 2014.

<sup>41</sup> BRASIL. Lei nº 8.069/1990 - ECA. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 9 set. 2014.

<sup>42</sup> SZANIAWSKI, Elimar. Op. cit., p. 165.

<sup>43</sup> TARTUCE, Flávio. Novos princípios do direito de família brasileiro. Disponível em: <<http://www.flavioartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&totalPage=2>>. Acesso em: 12 set. 2014.

<sup>44</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

identidade da filiação, tecida na complexidade das relações afetivas, que o ser humano constrói entre a liberdade e o desejo”<sup>45</sup>.

Dias esclarece que o princípio da afetividade se faz presente nas relações do Direito de Família, dado o fato de que “o afeto talvez seja apontado, atualmente, como o principal fundamento das relações familiares. Mesmo não constando a palavra afeto no Texto Maior como uns direitos fundamentais podem dizer que o afeto decorre da valorização à constante da dignidade humana”<sup>46</sup>.

Para efeitos da adoção, tem-se que referido princípio é de extrema valia, notadamente porque, na visão de Silva, “os verdadeiros pais são aqueles que amam e dedicam sua vida a uma criança e não aqueles que são ligados a seus filhos apenas pelos laços de sangue”<sup>47</sup>. Assim, o princípio da afetividade se faz presente nos casos de adoção, uma vez que é indispensável nesta espécie de relação jurídica.

Ademais, a afetividade como princípio reflete na superação de antigos dogmas relativos às finalidades reprodutivas como condições necessárias para o reconhecimento da entidade familiar e da relação entre pais e filhos, bem como tal princípio oportuniza a ultrapassagem de exigências formais, antes satisfeitas unicamente pelo casamento civil, uma vez que a adoção evoluiu e hoje não serve apenas para justificar o seu uso mediante modelo tradicional de família preconizada pela união de um homem e uma mulher<sup>48</sup>. Portanto, na adoção, a afetividade é o aspecto preponderante a ser sopesado.

#### 4 A IRREVOGABILIDADE DA ADOÇÃO

Pois bem, como dito na introdução deste trabalho, atualmente os ordenamentos jurídicos pátrios, notadamente o art. 227, § 6º, da nossa Carta Magna, o art. 39, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como os arts. 1.626 e 1.628 do Código Civil, e até os internacionais, são unânimes em

<sup>45</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípio jurídico da afetividade na filiação. Disponível em: <<http://www.ibdfam.com.br/public/artigos.aspx?codigo=109>>. Acesso em: 12 set. 2014.

<sup>46</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 66.

<sup>47</sup> SILVA, Flávia Conceição Varela Disnar da. Paternidade socioafetiva e a impossibilidade de desconstituição posterior. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 19, n. 3967, 12.05.2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/27936>>. Acesso em: 12 set. 2014.

<sup>48</sup> BRAUNER, Maria Cláudia Crespo; ALDROVANDI, Andréa. Adoção no Brasil: aspectos evolutivos do instituto no direito de família. *Juris*, Rio Grande, 15: 7-35, 2010. Disponível em: <<http://www.seer.furg.br/juris/article/view/3214/1872>>. Acesso em: 12 set. 2014.

reconhecer que, realizada a adoção, não se pode mais destituí-la, ou seja, a ordem é de que adoção seja irrevogável.

Mister ressaltar que referida irrevogabilidade tem como pressuposto e fundamentação de que “adoção tem por principal objetivo agregar de forma total o adotado à família do adotante, e, como consequência, corre o afastamento em definitivo da família de sangue, de maneira irrevogável”<sup>49</sup>, ou seja, o ingresso na família que adota é completo, dado ao fato de que o instituto da adoção produz efeitos de ordem pessoal e patrimonial a todos os envolvidos<sup>50</sup>.

No Brasil, em virtude da CF/1988, igualar a filiação natural e adotiva ao mesmo patamar torna irrevogável a adoção. Aliás, Monteiro relata que a adoção trata-se de um instituto que não tolera termo ou condição, eis que não há como alterar, suspender ou anular os seus efeitos<sup>51</sup>.

Saliente-se ainda que a irrevogabilidade se faz presente na adoção porque não é compatível o seu inverso, posto que se estaria ferindo fortemente os direitos humanos do adotado, notadamente porque, se fosse permitida a revogabilidade, estar-se-ia praticando o “duplo abandono”, o que certamente se configuraria em mais uma violência psicológica quanto à pessoa do adotado, inclusive com sequelas irreversíveis<sup>52</sup>.

Importante relatar que a irrevogabilidade da adoção, como dito alhures, visa proteger o indivíduo de um novo abandono, que os impossibilitariam do convívio familiar, da proteção integral e do direito de possuir uma família, aspectos esses de extrema importância para qualquer ser humano, notadamente para que possa se desenvolver e se relacionar com pessoas e a comunidade<sup>53</sup>.

<sup>49</sup> PRESOT, Regiane Sousa de Carvalho. A irrevogabilidade da adoção: Um direito humano. Revista Internacional de Direito e Cidadania, n. 13, p. 87-94, jun. 2012. Disponível em: <[http://www.reid.org.br/arquivos/00000306-08-regiane\\_reid-13.pdf](http://www.reid.org.br/arquivos/00000306-08-regiane_reid-13.pdf)>. Acesso em: 25 ago. 2014.

<sup>50</sup> Idem.

<sup>51</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 282.

<sup>52</sup> VELOSO, Teresa Cristina da Cosa. *Adoção: criança e adolescentes devolvidos*. Brasília: Universidade Católica de Brasília - UCB, 2012. Disponível em: <<http://repositorio.ucb.br/jspui/bitstream/10869/2829/1/Teresa%20Cristina%20da%20Costa%20Velo.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2014.

<sup>53</sup> PRESOT, Regiane Sousa de Carvalho. A irrevogabilidade da adoção: Um direito humano. Revista Internacional de Direito e Cidadania, n. 13, p. 87-94, jun. 2012. Disponível em: <[http://www.reid.org.br/arquivos/00000306-08-regiane\\_reid-13.pdf](http://www.reid.org.br/arquivos/00000306-08-regiane_reid-13.pdf)>. Acesso em: 25 ago. 2014.

Ainda como justificativa, para ser irrevogável a adoção, tem-se que toda criança ou adolescente com essa nova ruptura acabaria por ferir fortemente a sua dignidade como pessoa humana, notadamente porque traria novamente para si condutas de desconfiança e de não crença em uma convivência familiar, inclusive causando a sua desvalorização como pessoa, o qual, obviamente acabaria por se sentir que ele é o problema, ferindo consequentemente a sua autoestima, passando a acreditar que se trata de uma pessoa indigna<sup>54</sup>.

Tanto é verdade que, em casos de devolução dos adotados, Presot tem defendido claramente que os pais adotivos podem até perder o exercício do poder familiar por meio de processo judicial, mas ainda assim não ocorre a revogação da adoção, ocorrendo apenas a perda dos direitos decorrentes de quaisquer pais, idênticos à filiação natural. Contudo, permanecem todos os efeitos da filiação, tais como os patrimoniais, pessoais e de alimentos. Aliás, a mesma jurista relata que, caso se admitisse a revogabilidade, estar-se-ia coisificando as pessoas, tratando-as ou equiparando-as a bens de consumo, como se fossem produtos suscetíveis de devolução, inclusive desconsiderando-as como sujeito de direitos, violando acima de tudo o “núcleo intangível” do princípio da dignidade da pessoa humana<sup>55</sup>.

Por isto que vem se observando casos em que, além da perda do exercício do poder familiar, há a aplicabilidade aos pais adotantes de condenações em dano moral e material, citando-se, como exemplo, a Promotoria Pública da Comarca de Gaspar/SC, que ingressou com ação civil pleiteando indenização contra os pais adotivos pela perda do poder familiar, pela prática de maus tratos físicos, pelo tratamento desigual e discriminatório entre os filhos adotivos e os biológicos, merecendo para tanto ser transcrita parte do referido acórdão daquela decisão:

[...]. *In casu*, agrava-se o dano das infelizes crianças a circunstâncias e procederem de família cujos genitores biológicos já haviam sido destituídos,

---

<sup>54</sup> VELOSO, Teresa Cristina da Cosa. *Adoção: criança e adolescentes devolvidos*. Brasília: Universidade Católica de Brasília - UCB, 2012. Disponível em: <<http://repositorio.ucb.br/jspui/bitstream/10869/2829/1/Teresa%20Cristina%20da%20Costa%20Veloso.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2014.

<sup>55</sup> PRESOT, Regiane Sousa de Carvalho. A irrevogabilidade da adoção: Um direito humano. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 13, p. 87-94, jun. 2012. Disponível em: <[http://www.reid.org.br/arquivos/00000306-08-regiane\\_reid-13.pdf](http://www.reid.org.br/arquivos/00000306-08-regiane_reid-13.pdf)>. Acesso em: 25 ago. 2014.

igualmente, do poder familiar, sendo que residiam em abrigo especializado, enquanto aguardavam, esperançosamente, pela adoção que ora se frustra. Por essas razões, acertada a formulação de pedido condenatório do Ministério Público e o seu acolhimento pela magistrada sentenciante, *por danos morais, em face dos atos praticados pelos réus contra seus filhos menores, servido a providência como medida punitiva e profilática inibidora, além de compensar pecuniariamente as vítimas do ilícito civil, tendo a quantia estabelecida observado bem a extensão do dano e a qualidade das partes, em sintonia com princípios da proporcionalidade e razoabilidade.*<sup>56</sup> (nosso grifo)

Todavia, volta-se a dizer: a adoção com decisão transitada em julgado torna-se imutável, até porque se reveste de um caráter de ordem pública, materializada por um ato jurídico em que prevalece a vontade das partes envolvidas na adoção, constituída em uma situação permanente, razão pela qual se traduz no caráter irrevogável, inclusive por tratar-se de um direito humano do adotado, com finalidade de criar entre as partes uma relação jurídica idêntica às que resultam de uma filiação de sangue<sup>57</sup>.

Por fim, deve ser dito que várias são as justificativas para validar a irrevogabilidade da adoção, aliás, todas elas de grande relevância e devidamente fundamentadas nos mais mezinhos princípios de direito, conforme se disse alhures, e até mesmo do respeito à coisa julgada. Entretanto, no tópico a seguir será demonstrado que, em algumas situações especialíssimas, tal irrevogabilidade deve ser analisada com mais cuidados, especialmente no que aqui chamamos de “adoções desastrosas”.

## 5 A DESTITUIÇÃO DA ADOÇÃO: UM CAMINHO A SER PENSANDO NAS ADOÇÕES DESASTROSAS

Antes de ser ingressado propriamente no presente tópico, deve ser esclarecido que o instituto da adoção, via de regra, é irrevogável, devendo ser

<sup>56</sup> TJSC. Ap. Cível nº 2011.020805-7, Gaspar. Rel. Des. Joel Dias Figueira Júnior, Publ. 12.08.2011. Disponível em: <<http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20441959/apelacao-civel-ac-208057-sc-2011020805-7/inteiro-teor-20441960>>. Acesso em: 27 ago. 2014.

<sup>57</sup> PRESOT, Regiane Sousa de Carvalho. A irrevogabilidade da adoção: Um direito humano. Revista Internacional de Direito e Cidadania, n. 13, p. 87-94, jun. 2012. Disponível em: <[http://www.reid.org.br/arquivos/00000306-08-regiane\\_reid-13.pdf](http://www.reid.org.br/arquivos/00000306-08-regiane_reid-13.pdf)>. Acesso em 25 ago. 2014.

assegurado ao filho adotado os direitos inerentes ao estado de filiação, tais como: direito a alimentos, à herança, ao sobrenome e até mesmo, se for o caso, o direito à indenização moral e material. Contudo, não tem como se permanecer omissos diante das inúmeras devoluções de crianças adotadas em todo o nosso Brasil; para tanto, basta observar a título de exemplificação a reportagem feita pela Revista *Veja*<sup>58</sup>. Registre-se que as justificativas apresentadas para tal ato de devolução são as mais frágeis e desumanas possíveis, desde simples aborrecimento com o filho até a efetiva convivência diária e o surgimento dos primeiros problemas, sendo que, nos dizeres de Molino (apud Veloso), “a adoção começa com a fantasia de um filho ideal, mas a criança é real, cheia de hábitos e costumes, principalmente as mais velhas”<sup>59</sup>.

Assim sendo, muitos dos adotantes, por não estarem devidamente preparados, acabam praticando o chamado “duplo abandono”, conforme já se aduziu anteriormente, inclusive causando efeitos nefastos para toda a vida da criança que então fora devolvida. Por isto que, mesmo com todos os efeitos mencionados a respeito da devolução de filhos que foram adotados, ainda existem casos em que infelizmente não basta somente a perda do poder familiar e de eventuais reparações. É exatamente nestes casos que o tema revogabilidade ou destituição da adoção passa a ser discutido e repensado e, até, quem sabe, ser admitido, principalmente quando efetivamente estiver em “jogo” a vida e os interesses deste adotado.

No Brasil, nosso Poder Judiciário, em algumas situações especialíssimas, já destituiu a adoção, citando-se como exemplo os Tribunais de Justiça Mineiro<sup>60</sup>, o Catarinense<sup>61</sup>

---

<sup>58</sup> REVISTA VEJA. “Devolução” de crianças adotadas é mais comum do que se imagina. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/devolucao-criancas-adotadas-mais-comum-se-imagina>>. Acesso em: 10 set. 2014.

<sup>59</sup> VELOSO, Teresa Cristina da Cosa. *Adoção: criança e adolescentes devolvidos*. Brasília: Universidade Católica de Brasília – UCB, 2012. Disponível em: <<http://repositorio.ucb.br/jspui/bitstream/10869/2829/1/Teresa%20Cristina%20da%20Costa%20Veloso.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2014.

<sup>60</sup> TJMG. Ap. Cível nº 1.0056.06.132269-1/001, Des. Rel. Nepomuceno Silva, J. 06.12.2007, Publ. 09.01.2008. Disponível em: <[http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?sessionId=78876C2F2E0140A01CF6249888A60251.juri\\_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0056.06.132269-1%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar](http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?sessionId=78876C2F2E0140A01CF6249888A60251.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0056.06.132269-1%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar)>. Acesso em: 15 set. 2014.

<sup>61</sup> TJSC. Ap. Cível nº 2005.032504-8, Des. Rel. Sérgio Izidoro Heil, J. 16.12.2005. Disponível em: <<http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5393194/e-processos-pela-internet-11-09-2009-00-48>>. Acesso em: 15 set. 2014.

e o Gaúcho<sup>62</sup>, conforme a seguir referidas decisões, que fazem parte das assertivas deste tópico.

Pois bem, inicialmente para poder analisar a possibilidade de destituição da adoção, mister se faz trabalhar dentro de uma ótica de interpretação jurídica baseada na técnica da ponderação, a qual deverá ser aplicada no plano fático, sobretudo na análise existente entre os direitos fundamentais em apreço, mormente no caso da adoção que envolve, como já se disse em tópico anterior, valores e princípios inerentes à dignidade humana, convivência familiar, melhor interesse do menor, da proteção integral, igualdade de filiação, direitos de personalidade e a afetividade.

Desta forma, se o ordenamento jurídico pátrio determina que a adoção é irrevogável, tendo como substrato para tal afirmação várias normas, bem como alguns princípios de Direito, conforme se disse alhures, tem-se que os mesmos princípios podem servir para uma decisão em sentido contrário à referida irrevogabilidade da adoção. Carvalho Netto e Scotti, a despeito da aplicação fática para a reconstrução de um direito, assim tem-se manifestado:

[...] mesmo as regras, que especificam com maior detalhe as suas hipóteses de aplicação, não são capazes de esgotá-las; podem, portanto, ter sua aplicação afastada diante de princípios, sempre com base na análise e no cotejo das reconstruções fáticas e das pretensões a direito levantadas pelas partes na reconstrução das especificidades próprias daquele determinado caso concreto.<sup>63</sup>

Também neste sentido, Barcelos relata que em determinados casos dos quais se ocupa a técnica da ponderação haverá confrontos de razões, de interesses, de normas, de valores e de princípios, sendo que a técnica da ponderação visa solucionar esses conflitos de maneira menos traumática para o sistema jurídico como um todo, de modo que as razões, os interesses e principalmente as normas

<sup>62</sup> TJRS. Apelação Cível nº 70003681699, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 27/02/2002. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=c%cdvel+ado%c7%c3o+revoga%c7%c3o+possibilidade+em+casos+excepcionais&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=%28tipodecisao%3aac%25c3%25b3rd%25c3%25a3o%7ctipodecisao%3amonocr%25c3%25a1tica%7ctipodecisao%3anull%29&requiredfields=&as\\_q=](http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=c%cdvel+ado%c7%c3o+revoga%c7%c3o+possibilidade+em+casos+excepcionais&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=%28tipodecisao%3aac%25c3%25b3rd%25c3%25a3o%7ctipodecisao%3amonocr%25c3%25a1tica%7ctipodecisao%3anull%29&requiredfields=&as_q=)>. Acesso em: 15 set. 2014.

<sup>63</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 59.



e os princípios que momentaneamente estiveram em oposição continuem a conviver, sem a negação de qualquer deles, mesmo que para um mesmo caso, essas normas ou princípios sejam aplicados em menor intensidade ou em intensidades diferentes<sup>64</sup>.

Aliás, Sarmiento aduz que a técnica da ponderação visa interpretar e dar uma solução ao caso em concreto mediante uma coordenação e conjugação dos bens jurídicos conflitantes ou concorrentes, de forma a harmonizá-los com o fim de evitar o sacrifício total de alguns princípios ou normas em relação aos outros<sup>65</sup>.

E para aplicabilidade do estudo em tela, ou seja, a destituição da adoção, tem-se que trabalhar com o pensamento de Lôbo, o qual assim doutrina:

O princípio é um reflexo do caráter integral da doutrina dos direitos da criança e da estreita relação com a doutrina dos direitos humanos em geral. Assim, segundo a natureza dos princípios, não há supremacia de um sobre outro, ou outros, devendo a eventual colisão resolver-se pelo balanceamento dos interesses, no caso concreto.<sup>66</sup>

Bruñol (apud Lôbo) também relata que as crianças, por serem parte da humanidade, têm seus direitos idênticos ao de outras pessoas, acrescidos de uma “consideração primordial”, notadamente porque estão em desenvolvimento. Aliás, este princípio é de prioridade e não de exclusão de outros direitos ou interesses. Desta forma, referida prioridade, além de servir de regra de interpretação e de resolução de conflitos entre direitos, também demonstra que nem o interesse dos pais, nem o do Estado pode ser considerado o único interesse relevante para a satisfação dos direitos da criança<sup>67</sup>. Por oportuno, registre que a aplicação da técnica da ponderação nas questões que envolve

<sup>64</sup> BARCELLOS, Ana Paula. *Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional*. In BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 57.

<sup>65</sup> SARMENTO, Daniel apud TORRES, Ricardo Lobo. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 55.

<sup>66</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/633/813>>. Acesso em: 12 set. 2014.

<sup>67</sup> Idem.

crianças e adolescentes deve ter eles sempre ocupando o centro das relações conflitantes, fazendo com que tudo gire em torno deles<sup>68</sup>.

Assim sendo, para aplicação da revogabilidade na adoção, mister se faz debater, a título de exemplificação, os três processos anteriormente mencionados, em que referida técnica da ponderação fora utilizada, sendo que, para o caso Catarinense<sup>69</sup>, tem-se claramente que para a não ocorrência da ofensa ao instituto da irrevogabilidade, prevista na Lei nº 8.069/1990 (ECA), adotou-se como justificação e ponderação basicamente quase todos os princípios elencados antes no terceiro tópico deste artigo. Portanto, para melhor compreensão, é necessário transcrever parte do relato do referido julgado:

O apelante J. P. G. V. M. foi adotado por A. S. M. quando se encontrava com 12 (doze) anos de idade, permanecendo na sua companhia somente durante o período no qual sua mãe esteve casada com o mesmo (4 anos), não restando dúvidas da inexistência de vínculo afetivo entre eles, pois os próprios recorrentes confirmam tal fato. Observa-se, ainda, que J. P. G. V. M. adoeceu no ano de 2001, apresentando quadro de leucemia (fl. 33 – TJSC), bem como que desde julho de 2002 faz tratamento psicoterapêutico em face dos incômodos com a obrigação de manter o sobrenome do ex-marido da sua mãe [...]. Assim, verifica-se que o motivo principal do aforamento da demanda em exame encontra-se nos prejuízos psicológicos acarretados pela obrigação que J. P. possui de assinar um sobrenome que o diferencia de toda sua família.<sup>70</sup>

Em análise a esta transcrição pode se observar que os motivos para a destituição da adoção se fizeram em razão de que na relação adotiva entre as partes não havia qualquer afetividade, uma vez que tanto o adotante como o adotado relataram em juízo que não existiu qualquer vínculo afetivo entre as partes, e, por via de consequência, não havendo vínculo afetivo, certamente

<sup>68</sup> Idem.

<sup>69</sup> TJSC. Ap. Cível nº 2005.032504-8, Des. Rel. Sérgio Izidoro Heil, J. 16.12.2005. Disponível em: <<http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5393194/e-processos-pela-internet-11-09-2009-00-48>>. Acesso em: 15 set. 2014.

<sup>70</sup> Idem.

que não há qualquer convivência familiar entre ambos, até porque o referido adotante já não mais convive com a genitora do adotado.

Desta feita, se em uma primeira análise tais princípios que são extremamente importantes para o instituto da adoção, conforme se asseverou em tópico anterior deste artigo, não se fazem presentes, evidentemente que, no caso em tela, já seria suficiente para pelo menos a perda do poder familiar deste pai para com o filho. Todavia, o que ocorreu no caso em tela fora ainda mais grave, pois também se relatou que, no parecer psicológico que consta no referido processo, fora demonstrado que o menor adotado tem vários sofrimentos psicológicos, inclusive que estavam lhes prejudicando no seu tratamento da doença de leucemia, fato este que configura obviamente desrespeito a sua dignidade como ser humano, bem como se constatou que, ao assinar um sobrenome que o diferenciava de sua verdadeira família, tal situação lhe trouxe vários abalos morais e psíquicos, inclusive com a perda de identidade e pertencimento a sua família na qual sempre teve afeto e referência dentro da sociedade, desdobramento este que lhe feriu o direito de sua personalidade e de sua dignidade humana.

Assim sendo, fica cristalino que neste acórdão Catarinense o princípio da dignidade humana, da personalidade humana, da afetividade e da convivência familiar entre o adotado e o adotante, bem como o melhor interesse do menor demonstraram que o melhor caminho para a adoção, que, aliás, no caso em tela fora desastrosa, somente poderia se resolver por meio da técnica da ponderação, e que a norma disciplinadora do ECA e os próprios princípios de direito que norteiam a adoção foram analisados e ponderados, chegando ao ponto que a melhor decisão a ser tomada fora a revogabilidade da adoção, uma vez que desta forma pode-se aplicar ao caso em tela aquilo que realmente se espera do Poder Judiciário, ou seja, dirimir um conflito pessoal que estava cada vez mais desestabilizando psicologicamente, emocionalmente e até estruturalmente um menor, que, certamente, com a destituição da adoção, pode reaver o direito ao nome exclusivo da família materna, com a qual ele nunca deixou de ter laços de afetividade, convívio familiar e pertencimento.

Por fim, quanto a este julgado, vale a pena citar referida ementa:

Ação ordinária visando à dissolução de adoção. Demanda ajuizada consensualmente pelo adotante e o adotado. Vínculo estabelecido entre o filho e o marido da mãe biológica que, após quatro anos da consolidação do processo adotivo, separou-se do

adotante. Inexistência de qualquer vínculo afetivo entre os envolvidos. Situação mantida formalmente, que acabou gerando a instabilidade psicológica do adotado em face da obrigação de manter um sobrenome com o qual não se identifica. Dever de observância do princípio da dignidade da pessoa humana. Inteligência do art. 1º, III, da Constituição Federal. Decisão reformada para julgar procedente a pretensão dos apelantes. Recurso provido. (TJSC, Apelação Cível nº 2005.032504-8, da Capital, Rel. Juiz Sérgio Izidoro Heil, Publ. 16.12.2005)<sup>71</sup>

No que toca o julgado mineiro<sup>72</sup> de destituição da adoção, este também se reflete de excepcionalidade e de singular situação, inclusive se fazendo presente a técnica da ponderação para solucionar tal conflito, e, notadamente para que não ocorresse ofensa ao instituto da irrevogabilidade na adoção, adotou-se novamente todos os princípios expostos em tópico anterior. Assim, para melhor compreensão dos fatos, vale apenas transcrever parte do referido acordão que inicialmente assim relata:

Colheu-se o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça. Priscilla Alves da Silva (certidão, f. 6), filha de Marlene Alves da Silva, foi adotada, quando criança, por Antônio José filho (falecido) e Maria das Graças Silva Filho – esta, prima de sua mãe biológica –, passando a chamar-se Priscilla Cristina Silva Filho (certidão, f. 7). O casal adotante já possuía dois filhos, sendo que a adotada (apelante) “veio a nutrir sentimento amoroso” por um deles (Flávio Silva Filho), advindo dessa relação a sua gravidez, que motivou o pedido de cancelamento de sua adoção, a fim de permitir a realização do casamento, já que os enamorados nunca tiveram sentimento fraternal. No curso do processo (16.10.2006), nasceu Larissa Sthefany Silva Filho, filha de Flávio Silva Filho

<sup>71</sup> Idem.

<sup>72</sup> TJMG. Ap. Cível nº 1.0056.06.132269-1/001, Des. Rel. Nepomuceno Silva, J. 06.12.2007, Publ. 09.01.2008. Disponível em: <[http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=78876C2F2E0140A01CF6249888A60251.juri\\_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0056.06.132269-1%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar](http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=78876C2F2E0140A01CF6249888A60251.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0056.06.132269-1%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar)>. Acesso em: 15 set. 2014.

e de Priscilla Cristina Silva Filho (apelante), constando do seu assento de nascimento os mesmos avós paternos e maternos (certidão, f. 44), restando afrontado o seu direito de personalidade, relativo ao nome (identidade pessoal), porque o ser humano não tem somente direitos à aquisição de um nome, “mas também direitos de conhecer a forma como foi gerado, a identidade dos seus progenitores e, principalmente, através do conhecimento de seu patrimônio genético, terá direito à defesa de sua identidade genética”. (BELTRÃO, Sílvio Romero. *Direitos da personalidade*, São Paulo: Atlas, 2005, op. cit., p. 119). (grifo nosso) Trata-se de realidade fática – singular, diferenciada e especialíssima – cujo exame exige cautela e ponderação, porquanto envolve valores ético constitucionais, impendendo exarar que “as disposições legais não esgotam todo o conteúdo da tutela da personalidade humana, surgindo aspectos que não encontram proteção nas normas legais existentes”, como ensina Sílvio Romero Beltrão (op. cit., p. 53).<sup>73</sup>

Pois bem, a situação em concreto, além de trazer vários problemas de ordem psicológica e moral para as partes envolvidas, eis que na realidade jurídica são irmãos e encontram-se impedidos de contrair núpcias, tem-se por via de reflexo outros dilemas que afetam os filhos dos mesmos, notadamente quanto ao direito de personalidade, que em seu desdobramento da identidade pessoal, tem-se que são filhos de um relacionamento “oficialmente” incestuoso e espúrio, uma vez que tanto avôs maternos como paternos são os mesmos, inclusive podendo ficar a mercê de sofrer humilhações e chacotas caso viesse a persistir tal situação.

Portanto, para a preservação da integridade moral, intelectual e principalmente para a dignidade humana das partes envolvidas e ainda para ser preservado o direito da personalidade humana tanto das partes como dos dois filhos advindos desta união “incestuosa”, bem como para a manutenção da convivência familiar que se criou, inclusive com afeto entre os então “primos” e que foram juridicamente reconhecidos como irmãos por meio da adoção, referida adoção não tinha outro caminho a não ser destituída, até porque na

---

<sup>73</sup> Idem.

época em que se realizou a adoção de referida “sobrinha”, segundo o próprio julgado, o que deveria ter sido feito era a tutela e não adoção, eis que jamais os tios poderiam passar a serem seus pais.

Aliás, para ainda mais esclarecer referido caso, vale a pena transcrever parte do corpo de referido julgado, senão vejamos:

Embora tenhamos exaustivamente pesquisado doutrina e jurisprudência não fomos felizes em localizar nenhuma orientação para este caso singular. Seria de prudente arbítrio que instância superior apreciasse a matéria posta em exame para que sirva de bússola para novas prestações jurisdicionais (f. 30). Poder-se-ia, simplesmente, negar provimento ao recurso, ao singelo argumento de que “A adoção é irrevogável” (ECA, art. 48). Porém, mesmo que se conclua pela improcedência do pedido na instância de origem, o jurisdicionado espera e faz jus a uma motivação razoável, que não traduza, apenas, a menção a um dispositivo legal. Interpretar a lei é buscar o seu real sentido e alcance, com adstrição ao seu caráter teleológico (ou sociológico), como se extrai do art. 5º da LICC, norma de sobre direito, *verbis*: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Não pode o julgador, pois, olvidar que “A melhor interpretação da lei é a que se preocupa com a solução justa, não podendo o seu aplicador esquecer que o rigorismo na exegese dos textos legais pode levar a injustiças”. (STF, Ciência Jurídica, 42:58). Tem-se, de um lado, o texto letárgico e indiferente da lei, que estabelece a irrevogabilidade da adoção; de outro, prerrogativa fundamental, atinente à dignidade da pessoa humana, cuja peculiaridade e especificidade, do caso concreto, recomenda (ou melhor, exige) a análise sob inspiração hermenêutico-constitucional, com engenhosidade intelectual, social e jurídica, a fim de se alcançar o escopo magno da jurisdição: a pacificação social. [...]. É sob esse estímulo, preocupado com os direitos fundamentais da criança

nascida desse relacionamento, os quais gozam de proteção integral, assegurada por lei ou por outros meios, com absoluta prioridade, que busco, mediante a técnica da ponderação, permitir a qualificação dessa convivência (criança e seus pais) como família, base da sociedade, com especial proteção do Estado (arts. 3º, 4º, *caput*, do ECA c/c arts. 226, *caput*, e 227, *caput*, da CF), medida que se impõe, também, sob a égide principiológica da proporcionalidade e da razoabilidade.<sup>74</sup>

O julgado do Tribunal gaúcho também teve que observar tal excepcionalidade, uma vez que, no caso em concreto a referida adoção nunca passou do plano formal, uma vez que a adotada nunca deixou de conviver com os seus pais sanguíneos, sendo que referida adoção nunca atingiu sua finalidade, dado o fato de que a mesma manteve os laços de afetividade, de convívio familiar e de pertencimento com a sua família sanguínea. Senão vejamos, a ementa de referido julgado:

ADOÇÃO – REVOGAÇÃO – POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS – Tal excepcionalidade configura-se bem no caso concreto, onde o vínculo legal jamais se concretizou no plano fático e afetivo entre adotante a adotada, uma vez que esta nunca deixou a convivência de seus pais sanguíneos. Adoção que nunca atingiu sua finalidade de inserção da menor como filha da adotante. Deram provimento, por maioria.<sup>75</sup>

Desta feita, baseado nos três acórdãos supramencionados, tem-se que, mesmo que não adotando o dispositivo legal, a revogação da adoção em situações especialíssimas mostrou-se mais eficaz e digna para assegurar os interesses e a proteção das crianças ou adolescentes envolvidos nos casos em concreto. Assim, a melhor opção fora pela não aplicabilidade da irrevogabilidade da adoção do que sacrificar em razão de uma prescrição legal a vida de pessoas em desenvolvimento,

<sup>74</sup> Idem.

<sup>75</sup> TJRS. Apelação Cível nº 70003681699, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 27/02/2002. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=c%cdvel+ado%7%c3+revoga%7%c3+possibilidade+em+casos+excepcionais&tb=jurisnova&pesq=ementa rio&partialfields=%28tipodecisao%3aac%25c3%25b3rd%25c3%25a3o%7ctipodecisao%3amonocr%25c3%25a1tica%7ctipodecisao%3anull%29&requiredfields=&as\\_q=](http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=c%cdvel+ado%7%c3+revoga%7%c3+possibilidade+em+casos+excepcionais&tb=jurisnova&pesq=ementa rio&partialfields=%28tipodecisao%3aac%25c3%25b3rd%25c3%25a3o%7ctipodecisao%3amonocr%25c3%25a1tica%7ctipodecisao%3anull%29&requiredfields=&as_q=)>. Acesso em: 15 set. 2014.

principalmente porque tais prejuízos poderiam ser irreparáveis e insuportáveis por todo o resto da vida, inclusive colocando em “cheque” vários dos princípios de direito anteriormente mencionados, que alicerçam todo o arcabouço jurídico do ser humano de nossa contemporaneidade.

## CONCLUSÃO

No presente estudo pode se observar que a adoção é tema bastante instigante, sendo que, no Brasil, com o advento de nossa Carta Magna vigente e o ECA, tal instituto tomou um novo sentido, notadamente por meio da satisfação plena do adotado, o qual passou a viver mediante uma nova conceituação de família, baseada na igualdade entre seus membros, no respeito, na dignidade, na afetividade e na solidariedade.

Pode também ser analisado no presente trabalho que a adoção está rodeada de vários princípios do Direito, principalmente para proteção das crianças e adolescentes, haja vista se tratar de pessoas em desenvolvimento, a qual merecem toda uma proteção especial, razão pela qual todos os princípios expostos no corpo deste estudo devem ser sopesados na realização de uma adoção e, até mesmo como vimos antes, em situações especialíssimas de revogação da mesma.

Saliente-se que o estudo em tela deixou mais uma vez muito claro que a adoção é irrevogável, e, como se disse no corpo do texto alhures, justifica-se para melhor atender os interesses da criança e ou menor adolescente envolvido. Aliás, tal irrevogabilidade se reveste no sentido de se evitar um “duplo abandono” e por via de consequência evitar danos nefastos na vida deste ser humano que ainda se encontra em desenvolvimento, bem como para não permitir que o ser humano se torne uma espécie de coisificação.

Por isto, tal atitude de abandono, em face da irrevogabilidade, não se reflete em desligamento total do adotado para com o adotante, uma vez que as consequências devem ser refletidas apenas quanto à perda do poder familiar e, se for o caso, na propositura de ações e medidas judiciais contra referidos pais no sentido de condená-los a indenizar seus filhos em razão do dano moral e dano material experimentado.

Entretanto, como vimos nos exemplos anteriores, a revogabilidade da adoção, mesmo não sendo permitida pelos ordenamentos pátrios e nem podendo de forma alguma ser considerada como medida a ser utilizada no dia a dia dos operadores do Direito, pode excepcionalmente ser uma medida



justa e adequada quando se tem em risco o desenvolvimento humano de uma criança e ou de um adolescente. Todavia, para se chegar a tal revogabilidade, pelo que se pode perceber é necessário o uso da técnica da ponderação, a qual, repita-se, tem lugar em momentos em que a forma menos traumática para solução de um conflito possibilite principalmente que as normas e os princípios que momentaneamente estiverem em oposição continuem a conviver, sem serem negados totalmente, mas que de forma harmônica possam vir a serem em determinados casos concretos utilizados de maneira menos intensa ou em intensidades diferentes.

Assim, pela técnica da ponderação, pode-se chegar excepcionalmente à revogação da adoção, principalmente nas consideradas “desastrosas”, nas quais o bem jurídico em jogo possa evitar o sacrifício de uma vida, no caso de uma criança e ou de um adolescente. Aliás, os exemplos trazidos à colação dos três tribunais estaduais pátrios demonstraram que com o uso da técnica da ponderação pode-se trabalhar com princípios de direito para deixar de aplicar a regra “nua e crua” do direito de irrevogabilidade da adoção.

Por fim, deve ser dito que em situações em que se observa que o princípio da dignidade e de sua personalidade humana, do maior interesse do menor, de sua proteção e até mesmo do convívio familiar e ainda da igualdade entre os filhos não estiverem sendo preservados em uma situação concreta, entende-se que neste momento e de forma especialíssima a hipótese de revogação da adoção deve ser pensada ainda mais quando a adoção se mostrou desastrosa.

## REFERÊNCIAS

- BARCELLOS, Ana Paula. *Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional*. In BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BRASIL, Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)>. Acesso em: 3 set. 2014.
- \_\_\_\_\_. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 2 set. 2014.

\_\_\_\_\_. Convenção Internacional sobre os direitos da criança. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm)>. Acesso em: 2 set. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.069/1990 - ECA. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)>. Acesso em: 2 set. 2014.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo; ALDROVANDI, Andréa. Adoção no Brasil: aspectos evolutivos do instituto no direito de família. *Juris*, Rio Grande, 15: 7-35, 2010, Disponível em: <<http://www.seer.furg.br/juris/article/view/3214/1872>>. Acesso em 22 jul. 2014.

CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat; ANDRADE, Nilda Siqueira. Ponderação de interesses e “irrevogabilidade” da adoção. Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/orgaos/caocc/dirfamilia/artigos/pond.interesses.e.irrevog.adocao.pdf>>. Acesso em: 27 ago. 2014.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Disponível em: <<http://www.panoptica.org/fevereiro2007pdf/1Neoconstitucionalismoeneoprocessualismo.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2014.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in) certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

COSTA, Flavio Jobim da. Adoção internacional no Brasil: um estudo doutrinário a partir de sua evolução legislativa. Porto Alegre: UFRGS. 2011. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/36542/000818119.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 18 jul. 2014.

COSTA, Livia Ronconi. Notas sobre filiação. Disponível em: <[http://www.ibdfam.org.br/\\_img/artigos/Filia%C3%A7%C3%A3o%2027\\_12\\_2011.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Filia%C3%A7%C3%A3o%2027_12_2011.pdf)>. Acesso em: 2 set. 2014.

CUNHA, Tainara Mendes. A evolução histórica do instituto da adoção. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 30 nov. 2011. Disponível em: <[www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-civil/211912](http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-civil/211912)>. Acesso em: 18 jul. 2014.

DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Trad. Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Cairo. Lisboa: Livraria Moraes, 1961.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito de família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. Inovação e tradição do direito de família contemporâneo sob o novo Código Civil brasileiro. Disponível em: <<http://anima-opet.com.br/pdf/anima3-Luiz-Edson-Fachin.pdf>>. Acesso em: 1º set. 2014.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. Disponível em: <[http://www.jusnews.com.br/portal/index.php?option=com\\_content&task=view&id=43](http://www.jusnews.com.br/portal/index.php?option=com_content&task=view&id=43)>. Acesso em: 2 set. 2014.

JÜRGENS, Ana Luiza de Bragança. Adoção: paradigmas da contemporaneidade à luz do princípio do melhor interesse da criança. Curitiba: UFPR. 2009. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/handle/1884/31041/Ana%20Luiza%20Braga%20Jurgens.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 18 jul. 2014.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/633/813>>. Acesso em: 12 set. 2014.

\_\_\_\_\_. Princípio jurídico da afetividade na filiação. Disponível em: <<http://www.ibdfam.com.br/public/artigos.aspx?codigo=109>>. Acesso em: 12 set. 2014.

\_\_\_\_\_. Do poder familiar. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 11, n. 1057, 24 maio 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8371>>. Acesso em: 1º set. 2014.

MAUX, Ana Andréa Barbosa; DUTRA, Elza. A adoção no Brasil: algumas reflexões. Rio de Janeiro: UERJ. 2010. Disponível em: <<http://www.revipsi.uerj.br/v10n2/artigos/pdf/v10n2a05.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2014.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Recusa à realização do exame de DNA na investigação da paternidade e direitos da personalidade. Disponível em: <<http://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&q=direito+da+personalidade+e+ado%C3%A7%C3%A3o&btnG=&lr=>>>. Acesso em: 09 set. 2014.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Boletim do IBDFam*. Belo Horizonte, IBDFam, jul./ago. 2005.

REVISTA VEJA. “Devolução” de crianças adotadas é mais comum do que se imagina. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/devolucao-criancas-adotadas-mais-comum-se-imagina>>. Acesso em: 10 set. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SENADO FEDERAL. *História da adoção no mundo*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/contexto-da-adocao-no-brasil/historia-da-adocao-no-mundo.aspx>>. Acesso em: 18 jul. 2014.

SILVA, Flávia Conceição Varela Disnar da. Paternidade socioafetiva e a impossibilidade de desconstituição posterior. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 19, n. 3967, 12.05.2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/27936>>. Acesso em: 12 set. 2014.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direito de personalidade e sua tutela*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005.

TARTUCE, Flávio. Novos princípios do direito de família brasileiro. Disponível em: <<http://www.flavioartuce.adv.br/index2.php?sec=artigos&totalPage=2>>. Acesso em: 2 set. 2014.

TJMG. Ap. Cível nº 1.0056.06.132269-1/001, Des. Rel. Nepomuceno Silva, J. 06.12.2007, Publ. 09.01.2008. Disponível em: <[http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=78876C2F2E0140A01CF6249888A60251.juri\\_nodel?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0056.06.132269-1%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar](http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=78876C2F2E0140A01CF6249888A60251.juri_nodel?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0056.06.132269-1%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar)>. Acesso em: 15 set. 2014.

TJRS. Apelação Cível nº 70003681699, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 27/02/2002. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=c%cdvel+ado%c7%c3o+revoga%c7%c3o+possibilidade+em+casos+excepcionais&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=%28tipodecisao%3aac%25c3%25b3rd%25c3%25a3o%7ctipodecisao%3amonocr%25c3%25a1tica%7ctipodecisao%3anull%29&requiredfields=&as\\_q=](http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=c%cdvel+ado%c7%c3o+revoga%c7%c3o+possibilidade+em+casos+excepcionais&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=%28tipodecisao%3aac%25c3%25b3rd%25c3%25a3o%7ctipodecisao%3amonocr%25c3%25a1tica%7ctipodecisao%3anull%29&requiredfields=&as_q=)>. Acesso em: 15 set. 2014.

TJSC. Ap. Cível nº 2011.020805-7, Gaspar. Rel. Des. Joel Dias Figueira Júnior, Publ. 12.08.2011. Disponível em: <<http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20441959/apelacao-civel-ac-208057-sc-2011020805-7/inteiro-teor-20441960>>. Acesso em: 27 ago. 2014.

TJSC. Ap. Cível nº 2005.032504-8, Des. Rel. Sérgio Izidoro Heil, J. 16.12.2005. Disponível em: <<http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5393194/e-processos-pela-internet-11-09-2009-00-48>>. Acesso em: 15 set. 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VELOSO, Teresa Cristina da Cosa. *Adoção: criança e adolescentes devolvidos*. Brasília: Universidade Católica de Brasília - UCB, 2012. Disponível em: <<http://repositorio.ucb.br/jspui/bitstream/10869/2829/1/Teresa%20Cristina%20da%20Costa%20Velo.pdf>>. Acesso em 26 ago. 2014.



# PERFIL DA REMESSA NECESSÁRIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

## THE NECESSARY REFERRING PROFILE AT THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE

**Felipe Scalabrin<sup>1</sup>**

Professor do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Desenvolvimento do Rio Grande do Sul – FADERGS

**Gustavo Santanna<sup>2</sup>**

Professor do Curso de Direito da São Judas Tadeu – Faculdades Integradas/RS

**RESUMO:** O ensaio trata das alterações e inovações da remessa necessária por meio da ideia de proteção do interesse público nela contida e levando em consideração o advento do novo Código de Processo Civil.

**PALAVRAS-CHAVE:** Remessa necessária; interesse público; precedentes; novo Código de Processo Civil.

**ABSTRACT:** *The essay is about the changes and innovations of the necessary referring*

*through the public interest protection contained in it and taking into account the advent of the new Civil Procedure Code.*

**KEYWORDS:** *Necessary referring; public interest; precedents; new Civil Procedure Code.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Remessa necessária: perfil atual; Considerações conclusivas; Referências.

<sup>1</sup> Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale dos Sinos (Unisinos), vinculado à linha Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos. Membro do Grupo de Pesquisas em Direito Processual Civil vinculado ao CNPQ “O processo civil contemporâneo: do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito”. Professor do curso de Direito da São Judas Tadeu – Faculdades Integradas/RS.

<sup>2</sup> Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale dos Sinos (Unisinos), vinculado à linha Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos. Membro do Grupo de Pesquisas em Direito Processual Civil vinculado ao CNPQ “O processo civil contemporâneo: do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito”. Especialista em Direito Ambiental Nacional e Internacional pela UFRGS. Professor do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Procurador-Geral do Município de Alvorada/RS.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 Necessary referring: current profile; Conclusive considerations; References.*

## INTRODUÇÃO

O reexame necessário (remessa necessária, remessa oficial, duplo grau obrigatório), inusitado sucedâneo recursal do Direito brasileiro previsto no art. 475 do Código Buzaid (CPC/1973) e mantido no novo Código de Processo Civil (NCPC), enseja uma reanálise obrigatória da sentença de 1º grau pelo respectivo tribunal competente. Com efeito, não se trata de recurso (é figura desprovida de voluntariedade ou taxatividade, dispensando maiores formalidades), mas sim de condição de eficácia da sentença<sup>3</sup>. Em outros termos: a sentença não irá produzir efeitos enquanto não realizada a remessa oficial.

Trata-se de instituto vetusto no ordenamento brasileiro que, já em 1831, obrigava o juiz, em alguns casos, a “recorrer” das suas próprias sentenças proferidas contra a Fazenda Nacional<sup>4</sup>. Do século XIX aos dias atuais, a senilidade da remessa necessária já se faz sentir e não são poucas as críticas ao sistema que nitidamente representa um privilégio processual conferido ao Poder Público.

O presente texto tem por objetivo questionar a justificativa do reexame necessário – notadamente tendo em conta que o instituto está *mantido* no novo Código de Processo Civil. Para tanto, será resumidamente rememorada a sua gênese, sua presença no ordenamento atual, as mudanças e inovações havidas no tema com o decorrer do tempo e, ainda, o perfil da remessa oficial no novel diploma processual.

## 1 REMESSA NECESSÁRIA: PERFIL ATUAL

### 1.1 NOTA HISTÓRICA

Para uma compreensão adequada da remessa oficial, urge apontar a sua gênese histórica. Trata-se, com efeito, de instrumento processual cuja origem

<sup>3</sup> A natureza jurídica da remessa necessária é tratada no item 2.2, *infra*.

<sup>4</sup> ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 916. Uma breve síntese histórica, com maiores referências, é abordada no item 2.1, *infra*.

remonta ao processo penal romano – posteriormente reconduzida ao Direito lusitano<sup>5</sup>.

Na sua origem, a iniciativa do processo penal cabia à parte ofendida. Todavia, tal perspectiva logo foi superada por não responder satisfatoriamente à natureza das relações penais e à tutela dos interesses coletivos<sup>6</sup>. No Direito romano, o processo penal, já público, proporcionava que o próprio Estado investigasse e realizasse a persecução do delito para a elucidação do fato. Ocorre que, com o advento da República, os poderes dos magistrados foram ampliados. Isto possibilitou, inclusive, a instauração de processo sem a provocação das partes. Neste verdadeiro procedimento *ex officio*, em que sequer havia acusação formal, o magistrado tinha poderes para realizar a instrução e pronunciar sentença. Trata-se, como aponta Buzaid, de manifestação do *princípio da oficiosidade*<sup>7</sup>.

O modelo processual romano acabou sendo incorporado ao Direito canônico e assumiu um perfil inquisitorial: “a inquirição tinha lugar por ato do próprio magistrado, que iniciava o processo, quando, por insinuação ou sem ela, lhe chegava ao conhecimento a existência de algum crime”<sup>8</sup>.

Posteriormente, a tradição romano-canônica acabou por influenciar severamente o Direito português, que, já nas Ordenações Afonsinas (século XIII), previa a atuação oficiosa do magistrado. Não passou sem críticas, porém, na medida em que “a competência judicial para proceder *ex officio* podia turbar o ânimo do magistrado, influir em seu espírito e mesmo criar nele um estado tal que predispuesse a orientação da prova em determinado sentido”<sup>9</sup>. Nessa linha, para evitar excessos por parte dos magistrados (cuja parcialidade já era questionada em face da atuação oficiosa), os lusitanos introduziram, com a Lei de 12 de março de 1355, ao processo inquisitório a figura da *apelação ex officio*<sup>10</sup>.

<sup>5</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Em defesa da revisão obrigatória das sentenças contrárias à Fazenda Pública. In: *Temas de Direito Processual (Nona série)*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 200.

<sup>6</sup> BUZOID, Alfredo. *Da apelação ex officio: no sistema do código do processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1951. p. 13.

<sup>7</sup> Idem, p. 14-16.

<sup>8</sup> Idem, p. 18. Na mesma linha: “O processo inquisitório contrastava com o processo acusatório. Enquanto este era contraditório, público e oral, aquele era escrito e desenvolvia-se nas trevas do segredo” (idem, p. 19).

<sup>9</sup> Idem, p. 23.

<sup>10</sup> Acabados estes feitos, caso as partes não apelassem, deviam os juízes apelar a El-Rei pela justiça. (Idem, p. 24-25).



Posteriormente, com o advento das Ordenações Manuelinas, em 1521, o instituto foi mantido – o que também ocorreu em 1603 com as Ordenações Filipinas<sup>11</sup>.

No Brasil, a *apelação ex officio* surgiu pela primeira oportunidade em outubro de 1831, já como figura do processo civil sempre que o juiz proferisse sentença contra a Fazenda Pública<sup>12</sup>. Até a publicação do Código de 1939, os códigos estaduais processuais da Bahia, Minas Gerais, Distrito Federal, São Paulo, Santa Catarina, Pará, Ceará, Pernambuco e Rio Grande do Norte traziam em seus dispositivos a apelação de ofício (ou apelação necessária)<sup>13</sup>.

Com a reunificação do sistema processual, ocorrida por meio do Código de Processo Civil de 1939, a apelação necessária, *ex officio*, foi prevista no art. 822<sup>14</sup>.

Percebe-se que, resistente às mudanças do sistema processual, o reexame necessário não mais conta com as razões de sua gênese. Não é à toa que o arauto do CPC/1973 – Alfredo Buzaid – teceu severa crítica a sua manutenção na ordem jurídica<sup>15</sup>, o que não impediu que a remessa oficial fosse mantida sob

<sup>11</sup> Idem, p. 29.

<sup>12</sup> Idem, p. 32. A Lei nº 242 de 29 de novembro de 1841, em seu art. 13, dispunha que “serão appelladas ex-officio para as Relações do Districto todas sentenças que forem proferidas contra a Fazenda Nacional em primeira instância, qualquer que seja a natureza dellas, e o valor excedente a cem mil réis, comprehendendo-se nesta disposição as justificações e habilitações de que trata o art. 99 da Lei de 4 de outubro de 1.831, não se estendendo contra a Fazenda Nacional as sentenças que se proferirem em causas Particulares, e que os Procuradores da Fazenda Nacional somente tenham assistido, porque destas só se appellará por parte da Fazenda, se os Procuradores della julgarem preciso” (idem, p. 34). Também em: TOSTA, Jorge. *Do reexame necessário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 108.

<sup>13</sup> TOSTA, Jorge. Op. cit., p. 111-114.

<sup>14</sup> “A apelação necessária ou *ex officio* será interposta pelo juiz mediante simples declaração na própria sentença. Parágrafo único. Haverá apelação necessária: I – das sentenças de declarem a nulidade di casamento; II – das que homologam o desquite amigável; III – das proferidas contra a União, o Estado ou o Município. Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.565, de 1942”. A Constituição de 1934 (art. 76) previa a possibilidade de o Presidente de qualquer Tribunal interpor recurso no caso de divergência jurisprudencial, bem como na Constituição de 1937 nos casos de julgamento em recurso ordinário pelo Supremo Tribunal Federal das decisões de última ou única instância denegatórias de *habeas corpus*. (Idem, p. 115-116)

<sup>15</sup> BUZAID, Alfredo. Op. cit., p. 38. Com a visível intenção de justificar a existência do duplo grau obrigatório de jurisdição, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Humberto Gomes de Barros, em voto proferido no Recurso Especial nº 29.800/MG, julgado em 16.12.1992, expôs: “em verdade, o instituto traz uma deformação cultural, herdada de nossas origens: a falta de confiança do Estado em seus agentes e a leniência em sancionar quem pratica atos ilícitos em detrimento do interesse público. Se o juiz ou o advogado do Estado é desidioso ou prevaricador, outros povos civilizados o afastariam da magistratura. Nós, não: criamos uma complicação processual, pela qual, violentando-se

a égide deste diploma processual. Ainda sob o panorama histórico, o reexame foi mantido no CPC/1973 e passou por certa mitigação com o advento da Lei nº 10.352/2001, que deu nova redação ao art. 475 para inserir situações de dispensa de reexame.

De fato, já na atualidade, ao menos no Direito pátrio<sup>16</sup>, há robusto sistema judicial e administrativo que torna a atuação oficiosa do magistrado medida altamente excepcional. Privilegia-se, com efeito, um modelo não inquisitorial e que assegura maior imparcialidade aos juízes. Não é à toa, pois, que o instituto sofra duros ataques – especialmente quanto a sua questionável constitucionalidade<sup>17</sup>.

## 1.2 NATUREZA JURÍDICA

Conforme já apontado, houve intensa polêmica acerca da natureza jurídica da remessa necessária. Ainda que tenha surgido como *apelação ex officio*, e no Código de Processo Civil de 1939 integrasse o capítulo referente aos recursos (Livro VII, Título II), esta corrente doutrinária (que entendia a remessa necessária como um recurso) perdeu força quando da publicação do Código de 1973, quando então passou a integrar o Título VIII (do procedimento ordinário), Capítulo VIII (da sentença e da coisa julgada), ganhando mais adeptos a teoria sustentada inicialmente por Eliézer Rosa, segundo a qual o reexame necessário

---

o princípio dispositivo, obriga-se o juiz a recorrer” (VAZ, Paulo Afonso Brum. O reexame necessário no processo civil. *Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 50, jan./mar. 1990).

<sup>16</sup> No direito estrangeiro, mas com o nome de “consulta”, encontramos na Argentina, Peru, Colômbia e Venezuela, sendo que somente nestes dois últimos países admite-se a “consulta” nas sentenças emitidas contra a Fazenda Pública, semelhantemente ao reexame necessário. (TOSTA, Jorge. Op. cit., p. 122; WELSCH, Gisele Mazzoni. *O reexame necessário e a efetividade da tutela jurisdicional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 35).

<sup>17</sup> Nesse sentido: SHIMURA, Sérgio. Reanálise do duplo grau de jurisdição obrigatório diante das garantias constitucionais. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006; GOMES, Magno Federici; MARTINS, Márcia de Azevedo. O reexame necessário e os princípios da igualdade e da proporcionalidade. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, v. 11, n. 65, p. 50-82, maio/jun. 2010; MAIA, Renato Vasconcelos. Inconstitucionalidade do reexame necessário face aos princípios da isonomia e da celeridade processual. *Revista da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco*, Recife, v. 11, n. 23, p. 259-288, jan./jun. 2006; WELSCH, Gisele Mazzoni. Op. cit., p. 115 e ss.; SOUSA, Sílvio Ernane Moura de. *Duplo grau civil de jurisdição facultativo e obrigatório: uma visão crítica e atual do art. 475 do CPC à luz do tratamento paritário das partes no processo e da efetividade jurisdicional*. São Paulo: Pillares, 2010. p. 152-169; TOSTA, Jorge. Op. cit., p. 124-145.

trata(va)-se de uma *condição de eficácia da sentença*<sup>18</sup>. Esta corrente é, atualmente, liderada por Nelson Nery Junior<sup>19</sup>, e aponta que não pode ser considerado recurso já que: (a) do ponto de vista topográfico, o art. 475 do CPC estaria fora do capítulo referente aos recursos; (b) pelo princípio da taxatividade somente é recurso o que a lei trata como tal; (c) faltar-lhe-ia voluntariedade, ou seja, ânimo da parte em impugnar a decisão, e dialeticidade, uma vez que, no reexame, não haveria razões e contrarrazões, ou argumentos e contra-argumentos para a manutenção ou não da decisão<sup>20</sup>.

O NCPC afasta dúvidas quanto à natureza jurídica da remessa necessária, na medida em que aponta que a sentença está sujeita a duplo grau de jurisdição, “não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal” (art. 496, *caput*, do NCPC). Vale destacar, porém, que não se trata propriamente de inovação, mas sim de consolidação de uma postura doutrinária que já era majoritária<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> BUZAID, Alfredo. Op. cit., p. 47.

<sup>19</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 78.

<sup>20</sup> SHIMURA, Sérgio. Reanálise do duplo grau de jurisdição obrigatório diante das garantias constitucionais. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Op. cit., p. 606-607; ROSSI, Júlio César. O reexame necessário. *Revista dialética de direito processual*, São Paulo, n. 23, p. 42, fev. 2005. Ainda é preciso citar que, além das teorias que entendem o reexame necessário como recurso ou condição de eficácia, ainda há outras de menor expressão como aquelas que o enxergam como *impulso oficial*, capitaneada por PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, t. VII, 1961, [s.p.], ou como *ato complexo*, sustentada por MARQUES, Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. IV, 1958. p. 369. Há, ainda, o entendimento (isolado) de que o reexame necessário é unicamente “condição para o trânsito em julgado da sentença, não se tratando de condição de sua eficácia, uma vez que ‘não transita em julgado’ não teria o mesmo significado semântico de ‘não poderá ser executada’” (VAZ, Paulo Afonso Brum. Op. cit., p. 50-51). Por fim, a teoria apresentada por Jorge Tosta (op. cit., p. 169) sustenta que o reexame necessário tem natureza jurídica de *condição suspensiva ex lege*, em nada diferindo da sentença impugnada por recurso com efeito suspensivo, a não ser pela circunstância de ser uma suspensão originada da própria lei (*ex lege*).

<sup>21</sup> Além dos já citados, defendem a postura de que o reexame é condição de eficácia da sentença: CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 225; THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 54. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2013, p. 590; BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, v. 5, 2011, p. 457. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Marinoni. Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 453; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil: Volume único*. 5. ed. São Paulo: Método, 2013. p. 567.

### 1.3 CABIMENTO

Na estrutura dogmática estabelecida pelo novo Código, a remessa necessária é cabível em duas situações: (a) em relação à sentença proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de Direito Público (art. 496, I, do NCPC); (b) em relação à sentença que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal (art. 496, II, do NCPC).

Quanto ao tema, vale recordar que é indispensável que tenha ocorrido exame de mérito em ambos os casos. É por essa razão que o texto legal dita “proferida contra” (art. 496, I, do NCPC) e “julgar procedente” (art. 496, II, do NCPC)<sup>22</sup>.

Além das hipóteses previstas no diploma processual, a legislação extravagante conta com diversos casos de remessa necessária, inalterados pelo novo diploma legal, destacando-se duas das principais: (a) na sentença que concede a ordem em mandado de segurança (art. 14, § 1º, da Lei nº 12.016/2009) e (b) na sentença que extingue ação popular por carência de ação (terminativa) ou improcedência (de mérito) (art. 19 da Lei nº 4.717/2005)<sup>23</sup>.

De todo modo, seja do ponto de vista estrutural (excesso e acúmulo de demandas no segundo grau de jurisdição) ou da perspectiva ideológica (nem todas as demandas possuem o relevo que mereça uma segunda análise), fato

<sup>22</sup> Sérgio Shimura não aceita o reexame necessário quando a decisão for terminativa, por se tratar a remessa necessária de uma exceção, sua interpretação deve ter a menor abrangência possível (SHIMURA, Sérgio. Reanálise do duplo grau de jurisdição obrigatório diante das garantias constitucionais. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Op. cit., p. 607). Nelson Nery Júnior defende que a sentença terminativa não é proferida *contra* a Fazenda Pública, motivo pelo qual não seria passível de reexame (*Teoria Geral dos Recursos*. op. cit., p. 82). No mesmo sentido: BARROS, Clemilton da Silva. Considerações prognósticas do reexame necessário no processo civil brasileiro. *Revista da Advocacia Geral da União*, a. 6, n. 14, p. 74, dez. 2007. É verdade que, em sede doutrinária, há quem defenda ser possível a remessa para qualquer espécie de sentença. Assim, por exemplo: SIMARDI, Cláudia A. Remessa obrigatória. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 6, 2002. p. 119; GOMES, Magno Federici; MARTINS, Márcia de Azevedo. *O reexame necessário e os princípios da igualdade e da proporcionalidade*. Op. cit., p. 5; TOSTA, Jorge. Op. cit., p. 238). DONOSO, Denis. Reexame necessário. Análise crítica e pragmática de seu regime jurídico. *Revista dialética de direito processual*, São Paulo, n. 87, p. 37, jun. 2010.

<sup>23</sup> E também: Lei nº 3.365/1941 (Desapropriação), art. 28, § 1º; Lei nº 7.853/1989 (dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência), art. 4º, § 1º; Lei Complementar nº 76/1993 (desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária) art. 13, § 1º.

é que a remessa oficial, a despeito de hipóteses amplas de cabimento, possui, também, restrições – casos em que, *de lege lata*, haverá dispensa do reexame.

#### **1.4 DISPENSA DA REMESSA**

A Lei nº 10.352/2001 trouxe para o Código Buzaid casos em que seria dispensada a remessa oficial. Desse modo, mesmo que se enquadrassem nas situações do art. 475, I e II, não haveria reexame necessário: (a) se a condenação (art. 475, I) ou a dívida (art. 475, II) não fossem superiores de 60 salários-mínimos; ou (b) houvesse sentença fundada em decisão do plenário do Supremo Tribunal Federal, de súmula do Supremo Tribunal Federal, ou ainda de súmula dos Tribunais Superiores em geral.

Além disso, a (curiosa) Medida Provisória nº 2.180-53 previa inusitada situação de dispensa em seu art. 12<sup>24</sup>. Tal dispositivo afastava a incidência de reexame necessário das sentenças proferidas contra a União, inclusive a administração indireta, quando a própria União – por meio do seu quadro técnico – já tivesse se manifestado pela não interposição de recurso voluntário. Ainda que não se tratasse de recurso, se o próprio beneficiário do reexame estivesse proibido de recorrer em virtude de orientações de seus órgãos, a remessa já era dispensada.

O novo Código de Processo Civil, com efeito, tornou mais sofisticado o esquema de dispensa da remessa necessária ao estabelecer que ela é viável: (a) quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a quantias determinadas, a depender do ente da Federação (art. 496, § 2º, do NCPC); (b) quando a sentença estiver fundada em determinados precedentes (art. 496, § 3º, I, II, III, do NCPC); (c) quando a sentença estiver fundada em orientação no mesmo sentido da própria administração pública (art. 496, § 3º, IV, do NCPC).

Cada situação anteriormente descrita merece detalhamento.

##### **1.4.1 Dispensa com fundamento econômico**

É dispensada a remessa necessária quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a: (a) mil

---

<sup>24</sup> Art. 12 da MP 2.180-53. Não estão sujeitas ao duplo grau de jurisdição obrigatório as sentenças proferidas contra a União, suas autarquias e fundações públicas, quando a respeito da controvérsia o advogado-geral da União ou outro órgão administrativo competente houver editado súmula ou instrução normativa determinando a não interposição de recurso voluntário.

salários-mínimos para União e as respectivas autarquias e fundações de Direito Público; (b) quinhentos salários-mínimos para os Estados, o Distrito Federal, as respectivas autarquias e fundações de direito público, e os Municípios que constituam capitais dos Estados; (c) cem salários-mínimos para todos os demais municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público (art. 496, § 2º, do NCPD).

A ideia de vincular a reapreciação da causa à expressão econômica que lhe é dada não é novidade e já foi alvo de muitas críticas.

No ponto, o estudo realizado por Flávio Galdino, *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*<sup>25</sup>, permite afirmar que, partindo do pressuposto de que *todos os direitos possuem custos*, não deve(ria), nem pode(ria) condicionar-se a remessa de ofício ao valor da condenação, pois a Administração Pública não deve ser vista como uma *instituição financeira* ou somente como uma *gestora financeira*, no sentido de que somente lhe interessa causas que possam impactar mais o seu orçamento. Ora, o Estado Democrático de Direito impõe que a Administração Pública haja em decorrência da (e limitada pela) juridicidade, ou seja, não está(ria), somente, sua ação ligada a recursos financeiros. Muito pelo contrário, cabe-lhe buscar, sim, a concretização/materialização dos interesses públicos primários previstos na Constituição:

Desvirtuar-se desta ideia significaria dizer que um cidadão que tenha uma condenação contra o Estado no valor atual de R\$ 32.600,00 (59,82 salários-mínimos) teria mais direito que aquele cuja condenação supere R\$ 32.700,00 (60 salários-mínimos), ou que o direito do primeiro seria alcançado mais facilmente que do segundo. Considerando aqui que o objeto da ação e o motivo da condenação fossem os mesmos, os procuradores públicos poderiam recorrer, se fosse o caso, de ambas (buscando a prevalência do interesse público primário) decisões e não somente de uma delas em decorrência do valor de sua condenação, supondo-se, a título exemplificativo, que sejam ações

<sup>25</sup> GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. Mesma linha de raciocínio é extraída das obras de CALIENDO, Paulo. *Direito tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009; AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002 e LEAL, Rogério Gesta. *Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios*. Porto Alegre: ENFAM, 2010.

movidas postulando ressarcimento de despesas de internação hospitalar nas quais as pessoas tiveram que arcar, mas que deveriam ter sido suportados pelo Sistema Único de Saúde, e que para isso, por exemplo, tivessem de se despojar de alguns (ou todos, muitas vezes) bens, tudo para que não viessem a perder suas vidas em decorrência da omissão estatal. O duplo grau de jurisdição obrigatório em situação fáticas e jurídicas idênticas fere(ria), necessariamente, a igualdade. Condicionar o duplo grau de jurisdição obrigatório ao valor leva à seguinte conclusão: o interesse público está(ria) presente somente nas ações acima de 60 salários-mínimos, porque é nestas em que há a remessa necessária para salvaguardar o *interesse público*, o que não é uma verdade. De forma nenhuma se pode visualizar a omissão do Estado trazendo-lhe um *benefício*. Quanto mais duradoura a omissão (ilícita), maior o valor da condenação frente à Administração Pública, e menos célere será a prestação jurisdicional face ao reexame obrigatório. Logo, condicionar o duplo grau obrigatório de jurisdição ao valor da condenação é inaceitável no atual sistema jurídico-social nacional.<sup>26</sup>

Desse modo, se antes já era merecida, agora a crítica deve ser *ainda mais contundente*: além de vincular a remessa oficial ao valor da condenação, o novel diploma processual estabelece uma *desigualdade processual entre os entes públicos*. É dizer que o interesse público defendido vale mais ou menos a depender da espécie de ente da Federação. Assim, por exemplo, se o Município de São Paulo é condenado a pagar 400 salários-mínimos ao autor, haverá reexame necessário e, se a mesma condenação fosse imposta do Estado de Roraima, não haveria remessa. Ocorre que, sem espaço para dúvidas<sup>27</sup>, o orçamento de Roraima é muito inferior ao da cidade de São Paulo, de modo que fica a reflexão: qual deles necessitaria da prerrogativa processual? O exemplo reforça a ideia de que

<sup>26</sup> SANTANNA, Gustavo. *Administração Pública em juízo*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. p. 151.

<sup>27</sup> Conforme veiculado pela imprensa, o orçamento estimado da cidade de São Paulo, entre despesas e receitas, gira em torno de cinquenta bilhões, ao passo que o orçamento de Rondônia fica na margem de sete bilhões. Disponível em: <<http://www.rondoniagora.com/noticias>> e <<http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/planejamento/noticias>>. Acesso em: 2 fev. 2015.

simplesmente reduzir o interesse público a números – ainda mais posicionando todos os Estados da Federação ou todos os Municípios brasileiros no mesmo patamar – é um equívoco.

#### 1.4.2 Dispensa com fundamento jurisprudencial

Também é dispensado o reexame necessário quando a sentença estiver fundada em: (a) súmula de tribunal superior; (b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; (c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência (art. 496, § 3º, I a III, do NCPC). Trata-se, com efeito, de valorização dos precedentes.

Não se pode negar o aprimoramento do NCPC em relação ao antigo texto legal, que previa como causas de dispensa apenas a existência de jurisprudência do Plenário do Supremo Tribunal Federal ou súmula de tribunal superior (art. 475, § 3º, do CPC/1973). Agora, ganhará ainda mais destaque o julgamento das demandas sob o rito dos recursos repetitivos – que passam a ser legítimos *paradigmas jurisprudenciais* ou, quem sabe, *precedentes obrigatórios*.

Havia, neste ponto, uma desatualização do Código Buzaid, afinal, o julgamento de demandas repetitivas é tão relevante quanto a edição de uma súmula de jurisprudência (técnica em franco desuso).

De fato, de que adiantaria determinar a remessa dos autos para o segundo grau de jurisdição quando o julgado já está fundamentado em tese consolidada pelos tribunais superiores? A remessa obrigatória do CPC/1973 provocava inútil acúmulo de trabalho nos tribunais que eram obrigados a proferir julgamento acerca de temáticas já consolidadas e que, inclusive, haviam sido observadas pelo juízo *a quo*. Restava ao relator, com efeito, julgar improcedente de plano a remessa com arrimo na disposição recursal pertinente (art. 557 do CPC/1973)<sup>28</sup>.

A proibição de remessa necessária quando a sentença estiver fundada em orientações jurisprudenciais consolidadas (súmulas e demandas repetitivas) faz parte da onda brasileira de valorização dos precedentes – tema que tem sido amplamente debatido em âmbito doutrinário e que escapa dos estreitos limites deste estudo<sup>29</sup>. Sem qualquer pretensão de exaurimento, vale destacar que,

<sup>28</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. Op. cit., p. 225.

<sup>29</sup> Para aprofundar, merecem destaque as seguintes obras: STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto - O precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013; MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema*



se as Cortes definem o sentido dos textos, é evidente que a autoridade do direito também está nos precedentes, pois a decisão judicial não mais define a exata interpretação da lei (declara a vontade da lei), mas atribui sentido ao direito. A tarefa jurisdicional não está limitada a revelar a lei ou declarar algo que sempre esteve à disposição, mas sim, define o adequado sentido do texto, adicionando algo à ordem jurídica – que passa a ser composta, também, pelo precedente.<sup>30-31</sup>

Há que se atentar, por fim, para o fato de que o fundamento de determinada norma processual sempre é de índole material. A concepção dualista do direito firmada na distinção entre normas processuais e normas materiais não mais se justifica na medida em que tais normas estão em constante diálogo. Nesse sentido, a remessa necessária pode ser reinterpretada (não como prerrogativa do

---

processual da corte suprema. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010; RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

<sup>30</sup> CUNHA, Guilherme Cardoso Antunes da; REIS, Maurício Martins. Por uma teoria dos precedentes obrigatórios conformada dialeticamente ao controle concreto de constitucionalidade. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 39, n. 235, p. 265, set. 2014.

<sup>31</sup> Guilherme Cardoso Antunes da Cunha e Maurício Martins Reis, no texto já citado, alertam para o perigo de um precedente ser obrigatório ou vinculante por imposição legal, na medida em que a sua consistência é o que definiria tal *status*. Destacam, porém, que até mesmo neste cenário, é possível que os precedentes obrigatórios sejam benéficos: “Sendo assim, já se disse que os precedentes, dessa forma, têm valor inestimável para a *applicatio* e, nesse andar, para o alcance de uma resposta constitucionalmente adequada à Constituição. Mas os precedentes não podem implicar uma reprodução automática do que foi decidido anteriormente (com a aplicação indiscriminada de verbetes, súmulas e ementas, como ocorre atualmente na prática judiciária brasileira). Na verdade, a postura do juiz frente à tradição é a de diálogo, não de submissão, ou seja, não podem ser utilizados de maneira lógico-subsuntiva. Isto porque o precedente dinamiza o sistema jurídico, não o engessa, pois a interpretação do precedente deve levar em conta a totalidade do ordenamento jurídico e toda a valoração e a fundamentação que o embasaram. Logo, sempre que o precedente for a base de uma nova decisão, seu conteúdo é passível de um ajuste jurisprudencial em relação às circunstâncias do caso concreto. Diante disso, o critério normativo utilizado a partir de determinado precedente deverá ser controlado pela faticidade. É dizer: a coerência do sistema deve ser levada em conta pela decisão, fazendo com que os critérios normativos adotados pelos precedentes sejam observados, no que couber, em relação aos fatos postos na causa concreta. Portanto, a decisão de uma corte, ao definir a interpretação, não elabora parâmetro para o controle da legalidade das decisões, mas erige critério decisional, verdadeiro modo de ser do direito ou o próprio direito em determinado contexto histórico” (idem, p. 285).

Poder Público) como instrumento processual de *defesa do interesse público*<sup>32</sup>. Por seu turno, quando já houver consolidada tese jurídica em determinado sentido por meio de pronunciamento dos tribunais (seja por meio de súmula, seja por julgamento de demandas ou recursos repetitivos), isto significa dizer que o sentido dado ao interesse público já foi debatido e consolidado nas instâncias judiciárias de modo que o fundamento material da norma processual já estaria atendido, razão pela qual seria dispensada a remessa.

#### 1.4.3 Dispensa por orientação administrativa

Como já adiantado, também é dispensado o reexame necessário quando a sentença for proferida contra a União, suas autarquias e fundações públicas, quando a respeito da controvérsia o advogado-geral da União ou outro órgão administrativo competente houver editado súmula ou instrução normativa determinando a não interposição de recurso voluntário (art. 12 da Medida Provisória nº 2.180-53). Curiosamente, a regra atinge apenas a Administração Pública Federal, conferindo tratamento processual diferenciado ao interesse público tutelado pela União em relação ao interesse público dos demais entes da Federação. Trata-se de perspectiva, repisa-se, consternada com o interesse da Administração Pública (a União), mas não com a noção de *interesse público geral a ser protegido*<sup>33</sup>.

Pode-se defender que o NCPC reduz a disparidade anterior e traz mudanças ao estabelecer que não haverá remessa quando a sentença estiver fundada em “entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa” (art. 496, § 2º, IV, do NCPC). A nova regra possui leque subjetivo mais amplo (atinge qualquer “ente público” e não apenas a União) e é objetivamente maior (basta que a sentença esteja de acordo com a orientação administrativa vinculante que também não haverá reexame, isto é: desinteressa para a norma se o ente público está ou não ordenando que não haja recurso).

Como efeito, o dispositivo em comento revela, novamente, a preferência legislativa pela *proteção do interesse público* e não por atribuir uma prerrogativa

<sup>32</sup> No mesmo sentido, José Carlos Barbosa Moreira, ao refutar a tese de que o reexame é resquício de um Estado Autoritário: “O interesse público, justamente por ser público – ou seja, da coletividade como um todo –, é merecedor de proteção especial, num Estado Democrático não menos que alhures” (op. cit., p. 209-210).

<sup>33</sup> SANTANNA, Gustavo. Op. cit., p. 155.

processual à Administração Pública. Ora, se o ente público já fixou a sua orientação a respeito do sentido do interesse público para aquela situação (mediante ato vinculativo) e, chamado ao debate, o Poder Judiciário seguiu a mesma orientação, isto significa que houve atendimento do interesse público e, portanto, está dispensada a remessa. Vale lembrar, no ponto, que tal dispositivo se harmoniza com a concepção segundo a qual a remessa necessária não pode prejudicar o ente público (Súmula nº 45 do STJ)<sup>34</sup>.

É verdade que, na grande maioria dos casos, as súmulas administrativas surgem somente após a consolidação jurisprudencial da matéria. Isto é o que ocorre, por exemplo, com as Súmulas da AGU:

As Súmulas da AGU representam a consolidação da jurisprudência iterativa dos Tribunais, entendida como as decisões judiciais do Tribunal Pleno ou de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal, dos órgãos Especiais ou das Seções Especializadas dos Tribunais Superiores, ou de ambas as Turmas que as compõem, em suas respectivas áreas de competência, que consagram entendimento repetitivo, unânime ou majoritário, dos seus membros, acerca da interpretação da Constituição ou de lei federal em matérias de interesse da União, suas autarquias e fundações (art. 2º, parágrafo único, do Ato Regimental nº 1/2008).<sup>35</sup>

Ainda assim, a medida racionaliza a atuação processual do ente público e estimula, em todas as esferas da Federação, a constante busca pela sedimentação de determinadas orientações para que haja tratamento igualitário a todos os casos.

<sup>34</sup> Mesmo com a existência da Súmula nº 45 do Superior Tribunal de Justiça (no reexame necessário, é defeso, ao Tribunal, agravar a condenação imposta à Fazenda Pública, originada a partir do julgamento do Recurso Especial nº 14.238) e defensores desta linha como Jorge Tosta. (op. cit., p. 221) e Clemlilton da Silva Barros (op. cit., p. 81), há quem sustente ser plenamente possível o agravamento da situação da Fazenda Pública na remessa necessária, uma vez que este instituto na sua origem não fora criado com o intuito de proteger a Fazenda Pública, posição esta liderada por Nelson Nery Junior (*Teoria geral dos recursos*, op. cit., p. 85) e tendo como seguidores, entre outros autores, Júlio César ROSSI (op. cit., p. 47) e Sílvio Ernane Moura de Sousa (op. cit., p. 79). Essa não é, porém, a posição dominante nos tribunais.

<sup>35</sup> FANTIN, Adriana Aghinoni; ABE, Nilma de Castro (Coord.). *Súmulas da AGU comentadas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 35.

## CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

O presente texto buscou apresentar as principais inovações em matéria de remessa necessária (reexame necessário) diante do advento do novo Código de Processo Civil, de modo que podem ser destacadas as seguintes conclusões:

- a) A remessa necessária – verdadeira condição de eficácia da sentença – é instituto que continuará presente com o novo Código (art. 496 do NCPC).
- b) As suas razões históricas já não se fazem presentes de modo que, como está mantido, o reexame necessário deve passar por uma releitura a partir da noção de interesse público.
- c) A remessa necessária é cabível nas seguintes situações: (a) em relação à sentença proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público (art. 496, I, do NCPC); (b) em relação à sentença que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal (art. 496, II, do NCPC).
- d) Há, também, casos de cabimento na legislação extravagante e que não foram alterados pelo novo Código.
- e) É dispensada a remessa necessária quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a: (a) mil salários-mínimos para União e as respectivas autarquias e fundações de direito público; (b) quinhentos salários-mínimos para os Estados, o Distrito Federal, as respectivas autarquias e fundações de direito público, e os Municípios que constituam capitais dos Estados; (c) cem salários-mínimos para todos os demais municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público (art. 496, § 2º, do NCPC). Trata-se de dispensa com fundamento econômico, o que, de certo modo, é contraditório com a proteção do interesse público;
- f) Também é dispensado o reexame necessário quando o pronunciamento estiver calcado em: (a) súmula de tribunal superior; (b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; (c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência (art. 496, § 3º, I a III, do NCPC). Trata-se de dispensa que está em harmonia com a crescente valorização dos precedentes.

g) Além disso, não haverá remessa quando a sentença estiver fundada em “entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa” (art. 496, § 2º, IV, do NCPC).

Com a acuidade que lhe é própria, Barbosa Moreira (sob a égide do Código pretérito) destacara “a inconveniência de eliminar o art. 475 em qualquer reforma futura do estatuto processual. Restrições podem ser admissíveis, e eventualmente dignas de aplauso, desde que justificadas no plano da razoabilidade”<sup>36</sup>. Nessa linha, ainda que criticável a manutenção da remessa necessária, mesmo com uma duvidosa tentativa de apontar o *custo do interesse público* (art. 496, § 2º, do NCPC), não se pode negar a melhoria digna de aplauso presente na ampliação das hipóteses de dispensa para valorizar os precedentes e reforçar a atuação do ente público na sedimentação das suas próprias orientações administrativas.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BARROS, Clemilton da Silva. Considerações prognósticas do reexame necessário no processo civil brasileiro. *Revista da Advocacia Geral da União*, a. 6, n. 14, dez. 2007.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, v. 5, 2011.

BUZAID, Alfredo. *Da apelação ex officio: no sistema do Código do Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1951.

CALIENDO, Paulo. *Direito tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

CUNHA, Guilherme Cardoso Antunes da; REIS, Maurício Martins. Por uma teoria dos precedentes obrigatórios conformada dialeticamente ao controle concreto de constitucionalidade. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 39, n. 235, p. 263-292, set. 2014.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

---

<sup>36</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Op. cit., p. 210.

DONOSO, Denis. Reexame necessário. Análise crítica e pragmática de seu regime jurídico. *Revista dialética de direito processual*, São Paulo, n. 87, p. 37, jun. 2010.

FANTIN, Adriana Aghinoni; ABE, Nilma de Castro (Coord.). *Súmulas da AGU comentadas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GOMES, Magno Federici; MARTINS, Márcia de Azevedo. O reexame necessário e os princípios da igualdade e da proporcionalidade. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, v. 11, n. 65, p. 50-82, maio/jun. 2010.

LEAL, Rogério Gesta. *Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios*. Porto Alegre: ENFAM, 2010.

MAIA, Renato Vasconcelos. Inconstitucionalidade do reexame necessário face aos princípios da isonomia e da celeridade processual. *Revista da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco*, Recife, v. 11, n. 23, p. 259-288, jan./jun. 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Marinoni. Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. IV, 1958.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Em defesa da revisão obrigatória das sentenças contrárias à Fazenda Pública. In: *Temas de Direito Processual (Nona série)*. São Paulo: Saraiva, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil: Volume único*. 5. ed. São Paulo: Método, 2013.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, t. VII, 1961.

ROSSI, Júlio César. O reexame necessário. *Revista dialética de direito processual*, São Paulo, n. 23, fev. 2005.

SANTANNA, Gustavo. *Administração Pública em Juízo*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

SHIMURA, Sérgio. Reanálise do duplo grau de jurisdição obrigatório diante das garantias constitucionais. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa

Arruda Alvim. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SIMARDI, Cláudia A. Remessa obrigatória. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 6, 2002.

SOUSA, Sílvio Ernane Moura de. *Duplo grau civil de jurisdição facultativo e obrigatório: uma visão crítica e atual do art. 475 do CPC à luz do tratamento paritário das partes no processo e da efetividade jurisdicional*. São Paulo: Pillares, 2010.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 54. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2013.

TOSTA, Jorge. *Do reexame necessário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VAZ, Paulo Afonso Brum. O reexame necessário no processo civil. *Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 50, jan./mar. 1990.

WELSCH, Gisele Mazzoni. *O reexame necessário e a efetividade da tutela jurisdicional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

# A COLETA DE PERFIL GENÉTICO NO ÂMBITO DA LEI Nº 12.654/2012 E O DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO: UMA NECESSÁRIA ANÁLISE

*A GENETIC PROFILE COLLECTION UNDER LAW Nº 12.654/2012 AND THE RIGHT TO NON SELF-INCRIMINATION: A NECESSARY ANALYSIS*

**Francis Rafael Beck<sup>1</sup>**

Doutor e Mestre em Direito (Unisinos)

**Ruiz Ritter<sup>2</sup>**

Mestrando em Ciências Criminais (PUCRS).

**RESUMO:** Com o advento da Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012, o uso de perfil genético para identificação e investigação criminal trouxe uma grande inovação para o sistema jurídico-penal brasileiro. A partir da previsão da obrigatoriedade da identificação do perfil genético para determinados delitos, uma série de questões deve ser refletida no âmbito dogmático, constitucional e político-criminal. Dessa forma, o presente artigo investiga o surgimento da referida lei, as alterações normativas dela decorrentes e, em particular, a (in)constitucionalidade

da identificação obrigatória pelo perfil genético frente ao direito à não auto-incriminação.

**PALAVRAS-CHAVE:** Perfil genético; investigação criminal; banco de dados de perfis genéticos; Lei nº 12.654/2012.

**ABSTRACT:** *With the enactment of Law nº 12.654, of May 28, 2012, the use of genetic profile for identification and criminal investigation brought great innovation for the Brazilian legal and penal system. From the provision concerning the mandatory identification of the genetic profile for certain offenses, a number of issues should*

<sup>1</sup> Especialista em Direito Penal (Salamanca) e Direito Penal Econômico e Europeu (Coimbra), Professor de Direito e Processo Penal em cursos de graduação e pós-graduação, Advogado.

<sup>2</sup> Especializando em Ciências Penais (PUCRS), Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais (Unisinos), Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), Advogado.



*be reflected within a dogmatic, constitutional and political-criminal scope. Thus, this paper investigates the emergence of the Act, the regulations changes made under its implementation and, in particular, the (in) constitutionality of mandatory identification by the genetic profile regarding the right to non self-incrimination.*

**KEYWORDS:** *Genetic profile; criminal investigation; genetic profiles databank; Law n° 12.654/2012.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 O uso do DNA na investigação criminal; 2 A Lei n° 12.654/2012 e o uso do perfil genético no Direito Penal e Processual Penal brasileiro; 3 A (in)constitucionalidade da coleta obrigatória de material genético frente ao direito à não autoincriminação; Conclusão; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 The use of DNA in criminal investigation; 2 Law n° 12.654/2012 and the use of genetical profile in brazilian criminal law and criminal procedural law; 3 The (un)constitutionality of mandatory collection of genetical material against the right to non-selfcriminalization; Conclusion; References.*

## INTRODUÇÃO

A extração do perfil genético do indivíduo para armazenamento em um banco de dados administrado pelo Estado, com posterior utilização nas investigações criminais, já é tema comum em diversos países do mundo. Contudo, foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro apenas com o advento da Lei n° 12.654, de 28 de maio de 2012.

O novo diploma normativo teve como origem o Projeto de Lei do Senado n° 93/2011, que justifica a criação da lei com o argumento de que o Brasil “deverá contar, em breve, e já tardiamente, com um banco de perfis de DNA nacional para auxiliar nas investigações de crimes praticados com violência”. Refere-se tal justificativa ao sistema denominado CODIS (Combined DNA Index System), que “prevê ainda um banco de identificação genética de criminosos, que conteria o material de condenados”. No entanto, “a sua implantação depende de lei”, sendo disso que “trata o presente projeto”<sup>3</sup>.

Nessa linha, a Lei n° 12.654/2012 trouxe alterações na Lei de Identificação Criminal (Lei n° 12.037/2009) e na Lei de Execuções Penais (Lei n° 7.210/1984). No que concerne à primeira, incluiu, na investigação policial, a possibilidade de coleta de material biológico do indivíduo investigado, condicionado-a a

<sup>3</sup> BRASIL. Projeto de Lei do Senado n° 93/2011, Sessão de 17 de março de 2012, fl. 03. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/87674.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2014.

“despacho” (decisão) da autoridade judiciária. No tocante à segunda, determinou a obrigatoriedade do fornecimento de material biológico pelos condenados por crime doloso com violência de natureza grave contra pessoa e crimes previstos como hediondos.

De imediato, surgem questões de complexidade frente à tamanha inovação no Direito Penal e Processual Penal brasileiros, seja no âmbito dogmático, constitucional e político-crimal, seja na própria *praxis* da coleta do material genético.

Assim, o presente texto, ao enfrentar essa temática, primeiramente dá enfoque ao uso do DNA na investigação criminal, para, em seguida, abordar a justificativa do Projeto de Lei do Senado nº 93/2011 e o texto definitivo da Lei nº 12.654/2012, esclarecendo as alterações realizadas tanto na Lei de Identificação Criminal quanto na Lei de Execuções Penais. Após isso, analisa a extensão do direito à não autoincriminação no sistema jurídico-penal brasileiro, para ao final discutir a (in)constitucionalidade da nova legislação no que tange à coleta compulsória do material genético.

## 1 O USO DO DNA NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Foi na década de 1990 que tomaram corpo as discussões acerca da criação de uma base de dados forenses de DNA. Desde então, a opinião pública foi se moldando no sentido da defesa desses novos recursos para a resolução de crimes e, até mesmo, para a sua prevenção, sempre em um horizonte de segurança e efetiva aplicação da lei penal.

Nessa perspectiva, é costumeiro hoje o discurso de que o sistema penal deve ter como bases, no campo das investigações criminais, a inteligência e o uso de recursos tecnológicos (nos seriados norte-americanos do tipo “CSI”, os peritos são responsáveis pela resolução de quase todos os delitos de maior complexidade). Nada há de errado nisso, muito antes o contrário. Entretanto, as regras de utilização desses novos “métodos” devem ser bastante claras e albergadas pelo sistema constitucional do país onde inseridas.

Especialmente no que tange ao uso do perfil genético, o avanço científico e a consequente segurança na identificação das pessoas pelo ácido desoxirribonucleico levou diversos países a criarem seus sistemas de bancos de dados genéticos. Nos Estados Unidos, o Federal Bureau of Investigation – FBI desenvolveu o *software* denominado CODIS (Combined DNA Index System)

no ano de 1990<sup>4</sup>. Em 1995, a Inglaterra criou a primeira dessas bases de dados. Atualmente, são poucos os países da União Europeia que não tenham criado alguma espécie de base de armazenamento de dados genéticos<sup>5</sup>. Por meio da Resolução n° 193/2002, de 9 de junho de 1997, a União Europeia estabeleceu o intercâmbio de análise de DNA entre os Estados-membros, que ficaram incumbidos de legislar a respeito de quais delitos e condições poderiam ensejar a inserção nos registros. Anos mais tarde, diversos países assinaram o Tratado de Prüm, de 27 de maio de 2005, em que os Estados europeus se comprometeram a estabelecer uma relação de cooperação e intercâmbio de dados de DNA, com o fim de facilitar o acesso a informações e ampliar as possibilidades da investigação criminal<sup>6</sup>.

Hodiernamente, é muito diverso o âmbito e o alcance da legislação referente às bases de dados genéticos forenses existentes em cada país, assim como os seus objetivos, tipos, quantidade de dados armazenados e materiais biológicos que lhes são associados. E, assim como as tensões sentidas entre a evolução da medicina decorrente do desenvolvimento da genética humana e a aplicação de princípios éticos, a criação de bases de dados de perfis de DNA reflete semelhantes conflitos também no campo jurídico, tendo em vista a possibilidade de restrição de direitos, liberdades e garantias<sup>7</sup>.

No Reino Unido, por exemplo, a National DNA Database – NDNAD representa a maior base de dados genéticos em todo o mundo e uma das mais controversas. Em 2006, o número de perfis de DNA era já de mais de 3 milhões, sendo estimado, em 2007, em mais de 7 milhões de registros. Fatores como o seu tamanho, grau de crescimento, armazenamento de dados de menores, irrevogabilidade do consentimento voluntário, grandes poderes atribuídos à polícia para a colheita de amostras, conservação das amostras mesmo após

---

<sup>4</sup> RUIZ, Thiago. Banco de dados de perfis genéticos e identificação criminal: breve análise da Lei 12.654/2012. *Boletim IBCCrim*, n. 343, fev. 2013.

<sup>5</sup> HENRIQUES, Fernanda; SEQUEIROS, Jorge. Relatório sobre o Regime Jurídico da Base de Dados de Perfis de ADN. *Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida*. Presidência do Conselho de Ministros. Portugal, jun. 2007. p. 4. Disponível em: <[http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1285444328\\_Relatorio\\_base\\_dados\\_perfis\\_ADN.pdf](http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1285444328_Relatorio_base_dados_perfis_ADN.pdf)>. Acesso em: 15 set. 2013.

<sup>6</sup> RUIZ, Thiago. Banco de dados de perfis genéticos e identificação criminal: breve análise da Lei 12.654/2012. *Op. cit.*

<sup>7</sup> HENRIQUES, Fernanda; SEQUEIROS, Jorge. Relatório sobre o Regime Jurídico da Base de Dados de Perfis de ADN. *Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida*. Presidência do Conselho de Ministros. Portugal, jun. 2007. p. 4. Disponível em: <[http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1285444328\\_Relatorio\\_base\\_dados\\_perfis\\_ADN.pdf](http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1285444328_Relatorio_base_dados_perfis_ADN.pdf)>. Acesso em: 15 set. 2013.

absolvição dos acusados e a representação em maior número de negros e outras minorias são fonte de constante discussão e preocupação por parte de organizações de ética e grupos de direitos civis no Reino Unido<sup>8</sup>.

Diversas medidas legislativas preveem que amostras de DNA sejam colhidas pela polícia em qualquer pessoa detida sob a sua custódia, e em razão de um grande número de crimes, que excluem quase só as transgressões de trânsito. As amostras de DNA podem ser colhidas mesmo que não sejam relevantes para a investigação do crime, e ficarão registradas nos seus computadores, como parte integrante do registro criminal dessa pessoa. Amostras consideradas “íntimas” (como a colheita de sangue) só podem ser colhidas com consentimento do infrator. Todavia, legislação mais recente estendeu o conceito de amostra “não íntima” ao esfregaço bucal (*mouth swab*), que pode ser efetuado legalmente sem consentimento. Além das anteriores, dois outros tipos de amostras podem ser armazenadas: amostras obtidas em cenas de crime e amostras de voluntários. As colheitas em voluntários são feitas após consentimento, que é irrevogável<sup>9</sup>.

A probabilidade de que um novo perfil obtido em cena de crime seja emparelhado com um perfil já existente na base de dados é de 45%. No entanto, só em menos de 1% dos crimes registrados se torna possível a coleta de dados genéticos, tendo em vista que nem todos os crimes estão associados com uma cena em que DNA possa ser deixado e, mesmo quando tal se mostra possível, nem sempre é deixado material biológico na cena de um crime<sup>10</sup>.

De fato, como afirma Lopes Jr., o discurso científico é muito sedutor, até porque, em situação similar ao dogma religioso, tem uma encantadora ambição de verdade. Sob o manto do saber científico, opera-se a construção de uma (pseudo)verdade, com a pretensão de irrefutabilidade. Contudo, essa prova pericial demonstra apenas um grau, maior ou menor, de probabilidade de um aspecto do delito, que não se confunde com a prova de toda a complexidade que constitui o fato<sup>11</sup>. De qualquer forma, o uso de perfis genéticos para fins de

<sup>8</sup> Idem.

<sup>9</sup> Idem..

<sup>10</sup> Idem.

<sup>11</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. Lei 12.654/2012: é o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*)? *Boletim IBCCrim*, n. 236, jul. 2012. Segue o autor afirmando que “pode, ainda, ser estabelecida uma discussão sobre a validação científica dos métodos de análise, ou seja, discutir a validade dos testes a partir da natureza das amostras biológicas utilizadas, por exemplo. Não raras vezes, as amostras são encontradas em superfícies não estéreis, podendo sofrer danos após o contato com a luz solar, micro-organismos e solventes. Isso pode levar a equívocos na interpretação. Outro

investigação criminal, já bem desenvolvido em determinados países, parece ser um ponto de não retorno. Cumpre, portanto, a análise do seu regramento no Brasil e, especialmente, suas raízes político-criminais e limitações constitucionais.

## 2 A LEI Nº 12.654/2012 E O USO DO PERFIL GENÉTICO NO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

O Projeto de Lei nº 93/2011, do Senado Federal, que resultou na Lei nº 12.654/2012, nos termos da sua própria justificativa, foi pautado sob o argumento de que a medida adotada pelo Brasil é “necessária e urgente”, e poderá ser usada para muitos fins, como

demonstrar a culpabilidade dos criminosos, exonerar os inocentes, identificar corpos e restos humanos em desastres aéreos e campos de batalha, determinar paternidade, elucidar trocas de bebês em berçários e detectar substituições e erros de rotulação em laboratórios de patologia clínica.<sup>12</sup>

A própria expressão “demonstrar a culpabilidade dos criminosos”, além de genérica, já demonstra a pouca afeição da justificativa à técnica jurídico-penal, já que a prova da autoria (que seria esperável a partir do DNA) pouco ou nada tem a ver com a noção de culpabilidade.

Além disso, há o destaque de que “atualmente, os resultados da determinação de identificação genética pelo DNA já são rotineiramente aceitos

---

ponto fundamental é discutir o nexos causal, ou seja, como aquele material genético foi parar ali e até que ponto pode o réu ser responsabilizado penalmente pelo resultado pelo simples fato de ter estado com a vítima, por exemplo. Outro aspecto a ser considerado é a possibilidade de manipulação desta prova, não apenas no sentido mais simples, de falhas na cadeia de custódia da prova, laudos falsos, enxerto de provas, etc., mas também na possibilidade de fraudar o próprio DNA. O conhecido periódico *The New York Times* noticiou que ‘cientistas israelenses divulgam em artigo a possibilidade de introduzir, com certa facilidade, em uma amostra qualquer de sangue ou saliva, o código genético de qualquer pessoa a cujo perfil de DNA se tenha acesso sem que seja sequer necessário possuir uma amostra de seu material genético. A notícia é bastante relevante no sentido de minar a infalibilidade com que são tratadas as evidências e provas baseadas em testes genéticos a partir dos procedimentos usuais de perícia forense. E, ainda, as novas possibilidades de fraude que se abrem com o recurso a esta técnica podem aumentar os riscos potenciais do manejo de informação genética, com reflexos claros para a atual tendência à compilação de gigantescos bancos de dados genéticos’. Portanto, o exame de DNA é muito importante, e com certeza terá uma grande influência na formação da convicção do julgador, mas é apenas ‘mais uma prova’, sem qualquer supremacia jurídica sobre as demais (Idem, ibidem).

<sup>12</sup> BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 93/2011. Sessão de 17 de março de 2012, fl. 03. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/87674.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2013.

em processos judiciais em todo o mundo”<sup>13</sup>, o que justificaria que também fossem adotados no Brasil. Após uma rápida tramitação (pouco mais de um ano, entre o Senado e a Câmara dos Deputados), o Projeto foi aprovado, sem maiores discussões, e sancionado pela Presidenta da República.

No âmbito da identificação criminal, foi alterada a Lei nº 12.037/2009<sup>14</sup>, que “dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal”<sup>15</sup>. Assim, acrescentando-se o parágrafo único ao art. 5º da referida Lei, consignou-se que, na hipótese do inciso IV do art. 3º (“embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa”), a identificação criminal poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético.

Desse modo, no que tange à identificação criminal, foi prevista a “possibilidade” da identificação pelo perfil genético quando essencial à investigação policial. Apesar disso, não houve qualquer previsão quanto à técnica de extração do DNA para fim de obtenção do material biológico a ser utilizado.

Ao mesmo passo, criou o art. 5º-A, que dispõe sobre o banco de dados de perfis genéticos:

Art. 5º-A. Os dados relacionados à coleta do perfil genético deverão ser armazenados em banco de dados de perfis genéticos, gerenciado por unidade oficial de perícia criminal.

§ 1º As informações genéticas contidas nos bancos de dados de perfis genéticos não poderão revelar traços somáticos ou comportamentais das pessoas, exceto determinação genética de gênero, consoante as normas

<sup>13</sup> Idem.

<sup>14</sup> As alterações na Lei nº 12.037/2009 não constavam do projeto original, que apenas estabelecia a “identificação genética para os condenados por crime praticado com violência contra a pessoa ou considerado hediondo”, tendo sido incluídas pela Emenda 1 - CCJ, que também passou a prever a “coleta de perfil genético como forma de identificação criminal”.

<sup>15</sup> Art. 5º, LVIII, Constituição Federal: “o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”.

constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos.

§ 2º Os dados constantes dos bancos de dados de perfis genéticos terão caráter sigiloso, respondendo civil, penal e administrativamente aquele que permitir ou promover sua utilização para fins diversos dos previstos nesta Lei ou em decisão judicial.

§ 3º As informações obtidas a partir da coincidência de perfis genéticos deverão ser consignadas em laudo pericial firmado por perito oficial devidamente habilitado.

O referido dispositivo deixa clara a sua preocupação quanto à proteção das informações colhidas, afirmando serem sigilosas, não reveladoras de traços somáticos ou comportamentais da pessoa (exceto determinação genética de gênero), “consoante as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, genoma humano e dados genéticos”, e gerenciadas por unidade oficial de perícia criminal. Ademais, sem maiores detalhes, prevê a responsabilidade civil, penal e administrativa daquele que permitir ou promover o uso das informações para fins diversos.

Tal precaução se justifica, pois, como advertem Romeo Casabona e Romeo Malanda,

*La disponibilidad de muestras biológicas que, como se recordo, contienen en secuencias tanto la parte codificante como no codificante del ADN, y el potencial acceso irrestricto a las mismas, legítimamente autorizado o no, supone una nueva fuente de peligro de utilización desviada o abusiva de la información sobre la salud presente o futura del individuo que contiene, lo que no ocurre en otros casos, p. ej., con las huellas dactilares, con las cuales suelen equipararse los perfiles de ADN. Por tanto, la unión indisoluble del conjunto de ADN y la necesidad de su manipulación conjunta comporta también un mayor riesgo de impunidad, a lo que se suma la dificultad de detectar la realización ilícita del análisis.<sup>16</sup>*

<sup>16</sup> CASABONA, Carlos Maria Romeo; MALANDA, Sergio Romeo. Los identificadores Del ADN em El Sistema de Justiça Penal. *Revista Derecho y Proceso Penal*, n. 23, p. 63, 2010.

De fato, longe de qualquer teoria da conspiração, ninguém desconhece que, no mundo contemporâneo, informação é poder. No caso do Banco Nacional de Perfis Genéticos, tal poder será administrado “por perito criminal federal habilitado e com experiência comprovada em genética, designado pelo Ministro de Estado da Justiça” (art. 1º, § 4º, do Decreto nº 7.950/2013). A chamada “Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos” ainda contará com um Comitê Gestor, com a finalidade de promover a coordenação das ações dos órgãos gerenciadores de banco de dados de perfis genéticos e a integração dos dados nos âmbitos da União, dos Estados e do Distrito Federal, que será composto por cinco representantes do Ministério da Justiça, um representante da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República e cinco representantes dos Estados ou do Distrito Federal (sendo um representante de cada região geográfica) (art. 2º do mesmo Decreto).

O controle do Banco Nacional de Perfis Genéticos, portanto, será todo do Poder Executivo, cabendo ao Ministério Público, Defensoria Pública, Ordem dos Advogados do Brasil e Comissão Nacional de Ética em Pesquisa apenas o convite para participar das reuniões do Comitê, sem direito a voto.

Por fim, nos termos do art. 7º-A, “a exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá no término do prazo *estabelecido* em lei para a prescrição do delito”. Assim, caso colhido material biológico para fins de identificação criminal, o perfil genético não integrará definitivamente o banco de dados, mas será excluído no término do prazo prescricional do delito. Logo, quando da inclusão do perfil, já deve constar a data fixada para a sua exclusão, que deverá ser a da prescrição pela pena em abstrato do delito. Por ausência de previsão legal, não devem incidir as causas interruptivas da prescrição, que ainda demandariam um complexo acompanhamento de eventual processo instaurado em razão do delito, e burocratizariam sobremaneira a exclusão do perfil.

O Decreto nº 7.950/2013, por sua vez, afirma que “o perfil genético do identificado criminalmente será excluído do banco de dados no término do prazo estabelecido em lei para prescrição do delito, ou em data anterior definida em decisão judicial”, permitindo, portanto, a exclusão em data anterior à da prescrição.

Já em relação às alterações na Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/1984), a Lei nº 12.654/2012 foi mais ousada ao criar o art. 9º-A, nos seguintes termos:

Art. 9º-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra



pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA – ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.

§ 1º A identificação do perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso, conforme regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo.

§ 2º A autoridade policial, federal ou estadual, poderá requerer ao juiz competente, no caso de inquérito instaurado, o acesso ao banco de dados de identificação de perfil genético.

O art. 9º-A exige a coleta obrigatória do perfil genético a todos aqueles condenados por crime doloso com “violência de natureza grave contra pessoa”, ou por crimes classificados como hediondos<sup>17</sup>.

No que concerne à “violência de natureza grave contra a pessoa”, a lei utiliza um termo genérico, que não encontra correspondência em qualquer tipo penal específico no Direito Penal brasileiro. O art. 129, §§ 1º e 2º, prevê os crimes “contra a pessoa” de lesão corporal grave e gravíssima (embora este último termo não seja utilizado pelo texto legal). Afora esses delitos, que exigiriam uma simples alteração da expressão “violência” por “lesão corporal”, os demais tipos penais passíveis de enquadramento no texto necessitam uma interpretação mais ampla. Ainda assim, não parece restar maiores dúvidas de que o homicídio poderia ser enquadrado no termo. Mas será que em todas as hipóteses, inclusive o privilegiado? E o crime de participação em suicídio, no qual a violência não é exercida pelo autor do delito, mas sim pela própria vítima? E o que se dirá do infanticídio, crime que envolve uma maior brandura de tratamento dispensada pelo legislador? E o aborto, crime praticado antes mesmo do nascimento com vida e que, no caso do autoaborto ou consentimento, é considerado de médio potencial ofensivo, por admitir a suspensão condicional do processo?

---

<sup>17</sup> Nesse cenário, o que chama atenção é determinação de identificação do perfil genético apenas a crimes típicos das massas, aos quais usualmente a repressão penal é reservada com maior vigor. Embora o Estado não disponibilize dados precisos sobre as características dos indivíduos condenados em relação ao delito cometido, pode-se, por bom senso, traduzir que os crimes elencados pelo art. 9º-A são aqueles praticados, em regra, por sujeitos de classes mais vulneráveis, que são também a maioria predominante do sistema prisional.

E crimes como o de roubo e extorsão, que não se tratam de delitos contra o patrimônio, poderiam ensejar a identificação genética obrigatória quando praticados com violência? Mas apenas na forma qualificada pela lesão grave ou morte, para que restasse configurada a “violência de natureza grave”?

Para Norberto Avena, tudo depende do exame do caso concreto, pois poderá ser tanto uma conduta que tenha causado lesão corporal na vítima, como até mesmo o uso da força física, bastando que o *modus operandi* do agente revele violência exagerada e desmedida<sup>18</sup>.

Não parece ser o entendimento mais adequado, pois deixaria vago em demasia os casos de identificação compulsória do perfil genético. De fato, se “violência de natureza grave”, como visto, já se mostra um termo de difícil compreensão, o que se dirá da sua interpretação a partir de uma análise ainda mais subjetiva quanto ao que seria “violência exagerada e desmedida”. O critério, portanto, deve ser o legal, e não o judicial ou misto.

Uma constatação, no entanto, resta clara no texto: a violência deve ser a física (*vis absoluta*) e não a moral (*vis compulsiva*). Isso porque esta é a regra dos crimes encontrados no Direito Penal brasileiro: quando a grave ameaça integra a elementar do tipo, deve ser expressamente prevista, jamais presumida da expressão violência.

Ademais, igualmente certo, nos termos do art. 9º-A, que a extração do DNA apenas deve ocorrer nos casos de condenação por crimes hediondos (aqueles previstos no art. 1º da Lei nº 8.072/1990), e não em relação àqueles equiparados a hediondos (tráfico de drogas, tortura e terrorismo, exceto se entrarem na regra da violência de natureza grave).

De qualquer forma, a hermenêutica mais básica já estabelece que, quando um texto de natureza penal se mostra vago, em prejuízo ao acusado, a forma mais segura de interpretação é aquela mais restritiva à sua incidência. Logo, além dos crimes hediondos (já bastante vastos, e que incluem o crime de estupro, talvez a principal fonte de utilização do perfil genético para a investigação), devem ser entendidos como de “violência de natureza grave”, até mesmo com base em um critério de proporcionalidade, o homicídio doloso, o infanticídio, o aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante, a lesão corporal grave e gravíssima, assim como todos os demais delitos que possuem violência

<sup>18</sup> AVENA, Norberto. *Processo penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. p. 179.

física grave em forma de elementar do tipo (como a tortura) ou modalidade qualificada, desde que a título de dolo.

Por fim, a lei não faz qualquer menção específica à técnica de extração do DNA para identificação do perfil genético, limitando-se a afirmar que deverá ser “adequada e indolor”. O Decreto nº 7.950/2013, por sua vez, silenciou quanto à técnica a ser utilizada, apenas afirmando que compete ao Comitê Gestor “promover a padronização de procedimentos e técnicas de coleta, de análise de material genético, e de inclusão, armazenamento e manutenção dos perfis genéticos nos bancos de dados que compõem a Rede Integrada de Perfis Genéticos” (art. 5º, I).

### **3 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA COLETA OBRIGATÓRIA DE MATERIAL GENÉTICO FRENTE AO DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO**

Como destaca Lopes Jr., a finalidade da coleta do material biológico será distinta: para o investigado, se destina a servir de prova para um caso concreto e determinado (crime já ocorrido). Já em relação ao apenado, a coleta se destina ao futuro, a alimentar o banco de dados de perfis genéticos e servir de apuração para crimes que venham a ser praticados e cuja autoria seja desconhecida<sup>19</sup>.

A norma que sujeita o indivíduo à coleta de material genético de forma coercitiva, entretanto, está inserida em um ordenamento jurídico que tem positivado em seu texto constitucional direitos fundamentais individuais, que garantem, entre outros, o direito à não autoincriminação<sup>20</sup>.

O princípio *nemo tenetur se detegere* apresenta importante dimensão no processo penal, na medida em que assegura ao acusado o direito de não produzir prova contra si mesmo. Dele se extrai o respeito à dignidade deste no interrogatório e que as provas de sua culpabilidade devem ser colhidas sem a sua cooperação, como derivação da concepção de que o acusado não pode mais ser considerado objeto da prova na atual feição do processo penal. O mencionado

<sup>19</sup> LOPES JR., Aury. Lei 12.654/2012: é o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*)? Op. cit.

<sup>20</sup> Assim como o direito à não autoincriminação, outros direitos fundamentais individuais podem ser considerados conflitantes com a nova Legislação. Entre eles, podem ser citados, para conhecimento, o direito à intimidade, direito à integridade física e moral, direito à autodeterminação, direito de não ser considerado culpado até sentença condenatória transitada em julgado (presunção de inocência) e a própria dignidade da pessoa humana (SCHIOCCHET, Taysa. *Banco de perfis genéticos para fins de persecução criminal*. Série Pensando o Direito. Brasília: Ministério da Justiça, v. 43, 2012. p. 54-61).

princípio consolidou-se como direito fundamental vinculado ao Estado de Direito, estritamente relacionado com outros direitos igualmente consagrados: o direito à intimidade, à liberdade moral, à dignidade e à intangibilidade corporal<sup>21</sup>.

No plano normativo, o direito à não autoincriminação está previsto na Constituição Federal, em uma interpretação extensiva do art. 5º, inciso LXIII, que garante o direito ao silêncio<sup>22</sup>. Está também expresso na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário), no art. 8º, 2, alínea g, que ninguém está obrigado a depor contra si mesmo ou confessar-se culpado.

Como lembra Giacomolli, o *nemo tenetur se detegere*, como gênero do qual o direito ao silêncio é espécie, pode ser inferido do devido processo constitucional, bem como do estado de inocência, como já reconheceu o Tribunal Europeu de Direitos Humanos em diversos casos<sup>23</sup>.

Ao mesmo passo, como afirma Pacelli de Oliveira, o direito ao silêncio e à não autoincriminação, além de autorizar o acusado a não se manifestar durante a fase de investigação ou em juízo, principalmente lhe garante a desnecessidade de contribuir na formação de prova que possa lhe prejudicar. Nas palavras do autor:

Atingindo duramente um dos grandes pilares do processo penal antigo, qual seja, o dogma da verdade real, o direito ao silêncio e à não autoincriminação não só permite que o acusado ou aprisionado permaneça em silêncio durante toda a investigação e mesmo em juízo, como impede que ele seja compelido a produzir ou a contribuir com a formação da prova contrária ao seu interesse. Nessa última hipótese, a participação do réu somente poderá ocorrer em casos excepcionalíssimos, em que, além da previsão expressa na lei, não haja risco de afetação dos direitos fundamentais da pessoa.<sup>24</sup>

<sup>21</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 25.

<sup>22</sup> TROIS NETO, Paulo M. C. *Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 102.

<sup>23</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 193.

<sup>24</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 27.

É nessa esteira que se manifestam Callegari, Wermuth e Engelmann, esclarecendo que este direito, além de garantir que nenhum indivíduo possa ser obrigado a passar qualquer tipo de informação involuntariamente, também veda a possibilidade de este ser obrigado a fornecer prova direta ou indireta para sua própria incriminação<sup>25</sup>. Acrescenta Nucci que, se assim não agir o Estado, estará admitindo a falência de seu aparato e fraqueza de suas autoridades<sup>26</sup>. Assim, como assevera Trois Neto, não se está somente diante de um direito que protege o indivíduo contra a prática de condutas que lhe desfavoreçam, mas também de uma limitação do poder estatal na investigação, proibindo que se constranjam os acusados com diligências autoincriminantes<sup>27</sup>.

Trata-se, como afirma Lopes Jr., do direito mais sagrado de todos, já que fundado na assunção do réu como sujeito de direitos. Por isso, submeter o acusado a uma intervenção corporal sem o seu consentimento é o mesmo que autorizar a tortura para obter a confissão no interrogatório quando o imputado cala, ou seja, um inequívoco retrocesso (e gerador de uma prova ilícita). Diante desta lógica, também não poderá ser compelido a fornecer material genético, não sendo válido o argumento da “mínima lesividade física” da extração desse material (como a coleta de saliva, corte de um fio de cabelo etc.), porque o que está em jogo não é o aspecto físico da tutela constitucional, mas sim o direito fundamental de não autoincriminação<sup>28</sup>.

Em atenção específica à Lei nº 12.654/2012, considerando que o fornecimento do material genético é obrigatório para os condenados pelos crimes antes referidos, parte expressiva da doutrina vem sustentando a inconstitucionalidade do dispositivo, sob o argumento de que implica violação ao direito de que ninguém pode ser obrigado a produzir prova contra si mesmo. Avena, no entanto, discorda desta posição, tendo em vista que a situação prevista no art. 9º-A da Lei nº 7.210/1984 não envolveria um comportamento ativo no sentido do fornecimento de provas para uma investigação ou processo em andamento, mas simplesmente o abastecimento de um banco de dados que permanecerá inerte (passivo), podendo ser acessado pelas autoridades policiais

<sup>25</sup> CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Angelo Dezordi; ENGELMANN, Wilson. *DNA e investigação criminal no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 66.

<sup>26</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 45.

<sup>27</sup> TROIS NETO, Paulo M. C. *Op. cit.*, p. 121.

<sup>28</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 1, 2007. p. 592-596.

para fins de investigações de crimes apenas por ordem judicial. Tal raciocínio, ademais, guardaria simetria com o entendimento adotado pela Suprema Corte norte-americana ao apreciar o célebre caso *Schmerber v. Califórnia*, de 1966, oportunidade em que foi realizada a distinção entre os procedimentos que exigem a participação ativa do acusado e aqueles em que o acusado é apenas uma fonte passiva de elementos de prova, entendendo-se que, neste último caso, não haveria ofensa ao *nemo tenetur se detegere*<sup>29</sup>.

Evidentemente, como refere Brasileiro, se a defesa solicitar esta forma de identificação com objetivo de excluir a responsabilidade, não haverá qualquer ilegalidade. Por isso, o cerne da questão diz respeito às hipóteses em que o acusado se negar a fornecer material biológico para obtenção de seu perfil genético, sendo certo que restará firme o entendimento de que não se pode obrigar o investigado a contribuir com as investigações, e qualquer decisão judicial que lhe obrigue a fornecer material biológico para fins probatórios – e não de sua identidade – será afrontoso ao princípio constitucional que veda a autoincriminação. Afinal, não se pode impor ao investigado que contribua ativamente com as investigações, sobretudo mediante o fornecimento de material biológico que possa vir a incriminá-lo em ulterior exame de DNA<sup>30</sup>.

Entretanto, para o mesmo autor, a validade dessa identificação do perfil genético estará condicionada à forma de coleta do material biológico. Como o acusado não é obrigado a praticar nenhum comportamento ativo capaz de incriminá-lo, tampouco se submeter a provas invasivas sem o seu consentimento, de modo algum pode ser obrigado a fornecer DNA para a obtenção de seu perfil genético. Todavia, diante de amostras de sangue, urina, cabelo, ou de outros tecidos orgânicos, descartadas voluntária ou involuntariamente pelo investigado na cena do crime ou em outros locais, não há qualquer óbice a sua coleta, sem que se possa arguir eventual violação ao princípio do *nemo tenetur se detegere*<sup>31</sup>. Esta hipótese não encontra maiores opositores, razão pela qual há muito realizada em investigações concretas, no entanto, não resolve o problema da coleta coercitiva trazida pela Lei nº 12.654/2012.

Aos olhos dos Tribunais, referido princípio impede que o acusado seja compelido a produzir qualquer prova incriminadora invasiva. Por isso, em diversos julgamentos, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido

<sup>29</sup> AVENA, Norberto. Op. cit., p. 180.

<sup>30</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de processo penal*. Niterói/RJ: Impetus, 2013. p. 106.

<sup>31</sup> Idem, p. 107.

de que o acusado não é obrigado a fornecer material para realização de exame de DNA. Contudo, o mesmo Supremo também tem precedentes no sentido de que a produção dessa prova será válida se a coleta do material for feita de forma não invasiva (*v.g.* exame de DNA realizado a partir de fio de cabelo encontrado no chão). Idêntico raciocínio deve ser empregado quanto à identificação do perfil genético: desde que o acusado não seja compelido a praticar qualquer comportamento ativo que possa incriminá-lo, nem tampouco se sujeitar à produção de prova invasiva, há de ser considerada válida a coleta do material biológico para a obtenção de seu perfil genético<sup>32</sup>.

De fato, as provas que implicam intervenção corporal no acusado podem ser invasivas e não invasivas. São invasivas as intervenções corporais que pressupõem penetração no organismo humano, por instrumentos ou substâncias, em cavidades naturais ou não, e não invasivas as que não se utilizam deste procedimento<sup>33</sup>.

Assim, as provas produzidas mediante intervenção corporal invasiva (que englobariam qualquer forma de “extração” de material genético do corpo humano), de acordo com Maria Elizabeth Queijo: (a) somente deverão ser realizadas com o consentimento do acusado, mediante prévio controle jurisdicional sobre a proporcionalidade da medida, frisando-se que a autorização judicial não poderá suprir tal consentimento; (b) imprescindível a advertência do acusado com relação ao *nemo tenetur se detegere*, sendo que o consentimento deverá ser anterior à realização da intervenção corporal, expresso e emitido livre e conscientemente, e considerado inoperante se, no caso concreto, verificar-se que a intervenção corporal invasiva expõe a risco a saúde do acusado; (c) para resguardar a saúde e a integridade física do acusado, somente poderão ser realizadas por médico ou pessoas especializadas; (d) para atender ao princípio da proporcionalidade, somente poderão ser executadas quando houver elementos suficientes para o indiciamento e a infração investigada for apenada com reclusão cuja pena mínima, em abstrato, seja igual ou superior a dois anos<sup>34</sup>.

Já com relação às provas produzidas mediante intervenção corporal não invasiva: (a) poderão ser realizadas mesmo sem o consentimento do acusado, desde que não impliquem colaboração ativa por parte deste, com

---

<sup>32</sup> *Idem*, *ibidem*.

<sup>33</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 25.

<sup>34</sup> *Idem*, p. 486-487.

controle jurisdicional prévio, ou seja, autorização judicial, no qual se verificará a proporcionalidade da medida; (b) as intervenções corporais que necessitem da colaboração ativa do acusado, mesmo minimamente, somente poderão ser realizadas com o seu consentimento, nos mesmos moldes preconizados em relação às intervenções corporais invasivas; (c) se necessário for, deverão ser realizadas por médico ou pessoas especializadas; (d) não poderão expor a risco a saúde do acusado; (e) para atender ao princípio da proporcionalidade, somente poderão ser determinadas havendo indícios de autoria ou participação em infração penal apenada com reclusão<sup>35</sup>.

Mas e no caso da nova legislação em análise, que determina a coleta compulsória do perfil genético em casos determinados?

Como afirma Vasconcellos, a lei apresenta questões passíveis de pertinentes críticas, inclusive quanto à sua constitucionalidade, além de conter lacunas que podem ocasionar graves violações a direitos fundamentais. Assim, não se pode sustentar que o Direito Penal e Processual Penal fiquem alheios às novas tecnologias, como os exames de DNA, mas tais inovações precisam ser reguladas de modo compatível com um processo penal democrático constitucionalmente orientado. Notadamente, o poder punitivo precisa ser constantemente limitado e criticado, de uma forma racional e fundamentada, sob pena de uma expansão sem limites da arbitrariedade e do autoritarismo<sup>36</sup>.

Assim, é grande o “suspense” quanto à regulamentação específica da técnica de extração “adequada e indolor” do perfil genético, o que resta reservado ao Comitê Gestor. É a partir desta definição que a (in)constitucionalidade da coleta poderá ser mais objetivamente analisada.

De fato, como lembra M. E. Queijo, “o fato de a Lei assegurar que será empregada técnica indolor e adequada para extração de material genético, nem de longe é suficiente para garantir o respeito à dignidade humana, valor sobre o qual o Estado Democrático de Direito Brasileiro se alicerçou”<sup>37</sup>.

A mesma autora sustenta que o *nemo tenetur se detegere*, embora consubstancie direito fundamental, não é princípio absoluto, como todos os

<sup>35</sup> Idem, p. 487.

<sup>36</sup> VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. DNA e Processo Penal: até quando se legitima o controle punitivo através da conservação de dados genéticos? *Boletim Informativo IBRASPP*, a. 3, n. 4, p. 19-21, p. 21, 2013/01.

<sup>37</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. O princípio *nemo tenetur se detegere* e a coleta de material genético: identificação criminal ou colaboração na produção da prova? *Boletim IBCCrim*, n. 250, set. 2013.



demais, podendo sofrer restrições. Em face disso, poder-se-ia argumentar que a Lei nº 12.654/2012 seria o diploma para esse fim. Contudo, não é esse o caso, tendo em vista que a lei em questão, não obstante disponha que a coleta de dados genéticos seja determinada pelo juiz competente, não propõe critérios pautados na proporcionalidade a nortear a decisão judicial, conferindo amplitude excessiva à coleta de material genético para fins criminais. Ao mesmo passo, a mesma lei estabelece hipóteses nas quais a identificação por coleta de material genético será obrigatória, suprimindo, portanto, a apreciação judicial no caso concreto. Dessa forma, a Lei nº 12.654/2012 não se presta a restringir o princípio em tela, incorrendo nitidamente em inconstitucionalidade, ao impor ao investigado e ao acusado o dever de produzir prova contra si mesmo, da mesma forma que ao condenado, que terá contribuído obrigatoriamente para a produção de prova em seu desfavor, para persecuções penais eventuais e futuras<sup>38</sup>.

Por fim, o que não pode ser admitido é que prevaleça a lógica simplista do predomínio do interesse público sobre o interesse privado, entendendo-se por interesse público o interesse da sociedade na persecução penal e na busca da verdade real (aliás, o mito da verdade real, no processo penal, contrapõe-se ao reconhecimento do princípio *nemo tenetur se detegere*, que é identificado como óbice à pesquisa dessa verdade). Afinal, prevalecendo o interesse individual, de forma absoluta, a persecução penal seria inviabilizada. Mas prevalecendo o interesse público, de modo exclusivo, não haveria qualquer freio para a persecução penal, abrindo-se espaço para arbitrariedades e violações de direitos<sup>39</sup>.

## CONCLUSÃO

A criação do Banco de Dados de Perfis Genéticos, por si só, já demanda maior análise. Qual é, de fato, a finalidade de tal banco de dados? Se for “identificar corpos e restos humanos em desastres aéreos e campos de batalha, determinar paternidade, elucidar trocas de bebês em berçários e detectar substituições e erros de rotulação em laboratórios de patologia clínica”, tal como referido na justificativa do Projeto de Lei do Senado, a finalidade resta justificada. Porém, não será com a identificação de investigados ou condenados criminalmente que o banco de dados alcançará tal objetivo, eis que não serão eles os perfis usualmente comparados para o referido fim.

---

<sup>38</sup> Idem.

<sup>39</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo...*, p. 25.

Assim, a Lei nº 12.654/2012, sob o manto de uma possibilidade de identificação vinculada a questões penais e não penais, criou, em verdade, uma nova forma de investigação e um novo meio de prova, amparado no perfil genético extraído do investigado (para crimes passados) ou do condenado (para crimes futuros).

Mesmo em países com uma maior tradição na coleta e manutenção de perfis genéticos, o resultado prático de resolução de crimes com base no banco de dados ainda é praticamente irrisório, configurando muito mais (ao menos até agora) um desejo de que a ciência possa ser a “salvadora” do Estado e da sociedade no controle da criminalidade. Ademais, em momento algum são apontados os custos de tão vultoso projeto, a fim de que possa ser discutida a viabilidade de emprego desta forma de tecnologia de ponta em um país em que os departamentos de perícias capengam em relação a estruturas bem mais singelas e úteis na criminalidade do dia a dia.

De qualquer maneira, a utilização de análises genéticas para fins de investigação criminal é ponto de tranquila aceitação, derivada do avanço técnico e tecnológico. O ponto de discussão é a criação de um banco de dados de perfis genéticos e, especialmente, a admissibilidade de coleta compulsória de amostra de DNA.

A extração do perfil genético para fins penais não pode violar o direito à não autoincriminação. Assim, na hipótese de negativa no fornecimento do perfil genético, a solução passará, necessariamente, pela utilização de meios não invasivos, sem qualquer espécie de intervenção corporal, sob pena de nulidade da prova decorrente do sacrifício de um dos mais caros direitos conquistados na evolução do Direito Penal e Processual Penal, o *nemo tenetur se detegere*.

Uma solução viável e até agora pouco aventada para esta celeuma seria a criação de um banco de dados a partir da identificação de todos os indivíduos, independentemente de ter sido ou não condenado por um crime. Assim, quando da identificação civil da pessoa, além da coleta da impressão digital, poderia ser colida uma amostra do perfil genético, por meio da saliva, gota de sangue (existem vários dispositivos praticamente indolores para tanto) ou mesmo um fio de cabelo. Em algumas décadas, o País teria um banco de dados de identificação de todos os cidadãos nacionais, que poderia, inclusive, servir de parâmetro de comparação com materiais genéticos encontrados em cenas de crimes.

Dessa forma, estaria resolvido o problema da seletividade, simbolismo e ineficácia encontrados na forma de criação e alimentação do banco de dados

de perfis genéticos trazido na Lei nº 12.654/2012. Em suma, o fornecimento do perfil genético se equivaleria ao do perfil digital.

A questão jurídica, sob o prisma penal-constitucional, não geraria maiores perplexidades. As maiores questões restariam reservadas aos enfoques bioéticos, médico-legais e econômico-estruturais, já que o Brasil deseja um banco de dados genéticos com alguma utilidade prática, devendo investir muito para isso.

A pouca importância dada à efetiva regulamentação da lei e ao *start* do banco de dados, já passados três anos da publicação do texto legal, bem demonstra que as soluções quanto ao tema, em todos os níveis de análise, ainda se mostram distantes.

## REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. *Processo penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Angelo Dezordi; ENGELMANN, Wilson. *DNA e investigação criminal no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

CASABONA, Carlos Maria Romeo; MALANDA, Sergio Romeo. Los identificadores Del ADN em El Sistema de Justiça Penal. *Revista Derecho y Processo Penal*, n. 23, p. 63, 2010.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014.

HENRIQUES, Fernanda; SEQUEIROS, Jorge. Relatório sobre o Regime Jurídico da Base de Dados de Perfis de ADN. *Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida*. Presidência do Conselho de Ministros. Portugal, jun. 2007. p. 4. Disponível em: <[http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1285444328\\_Relatorio\\_base\\_dados\\_perfis\\_ADN.pdf](http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1285444328_Relatorio_base_dados_perfis_ADN.pdf)>. Acesso em: 15 set. 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de processo penal*. Niterói/RJ: Impetus, 2013.

LOPES JÚNIOR, Aury. Lei 12.654/2012: é o fim do direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*)? *Boletim IBCCrim*, n. 236, jul. 2012.

\_\_\_\_\_. *Direito processual e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 1, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho Penal postmordeno*. Madrid: Iustel, 2007.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. O princípio *nemo tenetur se detegere* e a coleta de material genético: identificação criminal ou colaboração na produção da prova? *Boletim IBCCrim*, n. 250, set. 2013.

SCHIOCCHET, Taysa. *Banco de perfis genéticos para fins de persecução criminal*. Série Pensando o Direito. Brasília: Ministério da Justiça, v. 43, 2012.

TROIS NETO, Paulo M. C. *Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. DNA e Processo Penal: até quando se legitima o controle punitivo através da conservação de dados genéticos? *Boletim Informativo IBRASPP*, a. 3, n. 4, 2013/01.



# O ACESSO À SAÚDE NAS FRONTEIRAS DO MERCOSUL: ENTRE AS NORMAS E A REALIDADE<sup>1</sup>

## *THE ACCESS TO HEALTH CARE IN MERCOSUR BORDERS: BETWEEN NORMS AND REALITY*

**Germano Schwartz<sup>2</sup>**

Professor do Mestrado em Direito do Unilasalle-Canoas e Diretor Executivo Acadêmico da Escola de Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas

**Pedro Henrique Dilda Fuga**

Graduado em Relações Internacionais (Unilasalle-Canoas)

**RESUMO:** Por meio da presente pesquisa, de caráteres bibliográfico e investigativo, busca-se questionar, bem como aguçar, o debates sobre a saúde enquanto direitos humanos e as consequentes obrigações do Estado, abordando um tema específico e que diz respeito à integração no Mercosul: a questão da saúde nas fronteiras. Tal qual se pretende abordar a questão,

objetiva-se trazer questionamentos sobre a indispensabilidade de uma abordagem social à integração no Mercosul, bem como uma análise da efetividade do direito de acesso à saúde. Tendo em vista que a saúde é um direito constitucionalmente garantido a todos e um dever do Estado brasileiro, faz-se necessário indagar sobre a plenitude, ou o alcance, de seu acesso universal

---

<sup>1</sup> Artigo resultante da Bolsa de Iniciação Científica fornecida pelo Unilasalle-Canoas no ano de 2012 a Pedro Henrique Dilda Fuga.

<sup>2</sup> Coordenador do Mestrado em Direito e docente do Mestrado em Saúde e Desenvolvimento Humano, ambos do Unilasalle, Secretário do Research Committee on Sociology of Law da International Sociological Association, Doutor em Direito (Unisinos), Pós-Doutor em Direito (University of Reading).

e igualitário à população de estrangeiros residentes nas cidades de fronteira do Mercosul.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito; fronteira; Mercosul; saúde.

**ABSTRACT:** *Through this bibliographical and investigative research, we sought to challenge and sharpen the debate on Human Rights and obligations of the state, addressing a specific theme which concerns to integration in Mercosur: the issue of the access to health at the border. This question, in the manner that the paper will seek to address, raises questions about the indispensability of an approach to social integration in Mercosur, as well as an analysis of the effectiveness of the right of access to healthcare. Since health is a constitutionally guaranteed right to all and a duty of the Brazilian state, it is necessary to inquire about the fullness, or extent, of its universal and equal access to the population of foreign residents in the border towns of Mercosur.*

**KEYWORDS:** *Border; health; law; Mercosur.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Dimensão social do Mercosul; 2 A busca da saúde nas cidades fronteiriças no Mercosul; 3 Entre as normas e a realidade: a efetivação do direito à saúde no Mercosul; Considerações finais; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 Social dimension of Mercosur; 2 The pursuit of health at the border in Mercosur; 3 Among norms and reality: ensuring the right to health in Mercosur; Final thoughts; References.*

## INTRODUÇÃO

É imensa a zona geográfica de fronteira que o Brasil estabeleceu com outros países sul-americanos<sup>3</sup> e as problemáticas, as limitações institucionais e estruturais, que o governo brasileiro tem para alcançar todos os municípios fronteiriços nas suas diversas áreas de serviço público. De uma forma mais específica, essa realidade traz uma questão intrinsecamente ligada aos Direitos Humanos: a saúde. Em um corte ainda mais restritivo, tal complexidade cresce quando o assunto é observado com ênfase

<sup>3</sup> “O Brasil tem uma Faixa de Fronteira extensa (15.719km), [...] seu território faz divisa com os quatro países fundadores do Mercosul: Argentina (1.263km), Paraguai (1.339km) e Uruguai (1.003km). Corresponde ao Arco Sul e a alguns municípios do Arco Central (Fronteira do Mato Grosso do Sul com o Paraguai).” (GIOVANELLA, Lígia; GUIMARÃES, Luisa; NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro; VASCONCELOS, Lenaura Costa Lobato de; DAMACENA, Gisele Nogueira. Saúde nas fronteiras: acesso e demandas de estrangeiros e brasileiros não residentes ao SUS nas cidades de fronteira com países do Mercosul na perspectiva dos secretários municipais de saúde. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, 23 Sup 2:S251-S266, p. 253, 2007.

no Mercosul. Diante disso, pressupõe-se uma coordenação federal dessas ações. Nesse sentido, veja-se o que aponta o Instituto Interamericano de Cooperação para Agricultura (IICA)<sup>4</sup>:

A percepção generalizada resultante é a de distanciamento das instâncias públicas, nos diversos níveis, não só de si próprias, no lado brasileiro, quanto delas com suas contrapartes estrangeiras. As comunidades fronteiriças, por sua vez, também se ressentem de um distanciamento de suas representações políticas e das próprias políticas públicas, que parecem não lhes alcançar de forma satisfatória.

A presença do abandono ao atendimento no direito à saúde não se reflete apenas no sentido particular e privado dos indivíduos que necessitam do atendimento médico e não logram recebê-lo. Ela ocorre também nas próprias prefeituras dessas cidades, que, via de regra, não recebem o apoio federal devido. Com isso, na maioria das vezes, os órgãos municipais buscam soluções informais para suas pendências sanitárias.

A saúde constitui um direito social ao alcance de todos os cidadãos brasileiros e estrangeiros residentes no País, apregoa o art. 6º combinado com o *caput* do art. 5º, ambos da Constituição Federal de 1988. Nesse aspecto, o ensaio indaga sobre a plenitude ou o alcance de seu acesso universal e igualitário à população de estrangeiros residentes nas cidades de fronteira do Mercosul.

Nesse mesmo viés, ainda, para além do Estado brasileiro, poderia o próprio processo de integração regional – Mercosul – ser um agente protagonista no desenvolvimento de políticas sanitárias nas suas respectivas cidades de zona de fronteira? Acaso a resposta seja positiva, destacar-se-ia uma das características centrais para a consolidação de uma integração regional sólida que vá além dos mecanismos de mercado e de capitais, focando-se na dimensão social de um bloco de países que compartilham fronteiras, problemáticas e interesses convergentes.

---

<sup>4</sup> Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura. Plano de trabalho interfederativo para a integração fronteiriça. Disponível em: <<http://www.iica.int/Esp/regiones/sur/brasil/Lists/DocumentosTecnicosAbertos/Attachments/18/Afr%C3%A2nio%20Jos%C3%A9%20Ribeiro%20de%20Castro%20-%2020109383%20-%20Des%20Regional%20P6.pdf>>. Acesso em: 5 ago. 2012, às 10h10min.



A análise bibliográfica revela que, apesar do direito constitucionalmente protegido ao acesso universal à saúde, diversos fatores interferem no pronto atendimento dos órgãos municipais – fronteiriços do Mercosul – constituídos para a efetivação de tal direito. Para tanto, concorrem a falta de critérios e de estrutura, aliada à ausência de institucionalização no que concerne o atendimento ao estrangeiro em cidades brasileiras de fronteira pelo SUS (Sistema Único de Saúde). Isso remete às Secretarias de Saúde municipais e às prefeituras, além de situações complexas de administração, um poder de triagem quanto ao atendimento dos pacientes.

Na política de saúde, em relação aos espaços fronteiriços, um aspecto particularmente perverso identificado na implementação da Política Nacional de Saúde brasileira se refere às distinções de acesso em termos de nacionalidade. Ou seja, estudos relatam que a inclusão ou não inclusão de estrangeiros nos sistemas de saúde municipais depende muito mais do posicionamento ético-político dos gestores do que efetivamente da Política Nacional de Saúde, ambígua e contraditória com outros textos legais, como, por exemplo, o Estatuto do Estrangeiro.<sup>5</sup>

Esse aspecto “perverso” da política de saúde quanto ao estrangeiro está atrelado aos limites financeiros do município ante os repasses orçamentários da União. Esse fator pressupõe que os estrangeiros vivem um paradoxo entre as normas e a realidade. Assim, no plano ético-político, há o reconhecimento do direito universal e integral à saúde, porém, faticamente, o trâmite para a sua institucionalização como política pública enfrenta, entre outros percalços, a deficiência dos repasses financeiros do Estado aos municípios fronteiriços.

Diante desses pontos, o presente trabalho vai perpassar por alguns tópicos da problemática do direito à saúde do estrangeiro nas cidades brasileiras de fronteira do Mercosul. Portanto, tem por intento levantar alguns questionamentos sobre: a) a construção e as medidas unilaterais e conjuntas de uma dimensão social que aborde a saúde no Bloco; b) os motivos da busca pela

---

<sup>5</sup> NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro; GIMÉNES, Roser Pérez. A política nacional de saúde para as regiões fronteiriças - Inovações e limites. Disponível em: <<http://www.ensp.fiocruz.br/portal-ensp/saudefronteiras/pdf/Inovacao.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2015, às 08h31min.

saúde por parte dos estrangeiros nas cidades de fronteira com o Brasil, seus entraves e problemáticas; e c) a efetivação (ou não) do direito à saúde no Bloco.

## 1 A DIMENSÃO SOCIAL DO MERCOSUL

A falta de um maior reconhecimento, ao menos em prática, da necessidade e da importância da agenda social, ou da criação mais consistente de uma, como requisito para a integração mais efetiva entre os países-membros do Mercosul, domina a atenção dos dirigentes políticos. Nesse sentido, registra-se, na dimensão social – que inclui as questões de educação e da saúde –, um considerável atraso em comparação a outras medidas de cunho econômico avançadas pelo Bloco composto por Argentina, Brasil, Uruguai e Paraguai<sup>6</sup>, desde 1991, pelo Tratado de Assunção<sup>7</sup>.

Mesmo que, no plano pragmático, as ações não se propaguem de forma devida, há especulações no campo teórico e desenvolvimento de reuniões e debates sobre os temas sociais (saúde). Por exemplo, o Decreto nº 6.594/2008, que instituiu o Programa Mercosul Social e Participativo, tem como objetivo “[...] promover o diálogo entre o Governo Federal e as organizações da sociedade civil sobre as políticas públicas para o Mercosul”<sup>8</sup>. A dimensão social de um bloco é necessária para o desenvolvimento de suas políticas públicas, e a participação social no engendramento e aplicação das mesmas serve como base legitimadora do processo.

Nessa linha de raciocínio, percebe-se que a existência da consciência sobre a necessidade de uma integração que ultrapasse os limites da transferência de mercadorias entre os quatro países é requisito mínimo para a consagração dos objetivos que norteiam o Mercosul<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> O Paraguai foi, recentemente (2012), afastado do bloco por decisão conjunta dos outros três países, dada ao suspeito e rápido *impeachment* do presidente em exercício, com a ascensão de seu vice-presidente (do partido opositor), desrespeitando assim a cláusula democrática do Bloco. A suspensão do Paraguai permitiu a entrada da Venezuela no Mercosul, que estava travada pelo Congresso paraguaio.

<sup>7</sup> Mercosul, Tratado para a constituição de um mercado comum entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai. Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br/tratados-e-protocolos/tratado-de-assuncao-1>>. Acesso em: 20 jun. 2012, às 10h24min.

<sup>8</sup> Mercosul Social e Participativo. Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br/mercosul-social-e-participativo>>. Acesso em: 20 jun. 2012, às 10h28min.

<sup>9</sup> “A dimensão social foi fortalecida pela criação do Instituto Social do Mercosul, com a finalidade de subsidiar a formulação de políticas sociais no âmbito regional. O estabelecimento da Comissão de

A condição social conquistou a atenção das autoridades ao longo dos anos 1990, principalmente por algumas institucionalizações construídas a partir do tema<sup>10</sup>. As Cúpulas Sociais se tornaram um evento regular da agenda oficial do Mercosul. Seu Subgrupo de Trabalho nº 11, ao tratar da saúde, constitui um ponto relevante na dimensão social. É assim que, em 1996, tem-se o registro de sua criação, cujo objetivo é:

[...] harmonizar as legislações dos Estados partes referentes aos bens, serviços, matérias-primas e produtos da área da saúde, os critérios para a vigilância epidemiológica e controle sanitário com a finalidade de promover e proteger a saúde e a vida das pessoas e eliminar os obstáculos ao comércio regional, contribuindo dessa maneira ao processo de integração.<sup>11</sup>

A harmonização das legislações é vital para o sucesso de políticas públicas na área da saúde nas cidades fronteiriças: “a saúde como direito fundamental do cidadão do Mercosul pressupõe a harmonização dos sistemas nacionais de saúde pública”<sup>12</sup>. Além de facilitar a continuidade dos tratamentos de estrangeiros quando fora do Brasil, também permite a mobilidade e a permissão para que profissionais da saúde de qualquer país do Mercosul pudessem exercer sua profissão legalmente dentro dessas fronteiras, enriquecendo, qualitativa e quantitativamente, o capital humano nessa área.

As medidas que apontam para o começo de uma integração mais profunda na dimensão social do Mercosul e que vêm contribuir para o tema da saúde podem ser vistas desde a criação dos subgrupos de trabalho. São poucos seus

---

Coordenação de Ministros de Assuntos Sociais do Mercosul, encarregada de apresentar propostas de trabalho relativas ao Plano Estratégico de Ação Social, reforça esse aspecto relevante do processo de integração.” (Mercosul. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/temas/americado-sul-e-integracao-regional/mercosul>>. Acesso em: 28 ago. 2012, às 19h53min)

<sup>10</sup> “Com efeito, apenas em 1991, por pressão das entidades sindicais e outras organizações da sociedade civil, agregou-se aos 10 primeiros 10 subgrupos de trabalho instituídos pelo Tratado de Assunção, o subgrupo Relações Laborais, Emprego e Previdência Social, referido como Subcomissão 11, protagonista praticamente exclusiva da dimensão social da integração até 1995, quando se transformou no Subgrupo 10 - Relações Laborais, Emprego e Seguridade Social, abrindo espaço para a criação, em 1996, do Subgrupo de Trabalho 11 Saúde (SGT 11).” (DRAIBE, Sônia Miriam. Coesão social e integração regional: a agenda social do Mercosul e os grandes desafios das políticas sociais integradas. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, 23 Sup 2:S174-S183, p. 175, 2007)

<sup>11</sup> Mercosul Salud, Sistemas de informação em saúde do Mercosul. Disponível em: <<http://www.mercosulsalud.org/portugues/sgt/rosgt11/index.htm>>. Acesso em: 20 jun. 2012, às 10h47min.

<sup>12</sup> Mercosul Social e Participativo, p. 37.

resultados. Podem-se citar, entre elas, os *Encontros com o Mercosul*. Tais encontros consistem em um ciclo de seminários de divulgação e debate sobre a integração regional. Tiveram início com o *Programa de Trabalho do Mercosul 2004-2006*. Esse programa objetivava propiciar a ampliação da participação da sociedade civil, bem como demonstrar o compromisso dos presidentes dos Estados partes com o Bloco. O projeto teve início recentemente, conferindo certa credibilidade ao compromisso dos tomadores de decisão na solidificação da integração regional em temáticas afora das comerciais, de maneira que:

Ele apresentava pela primeira vez o conceito de Mercosul Cidadão para se referir às políticas de integração da saúde, da educação, da cultura e da previdência social. Sua aprovação foi o sinal de inflexão do Bloco, que deixava de ser um acordo exclusivamente comercial e passava a incorporar os temas da integração social.<sup>13</sup>

A criação do *Parlamento do Mercosul* (Parlasul<sup>14</sup>), iniciado em 2004, também significa um passo recente e indispensável para a viabilidade de políticas públicas conjuntas na região sobre a problemática da doença e o acesso à saúde. Foram constituídas dez comissões permanentes e duas especiais. Entre elas estão a Comissão de Desenvolvimento Regional Sustentável, a de Ordenamento Territorial, a de Moradia, a de Saúde, a do Meio Ambiente, a de Turismo, além da Comissão de Cidadania e Direitos Humanos. Essas comissões têm potencial relevante para ajudar a coordenar as políticas federais de saúde nas zonas de fronteira e a atenção aos estrangeiros e suas particularidades.

É importante ressaltar que, a partir de 2002, foram tomadas algumas medidas relativas à integração em sua dimensão social.

Em janeiro de 2007, foram aprovados os primeiros projetos para o tratamento das assimetrias entre os países do Bloco pelo Fundo para a Convergência Estrutural e Fortalecimento Institucional do Mercosul (Focem). Hoje são 25 projetos, orçados em quase

<sup>13</sup> Idem, p. 16.

<sup>14</sup> Oficialmente, o Parlasul foi constituído em 14 de dezembro de 2006, em Brasília (DF), em sessão solene do Congresso Nacional, com a presença de representantes de todos os Estados parte. Até dezembro de 2009, o Parlamento do Mercosul realizou 22 sessões plenárias ordinárias, quatro sessões especiais e seis extraordinárias. (Idem, p. 8)

US\$ 200 milhões, a maior parte destinada ao Paraguai e ao Uruguai.<sup>15</sup>

De qualquer forma, os valores não parecem ser suficientes. Assim, os municípios fronteiriços, como agentes práticos, buscam, em sua maioria, algum tipo de acordo com o outro lado da fronteira, na tentativa de amenizar, ou de regularizar, da maneira mais conveniente, a capacidade de atendimento pela estrutura de saúde municipal<sup>16</sup>:

Algumas discussões são realizadas em fóruns regionais nos limites de cada fronteira, como nas comissões binacionais de saúde; nas comissões regionais de fronteira ligadas às coordenadorias regionais de saúde no Brasil; nos fóruns regionais de gestores de municípios de fronteira; por intermédio de contatos e acordos entre os consulados para encaminhar questões de saúde, assistência social, legalização da documentação. Coordenado pela Itaipu Binacional, existe um grupo de trabalho que trata das questões referentes à saúde nas fronteiras e da articulação de ações e serviços entre as municipalidades brasileiras e dos países vizinhos, no âmbito informal, para a assistência da população fronteiriça.

As iniciativas Itaipu-binacional são um exemplo de ação local, no âmbito informal, que possui considerável relevância na vida e na assistência à saúde para muitas populações de seu entorno: “Os investimentos da Itaipu na melhoria e na ampliação da cobertura dos serviços de saúde pública no Paraguai beneficiaram, desde 2003, mais de 1,7 milhão de pessoas de baixa renda, sem custos para os pacientes atendidos”<sup>17</sup>.

As alternativas informais<sup>18</sup> influenciam muito nas regiões de fronteira e, assim como a iniciativa Itaipu, são incentiváveis e de papel vital para o

---

<sup>15</sup> Idem, p. 10.

<sup>16</sup> DAL PRÁ, Keli Regina; MENDES, Jussara Maria Rosa; MIOTO, Regina Célia Tamaso. O desafio da integração social no Mercosul: uma discussão sobre a cidadania e o direito à saúde. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, 23, p. 175, 2007.

<sup>17</sup> Disponível em: <<http://www.itaipu.gov.br/responsabilidade/saude>>. Acesso em: 19 ago. 2012, às 20h05min.

<sup>18</sup> Entende-se: sem influência governamental.

desenvolvimento sustentável, da empresa e da região. Por outro lado, a informalidade e a não presença do Estado brasileiro, em seu papel de prestador sanitário central, no tema da saúde dá margem para o crescimento do aspecto “perverso” da política nacional de saúde.

Disso, o “Plano de Trabalho para a Consolidação de Políticas de Determinantes Sociais e Sistemas de Saúde”, aprovado em 2009 pelos ministros da Saúde dos Estados partes e Associados, dá as diretrizes sociais para a saúde na região. O fortalecimento de articulações entre as políticas públicas regionais de todas as áreas sociais do Mercosul é indispensável para que se atinjam os objetivos definidos pelo plano.

Em relação ao Brasil, o plano demonstra um compromisso renovado entre o Estado, o Sistema Único de Saúde e seu pleno funcionamento frente à Constituição de 1988. Trata-se de uma negociação inédita entre a União, os Estados e os Municípios. São estratégias que apontam na direção da formalização de um novo pacto federativo para a área da saúde: “Um pacto baseado na definição de responsabilidades sanitárias, na construção de um novo modelo de financiamento para o setor, na gestão solidária e cooperativa, no fortalecimento do controle social”<sup>19</sup>. Dessa forma, o Pacto pela Saúde consiste na

[...] efetivação do controle social ao determinar que os gestores das três esferas de governo assumam publicamente suas responsabilidades. Os “termos de compromisso de gestão”, que deverão ser aprovados nos respectivos conselhos de saúde, vão implicar na qualificação dos processos de planejamento, programação e avaliação das políticas de saúde.<sup>20</sup>

A importância da formalização desse pacto ser revela a partir do *Termo de Compromisso de Gestão*. Nesse sentido, traçam-se as metas e os objetivos do Pacto pela Vida e as atribuições de cada gestor, incluindo-se, também, as responsabilidades entre a União, os Estados e os Municípios. O Pacto pela Saúde busca redefinir o compromisso com a prestação da saúde pelo Estado, e “delimita

<sup>19</sup> Conselho Nacional de Saúde. O papel dos conselhos na afirmação do Pacto pela Saúde. *Informativo Eletrônico do CNS*. Publicação do Conselho Nacional de Saúde. Brasília, a. III, n. 17, jun. 2006. Coord. Alessandra Ximenes. Jornalistas responsáveis: Alessandro Saturno (3913JP/DF), Verbena Melo (3836JP/DF) e Nita Queiroz (2966JP/DF). Diagramação: Verbena Melo e Willian Barreto. Disponível em: <<http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Informativo/informativo17.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2012, às 21h03min.

<sup>20</sup> Idem.

responsabilidades coletivas e específicas para os três gestores do Sistema Único de Saúde (SUS), no campo do gerenciamento e da atenção à saúde”<sup>21</sup>.

A dimensão social do Mercosul é, assim, parte inalienável do processo de integração, desenvolvimento sustentável da região e pilar para o sucesso das políticas públicas em saúde nas cidades brasileiras de fronteira. As iniciativas informais necessitam ser reforçadas e institucionalizadas, contando com a participação efetiva dos governos federais. Com tal propósito, objetiva-se o máximo de equidade na prestação de serviços de saúde a essas populações que procuram atendimento e que necessitam de cuidados fora de seus países de origem, mas dentro do Mercosul.

## **2 A BUSCA DA SAÚDE NAS CIDADES FRONTEIRIÇAS NO MERCOSUL**

Conforme a região do Brasil, é diferente a procura de estrangeiros pelo SUS (Sistema Único de Saúde) na fronteira. Uma pesquisa do Caderno de Saúde do Rio de Janeiro coletou dados com os Secretários Municipais de Saúde, que informaram a existência de demanda de estrangeiros para atendimento no SUS em 75% dos municípios (50), sendo frequente ou muito frequente em 36% (24) das localidades<sup>22</sup>.

A questão de maior interesse para o presente artigo relaciona-se ao direito dos estrangeiros do Mercosul ao atendimento via SUS às implicações para a efetivação do direito à saúde. Nesse sentido, 70% dos Secretários Municipais de Saúde afirmaram que todos os estrangeiros têm direito ao atendimento, e mais, que todo estrangeiro receberia algum tipo de atendimento. Porém, em 28% dos municípios fronteiriços, os estrangeiros são atendidos apenas em situações de emergência, devendo retornar aos países de origem, “do outro lado da fronteira”, após a intervenção médica. Ainda de acordo com a pesquisa, em 69% das localidades, é exigido documento de identidade e, em 49% dos municípios, comprovante de residência e documento de identidade. Também há algumas localidades que pedem um cartão municipal obrigatório para o atendimento.

<sup>21</sup> Idem.

<sup>22</sup> GIOVANELLA, Lígia; GUIMARÃES, Luisa; NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro; VASCONCELOS, Lenaura Costa Lobato de; DAMACENA, Gisele Nogueira. Saúde nas fronteiras: acesso e demandas de estrangeiros e brasileiros não residentes ao SUS nas cidades de fronteira com países do Mercosul na perspectiva dos secretários municipais de saúde. Op. cit., p. 251-266. Pesquisa na qual foram analisados 69 municípios brasileiros localizados na linha de fronteira com Uruguai, Paraguai e Argentina.

Considerando-se que grande parte das pessoas que buscam algum tipo de assistência são pobres, ou paupérrimas<sup>23</sup>, e que, ainda, em especial no Paraguai, há populações indígenas que chegam aos hospitais e às emergências do SUS, onde barreiras burocráticas as fazem buscar subterfúgios. Um deles é deixar suas condições de saúde se agravarem para que sejam atendidas como casos emergenciais, já que o SUS é, nesses casos, obrigado a atender essa demanda.

No caso de cidades gêmeas, há uma demanda de estrangeiros residentes no município que, de modo frequente ou muito frequente, em mais da metade deles (53%), buscam o SUS para atendimento. Em um terço dos municípios, os cidadãos que trabalham no lado brasileiro e que moram no estrangeiro também buscam o SUS. Como informa a pesquisa,

a maioria dos municípios (69%) não registra os atendimentos como prestados a estrangeiros. Apenas 40% (21 em 53) dos secretários municipais de saúde de municípios que atendem estrangeiros apresentaram estimativa mensal de atendimentos a estrangeiros, e somente três municípios informaram os números registrados de atendimentos.<sup>24</sup> As estimativas de atendimentos mensais a estrangeiros variaram: oito secretários municipais de saúde estimaram realizar em média até 10 atendimentos, sete informaram estimativas entre 11 e 100 casos, e seis secretários estimaram entre 100 e 500 atendimentos mensais.<sup>25</sup>

Esses dados são alarmantes e demonstram problemas de administração nos três níveis do sistema (municipal, estadual e federal). Essa dificuldade é

<sup>23</sup> "El índice de condiciones de vida intentó abarcar la dimensión económica, educacional y de vivienda de las poblaciones fronterizas y se compone de las siguientes variables: proporción de personas que viven en domicilios con renta familiar per cápita menor de 1/4 del salario mínimo; proporción de personas con más de 25 años con menos de 4 años de estudio; proporción de personas con 15 años o más analfabetas; proporción de personas que viven en domicilios sin agua corriente y lavabo; proporción de personas que viven en domicilios con más de 2 personas por habitación." (PEITER, Paulo César. Condiciones de vida, situación de la salud y disponibilidad de servicios de salud en la frontera de Brasil: un enfoque geográfico. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, 23, p. 237-250, 2007)

<sup>24</sup> GIOVANELLA, Ligia; GUIMARÃES, Luisa; NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro; VASCONCELOS, Lenaura Costa Lobato de; DAMACENA, Gisele Nogueira. Saúde nas fronteiras: acesso e demandas de estrangeiros e brasileiros não residentes ao SUS nas cidades de fronteira com países do Mercosul na perspectiva dos secretários municipais de saúde. *Op. cit.*, p. 257.

<sup>25</sup> *Idem*, p. 258.



reconhecida pelo Sistema de Planejamento do SUS (2009)<sup>26</sup>, quando se verifica que a maioria das cidades de fronteira são de pequeno porte e de organização bastante precária:

O processo ascendente de planejamento definido pela Lei Orgânica da Saúde configura-se relevante desafio para os responsáveis por sua condução, em especial aqueles das esferas estadual e nacional, tendo em conta a complexidade do perfil epidemiológico brasileiro, aliada à quantidade e diversidade dos municípios, além da grande desigualdade em saúde ainda prevalente, tanto em relação ao acesso, quanto à integralidade e à qualidade da atenção prestada. Em relação à gestão, é importante levar em conta o fato de que cerca de 90% dos municípios têm menos de 50 mil habitantes e que 48% menos de 10 mil (Estimativa Populacional 2003/IBGE). Particularmente no tocante ao planejamento, a organização das ações ainda é bastante precária, principalmente nos municípios de médio e pequeno portes, o que dificulta o exercício eficiente e efetivo de seu papel fundamental na conformação do SUS neste nível.<sup>27</sup>

Evidencia-se a falta de alcance dos “tentáculos” do Estado e, conseqüentemente, a falta de controle e de gerência, processo-chave no sistema de hierarquia orçamentária do SUS, o qual depende dos dados repassados pelos municípios e pelos Estados para a União para que haja o repasse orçamentário desta para aqueles.

O Sistema de Planejamento do SUS, igualmente, ressalta algumas das maiores carências do Sistema de uma forma geral, não apenas nas cidades de fronteira. A partir dele, é possível afirmar que o SUS possui debilidades em cidades que logram de maior organização e respaldo de uma consistente base de dados de suas Secretarias de Saúde. Nas cidades de fronteira com má gerência e

<sup>26</sup> “Trata das bases de organização e funcionamento do Sistema de Planejamento do SUS - Planeja SUS, indicada por dirigentes e técnicos que atuam nesta área, nas três esferas de gestão, participantes dos encontros realizados nos meses de abril e maio de 2008.” (Ministério da Saúde, Sistema de Planejamento do SUS - Uma construção coletiva. Disponível em: <[http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/sistema\\_planejamento\\_sus\\_v1\\_3ed.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/sistema_planejamento_sus_v1_3ed.pdf)>. Acesso em: 28 ago. 2012, às 21h37min)

<sup>27</sup> Idem, p. 22.

organização, tais carências são perceptíveis com maior significância. Assim, há de se ressaltar que:

[...] falta, não raro, infraestrutura e atualização contínua nas técnicas e métodos do planejamento em si – sobretudo em se tratando de monitoramento e avaliação, no seu sentido mais amplo –, assim como o domínio necessário das características e peculiaridades que cercam o próprio SUS e do quadro epidemiológico do território em que atuam. Tais condições são estratégicas para a coordenação do processo de planejamento e, portanto, para o funcionamento harmônico do Planeja SUS.<sup>28</sup>

Em vista dessas problemáticas de logística e administração é que entrariam os postulados do Pacto pela Saúde, mencionado anteriormente neste trabalho, em particular: “[...] a institucionalização e o fortalecimento deste Sistema, ‘com adoção do processo de planejamento, neste incluído o monitoramento e a avaliação, como instrumento estratégico de gestão do SUS’”<sup>29</sup>.

Averiguadas e confirmadas as carências do sistema bem como verificada a dificuldade de gestão por parte da União, outra questão fica pendente e, por isso, deve ser explorada. Relaciona-se às razões que levam os estrangeiros do Mercosul a procurarem o SUS, mesmo com risco de não serem atendidos e/ou não obterem um serviço de qualidade que alcance a resolução (cura) das possíveis enfermidades que afligem o cidadão.

Já a pesquisa publicada no Caderno de Saúde Pública do Rio de Janeiro encontrou no item Proximidade geográfica com o município (68% dos casos) o principal motivo de procura do SUS por estrangeiros. Ademais, a insuficiência de serviços públicos de saúde no país de origem chega a 66%; a facilidade de ser atendido, a 60%; a urgência ou gravidade do caso, em 60%; e, por último, a qualidade da atenção à saúde no SUS, em 58% dos casos, foram os motivos mais apontados<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> Idem, p. 23.

<sup>29</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>30</sup> GIOVANELLA, Lígia; GUIMARÃES, Luisa; NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro; VASCONCELOS, Lenaura Costa Lobato de; DAMACENA, Gisele Nogueira. Saúde nas fronteiras: acesso e demandas de estrangeiros e brasileiros não residentes ao SUS nas cidades de fronteira com países do Mercosul na perspectiva dos secretários municipais de saúde. Op. cit.

---

Nessa mesma pesquisa, mostra-se evidente a relevância da falta de infraestrutura comum de uma cidade de pequeno porte frente à demanda de atendimento de seus nacionais e estrangeiros. Assim, geralmente, essas cidades de pequeno e de médio portes possuem, predominantemente, unidades de assistência do SUS de atenção básica presentes em quase todos (97%) os municípios pesquisados. Entre os participantes pesquisados pela revista, 40% dispõem de, apenas, duas UBS<sup>31</sup> (Unidades Básicas de Saúde) e 80% de até 5 UBS.

Outros dados interessantes da pesquisa mostram que um terço dos municípios estudados não possui hospital e outros 31% têm menos de 50 leitos no SUS. Além disso, quem procura uma atenção especializada a encontrará em apenas 15% dos municípios, os que possuem alguma unidade hospitalar semelhante a alguma policlínica. Para amenizar carências dessa natureza, há programas como o Programa Saúde da Família (PSF), que busca a “[...] promoção da saúde, prevenção, recuperação, reabilitação de doenças e agravos mais frequentes”<sup>32</sup>. Todo trabalho de assistência é feito por equipes responsáveis pelo acompanhamento de um número definido de famílias, localizadas em uma área geográfica específica. De acordo com a pesquisa do Caderno de Saúde, tal serviço:

Está implantado em 80% dos municípios e a cobertura populacional é elevada. Mais da metade (54%) dos municípios cobre entre 81% e 100% da sua população, ainda que o número de equipes de saúde da família seja pequeno: em 46% dos municípios atuam de uma a duas equipes de saúde da família e em 27% de 3 a 5 equipes.<sup>33</sup>

Portanto, vários pontos podem ser considerados nessa sessão acerca da busca pela saúde nas cidades de fronteira. Estudos revelam que a proximidade

<sup>31</sup> “As Unidades Básicas de Saúde (UBS) são a porta de entrada preferencial do Sistema Único de Saúde (SUS). O objetivo desses postos é atender até 80% dos problemas de saúde da população, sem que haja a necessidade de encaminhamento para hospitais.” (Portal Brasil. Usuários do SUS serão atendidos em unidades próximas a seus domicílios. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/sobre/saude/atendimento/unidades-basicas-de-saude>>. Acesso em: 28 ago. 2012, às 23h29min)

<sup>32</sup> Ministério da Saúde, Programa Saúde da Família (PSF). Disponível em: <[http://portal.saude.gov.br/portal/saude/cidadao/area.cfm?id\\_area=149](http://portal.saude.gov.br/portal/saude/cidadao/area.cfm?id_area=149)>. Acesso em: 28 ago. 2012, às 23h36min.

<sup>33</sup> GIOVANELLA, Lígia; GUIMARÃES, Luisa; NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro; VASCONCELOS, Lenaura Costa Lobato de; DAMACENA, Gisele Nogueira. Saúde nas fronteiras: acesso e demandas de estrangeiros e brasileiros não residentes ao SUS nas cidades de fronteira com países do Mercosul na perspectiva dos secretários municipais de saúde. Op. cit., p. 255.

geográfica com a unidade de assistência, ou hospital, constitui o aspecto mais relevante para esses estrangeiros que buscam auxílio médico. Chegando ao local de assistência, esses pacientes se defrontam com inúmeros percalços que dificultam ou que impossibilitam o seu atendimento. Esses empecilhos são, principalmente, de origem burocrática, de ética-racial e de infraestrutura. Estão vinculados à grande dificuldade que o Estado brasileiro tem em gerar e em assegurar o orçamento e a estrutura que poderiam abranger esses estrangeiros, além de lhes garantir a prestação do serviço de saúde universal brasileiro.

Desse ponto em diante, a abordagem final do presente artigo buscará reafirmar o papel assumido pelo Brasil na área da saúde em sua Constituição e nos demais compromissos internacionais, confrontando-os com a reflexão previamente feita neste ensaio.

### **3 ENTRE AS NORMAS E A REALIDADE: A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO MERCOSUL**

Formalizar acordos de fronteira consiste em um passo importante para garantir o bem-estar, a integridade e a dignidade das pessoas que vivem nessas áreas. Mas a demora de medidas que atinjam os problemas decorrentes do (in)acesso à saúde na fronteira clama pelo entendimento das normatizações já existentes sobre o assunto.

A própria noção de estrangeiro precisa ser revista e aplicada, de maneira que se pondere a situação especial dessas pessoas, visto que as abordagens do Estatuto do Estrangeiro são anteriores ao Tratado de Assunção:

Art. 21. Ao natural de país limítrofe, domiciliado em cidade contígua ao território nacional, respeitados os interesses da segurança nacional, poder-se-á permitir a entrada nos municípios fronteiriços a seu respectivo país, desde que apresente prova de identidade.

§ 1º Ao estrangeiro, referido neste artigo, que pretenda exercer atividade remunerada ou frequentar estabelecimento de ensino naqueles municípios, será fornecido documento especial que o identifique e caracterize a sua condição, e, ainda, Carteira de Trabalho e Previdência Social, quando for o caso.

§ 2º Os documentos referidos no parágrafo anterior não conferem o direito de residência no Brasil, nem

autorizam o afastamento dos limites territoriais daqueles municípios.

Esses dispositivos ainda são eivados de processos burocráticos e de requerimentos de documentos que, em geral, são demasiado custosos para as pessoas que precisam de atendimento por meio do SUS. De acordo com a já citada pesquisa do Caderno de Saúde do Rio de Janeiro<sup>34</sup>, parte dos secretários municipais entrevistados considerou como estrangeiros: brasileiros não residentes no País, brasileiros com dupla nacionalidade e, por vezes, filhos de brasileiros nascidos em outro país, ou filhos de estrangeiros nascidos no Brasil sem documentação brasileira por insuficiência de renda familiar para regularizar a cidadania.

Pode-se argumentar que o Estatuto do Estrangeiro seja deveras abrangente, criado em um contexto que priorizava a segurança nacional em detrimento aos Direitos Humanos. Exatamente por isso, consideram-se sobremaneira as posições dos Acordos Internacionais e da Constituição de 1988 quanto ao tema. De acordo com a Carta Magna, constitui-se uma violação de direitos fundamentais qualquer barreira ao atendimento de qualquer pessoa no sistema de saúde.

Nessa linha de raciocínio, a Lei nº 8080, em seu art. 2º, diz que “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”. O Estatuto do Estrangeiro não conta com uma delimitação maior sobre o tema. Mas, ao assunto, é aplicável os ditames do art. 5º, *caput*, da Constituição Federal: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade”. É arcabouço jurídico suficiente a dar suporte ao direito dos estrangeiros pertencentes ao Mercosul acessarem o SUS nas cidades brasileiras das fronteiras do Bloco.

Não se esqueça, ainda, a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), da qual Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai são signatários, e a Carta de Direitos e Obrigações dos Estados de 1949. Por exemplo, o artigo VII daquela declaração menciona que:

Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Dessa

---

<sup>34</sup> Idem.

maneira, todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

Na mesma senda, o artigo III e o artigo VI expressam, respectivamente, que “toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal” e que “toda pessoa tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecida como pessoa perante a lei”. No caso do “recurso do indivíduo aos tribunais internacionais”, a Corte Interamericana de Direitos Humanos<sup>35</sup>, sediada em São José da Costa Rica, seria o fórum adequado para a discussão. Neste contexto, Bonavides, citado por Schwartz, relembra:

Ainda embora muito pouco enraizado no imaginário de juristas brasileiros – principalmente advogados –, resta a hipótese de recurso do indivíduo aos tribunais internacionais protetores dos Direitos Humanos, quando a saúde lhe for negada, já que é um direito fundamental do homem e pelo Brasil ser signatário da Declaração Universal dos Direitos do Homem, verdadeira Constituição das Nações Unidas e lastro último da proteção dos direitos fundamentais do homem.<sup>36</sup>

Ademais, a Carta de Direitos e Obrigações dos Estados (1949) traz, em seu artigo VI, que “todo Estado tem o dever de tratar a todas as pessoas sobre sua jurisdição com respeito pelos Direitos Humanos e as liberdades fundamentais, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião”. Dessa forma, cristaliza-se a obrigação do Estado brasileiro em garantir o direito fundamental à saúde, tanto de brasileiros quanto de estrangeiros.

Em nível de integração regional no tema saúde e a dimensão social em geral, a Cúpula Social do Mercosul (2009) tem reafirmado o reconhecimento da prestação pelos Estados do direito à saúde dos cidadãos do Mercosul.

---

<sup>35</sup> A Corte Interamericana de Direitos Humanos é um órgão judicial autônomo que tem sede em San José (Costa Rica), cujo propósito é aplicar e interpretar a Convenção Americana de Direitos Humanos e outros tratados de Direitos Humanos. Faz parte do chamado Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos.

<sup>36</sup> SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: 2001. p. 130.

Consideramos que a saúde é um direito humano e social inalienável, sendo dever e obrigação dos Estados garanti-la com financiamento público.

A saúde coletiva e a qualidade de vida devem ser prioridades da agenda dos países membros do Mercosul, com uma real participação dos povos no desenho, execução, gestão e controle das políticas públicas.

As determinações sociais, econômicas, culturais e ecológicas são responsáveis pela construção social da saúde coletiva de nossos povos.

Consideramos que alimentação adequada, moradia digna, educação, trabalho, acesso à água potável e serviços sanitários integrais, entre outros direitos sociais, econômicos e culturais, contribuem para o cuidado da saúde.<sup>37</sup>

Portanto, a garantia da saúde como direito humano, inalienável e proporcionada por financiamento do Estado, é reconhecida e legítima dentro do Mercosul. Por outro lado, que o plano retórico não segue fidedignamente o pragmático, também é fato consumado nas cidades de fronteira do Mercosul. Tudo indica, até o presente momento, que os esforços do Estado brasileiro e da dimensão social do Mercosul convergem para tornar o Sistema mais eficiente e renovar, uma vez mais, o compromisso entre a Constituição brasileira e as normas internacionais firmadas pelos países do Mercosul acerca de Direitos Humanos, em especial no caso da saúde, tornando realidade atendimento a estrangeiros do Bloco nas cidades de fronteira.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Há vários aspectos relativos ao acesso da saúde nas fronteiras e ao papel da dimensão social do Mercosul que não são o foco deste artigo. Todavia, há questões não abordadas relativas à soberania nacional territorial e o consequente conceito de cidadania segundo esses parâmetros que seriam discutíveis e importantes para uma análise mais profunda do problema exposto.

---

<sup>37</sup> Mercosul Social e Participativo, p. 40.

O que o presente trabalho buscou demonstrar foi o engendramento de algumas medidas conjuntas, unilaterais e bilaterais. Medidas de dimensão social que aborde a saúde no Bloco, tais como a criação do Parlasul e de suas Comissões de Desenvolvimento, o Subgrupo de Trabalho 11 e a Iniciativa Itaipu, entre outros.

Além disso, os motivos da busca pela saúde por parte dos estrangeiros nas cidades de fronteira com o Brasil revelou que a proximidade geográfica é o que se mostra mais importante na decisão do estrangeiro em acessar o sistema de saúde brasileiro. Adrede, foram expostas algumas das principais fragilidades do gerenciamento do sistema hierárquico de saúde no Brasil e suas consequências.

Por fim, conclui-se que não há uma efetivação satisfatória do direito à saúde no Bloco e que há incompatibilidade da situação real e da situação normativa do atendimento de estrangeiros nas zonas de fronteira, ou, no geral, do acesso desses cidadãos ao sistema de saúde. Tudo isso se dá em discrepância com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a Carta de Direitos e Obrigações do Estado (1949), o Estatuto do Estrangeiro (1980) e a própria Constituição brasileira de 1988.

E mais: por mais lento que o processo de integração demonstre ser, ainda mais em sua dimensão social em face de características compreensíveis e intrínsecas à realidade das assimetrias econômicas de cada país, os políticos, os profissionais e os gestores das fronteiras já compartilham um dia a dia em que populações que se deslocam de um lado da fronteira para o outro utilizam-se de serviços em países vizinhos. Para que a apatia dos Estados, por inúmeras razões, não se prolongue na tomada de atitudes mais pragmáticas quanto a essa realidade, faz-se imprescindível a implementação de ações conjuntas visíveis no campo da saúde e no respeito aos Direitos Humanos, pois:

Doenças comunicáveis e desastres sociais não respeitam fronteiras; estruturas de média e alta complexidade demandam organização de entrada e escala de uso; diferenciações no padrão de qualidade e no escopo da atenção ofertada estimulam migrações para usos de serviços nos países vizinhos; utilização dos serviços por parte de populações estrangeiras à nação ofertante, representada pelo fluxo informal da demanda, geram sub-registros e dificuldade de planejamento das ações; peculiaridades das fronteiras, como, por exemplo,



a magnitude da população móvel marcada pelo tráfico, prostituição, contrabandos, deslocamento de caminhoneiros, impactam substancialmente a saúde da população; e o caráter de intersetorialidade da saúde torna-a afeta ao desenvolvimento e qualidade da infraestrutura de demais setores (saneamento, educação, condições de trabalho, voz política, etc.).<sup>38</sup>

Reafirmando-se o dito: tal realidade vai de encontro ao Direito Internacional, ao respeito aos Direitos Humanos e às obrigações do Estado nas suas relações internacionais – no caso do Mercosul – com o ser humano. O acesso universal e igualitário à população de estrangeiros residentes nas cidades de fronteira do Mercosul carece de um sistema menos burocrático para sua eficiência, e também de trabalho conjunto entre os países Mercosulinos para que se logre a estrutura de atendimento necessária aos pacientes e para que se incuta a seguinte noção de responsabilidade compartilhada entre os países do Bloco: todos seus cidadãos possuem direito de acessar os sistemas de saúde de cada um dos países componentes do Mercosul.

## REFERÊNCIAS

CONSELHO Nacional de Saúde. O papel dos conselhos na afirmação do Pacto pela Saúde. *Informativo Eletrônico do CNS*. Publicação do Conselho Nacional de Saúde. Brasília, a. III, n. 17, jun. 2006. Coord. Alessandra Ximenes. Jornalistas responsáveis: Alessandro Saturno (3913JP/DF), Verbena Melo (3836JP/DF) e Nita Queiroz (2966JP/DF). Diagramação: Verbena Melo e Willian Barreto. Disponível em: <<http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Informativo/informativo17.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2012, às 21h03min.

DAL PRÁ, Keli Regina; MENDES, Jussara Maria Rosa; MIOTO, Regina Célia Tamaso. O desafio da integração social no Mercosul: uma discussão sobre a cidadania e o direito à saúde. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, 23, p. 164-173, 2007.

DRAIBE, Sônia Miriam. Coesão social e integração regional: a agenda social do Mercosul e os grandes desafios das políticas sociais integradas. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, 23 Sup 2, p. 174-183, 2007.

---

<sup>38</sup> WELZ, Lilian. A saúde no processo de integração no âmbito do Mercosul: um estudo de suas resoluções e acordos. Dissertação de Mestrado apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Educação pelo Programa de Pós-Graduação em Educação da Universidade Estadual do Oeste do Paraná - Unioeste. Cascavel, 2009. p. 61.

GIOVANELLA, Ligia; GUIMARÃES, Luisa; NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro; VASCONCELOS, Lenaura Costa Lobato de; DAMACENA, Gisele Nogueira. Saúde nas fronteiras: acesso e demandas de estrangeiros e brasileiros não residentes ao SUS nas cidades de fronteira com países do Mercosul na perspectiva dos secretários municipais de saúde. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, 23 Sup 2, p. 251-266, 2007. Disponível em: <<http://www.itaipu.gov.br/responsabilidade/saude>>. Acesso em: 19 ago. 2012, às 20h05min.

INSTITUTO Interamericano de Cooperación para la Agricultura. Plano de trabalho interfederativo para a integração fronteiriça. Disponível em: <<http://www.iica.int/Esp/regiones/sur/brasil/Lists/DocumentosTecnicosAbertos/Attachments/18/Afr%C3%A2nio%20Jos%C3%A9%20Ribeiro%20de%20Castro%20-%20109383%20-%20Des%20Regional%20P6.pdf>>. Acesso em: 5 ago. 2012, às 10h10min.

MERCOSUL Salud. Sistemas de informação em saúde do Mercosul. Disponível em: <<http://www.mercosulsalud.org/portugues/sgt/rosgt11/index.htm>>. Acesso em: 20 jun. 2012, às 10h47min.

MERCOSUL Social e Participativo. Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br/merc-sul-social-e-participativo>>. Acesso em: 20 jun. 2012, às 10h28min.

MERCOSUL. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/temas/americado-sul-e-integracao-regional/merc-sul>>. Acesso em: 28 ago. 2012, às 19h53min.

\_\_\_\_\_. Tratado para a constituição de um mercado comum entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai. Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br/tratados-e-protocolos/tratado-de-assuncao-1>>. Acesso em: 20 jun. 2012, às 10h24min.

MINISTÉRIO da Saúde. Programa Saúde da Família (PSF). Disponível em: <[http://portal.saude.gov.br/portal/saude/cidadao/area.cfm?id\\_area=149](http://portal.saude.gov.br/portal/saude/cidadao/area.cfm?id_area=149)>. Acesso em: 28 ago. 2012, às 23h36min.

\_\_\_\_\_. Sistema de Planejamento do SUS – Uma construção coletiva. Disponível em: <[http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/sistema\\_planejamento\\_sus\\_v1\\_3ed.pdf](http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/sistema_planejamento_sus_v1_3ed.pdf)>. Acesso em: 28 ago. 2012, às 21h37min.

NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro; GIMÉNES, Roser Pérez. A política nacional de saúde para as regiões fronteiriças – Inovações e limites. Disponível em: <<http://www.ensp.fiocruz.br/portal-ensp/saudefronteiras/pdf/Inovacao.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2015, às 08h31min.

PEITER, Paulo César. Condiciones de vida, situación de la salud y disponibilidad de servicios de salud en la frontera de Brasil: un enfoque geográfico. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, 23, p. 237-250, 2007.

PORTAL Brasil. Usuários do SUS serão atendidos em unidades próximas a seus domicílios. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/sobre/saude/atendimento/unidades-basicas-de-saude>>. Acesso em: 28 ago. 2012, às 23h29min.

SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: 2001.

WELZ, Lilian. A saúde no processo de integração no âmbito do Mercosul: um estudo de suas resoluções e acordos. Dissertação de Mestrado apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Educação pelo Programa de Pós-Graduação em Educação da Universidade Estadual do Oeste do Paraná – Unioeste. Cascavel, 2009.

# TOLERÂNCIA: REFLEXÕES FILOSÓFICAS, POLÍTICAS E JURÍDICAS PARA O SÉCULO XXI

*TOLERANCE: PHILOSOFICAL, POLITICS AND LEGAL MEDITATIONS FOR THE XXI CENTURY*

**Neuro José Zambam<sup>1</sup>**

Pós-Doutorando em Filosofia pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos –  
Unisinos

**Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino<sup>2</sup>**

Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – Univali

**RESUMO:** Este artigo tem como objetivo fundamentar o conceito de Tolerância como um valor irrenunciável para as condições de justiça no século XXI. O processo de integração, aproximação e comunicação experimentado nesse período expõe as diferenças e desigualdades existentes no interior das sociedades e dos povos. As gritantes desigualdades que ainda persistem no mundo, os fanatismos políticos e religiosos que estão na origem das guerras e dos conflitos, bem como as evidências de uma cultura

---

<sup>1</sup> Doutor em Filosofia pela PUCRS, Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade Meridional – IMED – Mestrado, Professor do Curso de Direito (graduação e especialização) da Faculdade Meridional – IMED de Passo Fundo, Membro do Grupo de Trabalho, Ética e Cidadania da ANPOF (Associação Nacional dos Programas de Doutor em Filosofia pela PUCRS, Pesquisador da Faculdade Meridional, Coordenador do Grupo de Pesquisa: Multiculturalismo, minorias, espaço público e sustentabilidade, Passo Fundo/RS, Brasil.

<sup>2</sup> Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* (Mestrado) em Direito do Complexo de Ensino Superior Meridional – IMED, Professor do Curso de Direito da Faculdade Meridional – IMED, Pesquisador da Faculdade Meridional e CNPq, Coordenador do Grupo de Pesquisa: Ética, Cidadania e Sustentabilidade, Membro do Grupo de Pesquisa: “Modernidade, Pós-Modernidade e Pensamento Complexo”. Membro associado do Conselho Nacional de Pós-Graduação em Direito – Conpedi. Passo Fundo/RS, Brasil.

hedonista e violenta, entre outras, denunciam a instrumentalização do outro ou a sua própria negação, assim como clama pelo desenvolvimento de novos parâmetros de relacionamento. A Tolerância é um valor moral com condições de construir a identidade humana e política do próximo período histórico. Nessa linha de pensamento, pretende-se justificar a afirmação: O século XXI ou será tolerante, ou não será. Sem o exercício da Tolerância, a atuação do Estado, das instituições e das organizações sociais será de negar o outro, isto é, a necessária Alteridade dificulta a sua práxis e as conquistas empreendidas. A Tolerância contribui para a integração humana, a melhoria da qualidade de vida, a superação do isolamento e de outras privações.

**PALAVRAS-CHAVE:** Alteridade; democracia; fanatismo; tolerância.

**ABSTRACT:** *This paper intends to justify the concept of Tolerance as an indispensable condition for justice in the twenty-first century value. The integration, approach and communication process experienced in actual days shows the differences and inequalities within societies and other people. The glaring inequalities that still persist in the world, the political and religious fanaticism that represents the origin of wars and conflicts, among others evidences of a hedonistic and violent culture, denounce the exploitation of others or their own denial and cries for new measures to develop human bounds. Tolerance is a moral value capable of build human political identity for the next historic time. Thinking along these lines, we intend to justify the statement: The XXI century will either be tolerant or not. Without exercising Tolerance, the performance of the State, institutions and social organizations is to deny people, in other words, the difficult to achieve its objectives or other actions can be seen as the presence of Other. Tolerance supports human integration, improves lifes's quality, overcome isolation and other limitations.*

**KEYWORDS:** *Otherness; democracy; fanaticism; tolerance.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 A Tolerância e a sua compreensão como valor moral; 2 O século XXI – o espaço (do ser) da Tolerância; Considerações finais; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 Tolerance as a moral value; 2 XXI century – the space (to be) of Tolerance; Final remarks; References.*

## INTRODUÇÃO

A convivência em Sociedade quando ausentes valores que orientam a sua conduta de forma equitativa e tolerante torna-se gradativamente mais violenta, desmedida, insustentável. Não se reconhece mais o vínculo comum que identifica o gênero humano. Negam-se as imperfeições, a ambiguidade, a ambivalência, as dúvidas sobre o viver

e o conviver. Exime-se da responsabilidade que se manifesta pela simples presença de outro ser humano diante do “Eu” isolado. Esse cenário não pode ser constitutivo de uma vida na qual possa integrar a todos, indistintamente.

A Tolerância surge como um valor moral para o aperfeiçoamento histórico das sociedades democráticas. Em uma época de alta relatividade – social, axiológica, econômica, política, jurídica, entre outros –, experimenta-se uma convivência vazia, na qual nada é duradouro ou, pelo menos, aparece com a finalidade de “salvar a humanidade” de sua natureza violenta, mesquinha.

Nesse contexto mencionado, é necessário avaliar de que modo, no decorrer do tempo, valores como a Tolerância têm a capacidade de ampliar os diálogos multiculturais – especialmente nessa “era da informação” –, criar vínculos de integração e acolhimento humano e possibilitar a difusão da Democracia como espaço, por excelência, da práxis tolerante.

O primeiro tópico deste estudo se destina a esclarecer a compreensão sobre o que é a Tolerância. Essa expressão se manifesta como referência jurídica, filosófica e política do vínculo antropológico comum. Na segunda parte, destacam-se, especificamente, os espaços de efetivação da Tolerância para se viver, conviver e fortalecer os espaços de convivência em vista de uma Sociedade equilibrada e o desenvolvimento de uma cultura da Paz.

A partir desses argumentos, o critério metodológico utilizado para essa investigação e a base lógica do relato dos resultados apresentados<sup>3</sup> reside no Método Dedutivo<sup>4</sup>, cuja premissa maior é a significação da categoria Tolerância e a premissa menor é a identificação espacial das práticas tolerantes. As técnicas utilizadas nesse estudo serão a pesquisa bibliográfica<sup>5</sup>, a categoria<sup>6</sup> e o conceito operacional<sup>7</sup>, quando necessário.

<sup>3</sup> PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática*. 12. ed. Florianópolis: Conceito Editorial/Millennium, 2011. p. 87.

<sup>4</sup> “[...] base lógica da dinâmica da Pesquisa Científica que consiste em pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral.” (Idem, p. 205)

<sup>5</sup> “[...] Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais.” (Idem, p. 207)

<sup>6</sup> “[...] *palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma idéia.*” (Idem, p. 25 – grifos originais da obra em estudo)

<sup>7</sup> “[...] *uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos [...].*” (Idem, p. 37 – grifos originais da obra em estudo. Toda Categoria que aparece neste estudo será destacada com letra maiúscula)

O problema deste estudo pode ser descrito na seguinte indagação: A Tolerância, no século XXI, é fundamento para a constituição do devir histórico dos ambientes democráticos e multiculturais? A hipótese para essa pergunta surge, inicialmente, como positiva, na medida em que a referida categoria cria cenários mais integrados, amistosos e pacíficos, pois se dissemina a compreensão<sup>8</sup> e o exercício intrasubjetivo e intersubjetivo sobre nossa humanidade.

O objetivo geral deste estudo é investigar se a Tolerância caracteriza possíveis cenários de integração humana no século XXI. Os objetivos específicos são: (a) esclarecer a definição de Tolerância e as ameaças da Intolerância; (b) avaliar os possíveis cenários que ampliem e fomentem as práticas tolerantes; (c) descrever, brevemente, características históricas próprias do século XXI.

Os fundamentos teóricos deste artigo terão como referência o pensamento de autores como John Rawls, Voltaire, Norberto Bobbio, Amartya Sen, entre outros. Buscam-se, ainda, outras leituras as quais apresentam diferentes percepções sobre o tema em estudo para elucidar o(s) significado(s) e contexto(s) de determinadas categorias apresentadas nesta pesquisa.

## 1 A TOLERÂNCIA E A SUA COMPREENSÃO COMO VALOR MORAL

[...] a tolerância não se baseia na renúncia à própria verdade, ou na indiferença frente a qualquer forma de verdade. Creio firmemente em minha verdade, mas penso que devo obedecer a um princípio moral absoluto: o respeito à pessoa alheia.<sup>9</sup>

O início do século XXI está caracterizado por eventos marcadamente violentos e de notável afronta às conquistas mais caras da humanidade. A síntese desse clima nefasto pode ser simbolizado no ataque às Torres Gêmeas em Nova

---

<sup>8</sup> O verbo compreender terá como significado nessa pesquisa o conceito proposto por Morin: “Há duas formas de compreensão: a compreensão intelectual ou objetiva e a compreensão humana intersubjetiva. Compreender significa intelectualmente apreender em conjunto, *compreendere*, abraçar junto (o texto e seu contexto, as partes e o todo, o múltiplo e o uno). A compreensão intelectual passa pela inteligibilidade e pela explicação. [...] A compreensão humana vai além da explicação. A explicação é bastante para a compreensão intelectual ou objetiva das coisas anônimas ou materiais. É insuficiente para a compreensão humana. Esta comporta um conhecimento de sujeito a sujeito. [...] Compreender inclui, necessariamente, um processo de empatia, de identificação e projeção. Sempre intersubjetiva, a compreensão pede abertura, simpatia e generosidade” (MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. Trad. Catarina Eleonora e Jeanne Sawaya. 4. ed. São Paulo/Brasília: Cortez/Unesco, 2001. p. 94-95).

<sup>9</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 7. ed. 10. tir. Rio de Janeiro: Campus, 2004. p. 211.

Iorque, em 2001. Esse é um sinal que denota a inexistência de Tolerância, as suas causas, consequências e deficiências da sua compreensão.

Na origem da intolerância estão as graves desigualdades humanas, as quais se observam pelo domínio e imposição de vontades unilaterais, imperialistas, a ausência de democracia ou instrumentalização do Estado e suas instituições, as concepções de mundo fechadas em si e legitimadas por práticas religiosas ou tradições culturais desintegradas e irrefletidas. A intolerância é, por natureza, onfaloscópica<sup>10</sup>.

Esse valor moral denominado Tolerância foi construído ao longo da história da humanidade e amadurecido pelas experiências e práticas de intolerância, pelo desenvolvimento da compreensão do valor da pessoa e sua dignidade, da evolução da organização do Estado, da fundamentação de princípios que orientam as legislações, as instituições e o agir moral das pessoas em sociedade e da capacidade humana de refletir e ampliar as suas concepções culturais para acolher o estranho (*alius*) – no seu sentido mais amplo. É nesse ir e vir entre as diferenças humanas que se aprende e se exercita a Tolerância como fundamento de integração civilizacional.

Ao se observar o atual estágio de organização e desenvolvimento das sociedades, especificamente, a proximidade entre povos e nações conquistadas pelos recursos das tecnologias da informação e dos meios de comunicação social, a existência de instituições cujas ações têm alcance universal, a aceitação da democracia como o melhor sistema de organização social possível em todas as sociedades, as condições de solucionar a maior parte dos conflitos por meio do exercício da diplomacia e da negociação, entre outros destaques, a Tolerância se afirma como um valor necessário e irrenunciável para a estruturação das condições de Justiça<sup>11</sup>.

Tolerar, contudo, é um verbo de difícil conceituação e efetivação. Historicamente é uma práxis desejada, mas de reconhecimento limitado entre os

<sup>10</sup> Essa postura, segundo Maffesoli, significa a caracterização de “[...] nossa *intelligentsia*: ela contempla o próprio umbigo” (MAFFESOLI, Michel. *A república dos bons sentimentos*: documento. São Paulo: Iluminura/Itaú Cultural, 2009. p. 18).

<sup>11</sup> Para fins deste artigo, a categoria será estudada por meio do pensamento de Aristóteles, ou seja, Justiça é “[...] a disposição da alma graças à qual elas se dispõem a fazer o que é justo, a agir justamente e a desejar o que é justo; [...]. [...] a justiça neste sentido é a excelência moral perfeita, embora não o seja de modo irrestrito, mas em relação ao próximo. [...] Ela é perfeita porque as pessoas que possuem o sentimento de justiça podem praticá-la não somente em relação a si mesmas como também em relação ao próximo” (ARISTÓTELES. *Ética a nicômacos*. 3. ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília (UnB), c1985, 1999, par. 1129 a - 1130 b).



seres humanos na qualidade de sujeitos responsáveis pela manutenção da Paz<sup>12</sup>, seja na preservação de seus semelhantes, seja na organização do mundo no qual habitam. No século XXI, os significados pacíficos propostos pela Tolerância ainda não foram plenamente DES-cobertos.

O incremento das comunicações por meio dos recursos tecnológicos aproxima povos com suas culturas diferentes, porém não é suficiente para se reconhecer o Outro na sua individualidade. Por esse motivo, tolerar denota ação histórica de reconhecimento do *alius* (estrangeiro) na tensão dialética entre as culturas que se manifestam em diferentes locais do território.

O significado de Tolerância que fundamenta a reflexão, nesse momento, é descrito por Voltaire e Bobbio. Esses autores demonstram que a categoria aqui estudada representa o fundamento racional<sup>13</sup> da concórdia para o exercício da Liberdade<sup>14</sup> – seja de expressão ou religiosa. Trata-se de um dever do Estado preservar, por meio da Norma Jurídica, a abertura tolerante para que haja, indefinidamente, o equilíbrio das relações humanas.

O dever emana do Estado na sua função legislativa, mas não se pode insistir no argumento de que a Tolerância se exaure nessa mencionada ação estatal. É no cotidiano que surgem ações fanáticas impróprias para a disseminação de um ambiente tolerante. Reitera-se: o que é a Tolerância?

<sup>12</sup> A Paz caracteriza-se como oposição aos conflitos, à guerra. Para fins desta pesquisa, a expressão será compreendida como a condição na qual se permite a abertura ao desenvolvimento humano integral (biológico e psíquico) para se atingir outros patamares de civilidade. O pressuposto para a ocorrência da Paz está no reconhecimento do Outro e suas diferenças.

<sup>13</sup> Verifica-se que um dos pensadores no qual inspirou Voltaire acerca do fundamento racional da Tolerância foi Pierre Bayle. Nas palavras de Barreto: “Para Bayle, a tolerância deveria perder o caráter de aceitação submissa da convicção religiosa dos outros, para expressar um valor positivo, estabelecido pela razão humana. Esse novo significado da idéia de tolerância, uma forma positiva de idéia, baseava-se no pensamento de Bayle, na sinceridade com que as pessoas defendessem as suas opiniões e convicções, religiosas, filosóficas ou políticas. [...] Bayle estabeleceu, dessa forma, uma das justificativas centrais da tolerância moderna: o direito à consciência errada, que consiste no direito inalienável do indivíduo de professar doutrinas consideradas, em consciência, como verdadeiras, ainda que contrárias aos credos políticos ou religiosos predominantes nos diferentes estados” (BARRETO, Vicente de Paulo. Tolerância. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia política*. São Leopoldo/RS, Unisinos, 2010. p. 512).

<sup>14</sup> Para fins desta pesquisa, utiliza-se o Conceito Operacional dessa Categoria a doutrina de Mill: “[...] É o princípio de que o único fim em função do qual o poder pode ser correctamente exercido sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada contra sua vontade, é o de prevenir dano a outros. [...] Uma pessoa não pode correctamente ser forçada a fazer ou deixar de fazer algo porque será melhor para ela que o faça, porque a fará feliz, ou porque, na opinião de outros, fazê-lo seria sensato ou até correcto. [...] A única parte da conduta de qualquer pessoa pela qual ela responde perante a sociedade, é que diz respeito aos outros” (MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Lisboa: Edições 70, 2006. p. 39-40).

A categoria Tolerância surgiu na Modernidade. Refere-se ao respeito universal pela autonomia humana. Entretanto, a sua origem encontra-se nas profundas – senão abissais – raízes religiosas. Percebe-se, historicamente, que o surgimento da Tolerância, descrita como valor moral positivo, aparece em uma situação contrária: de desvalor ao seu sentido de integração e respeito.

Diversas barbáries empreendidas contra a humanidade se manifestaram sob o nome do Cristianismo<sup>15</sup>, o que contradiz a concepção anterior na sua originalidade. O desprezo pela diferença de outras posturas religiosas e a intransigência no seu uso livre e consciente forjaram o cenário histórico europeu por meio de intensas e intermináveis batalhas<sup>16</sup>. Infelizmente, a transição da Idade Média para a Idade Moderna é “uma história de sangue”<sup>17</sup>.

Diante desse cenário, a práxis da Tolerância política e religiosa não pode ser descrita, nem vivida, como submissão. Por esse motivo, Voltaire, ao citar

---

<sup>15</sup> A categoria para esta pesquisa se refere à Idade Média e define-se como “[...] a crença num Deus único manifestado em três pessoas – o Pai, o Filho e o Espírito Santo – na redenção do mundo pela Encarnação, Paixão e Ressurreição de Jesus Cristo” (LOYN, Henry R. (Org.). *Dicionário da idade média*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997. p. 107).

<sup>16</sup> Skinner retrata esse argumento: “Durante os primeiros estágios das guerras religiosas, a estratégia básica adotada pelos huguenotes consistiu em evitar, tanto quanto possível, um confronto direto com Catarina de Médici. Empenharam-se em sustentar a tese (falsa) de que apenas estariam fazendo oposição aos inimigos do governo, e continuaram a depositar esperanças na oportunidade de conquistar pelas vias oficiais um certo grau de tolerância religiosa, como subproduto dos esforços de Catarina para pacificar os diversos grupos em guerra no Reino. [...] Apesar dessas considerações praticamente obrigarem os huguenotes a proceder de início com a máxima cautela, também permitiam que esperassem sair dos crescentes conflitos de facções, alcançando um abrandamento da perseguição e um certo grau de tolerância oficial à sua fé. A mais óbvia razão para esse otimismo residia no fato de Catarina de Médici, rainha-mãe e o verdadeiro poder por trás do trono de Carlos IX, deixar claro, durante as fases iniciais das guerras civis, que sua posição era acentuadamente favorável a uma política de transigência religiosa. [...] Em meados de 1572, extinguíram-se as esperanças dos huguenotes, quando Catarina subitamente abandonou as tentativas de conciliação e sancionou o massacre da liderança huguenote na noite de São Bartolomeu. Desde então, se debate em que medida foi premeditado esse ato devastador, mas parece que a intenção original de Catarina talvez fosse limitar-se a liquidar o principal porta-voz dos huguenotes, o almirante Coligny [...]” (SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 515-516).

<sup>17</sup> “O furor que inspira o espírito dogmático e o abuso da religião cristã mal compreendida derramou sangue, produziu desastres tanto na Alemanha, na Inglaterra e mesmo na Holanda como na França. Hoje, no entanto, a diferença das religiões não causa nenhum problema nesses Estados; o judeu, o católico, o grego, o luterano, o calvinista, o anabatista, o sociniano, o menonita, o morávio e tantos outros vivem como irmãos nesses países e contribuem igualmente para o bem da sociedade.” (VOLTAIRE. *Tratado sobre tolerância: a respeito da morte de Jean Calas*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 22)

o caso da morte de Jean Calas<sup>18</sup>, destaca a perseguição religiosa como postura fanática<sup>19</sup>. Essa ação não representa tão somente uma abominação contra a família de Jean Calas, mas um fenômeno no qual impossibilita a integração entre as diferenças culturais – nesse caso, a religiosa. A Tolerância, portanto, precisa de um fundamento racional<sup>20</sup> a fim de preservar o gênero humano contra as arbitrariedades do fanatismo e ampliar o exercício da Liberdade, Dignidade<sup>21</sup> e Autonomia<sup>22</sup> humana.

---

<sup>18</sup> Segundo Voltaire: “O assassinio de Calas, cometido em Toulouse com o gládio da justiça, a 9 de março de 1762, é um dos mais singulares acontecimentos que merecem a atenção de nossa época e da posteridade. Esquece-se facilmente a quantidade de mortos em batalhas sem conta, não somente por tratar-se da fatalidade da guerra, mas porque os que morrem pela sorte das armas podiam também dar a morte a seus inimigos, e não morreram sem se defender. Lá onde o perigo e a vantagem são iguais, o espanto cessa, e a própria piedade diminui; mas se um pai de família inocente é entregue às mãos do erro, da paixão, ou do fanatismo; se o acusado só tem como defesa sua virtude; se os árbitros de sua vida, ao decapitarem-no, apenas correm o risco de se enganar; se podem matar impunemente através de uma sentença, então o clamor público se levanta, cada um teme por si próprio, percebe-se que ninguém está seguro de sua vida diante de um tribunal erigido para zelar pela vida dos cidadãos, e todas as vozes se juntam para pedir vingança” (idem, p. 3).

<sup>19</sup> “Algum fanático da população gritou que Jean Calas havia enforcado seu próprio filho Marc-Antoine. Esse grito, repetido, logo tornou-se unânime; outros acrescentaram que o morto pretendia fazer abjuração no dia seguinte; que sua família e o jovem Lavaisse o haviam estrangulado por ódio contra a religião católica. Um momento depois, ninguém duvidava mais; toda cidade foi persuadida de que é um imperativo religioso entre os protestantes que um pai e uma mãe devem assassinar seu filho tão logo ele queira converter-se. Uma vez excitados os espíritos não mais se detêm.” (Idem, p. 6)

<sup>20</sup> Nas palavras de Voltaire: “[...] A filosofia, a mera filosofia, essa irmã da religião, desarmou mãos que a superstição por muito tempo havia ensangüentado; e o espírito humano, ao despertar de sua embriaguez, espantou-se com os excessos a que o fanatismo o havia levado” (idem, p. 23).

<sup>21</sup> Rememora Bittar: “A *dignitas* é um atributo que se confere ao indivíduo desde fora e desde dentro. A dignidade tem a ver com o que se confere ao outro (experiência desde fora), bem como com o que se confere a si mesmo (experiência desde dentro). A primeira tem a ver com o que se faz, o que se confere, o que se oferta [...] para que a pessoa seja dignificada. A segunda tem a ver com o que se percebe como sendo a dignidade pessoal, com uma certa auto-aceitação ou valorização-de-si, com um desejo de expansão de si, para que as potencialidades de sua personalidade despontem, floresçam, emergindo em direção à superfície. Mas, independentemente do conceito de dignidade própria que cada um possua (dignidade desde dentro), todo indivíduo é, germinalmente, dela merecedor, bem como agente qualificado para demandá-lo do Estado e do outro (dignidade desde fora), pelo simples fato de ser pessoa, independente de condicionamentos sociais, políticos, étnicos, raciais etc. [...] Só há dignidade, portanto, quando a própria condição humana é entendida, compreendida e respeitada, em suas diversas dimensões, o que impõe, necessariamente, a expansão da consciência ética como prática diuturna de respeito à pessoa humana” (BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade: e reflexões frankfurtianas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009. p. 301-302).

<sup>22</sup> A Categoria designa, para esse estudo, “[...] a independência da vontade em relação a qualquer desejo ou objeto de desejo e sua capacidade de determinar-se em conformidade com uma lei própria, que é a razão” (ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 97).

Entende-se que essa abordagem, ao esclarecer o conceito de Tolerância, também possibilita torná-la uma prática habitual capaz de empreender, no decorrer do tempo, um ambiente pacífico duradouro. Voltaire fixa os parâmetros para se obter esse objetivo, qual seja: “¿Que es la tolerância? Es el patrimonio de la humanidad. todos estamos modelados de debilidades y de errores. Perdonémonos las necesidades recíprocamente, es la primeira ley de la naturaleza”<sup>23</sup>.

Voltaire apresenta os fundamentos racionais indispensáveis para o exercício da Tolerância: Alteridade<sup>24</sup>, Humanidade, Perdão<sup>25</sup> e Responsabilidade<sup>26</sup>. A Alteridade destaca, em primeiro plano, a profunda diferença que habita no outro. Não se trata do reflexo de meus desejos, interesses, ideologias, sonhos ou esperanças, mas de outra subjetividade infinita. Tolerar é um exercício perene de reconhecimento às diferentes manifestações humanas, seja por suas opiniões, culturas, religiões, preferências políticas, entre outras.

O intolerante, ao contrário, desconhece a si e, portanto, é incapaz de reconhecer a humanidade que habita no Outro, encarnado pela sua fragilidade, precariedade, provisoriedade. Esse é o segundo elemento na descrição da categoria “Tolerância”, na concepção referida: Humanidade, ou seja, todos comungam um vínculo antropológico. Esse demonstra os limites (severos)

<sup>23</sup> VOLTAIRE. *Diccionario filosófico*. 2. reimp. Madrid: Akal, 2009. p. 494.

<sup>24</sup> Trata-se de relação da subjetividade com o infinito, ou seja, da subjetividade que acolhe o Outro. A ideia do infinito, conforme Lévinas, “[...] não é uma noção que uma subjectividade forje casualmente para reflectir uma entidade que não encontra fora de si nada que a limite, que ultrapassa todo limite e, por isso, infinita. A produção da entidade inifinita não pode separar-se da idéia do infinito, porque é precisamente na desproporção entre a idéia do infinito de que ela é idéia que se produz a ultrapassagem dos limites. A idéia do infinito é o modo de ser – a *infinição* do infinito. O infinito não existe antes para se revelar *depois*. A sua infinición produz-se como revelação, como uma colocação em *mim* da sua idéia. Produz-se no facto inverossímil em que um ser separado fixado na sua identidade, o Mesmo, o *Eu* contém, no entanto, em si – o que não pode nem conter, nem receber apenas por força de sua identidade. A subjectividade realiza essas exigências impossíveis; o facto surpreendente de conter mais do que é possível conter” (LÉVINAS, Emmanuel. *Totalidade e infinito*. Lisboa: Edições 70, 2000, p. 14).

<sup>25</sup> Para Morin: “Perdoar é um ato limite, muito difícil, que não implica somente a renúncia à punição, mas comporta uma dissimetria essencial: em lugar do mal pelo mal, devolve o bem pelo mal. Trata-se de um ato individual, enquanto a clemência, com freqüência, é um ato político. Ato de caridade, no sentido original do termo *caritas*, ato de bondade e generosidade” (MORIN, Edgar. *O método 6: ética*. Porto Alegre: Sulina, 2005. p. 127).

<sup>26</sup> É a estrutura primária da subjetividade. Essa última palavra não existe em si mesma, mas direciona-se ao Outro. “[...] Entendo a responsabilidade como responsabilidade por outrem, portanto, como responsabilidade por aquilo que não fui eu que fiz, ou não me diz respeito [...]” (LÉVINAS, Emmanuel. *Ética e infinito: diálogos com Phillipe Nemo*. Lisboa: Edições 70, 2000. p. 87-88).

de nossas percepções e evidencia nossas falhas e omissões diante de nossos semelhantes.

A Tolerância torna visíveis os limites de nossas certezas e acolhe essa diferença que está além das fronteiras perceptivas do “Eu”. Essa postura é inexistente por aquele que pratica o seu contrário – a intolerância<sup>27</sup> –, porque a ausência desse terreno fértil, de se acolher a diferença humana alheia, impõe um *modus vivendi* sem liberdades, sem proximidade. É a negação da condição (e natureza) humana.

Tolerar exige, sob esse argumento, o Perdão, pois, como salienta Voltaire, é o fundamento que se manifesta a partir do reconhecimento no qual se comunga nossas fragilidades, nossos erros. Ao se admitir essa condição, intrassubjetiva e intersubjetiva, resta a indagação: Por que não perdoar? Percebe-se nessa ação uma aposta de regeneração<sup>28</sup>, ao contrário da intolerância, que dissemina atitudes destrutivas.

O improvável se corporifica e resiste, manifesta-se contra a violência, a crueldade, as imposições culturais arbitrárias e regenera as relações humanas tornando-as mais amistosas e sadias. Esse é o vínculo de Responsabilidade na qual se constitui historicamente por meio do “estar junto<sup>29</sup>”, e se torna o sedimento que amplia o exercício habitual da Tolerância.

<sup>27</sup> Nas palavras de Voltaire: “Quem não conhece as horríveis crueldades cometidas nas províncias meridionais da França contra os infelizes cujo crime era negar que se pudesse fazer Deus com palavras? Quando, em seguida, os discípulos de nosso Wiclef, de João Hus e, finalmente, os de Lutero e de Zwinglio quiseram sacudir o jugo papal, sabe-se que a Europa quase inteira ficou dividida em duas espécies, uma de carrascos e a outra de supliciados. Os reformados fizeram em seguida o que haviam feito os cristãos dos séculos IV e V: depois de terem sido perseguidos, tornaram-se perseguidores por sua vez. Quem quisesse contar as guerras civis que as disputas sobre o cristianismo suscitaram veriam mais de cem. Nossa Grã-Bretanha foi devastada: os massacres da Irlanda são comparáveis aos da Noite de São Bartolomeu, e não sei se houve mais abominações cometidas, mais sangue derramado na França ou na Irlanda. [...] Haverá agora quem queira comparar esse longo acúmulo de destruição e carnificina com o martírio de Santa Potamiana, de Santa Bárbara, de São Píonio e de Santo Eustáquio? Nadamos no sangue como tigres ferozes durante séculos e ousamos difamar os Trajano e os Antoninos chamando-os de perseguidores” (VOLTAIRE. *Túmulo ao fanatismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 152-153.

<sup>28</sup> “[...] Buscai não perturbar os corações, e todos os corações estarão a vosso dispor.” (VOLTAIRE. *Tratado sobre tolerância: a respeito da morte de Jean Calas...*, p. 24)

<sup>29</sup> “[...] O estar-junto moral ou político, tal como prevaleceu na modernidade, não é senão uma forma profana de religião. Ou, ainda, ele exprime bem a história da salvação, de início cristã: espera da parusia, depois progressista: mito do desenvolvimento, particularmente forte no século XIX. Mas a partir do momento em que o fundamento divino perde sua substância, do momento em que o progresso não é mais considerado como um imperativo categórico, a existência social é, desde então, devolvida a si

A última categoria anteriormente descrita pode ser caracterizada como fundamento moral, de escolha livre (e responsável) de nossas decisões. Sob semelhante argumento ao apresentado por Voltaire, Bobbio insiste: o respeito às pessoas é uma atitude, por excelência, tolerante porque não “suporta” – no sentido negativo – a diferença que habita o Outro, mas se confia na razoabilidade dos interesses os quais se comungam para benefício de todos<sup>30</sup>.

A Tolerância, segundo destaca Bobbio, refere-se a dois significados: positivo e negativo. Primeiro, a categoria se expressa como oposição à intolerância. Quando se observa a Tolerância como valor moral, indaga-se: Os intolerantes devem ser tolerados? Essa é a resposta do autor: todas as ideias, vividas no seu sentido plural e dialogal<sup>31</sup>, devem ser toleradas, exceto aquelas nas quais negam a sua existência<sup>32</sup>.

O sentido negativo da categoria em estudo é descrito pelas ações indulgentes, condescendentes ao mal que se pratica na vida cotidiana. Trata-se da indiferença moral ou a cegueira diante dos valores que ampliam e possibilitam a integração humana. Segundo Bobbio, pode-se afirmar: Tolerância, sob seu significado positivo, se opõe à exclusão das diferenças humanas alheias. No seu significado negativo, observa-se oposição ao rigor, severidade, firmeza, em outros termos, não existe preocupação, zelo, responsabilidade além do “eu”. Nesse agir desmedido, causam-se danos ao ser humano ou à sociedade<sup>33</sup> na qual se vive.

Tolerar expressa um profundo exercício de Alteridade, cujo reconhecimento do nosso vínculo antropológico comum admite o Perdão pelos nossos erros.

---

própria. Para ser mais preciso, a divindade não é mais uma entidade tipificada e unificada, mas tende a se dissolver no conjunto coletivo para se tornar o ‘divino social’. É quando o mundo é devolvido a si mesmo, quando vale por si mesmo, que vai acentuar o que me liga ao outro: o que se pode chamar ‘religação.’” (MAFFESOLI, Michel. *No fundo das aparências*. 3. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2005, p. 27)

<sup>30</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos...*, p. 210.

<sup>31</sup> “Vivemos não num universo, mas num multiverso. Num multiverso, a tolerância não é apenas um método de convivência, não é apenas um dever moral, mas uma necessidade inerente à própria natureza da verdade.” (Idem, p. 212)

<sup>32</sup> BOBBIO, Norberto. *Elogio da serenidade: e outros ensaios morais*. São Paulo: Unesp, 2002. p. 153.

<sup>33</sup> “A sociedade, enquanto fenômeno humano, decorre da associação de homens, da vida em comum, fundada na mesma origem, nos mesmos usos, costumes, valores, cultura e história. Constitui-se sociedade no e pelo fluxo das necessidades e potencialidades da vida humana; o que implica tanto a experiência da solidariedade, do cuidado, quanto da oposição, da conflitividade. Organização e caos são pólos complementares de um mesmo movimento – dialético – que dá dinamismo à vida da sociedade.” (DIAS, Maria da Graça dos Santos. Sociedade. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia política...*, p. 487)

Enquanto todos estiverem sob a condição de ser humano, a vida precisará ser compreendida pela sua ambiguidade e ambivalência. Nesse contexto, para abraçar a convivência pacífica e duradoura é necessário indagar, historicamente, como a abertura multicultural incita a práxis tolerante e amplia a integração humanitária no planeta.

Quando o agir livre opta por decisões pautadas na Tolerância, tais como a resistência à violência, à segregação econômica e social, à degradação ambiental, às imposições de concepções que não favorecem os espaços democráticos, às ações contrárias à aproximação cultural, percebe-se uma postura pedagógica de rememorar e compreender esse vínculo comum ao gênero humano: somos falhos, precários, provisórios.

A Alteridade, a Humanidade e o Perdão constituem forças regenerativas de responsabilidade as quais disseminam as compreensões, ideias e práticas que permitem uma convivência democrática enraizada pela admissão da diferença na qual habita cada ser humano e, simultaneamente, o caracteriza. Tolerar é patrimônio da humanidade que se institui não apenas como dever, mas devir no qual se renova historicamente e cria múltiplos espaços para sua ocorrência, mesmo que pareça improvável.

Entretanto, as sociedades contemporâneas, apesar das suas inúmeras conquistas, ainda enfrentam incontáveis conflitos, guerras e disputas que denunciam a existência de desigualdades ou diferenças de difícil conciliação e outros problemas, cuja história de contradições e violência expõe a impotência dos Estados, governos, líderes e das instituições mais importantes para construir soluções equitativas e exequíveis.

John Rawls, filósofo que se dedicou ao estudo das relações políticas no século passado, sintetizou as dificuldades que, por vezes, impossibilitam a efetivação da Tolerância. Ao se caracterizar o “fato do pluralismo” como o elemento mais importante da formação das sociedades atualmente, persiste-se na necessidade de integrar a categoria estudada ao conteúdo da razão pública das sociedades democráticas, bem como na práxis educacional para se compreender e aceitar as diferenças constitutivas do conviver<sup>34</sup>.

---

<sup>34</sup> Segundo Rawls: “Como sempre, supomos que a diversidade de doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis encontrada em sociedades democráticas é uma característica permanente da cultura pública, e não uma simples condição histórica que logo desaparecerá” (RAWLS, John. *O liberalismo político*. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000. p. 265).

A Tolerância é um valor moral necessário às sadias relações humanas por causa das diferenças constitutivas de cada Sociedade<sup>35</sup>. A sua viabilidade nas relações cotidianas e no âmbito das interações entre os povos depende do combate às causas que evitem a construção de valores que estão na origem da não tolerância, das quais se podem destacar: o fanatismo político e religioso, o analfabetismo endêmico, a ausência de integração de povos limitados por governos dominados por ditaduras, a inexistência de participação política livre, o controle da comunicação e a informação, a não difusão de tecnologias benéficas para todos, a indiferença dos laboratórios farmacêuticos frente às mazelas humanas pela força do capital, entre outros.

Sob essa mesma intensidade, é missão de todos e do Estado prevenir e evitar ações ou práticas que fomentam a intolerância e as suas consequências. Não se age exclusivamente a partir do dever instituído pelas leis de um país, mas pelo reconhecimento de que pertença ao gênero humano: Ser tolerante é uma preocupação na qual se irradia em todo gênero humano pela Alteridade, Humanidade, Perdão e Responsabilidade.

## 2 O SÉCULO XXI - O ESPAÇO (DO SER) DA TOLERÂNCIA

A consagrada regra da moral “não faça aos outros o que não gostaria que te fizessem” é uma convicção fundamental para a construção das relações básicas das pessoas em nível familiar, comunitário e na maioria das instituições e associações. Entretanto, quando a convivência e a participação social se ampliam para outros ambientes ou instâncias, as demandas se tornam complexas e a solução de problemas e conflitos precisam ser construídos segundo outros referenciais com capacidade de dirimi-los, esclarecê-los e solucioná-los. A existência de uma ordem jurídica – nacional ou internacional – representa esse objetivo de perpetuar no mundo ambientes mais pacíficos e tolerantes<sup>36</sup>.

<sup>35</sup> “O ato de descobrir o segredo do cotidiano, mesclado pelo aspecto teatral e trágico, revela a diferença entre se querer construir a unidade social e se descobrir a unicidade que permeia o estar-junto.” (AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. *Rumo ao desconhecido: inquietações filosóficas e sociológicas sobre o Direito na pós-modernidade*. Itajaí/SC: UNIVALI, 2011, p. 56)

<sup>36</sup> O pensamento de Kant descreve a necessidade da paz: “O estado de paz entre os homens que vivem juntos não é um estado de natureza (*status naturalis*), o qual é antes um estado de guerra, isto é, um estado em que, embora não exista sempre uma explosão das hostilidades, há sempre, no entanto, uma ameaça constante. Deve, portanto, *instaurar-se* o estado de paz; pois a omissão de hostilidades não é ainda a garantia de paz e se um vizinho não proporciona segurança a outro [...], cada um pode considerar como inimigo a quem lhe exigiu tal segurança” (KANT, Immanuel. *À paz perpétua e outros opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 2008. § B, 15-19).



A convicção sobre o valor moral da Tolerância é uma conquista da Democracia. Da tradição aristotélica, herdou-se o ensinamento de que um comportamento virtuoso precisa ser praticado. Um homem virtuoso exercita as virtudes no seu cotidiano.

O equilíbrio de uma sociedade democrática depende da introdução desse valor como um hábito no comportamento individual e social. Associa-se o dever de agregar à necessidade de permanente debate público sobre esse tema a fim de conjugar interesses, solucionar conflitos, avaliar as decisões e ações do governo, das instituições e dos líderes. As condições e a capacidade para o exercício da Tolerância fundamentam e legitimam a convivência pacífica entre os povos.

A aceitação dessa dinâmica revela que a Tolerância, muitas vezes, foi entendida como uma missão de responsabilidade dos diplomatas e governantes, integra-se à moral de uma sociedade como um objetivo de todos<sup>37</sup>. A Tolerância, assim como outros valores de caráter universal, precisa ser considerada patrimônio da humanidade. Somente por meio dessa práxis orienta-se e se alcança, de forma expressiva e segura, a integração cada vez maior entre os seres humanos. A efetivação de um objetivo com essa dimensão e trajetória histórica reconhecida precisa ser mediado pela eleição de instrumentos, mecanismos e instituições capazes de garantir a estabilidade social.

## 2.1 O ESTADO E A ORDEM JURÍDICA

A atuação dos governos é fundamental para a educação e o fortalecimento dos valores, das negociações e das condições que visam à equidade social e o aprimoramento das relações entre os povos, assim como a superação da maior parte das causas da intolerância. Especificamente se pode destacar o analfabetismo, o isolamento físico e cultural, a não integração de países nos tratados e negociações, entre outras. A partir desse mesmo vigor, deve-se fortalecer, legitimar e aprimorar as instituições que têm a missão de conjugar interesses e fomentar acordos de paz ou construir soluções para outros conflitos.

Esse é um apontamento que visa ampliar a compreensão, muitas vezes aceita, que concede às autoridades a missão mais importante, e até exclusiva em certas circunstâncias, de representar a Sociedade na elaboração e ratificação

---

<sup>37</sup> Os Direitos Humanos são um indicativo seguro para orientar um ordenamento seguro e eficaz, conforme destaca Sen: “Os direitos humanos são vistos como direitos que são comuns a todos – independente da cidadania –, ou seja, os benefícios que todos *deveriam ter*” (SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 265).

de acordos. Primeiro, faz-se necessária a promoção de valores, o hábito para o debate e a vontade de formalizar acordos. Nesse sentido, o outro ou a parte oposta está em igual posição, ou seja, em uma relação de Alteridade. A atuação da autoridade pública precisa estar em sintonia e conjugar os valores fundamentais de uma sociedade democrática<sup>38</sup>.

O Direito internacional e o aparato jurídico, cujo alcance e objetivos são de âmbito universal, isto é, não único ou uniforme ou unilateral, precisam, além da estrutura de leis, guiar-se pela equidade e a capacidade de fomentar e aprimorar a Tolerância como condição e indicativo mais importante de convivência entre os povos e fundamento dos acordos que precisam ser duradouros.

O alcance da Tolerância entre os povos, especialmente considerando as concepções, práticas e objetivos diferentes e, às vezes, contraditórios, necessita ser refletido, debatido em fóruns e instituições públicos. Os povos têm o dever de cooperação e ajuda. Essa convicção não pode estar restrita aos iguais<sup>39</sup>. As aparentes limitações das fronteiras territoriais não diminuem ou aprisionam a relevante atuação e o poder dos governos, a força da ordem jurídica e o patrimônio moral construído ao longo do tempo.

## 2.2 AS RELIGIÕES E CULTURAS

A influência das diversas concepções religiosas na formação dos valores das sociedades – ou na sua organização – não pode ser negada ou desconsiderada. Essa é uma constatação que se aplica, também, em relação ao poder das culturas para a formação dos valores e da conduta sociais. Uma sociedade é representada pela sua identidade que acolhe múltiplas culturas. Ao se identificar que a Tolerância é um valor característico das democracias, é necessário saber, debater e conjugar a existência e atuação das religiões, normalmente organizadas de forma não democrática, e das tradições culturais nas sociedades necessitadas de pensamentos e ações sempre mais tolerantes.

<sup>38</sup> Segundo o pensamento de Sen: “[...] as liberdades políticas e os direitos civis básicos são indispensáveis para a emergência de valores sociais. A liberdade para participar da avaliação crítica e do processo de formação de valores é, com efeito, uma das liberdades mais cruciais da existência social. A escolha de valores sociais não pode ser decidida meramente por aqueles que se encontram em posições de mando e controlam as alavancas do governo” (SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade...*, p. 326).

<sup>39</sup> Rawls destaca a responsabilidade que os povos têm uns em relação aos outros. A perda dessa convicção é uma grave ameaça à estabilidade democrática e aos seus valores mais importantes, especialmente a tolerância. Afirma o autor: “Negar respeito a outros povos e a seus membros exige razões fortes como justificativa” (RAWLS, John. *O direito dos povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 79).

A Tolerância religiosa<sup>40</sup> e cultural precisa estar integrada na seguinte orientação: a legitimidade moral de uma religião (ou instituição religiosa) ou cultura está condicionada a sua capacidade de ser tolerante com as demais. Nesta afirmação não existe um condicionante aritmético ou uma medida matemática, mas a igualdade sancionada e fomentada pela equidade. A composição dessa convicção integra a razão pública da população.

As convicções ou mandamentos que emanam das religiões e de outros grupos ou das organizações com orientação e metas semelhantes precisam contribuir para a formação das convicções políticas mais importantes de uma Sociedade marcada por diferenças, especificamente a concepção de pessoa (ou cidadão de direitos) e o alcance da Tolerância na relação com o Outro. Nesse espaço, cabe recordar que a quase totalidade das religiões compreende o inimigo como capaz de integrar a Sociedade, em um futuro próximo, seja por decisão individual (conversão) ou por força e influência dos demais (grupo ou instituição).

A Tolerância, quando orientada por um mandamento religioso bem avaliado, se torna relevante no contexto político. Por exemplo, o mandamento que orienta para a obrigação de amar os inimigos foi sublinhado na teoria da justiça de Rawls: “por mais difícil que possa ser, o inimigo atual deve ser visto como um futuro associado numa paz compartilhada e justa<sup>41</sup>”. Esse argumento demonstra como a Tolerância é um valor moral necessário para a constituição política de sociedades mais justas e democráticas.

### 2.3 A ATUAÇÃO DE LÍDERES E PERSONALIDADES DE DESTAQUE

A presença de personalidades com trajetória exemplar nas sociedades é decisiva para a construção das convicções políticas mais importantes, bem como

---

<sup>40</sup> É necessário, nesse momento, destacar as precisas palavras de More: “[...] um dos mais antigos princípios das leis que regem Utopia é a tolerância religiosa. [...] Utopos decretou essa lei não só para preservar a paz, que ele percebia estar sendo totalmente destruída por combates intermináveis e ódios mortais, mas também pensou que o decreto interessaria à própria religião. Não tinha a pretensão de saber qual era a melhor das crenças, e, ao que parece, admitia a possibilidade de Deus inspirar a diferentes pessoas religiões diversas, por desejar ser venerado através da diversidade dos cultos. [...] Assim, Utopos deixou em aberto a liberdade de crença, para que cada um fizesse sua escolha com base nas suas próprias idéias. Condenou solene e severamente, porém, as pessoas que acreditam em algo tão incompatível com a dignidade humana quanto a doutrina de que a alma morre com o corpo, e também aquelas para as quais o universo é regido pelo acaso, e não pela providência divina” (MORE, Thomas. *Utopia*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 180-181).

<sup>41</sup> RAWLS, John. *O direito dos povos...*, p. 132.

influenciar a educação dos valores, a ação das instituições e as relações cotidianas. Sabendo dos inúmeros conflitos e divisões que permeiam as sociedades nos diferentes períodos históricos, a Tolerância precisa alcançar o patamar de valor moral, ou seja, um patrimônio comum a todos sem o qual não se pode falar de justiça, equidade social, diminuição das desigualdades, políticas públicas e de democracia efetiva.

A existência de personalidades com elevado grau de reconhecimento do público, destacada formação e capacidade de interlocução com as inúmeras forças e interesses que compõem as relações do interior da Sociedade é uma referência pedagógica e representativa para fomentar e arraigar valores como a Tolerância no cotidiano da convivência social e na sustentação política de acordos necessários e expressivos os quais exigem, em certas circunstâncias, renúncias das convicções pessoais, reformulação de interesses e transparência dos projetos destinados ao benefício de todos.

Um líder com *status* de estadista não surge de circunstâncias irrelevantes, mas da história que é composta de várias referências, contexto social exigente e com o respaldo de uma trajetória de vida na qual conjuga capacidade de atuação em diferentes campos legitimada pela respectiva autoridade moral. Essa é indispensável para alimentar ideias, efetivá-las no cotidiano da vida social e garantir o mínimo de sua estabilidade nas relações humanas.

Normalmente, as personalidades têm suas convicções e práticas associadas à necessidade de democratizar as estruturas políticas e as relações internas na sociedade. Sob a mesma intensidade se pode afirmar o seu compromisso com instituições reconhecidas por serviços prestados às causas relevantes para a comunidade envolvida ou a humanidade.

Entretanto, na tradição indiana existiu a atuação destacada do Imperador Akbar, que é frequentemente citado pelo seu comportamento diplomático e tolerante. Reconheceu o direito à livre opção religiosa e acolheu no seu território pessoas perseguidas pela inquisição europeia. Outros que podem ser elencados: Abraham Lincoln, Nelson Mandela, Luther King, Mahatma Ghandi, Madre Teresa de Calcutá, entre outros.

Apoiar e valorizar líderes de expressão humanitária é um componente educativo para o debate público, a estruturação e atualização dos valores mais importantes da Sociedade. Outrossim, junto a essas pessoas expressivas destaca-se o fortalecimento das instituições mais importantes e que angariaram a necessária credibilidade junto à população e aos organismos locais e

internacionais. Um estadista de expressão não apenas marca o seu período histórico, mas também influencia as gerações futuras, especialmente a formação dos valores mais importantes.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A afirmação da Tolerância como um valor fundamental para a avaliação da arquitetura, do funcionamento, das garantias de estabilidade social e política, das políticas de desenvolvimento e das relações entre culturas ou concepções diferentes, inúmeras vezes conflitantes, representa a convicção moral e uma conquista histórica com condições de impulsionar os diferentes campos de relacionamento, organização e funcionamento das sociedades caracterizadas pelas deficiências e dificuldades para compreender e efetivar o exercício da práxis (sempre mais) tolerante.

O valor da Tolerância precisa integrar o que se pode chamar de imaginário social ou, também, a compreensão de razão pública da sociedade democrática. Entretanto, a ausência de um exercício intrassubjetivo sobre o reconhecimento dos limites e deficiências humanas e sociais cria o *self deception* (autoengano) acerca do que é ser humano e, portanto, incita práticas sempre mais intolerantes.

Nesse contexto – e considerando as expressivas evidências de posturas políticas intolerantes e arraigadas em seu próprio *self* –, muitas áreas da convivência humana e social clamam para que o processo de democratização das sociedades seja acompanhado pela Tolerância como uma opção moral e condição para o equilíbrio e justiça social.

Por sua natureza e relevância política, destaca-se: a Tolerância não se caracteriza como uma imposição unilateral, mas de uma dimensão moral e social que se constitui, historicamente, como o devir desejável e duradouro de qualquer civilização. Não é uma obrigação na qual todos se “suportam” mutuamente, mas de apostar nas posturas tolerantes como fundamento da estabilidade e equidade social. Percebe-se, portanto, que a hipótese formulada ao problema desta pesquisa foi confirmada como positiva à duração estável e vital das relações humanas, segundo os fundamentos teóricos apresentados.

O fanatismo, que está na origem de definições e práticas intolerantes, denuncia uma concepção de mundo restrita. A ausência do debate público, o domínio de líderes ou Estados autoritários, o controle da informação e de instituições democráticas, a restrição do exercício das liberdades básicas e as desigualdades sociais são alguns exemplos de como as posturas que negam

o diálogo, a diferença como fundamento de ambientes democráticos, não sobrevivem, no decorrer do tempo, sem a rigidez da intolerância. A violência reivindicada torna-se insuportável diante do convívio fomentado por ações tolerantes.

Por esse motivo, a Tolerância é um valor moral irrenunciável que admite, como uma característica constitutiva das sociedades, a existência de diferenças, da pluralidade cultural e de concepções dos seus modos de vida. Essa conjectura é possível apenas em democracias com liberdade, participação e responsabilidade. Essa é uma dimensão que precisa ser evidenciada e integrada na cultura social, nos espaços de convivência e na atuação política (cotidiana e institucional).

Trata-se de contribuir, de modo acentuado, no sentido de fomentar e dinamizar uma cultura tolerante como resposta aos conflitos, guerras e ações locais ou de grupos que incitam ações intolerantes, desde o âmbito pessoal ou familiar até as práticas de terrorismo. Um Estado, povo, grupo ou líder tolerante não tem motivos para atacar, excluir, eliminar ou combater quem pensa diferente. Antes disso, convive, aprende, congrega e integra todos em uma cultura tolerante.

Essa dinâmica, viva, conduz ao aprendizado perene de nossa humanidade manifesta em cada subjetividade. A Tolerância representa um significado “oceânico” acerca da compreensão e práxis do ser genuinamente humano. É uma força com capacidade regenerativa, que demonstra sensivelmente os limites de nossas certezas e conduz para espaços de convivência mais desejáveis.

As desigualdades não constituem, em si, o principal motivo da segregação entre as pessoas. Entretanto, quando se manifestam de forma expressiva ou “gritante”, revelam a origem de práticas intolerantes. Elas não permitem que haja condições apropriadas para uma convivência mais duradoura. A mitigação das desigualdades e a educação para a aceitação e convivência com as diferenças é um exercício político-pedagógico em favor da Tolerância.

Diante desse contexto anteriormente mencionado, a práxis tolerante revela-se como a força improvável da utopia que se corporifica e transforma silenciosamente o momento presente como resgate do nosso vínculo antropológico comum disseminado no atual contexto humano ambíguo, ambivalente, imperfeito.

**REFERÊNCIAS**

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. *Rumo ao desconhecido: inquietações filosóficas e sociológicas sobre o Direito na pós-modernidade*. Itajaí/SC: Univali, 2011.
- ARISTÓTELES. *Ética a nicômacos*. Trad. Mário da Gama Cury. 3. ed. Brasília: UNB, c1985, 1999.
- BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia política*. São Leopoldo/RS: Unisinos, 2010.
- BAUMAN, Zygmunt. *A vida em fragmentos: sobre a ética pós-moderna*. Trad. Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.
- BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade: e reflexões frankfurtianas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Elogio da serenidade: e outros ensaios morais*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: UNESP, 2002.
- KANT, Immanuel. *À paz perpétua e outros opúsculos*. Trad. Arthur Mourão. Lisboa: Edições 70, 2008.
- LÉVINAS, Emmanuel. *Ética e infinito: diálogos com Phillipe Nemo*. Trad. João Gama. Lisboa: Edições 70, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Totalidade e infinito*. Trad. José Pinto Ribeiro. Lisboa: Edições 70, 2000.
- LOYN, Henry R. (Org.). *Dicionário da idade média*. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.
- MAFFESOLI, Michel. *A república dos bons sentimentos: documento*. Trad. Ana Goldberger. São Paulo: Iluminura/Itaú Cultural, 2009.
- \_\_\_\_\_. *No fundo das aparências*. Trad. Bertha Halpern Gurovitz. 3. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2005.
- MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Trad. Pedro Madeira. Lisboa: Edições 70, 2006.
- MORE, Thomas. *Utopia*. Trad. Jefferson Luiz Camargo e Marcelo Brandão Cipolla. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- MORIN, Edgar. *O método 6: ética*. Trad. Juremir Machado. Porto Alegre: Sulina, 2005.

MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessário à educação do futuro*. Trad. Catarina Eleonora e Jeanne Sawaya. 4. ed. São Paulo/Brasília: Cortez/Unesco, 2001.

PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática*. 12. ed. Florianópolis: Conceito Editorial/Millennium, 2011.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

\_\_\_\_\_. *O direito dos povos*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

SANDEL, Michael J. *Justiça*. Trad. Heloísa Matias e Maria Álice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SEN, Amartya. *A idéia de justiça*. Trad. Nuno Castello-Branco Bastos. Coimbra: Almedina, 2010.

\_\_\_\_\_. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das letras, 2000.

SKINNER, Quentin. *As fundações do pensamento político moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

VOLTAIRE. *Diccionario filosófico*. Trad. Jose Arean Fernández y Luis Martínez Drake. 2. reimp. Madrid: Akal, 2009.

\_\_\_\_\_. *Tratado sobre tolerância: a respeito da morte de Jean Calas*. Trad. Paulo Neves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. *Túmulo ao fanatismo*. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ZAMBAM, Neuro. *Amartya Sen: justiça, liberdade e desenvolvimento sustentável*. Passo Fundo: Imed, 2012.





# ALGUMAS APROXIMAÇÕES ENTRE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE, ORÇAMENTO E DECISÕES JUDICIAIS

## *SOME APPROACHES BETWEEN PUBLIC HEALTH POLICIES, BUDGET AND JUDGMENTS*

**Octavio Campos Fischer<sup>1</sup>**

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

**Heletícia Leão de Oliveira<sup>2</sup>**

Advogada

**RESUMO:** O presente artigo tem como objeto tratar de algumas aproximações entre políticas públicas de saúde, orçamento e decisões judiciais. Para atingir este propósito, analisa-se aspectos relevantes sobre as políticas públicas e a legitimidade de seu controle judicial. E também se reflete sobre as limitações à realização de políticas públicas abordando os custos dos direitos, a escassez de recursos

e a reserva do possível. Neste ponto, destaca-se a forma como o Supremo Tribunal Federal vem decidindo acerca desse tema. Alguns julgadores desprezam a questão dos custos dos direitos determinando uma aplicação quase absoluta da norma constitucional e colocando, em um segundo plano, as consequências jurídicas de suas decisões para o orçamento público. Por isso, é necessário buscar uma

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito Tributário pela Universidade Federal do Paraná (2002), Mestre em Direito Tributário pela Universidade Federal do Paraná (1999), Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1993). É professor de Direito Tributário do Mestrado, da Especialização e da Graduação nas Faculdades Integradas do Brasil (UniBrasil). Foi professor colaborador do programa de mestrado em direito do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP/DF) em 2012 e 2013. Foi vice-coordenador do Programa de Mestrado em Direito da UniBrasil (2010-2011).

<sup>2</sup> Mestre em Direito pelas Faculdades Integradas do Brasil (UniBrasil) na área de concentração “Direitos Fundamentais e Democracia”, Pesquisadora do Núcleo de Pesquisas em Direito Constitucional da UniBrasil (NupeConst), Pós-Graduada em Direito Público pela Escola da Magistratura Federal do Paraná, Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar, Graduada em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba).

posição de equilíbrio e racionalidade, a partir da adequada aplicação da teoria da reserva do possível. Ademais, problematiza-se sobre a questão da competência no controle das políticas públicas pelo orçamento. Discute-se a legalidade da interferência do Poder Judiciário em matéria orçamentária, pois a concretização de direitos fundamentais exige uma sensível alocação de bens materiais, cuja distribuição recebe tratamento em atos normativos aprovados pelo Poder Legislativo. Ainda, tratam-se dos impactos de uma crescente intervenção judicial nos domínios econômicos no Brasil. Diante das dificuldades orçamentárias e dos limites da reserva do possível, propugna-se por um ativismo judicial moderado e comprometido com a guarda da Constituição.

**PALAVRAS-CHAVE:** Políticas públicas de saúde; controle judicial; teoria da reserva do possível; orçamento; decisões judiciais.

**ABSTRACT:** *This article discusses some links between public health policies, budget and judicial decisions. To achieve this purpose, the study analyzes relevant aspects of public policy and the legitimacy of its judicial control. It also examines the limitations of the implementation of public policies addressing the costs of rights, the scarcity of resources and the clause of “reservation of possibility”. At this point, it is noteworthy how the Supreme Court is deciding on the subject. Some judges disregard the issue of costs of rights, stating an almost absolute application of constitutional rule, putting on a background of the legal consequences of their decisions to the public budget. Therefore, it is necessary to seek a position of balance and rationality from the proper application of the “reservation” clause. Furthermore, it discusses about the question of jurisdiction in the control of public policies for the budget. It argues the legality of the interference of the Judiciary in budgetary matters, because the realization of fundamental rights requires a significant allocation of material goods, whose distribution receives treatment in normative acts approved by the Legislature. Also, it analyses the impacts of a growing judicial review in Brazilian economic areas. Finally, given the budgetary constraints and the limits of the “reservation of possibility”, this essay argues for a judicial activism considerate moderate and committed to safeguarding the Constitution.*

**KEYWORDS:** *Public health policies; judicial control; “reservation of possibility”; budget; judicial decisions.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Políticas públicas: aspectos gerais e controle judicial; 2 Limitações à realização de políticas públicas de saúde: custos dos direitos, escassez de recursos e reserva do possível; 3 Decisões judiciais, orçamento e reserva do possível; Conclusões; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 Public policy: general aspects and judicial control; 2 Limitations for the implementation of public health policies: cost of rights, lack of resources*

*and "reservation of possibility"; 3 Judgments, budget and the clause of "reservation of possibility"; Conclusions; References.*

## INTRODUÇÃO

Nem sempre as políticas públicas de saúde desenhadas pelo legislador são efetivadas, ou seja, nem sempre a vontade da lei se torna realidade. Entre os motivos, destaca-se a carência de recursos financeiros e os custos para a efetivação dos direitos fundamentais sociais. Por isso, a problemática da relevância das questões financeiras e orçamentárias tem sido objeto de intensa análise por parte da doutrina.

Além disso, há transferência de uma parcela significativa de poder das instituições representativas ao Judiciário. Contudo, tal atitude mais ativa e criativa dos juízes, em alguns casos, não leva em consideração a matéria orçamentária. Pode-se verificar que não há unicidade no entendimento jurisprudencial acerca da possibilidade de intervenção do Judiciário na implementação de políticas públicas, tampouco sobre a forma por meio da qual tal intervenção deve acontecer.

Observa-se que, embora tais decisões estejam vinculadas juridicamente, é certo que a sua efetivação está submetida, entre outras condicionantes, à reserva do financeiramente possível. E se afirma que a gestão da despesa pública deve estar vinculada aos parâmetros constitucionais: se os recursos são escassos, sua aplicação deve privilegiar o atendimento aos fins considerados prioritários pela Constituição Federal.

Assim, é necessário aclarar qual a posição ocupada pela reserva do financeiramente possível na teoria dos direitos fundamentais sociais, de maneira que não seja utilizada como argumento genérico manejado para se negar a concretização desses direitos, inclusive do direito à saúde.

Neste ponto, chama-se a atenção para a forma como o Supremo Tribunal Federal vem decidindo sobre escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível.

Também aponta-se para a necessidade de mais discussão e de realização de um estudo de maior amplitude no campo das políticas públicas de saúde e do orçamento público.

Diante do exposto, mister se faz a reflexão sobre o referido objeto no meio acadêmico.

## 1 POLÍTICAS PÚBLICAS: ASPECTOS GERAIS E CONTROLE JUDICIAL

Para que o Estado possa influenciar a atuação da sociedade civil, é elaborada uma série de mecanismos jurídicos para que sua atuação ocorra a contento e o instrumento utilizado para a promoção dessa participação perante as relações sociais são as políticas públicas<sup>3</sup>.

Fábio Konder Comparato esclarece que o primeiro autor a tratar do conceito técnico de política no campo jurídico foi Ronald Dworkin ao fazer uma contraposição entre política e princípio<sup>4</sup>.

Para o autor norte-americano, o argumento de política estabelece um objetivo coletivo, ao passo que o argumento de princípio gera um direito individual:

As metas coletivas estimulam as trocas de benefícios e encargos no seio de uma comunidade, tendo em vista a produção de algum benefício geral para a comunidade como um todo. [...] Em cada caso, os princípios distributivos estão subordinados a uma certa concepção do bem coletivo agregado, de modo que uma oferta menor de algum benefício a um homem possa ser justificada simplesmente mostrando que isso levará a um maior benefício geral.<sup>5</sup>

Bem assevera Maria Paula Dallari Bucci que o estudo das políticas públicas sob a perspectiva jurídica é aceitar um grau de interpenetração entre as esferas jurídica e política. Ela afirma que é “assumir a comunicação que há entre os dois subsistemas, reconhecendo e tornando públicos os processos dessa comunicação na estrutura burocrática do poder, Estado e Administração Pública”<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> BREUS, Thiago Lima. Políticas públicas no estado constitucional: a problemática da concretização dos direitos fundamentais sociais pela administração pública brasileira contemporânea. 246 f. Dissertação de mestrado pela Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, ago. 2006. p. 179.

<sup>4</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade das políticas públicas. *Revista Informação Legislativa*, Brasília, n. 138, abr./jun. 1998. p. 44.

<sup>5</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 142-143.

<sup>6</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 241-242.

Com efeito, o conceito de política pública (*policy*) diz respeito a metas coletivas, objetivos sociais que demandam programas de ação pelos Poderes Públicos, comum em um Estado que se pretende social<sup>7</sup>.

Além disso, Ana Paula de Barcellos explica que as políticas públicas representam um conceito bastante abrangente que envolve não apenas a prestação de serviços ou o desenvolvimento de atividades executivas diretamente pelo Estado, como também sua atuação normativa, reguladora e de fomento em diversas áreas<sup>8</sup>.

Em consonância com Estefânia Maria de Queiroz Barboza e Katya Kozicki não se pode descurar que é por meio de políticas públicas coletivas que a Constituição brasileira pretende que sejam realizados e garantidos os direitos fundamentais sociais: “[...] são direitos que dizem respeito a toda a sociedade, considerada em sua forma coletiva e não apenas de garantias de direitos individuais, e por isso a necessidade de políticas macro para sua realização, dando-se conta das necessidades do povo, bem como da capacidade do Estado”<sup>9</sup>.

Portanto, as políticas públicas são compreendidas como instrumento de efetivação de direitos fundamentais sociais. Sem a implementação de políticas públicas, o Estado Social não existe, pois a sua razão de ser está voltada para a concretude dos direitos das pessoas na comunidade onde vivem.

Não há tratamento uniforme na legislação pátria acerca da nomenclatura utilizada para o termo “políticas públicas”. Assim, são usados de forma indistinta, conceitos como plano (Plano Nacional de Educação), programa (Programa Minha Casa Minha Vida e Programa Mais Médicos) ou política (Política Nacional de Resíduos Sólidos)<sup>10</sup>.

Segundo Saulo Lindorfer Pivetta, esses termos “[...] se destinam, basicamente, a explicitar objetivos e os instrumentos necessários à sua

<sup>7</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 72, jan./jun. 2012.

<sup>8</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais – Orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 102.

<sup>9</sup> BARBOZA, Estefânia Queiroz; KOZICKI, Katya. Op. cit., p. 72.

<sup>10</sup> PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde: regime jurídico-constitucional, políticas públicas e controle judicial*. 270 f. Dissertação de mestrado pela Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 15 mar. 2013. p. 99.

realização, que devem ser observados pelo Poder Público, especialmente pela Administração Pública”<sup>11</sup>.

É mister destacar que as políticas públicas podem ser classificadas segundo a sua natureza como sociais ou econômicas. E ambas se complementam para “impulsionar a melhoria das condições gerais, o desenvolvimento da Nação, através da melhoria das condições gerais de vida de todos os cidadãos”<sup>12</sup>.

O presente artigo concentra-se nas políticas públicas sociais, inclusive nas políticas destinadas às áreas de saúde. Eloisa de Mattos Hofling vincula as políticas sociais à proteção social do Estado:

[...] políticas sociais se referem a ações que determinam o padrão de proteção social implementado pelo Estado, voltadas, em princípio, para a redistribuição dos benefícios sociais visando à diminuição das desigualdades estruturais produzidas pelo desenvolvimento socioeconômico. As políticas sociais têm suas raízes nos movimentos populares do século XIX, voltadas aos conflitos surgidos entre capital e trabalho, no desenvolvimento das primeiras revoluções industriais.<sup>13</sup>

Posto isso, a efetivação do processo de escolha de políticas públicas tem seu fundamento na lei. O legislador será o artífice da fixação das políticas públicas necessárias à comunidade e definirá os critérios de preferência na escolha dos serviços e atividades mais urgentes para a população<sup>14</sup>.

Mas não basta que as ações públicas atendam aos comandos exarados na lei, é necessário também que esses comandos estejam ligados e subordinados ao princípio do respeito à dignidade da pessoa humana e do interesse público, assim como aos demais princípios constitucionais administrativos que sustentam o Estado Democrático de Direito<sup>15</sup>.

---

<sup>11</sup> Idem.

<sup>12</sup> APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba, Juruá, 2006.

<sup>13</sup> HOFLING, Eloisa de Mattos. Estado e políticas (públicas) sociais. *Cad. CEDES [on-line]*, v. 21, n. 55, p. 31, 2001.

<sup>14</sup> LIBERATI, Wilson Donizeti. *Políticas públicas no estado constitucional*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 91.

<sup>15</sup> Idem, p. 112.

Além disso, o processo de elaboração de políticas públicas é conhecido como ciclo de políticas públicas que pode ser restringido em sete fases principais: identificação do problema, formação da agenda, formulação de alternativas, tomada de decisão, implementação, avaliação e extinção. Esse ciclo raramente reflete a real dinâmica ou vida de uma política pública, porque as fases se apresentam misturadas e/ou as sequências se alternam, mas ele possui uma utilidade heurística que ajuda a simplificar a complexidade de uma política pública<sup>16</sup>.

É mister destacar que a definição de prioridades inclui, expressivamente, o aspecto financeiro porque sem um aporte qualificado de recursos, é impossível executarem-se serviços públicos<sup>17</sup>.

Na área da saúde, como exemplo de operacionalização de políticas públicas, cita-se o Sistema Único de Saúde (SUS). Ele é definido como o conjunto de ações e serviços de saúde, tanto promocionais, de prevenção, como de cura e reabilitação, prestados por órgãos e instituições públicas no âmbito dos três governos (federal, estadual e municipal) assim como de Administração Direta e Indireta, e pelas fundações mantidas pelo Poder Público<sup>18</sup>.

Ademais, Wilson Donizeti Liberati leciona que “a omissão estatal em garantir o exercício dos direitos fundamentais conduz o Estado à sua própria negação, deixando de existir como ente político diante da omissão no seu dever fundamental de satisfazer integralmente as necessidades dos cidadãos”<sup>19</sup>.

Por isso, a execução das políticas públicas compete, primariamente, à Administração Pública, que tem que usar o seu efetivo material para realizá-las. Contudo, a omissão do Poder Público, geralmente, é justificada pela falta de recursos financeiros<sup>20</sup>.

Assim, se o cumprimento das políticas públicas que asseguram direitos fundamentais sociais é negligenciado, inclusive o direito à saúde, é comum que haja uma invocação jurídica, em determinada situação concreta. Por isso, no

<sup>16</sup> SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013. p. 43-44.

<sup>17</sup> LIBERATI, Wilson Donizeti. Op. cit., p. 91.

<sup>18</sup> LUNA, Lara. “Fazer viver e deixar morrer”: A má-fé da saúde pública no Brasil. In: SOUZA, Jessé. *A ralé brasileira: Quem é e como vive*. Belo Horizonte: UFMG, 2011. p. 310.

<sup>19</sup> LIBERATI, Wilson Donizeti. Op. cit., p. 97-98.

<sup>20</sup> Idem, p. 107.



campo das políticas públicas de saúde, muitas vezes questões complexas são postas à apreciação do órgão judicante.

Dessa forma, demandas que antes eram dirigidas ao Legislativo, são apresentadas, agora, ao Judiciário, na expectativa de que ele venha a suprir determinados serviços negligenciados pela Administração Pública<sup>21</sup>.

Outrossim, o Poder Judiciário brasileiro tem experimentado, após a Constituição de 1988, um expressivo processo de judicialização da política como resultado da constitucionalização dos direitos e das políticas públicas<sup>22</sup>.

Assim, juízes e tribunais vêm abdicando de uma postura meramente técnica para assumirem uma função política dialogando com a sociedade e visando à defesa dos princípios e direitos fundamentais consagrados pelo Estado Democrático<sup>23</sup>.

Contudo, o Poder Judiciário vem sendo questionado e criticado por estar exercendo um controle judicial sobre as políticas públicas. Assim, passa-se a

<sup>21</sup> A situação atual da saúde pública demonstra que há um fosso entre a realidade e a proclamação de intenções na Constituição Federal. José Renato Nalini afirma que entre o sistema único propiciador de saúde integral para todos e a situação verificada nos hospitais, prontos-socorros e centros de atendimento à saúde em todo o Brasil há uma distância intransponível. NALINI, José Renato. O Judiciário e a ética na saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coords.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 200. A esse respeito, consulte também: G1. *Fantástico percorre hospitais do Brasil e encontra UTI sem médicos*. 25.05.2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2014/05/fantastico-percorre-hospitais-do-brasil-e-encontra-uti-sem-medicos.html>>. Acesso em: 10 jun. 2014; G1. *Sem atendimento médico, mulher morre em frente a UPA em Curitiba*. 24.06.2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2015/06/sem-atendimento-medico-mulher-morre-em-frente-upa-em-curitiba.html>>. Acesso em: 25 jun. 2015. Ainda, o Tribunal de Contas da União realizou amplo diagnóstico em 116 hospitais do SUS, que reúnem 27.614 leitos, em todos os estados da Federação. Foram identificados problemas graves, complexos e recorrentes, tais como: insuficiência de leitos; superlotação de emergências hospitalares; carência de profissionais de saúde; desigualdade na distribuição de médicos no País; falta de medicamentos e insumos hospitalares; ausência de equipamentos ou existência de equipamentos obsoletos, não instalados ou sem manutenção; estrutura física inadequada e insuficiência de recursos de tecnologia da informação. Brasil. Tribunal de Contas da União, Processo nº 032.624/2013-1, Rel. Min. Benjamim Zymler, Julgado em: 26.03.2014. Disponível em: <[http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/detalhes\\_noticias?noticia=502278](http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/detalhes_noticias?noticia=502278)>. Acesso em: 27 dez. 2014.

<sup>22</sup> ARANTES, Rogério Bastos. Constitutionalism, the expansion of justice and the judicialization of politics in Brazil. In: SIEDER, Rachel, SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan. *The judicialization of politics in Latin America*. New York: Palgrave Macmillan, 2006. p. 233.

<sup>23</sup> VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. O ativismo judicial como instrumento de concreção dos direitos fundamentais no estado democrático de direito: uma leitura à luz do pensamento de Ronald Dworkin. 255 f. Tese de Doutorado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito Público. Belo Horizonte, 2011. p. 52.

análise das principais críticas acerca dessa matéria tratando da desigualdade quanto ao acesso à justiça, o desrespeito ao princípio da separação dos poderes e o caráter antidemocrático da intervenção judicial.

A primeira objeção se refere a questão do acesso à justiça e alega que ele atenderia aos interesses das classes com melhores condições socioeconômicas e alcance à informação.

Assim, haveria um aumento na desigualdade social porque, “partindo do princípio de que o acesso à justiça ocorre em maior parte pela classe média, a tutela concedida aumentaria ainda mais a concentração de renda a dita classe, em prejuízo aos menos favorecidos”<sup>24</sup>.

Dessa forma, são inviabilizadas políticas públicas de saúde eficazes, uma vez que comprometem, com a entrega a poucas pessoas de atendimentos e medicamentos extremamente caros, os escassos recursos destinados à proteção dos direitos fundamentais de toda a população<sup>25</sup>.

Segundo Cláudio Pereira de Souza Neto, este argumento “incorre numa falácia, pois utiliza a desigualdade de acesso para negá-lo a todos, não só à classe média, mas também aos pobres. Ao invés de apontar soluções a um acesso mais amplo ao Judiciário, opta-se por podar de todos o acesso, o que não seria razoável”<sup>26</sup>.

A quem afirme que a solução para essa situação reside na ampliação do acesso ao Judiciário, inclusive aos pobres, como a criação de leis que regulamentem esse acesso de forma simples e gratuita. Um exemplo que ilustra esse caso está disposto na “Lei 12.153/09 que dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. Somado a isso, deve-se também promover uma melhor estruturação das Defensorias Públicas e se cobrar uma ação mais efetiva por parte do Ministério Público”<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> SUZIN, Jederson. *A Implementação do direito à saúde: A legitimidade do judiciário e seus limites*. 100 f. Dissertação (mestrado) - Faculdades Integradas do Brasil, Programa de Pós-graduação em Direito. Defesa. Curitiba, 2012. p. 37-38.

<sup>25</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 708.

<sup>26</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: Críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito sociais: Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 534.

<sup>27</sup> SUZIN, Jederson. Op. cit., p. 38.

Outra crítica à possibilidade de controle judicial sobre políticas públicas alega que tal intervenção representa uma ingerência indevida do Poder Judiciário em matérias que teriam sido exclusivamente conferidas ao Legislativo ou ao Executivo.

Por isso, a viabilidade desse controle é questionada frente ao princípio da separação de poderes, cristalizado no art. 2º da Constituição Federal, que proclama: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

A ofensa ao princípio da separação dos poderes é um dos argumentos mais fortes de oposição à atuação do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional (como o direito à saúde). Isto porque “a atuação do Judiciário no campo social representaria uma usurpação de competências do Legislativo e do Executivo. O Judiciário deveria apenas aplicar as normas que disciplinam o modo como os direitos sociais devem ser providos pelo Estado. Não lhe caberia determinar a execução de políticas públicas”<sup>28</sup>.

Gilmar Ferreira Mendes entende que não cabe ao Poder Judiciário formular políticas sociais e econômicas sendo sua obrigação verificar se as políticas eleitas pelos órgãos competentes atendem aos comandos constitucionais do acesso universal e igualitário<sup>29</sup>.

Contudo, Sérgio Cruz Arenhart explica que “a nova mentalidade, exigida do Judiciário na sua função de concretização dos direitos fundamentais, necessita de uma revisão acerca da clássica ideia da tripartição dos poderes, que impede sua atuação como legislador positivo em face das omissões legislativas”<sup>30</sup>.

Estefânia Maria de Queiroz Barboza e Katya Kozicki aduzem que para que se tenha um eficaz controle de pesos e contrapesos dos Poderes Executivo e Legislativo, é preciso que também ocorra um crescimento dos papéis do Poder Judiciário. Portanto, segundo as referidas doutrinadoras, a teoria da separação rígida dos poderes está superada<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Op. cit., p. 520.

<sup>29</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 706.

<sup>30</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo poder judiciário. *Custos legis - revista eletrônica do ministério público federal*. Rio de Janeiro, a. 1, n. 1, p. 8-9, 2009. Disponível em: <[http://www.prrj.mpf.gov.br/custoslegis/revista\\_2009/2009/aprovados/2009a\\_Tut\\_Col\\_Arenhart%2001.pdf](http://www.prrj.mpf.gov.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Tut_Col_Arenhart%2001.pdf)>. Acesso em: 15 jun. 2012.

<sup>31</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya, Op. cit., p. 74.

No entendimento de Luís Roberto Barroso “o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia”<sup>32</sup>.

Outrossim, o protagonismo judicial é condição indispensável para a efetiva proteção dos direitos sociais e para a estabilidade da democracia<sup>33</sup>.

Segundo Estefânia Maria de Queiroz Barboza e Katya Kozicki, a partir do momento em que a Constituição estabelece que as políticas públicas são os instrumentos adequados de realização dos direitos fundamentais, entende-se que se trata de matéria constitucional sujeita ao controle do Judiciário: “[...] pensar em sentido contrário consistiria em retorno ao pensamento de que a Constituição é apenas um documento político, desprovido de normatividade, algo inaceitável em um Estado Constitucional e Democrático de Direito”<sup>34</sup>.

Ainda, Octavio Campos Fischer afirma que:

[...] não podemos admitir é a tese de que a Constituição é norma e, na prática, assemelhá-la a uma folha de papel, com a alegação de que o princípio da separação dos poderes não permite que o Judiciário tome, espontaneamente, atitudes próprias de outros órgãos, na omissão destes. Afinal, este princípio deve servir à Constituição e aos direitos fundamentais e não ser um fim em si mesmo<sup>35</sup>.

Além disso, há doutrinadores<sup>36</sup> que se manifestam adversos a esse controle judicial por compreendê-lo danoso à democracia entendendo que o juiz

<sup>32</sup> BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 13, p. 31, jan./mar. 2009.

<sup>33</sup> CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos fundamentais sociais: Dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 150.

<sup>34</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Op. cit., p. 73-74.

<sup>35</sup> FISCHER, Octavio Campos. Arguição de descumprimento de preceito fundamental no direito tributário. In: FISCHER, Octavio Campos (Coord.). *Tributos e direitos fundamentais*. São Paulo: Dialética, 2004. p. 280-281.

<sup>36</sup> MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012; TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013; ABBOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

substituí o Executivo, bem como o povo, que não foi consultado na definição das prioridades das políticas públicas. Dessa forma: “[...] a verdade é que o povo elege (bem ou mal) os titulares dos cargos políticos, mas não elege os juízes; pode pedir contas e ajustar contas com os eleitos, mas não pode responsabilizar politicamente os juízes”<sup>37</sup>.

Por outro lado, Cláudio Pereira de Souza Neto afirma que a crítica de que a atuação judiciária no campo dos direitos sociais é antidemocrática desconsidera que o Judiciário pode exercer importante papel na garantia da deliberação pública: “O Judiciário, ao garantir os direitos sociais fundamentais, capacita o cidadão para uma participação pública efetiva e, com isso, qualifica o debate público”<sup>38</sup>.

Isto posto, o Ministro Celso de Mello proferiu decisão emblemática na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 sobre o controle judicial de políticas públicas. Ele sustentou que formular e implementar políticas públicas não está entre as atribuições do Supremo nem do Poder Judiciário como um todo. E ressaltou que é possível atribuir essa incumbência, excepcionalmente, aos ministros, desembargadores e juízes quando o Legislativo e o Executivo deixam de cumprir seus papéis (encargos político-jurídicos), colocando em risco a eficácia e a integridade dos direitos individuais e coletivos (direitos fundamentais) previstos na Constituição Federal<sup>39</sup>.

A referida decisão estabeleceu parâmetros para a intervenção do Judiciário em políticas públicas. De acordo com o paradigma adotado, existem três situações em que cabe a intervenção do Judiciário nas políticas públicas: quando a omissão ou a política já implementada não oferecer condições mínimas de

---

<sup>37</sup> NUNES, António José Avelãs. Os tribunais e o direito à saúde. *Revista Juris Poiesis*, Rio de Janeiro, a. 14, n. 14, p. 489, jan./dez. 2011.

<sup>38</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Op. cit., p. 523.

<sup>39</sup> “Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da “reserva do possível”. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial”. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).” (Brasil. Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Julgado em: 29.04.2004, DJ: 04.05.2004)

existência humana; se o pedido de intervenção for razoável; e, do ponto de vista administrativo, a omissão ou a política seja desarrazoada. Em todos os casos, é preciso que haja verba pública para a implementação das medidas<sup>40</sup>.

Com efeito, o ativismo judicial representa a insuficiência do Estado em atender aos anseios da sua população. Trata-se de “uma patologia constitucional cada vez mais necessária, desde que seja na sua vertente positiva, para a proteção do indivíduo contra omissões ou excessos do Estado”<sup>41</sup>.

Ao se defender o controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário “[...] não se quer colocar o primeiro como salvador da pátria ou como protagonista de um processo de transformação e de redução de desigualdades em nossa sociedade, e sim que ele atue junto com os outros poderes e possa, por meio da efetivação dos direitos fundamentais sociais, melhorar o processo democrático existente”<sup>42</sup>.

Na maioria dos casos, “é o Judiciário quem está mais próximo dos cidadãos que podem, diretamente, lá reivindicar a satisfação de seus direitos constitucionais. Assim, a efetivação dos direitos sociais pela jurisdição constitucional pode muito bem promover o processo democrático”<sup>43</sup>.

Portanto, apesar das críticas ao controle judicial de políticas públicas, conclui-se que quando a inércia dos Poderes Executivo e Legislativo representa um entrave à democracia, é legítimo ao Judiciário atuar na efetivação do direito fundamental à saúde.

---

<sup>40</sup> Cumpre registrar que a ADPF 45 foi julgada prejudicada em virtude da perda superveniente de seu objeto. A referida ação foi promovida contra veto, emanado do Presidente da República, que incidiu sobre o art. 55, § 2º (posteriormente renumerado para art. 59), de proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/2003 (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004. Contudo, o objetivo perseguido foi inteiramente alcançado com a edição da Lei nº 10.777, de 24.11.2003, promulgada com a finalidade específica de conferir efetividade à EC 29/2000, concebida para garantir, em bases adequadas recursos financeiros mínimos a serem necessariamente aplicados nas ações e serviços públicos de saúde. Destaca-se que a superveniência desse fato não obsta o reconhecimento de que a referida ação constitucional “[...] qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, [...] venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República”. *Idem*.

<sup>41</sup> TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Revista Direito GV*, v. 8, n. 1, São Paulo, p. 9, jan./jun. 2012.

<sup>42</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. *Op. cit.*, p. 79.

<sup>43</sup> *Idem*.

## 2 LIMITAÇÕES À REALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE: CUSTOS DOS DIREITOS, ESCASSEZ DE RECURSOS E RESERVA DO POSSÍVEL

Nem sempre as políticas públicas de saúde desenhadas pelo legislador são efetivadas, ou seja, nem sempre a vontade da lei se torna realidade. Entre os motivos, destaca-se a escassez de recursos financeiros e os custos para a efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Nesse contexto, interessa a diferenciação entre os direitos fundamentais de defesa e os direitos fundamentais a prestações (em sentido estrito), também denominados de direitos fundamentais sociais. É que estes, ao contrário daqueles, dependem para sua efetivação uma atuação material direta do Estado, a qual requer investimento e previsão orçamentária.

Nesta distinção, a doutrina tradicionalmente não leva em conta a dimensão econômica dos custos necessários à implementação dos direitos negativos.

Ingo Wolfgang Sarlet explica que os direitos de defesa, por serem, precipuamente, dirigidos a uma conduta omissiva, são geralmente considerados destituídos da dimensão econômica, na medida em que o bem jurídico que protegem pode ser assegurado (como direito subjetivo exigível em juízo), independentemente das circunstâncias econômicas<sup>44</sup>.

Contudo, os custos econômicos não se limitam apenas aos direitos de caráter prestacional, mas a todos os direitos fundamentais. Tal posicionamento foi sustentado por Stephen Holmes e Cass R. Sunstein<sup>45</sup>.

Acerca do suporte financeiro dos direitos negativos, José Casalta Nabais leciona que:

[...] os clássicos direitos e liberdades, os ditos direitos negativos, são, afinal de contas, tão positivos como os outros, como os ditos direitos positivos. Pois, a menos que tais direitos e liberdades não passem de promessas

<sup>44</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais - Orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 27.

<sup>45</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York and London: W. M. Norton, 1999. p. 43.

pedosas, a sua realização e a sua proteção pelas autoridades públicas exigem recursos financeiros.<sup>46</sup>

No dizer de Gustavo Amaral, “todos os direitos têm custos porque todos pressupõem o custeio de uma estrutura de fiscalização estatal jusfundamental”<sup>47</sup>.

Logo, não há como negar que para a implementação das políticas públicas de direitos fundamentais, inclusive dos direitos sociais, há um custo.

Destaca-se que, embora a dimensão economicamente relevante seja comum a todos os direitos fundamentais, de todas as dimensões, acaba assumindo particular relevância à efetivação dos direitos fundamentais como direitos a prestações<sup>48</sup>.

Com efeito, Virgílio Afonso da Silva destaca que, além de se pressupor recursos financeiros disponíveis, há um custo específico para cada um dos direitos sociais, o que aumenta ainda mais seus custos. Assim, “cada direito social exige uma prestação estatal exclusiva que só é aproveitada na sua realização, mas não na realização de outros”<sup>49</sup>.

Logo, a construção e manutenção de hospitais, a contratação de médicos e a compra de materiais hospitalares só são aproveitadas para a realização de um único direito social, o direito à saúde.

Ocorre que os recursos são escassos, não há o suficiente para satisfazer a todos, e as necessidades finitas. E como o “dinheiro não nasce em árvores”<sup>50</sup>, há de se alocar os recursos com atenção ao custo dos direitos, às prioridades constitucionais e à aplicação de políticas públicas idealizadas como as mais adequadas à realidade. O cobertor é curto, e os direitos não podem ser protegidos sem consideração dos seus custos<sup>51</sup>.

<sup>46</sup> NABAIS, José Casalta. *A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos*, p. 12. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15184-15185-1-PB.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2014.

<sup>47</sup> AMARAL, Gustavo. *Direito escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 73.

<sup>48</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Op. cit., p. 27.

<sup>49</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 241.

<sup>50</sup> GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

<sup>51</sup> LEITE, Harrison Ferreira. *Autoridade da lei orçamentária*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 137.



Ademais, o sistema financeiro é um sistema de vasos comunicantes, para se gastar de um lado, precisa-se retirar dinheiro de outro. E aí será feito aquilo que no ditado popular se diz como “descobrir um santo para cobrir outro”<sup>52</sup>.

No mesmo sentido, Luis Roberto Barroso leciona que se tratam de escolhas difíceis, pois investir recursos em determinado setor sempre implica deixar de investi-los em outros<sup>53</sup>.

A ideia de escassez traz consigo a noção de *trade-off*. Pode-se dizer que a alocação de recursos envolve, simultaneamente, a escolha do que atender e do que não atender. Assim, “preferir empregar um dado recurso para um dado fim significa não apenas compromisso com esse fim, mas também decidir não avançar, com o recurso que está sendo consumido, em todas as demais direções possíveis”<sup>54</sup>.

Gustavo Amaral afirma que a alocação de recursos, no caso do direito à saúde, “é a escolha de quem salvar, mas também a escolha de quem danar”. E com essa escolha sempre haverá as vítimas<sup>55</sup>. Trata-se de escolhas trágicas, isto é, *tragic choices* da obra de Guido Calabresi e Philip. Bobbit<sup>56</sup>.

Um exemplo atual destas escolhas está no aceite do Brasil como sede da Copa do Mundo de 2014. Apesar da alegria gerada para grande parcela da população brasileira, não é possível desprezar o custo que isso representou para o País: “Ora, se é certo que o direito ao lazer e diversão auxiliam na concreção das condições de uma vida com qualidade, mais certo é que, numa realidade de carências, deve-se prioritariamente garantir aqueles direitos necessários à manutenção da própria vida”<sup>57</sup>.

---

<sup>52</sup> SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais - Orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 153.

<sup>53</sup> BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, p. 24. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

<sup>54</sup> AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais - Orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 92.

<sup>55</sup> AMARAL, Gustavo. Op. cit., p. 181.

<sup>56</sup> CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. *Tragic choices: the fels lectures on public policy analysis*. New York: Norton, 1978. p. 18.

<sup>57</sup> SUZIN, Jederson. Op. cit., p. 32.

Logo, diante de uma comprovada escassez de recursos, o Estado tem o dever de implementar uma política de definição de prioridades que implica um processo de escolhas e opções políticas seletivas de alocação de recursos, bem como as necessidades e interesses individuais no acesso a bens econômicos, sociais ou culturais<sup>58</sup>.

Além disso, em face da limitação de recursos orçamentários e da consequente impossibilidade de efetivação de todos os direitos fundamentais sociais ao mesmo tempo, passou-se a sustentar a teoria da reserva do possível<sup>59</sup>.

Os economistas possuem uma expressão bastante interessante denominada de “limite do orçamento”. O significado é o mesmo, qual seja: todo orçamento possui um limite que deve ser utilizado de acordo com exigências de harmonização econômica geral<sup>60</sup>.

A reserva do possível é definida como a dependência de recursos financeiros disponíveis, ou seja, os direitos fundamentais sociais dependem da existência dos recursos econômicos que foram delimitados pelo legislador.

Para Jorge Reis Novais a reserva do possível implica em um limite fático ao Estado à prestação dos direitos fundamentais sociais, ou seja, não pode ser buscado aquilo que não existe<sup>61</sup>.

A doutrina constitucionalista, geralmente, aponta como origens da reserva do possível (*Der Vorbehalt des Möglichen*), uma série de decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão, inclusive o célebre caso *numerus clausus I* (BVerfGE 33, 303, 1973). Seu entendimento foi reiterado na decisão sobre as universidades (BVerfGE 35, 79, 1973) e reafirmado no julgamento *numerus clausus II* (BVerfGE 43, 291, 1977)<sup>62</sup>.

---

<sup>58</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 91.

<sup>59</sup> MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do poder judiciário na implementação de políticas públicas. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, a. 5, n. 18, p. 180-181, jul./set. 2007.

<sup>60</sup> SCAFF, Fernando Facury. Op. cit., p. 151.

<sup>61</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit., p. 89-92.

<sup>62</sup> No ano de 1973, o Tribunal Constitucional Federal alemão tratou da reserva do possível e fez remissão expressa ao precedente BVerfGE 33, 303, 1973. Trata-se da decisão das universidades ou *Hochschul-Urteil*, na qual o condicionou direitos de participação apelando à racionalidade, à razoabilidade e a proporcionalidade das expectativas individuais em relação à sociedade e afastando interpretações excessivamente extensivas de pretensos direitos subjetivos individuais. Alguns anos depois, o referido Tribunal reiterou o entendimento do caso *numerus clausus I*, ou seja, da reserva do possível em uma

Em síntese, levadas em consideração as circunstâncias do caso concreto, o Tribunal Constitucional alemão decidiu pela impossibilidade de declarar a inconstitucionalidade das leis de Hamburgo e da Baviera que estabeleciam o *numerus clausus*, bem como afirmou a inexistência de um direito subjetivo individual à vaga no curso e na universidade de livre escolha do candidato. Assim, a decisão fixou entendimento no sentido de que o cidadão somente pode exigir da sociedade (e do Estado) aquilo que dela possa racionalmente esperar<sup>63</sup>.

O modelo jurisprudencial e teórico da reserva do possível conheceu notável circulação, tendo sido recepcionado pela doutrina e jurisprudência de vários países, inclusive as do Brasil.

Contudo, o tema evolui, para determinar que a reserva do possível fosse entendida como a reserva do financeiramente possível, no sentido de que, mesmo quando a pretensão de prestação é razoável, o Estado só está obrigado a realizá-la se dispuser dos recursos necessários.

Assim, se considerou como limite absoluto à efetivação de direitos fundamentais sociais a suficiência de recursos públicos e a previsão orçamentária da respectiva despesa<sup>64</sup>.

Todavia, não é o Estado que fixa o montante de recursos disponíveis para a concretização das ações, pois este dever compete ao legislador, que ajusta o orçamento pretendido pelo Estado, ou seja, prever e planejar os custos das prestações que deve dispor à população, inclusive para o cumprimento dos direitos fundamentais<sup>65</sup>.

Essa compreensão se afasta do modelo originário, especialmente, em se considerando, comparativamente, os contextos histórico, econômico, social, político-filosófico e jurídico do país de origem do modelo com aquelas variadas correlatas dos países de destino<sup>66</sup>.

A reserva do possível passou a ser aplicada pelos tribunais brasileiros como um elemento a inviabilizar a realização dos direitos fundamentais exonerando

---

terceira decisão. Assim, tal entendimento foi constituído jurisprudência naquela corte. (SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à teoria dos custos dos direitos*. Reserva do possível. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, v. 1, 2010. p. 142)

<sup>63</sup> Idem, p. 140.

<sup>64</sup> MÂNICA, Fernando Borges. Op. cit., p. 182.

<sup>65</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit., p. 91.

<sup>66</sup> SGARBOSSA, Luís Fernando. Op. cit., p. 148.

o Estado de obrigações constitucionalmente assumidas, em virtude da alegação de ausência de recursos<sup>67</sup>.

Assim sendo, afirma-se a existência de um problema de fundo, ou seja, a ausência de “vontade política” na realização dos valores constitucionais: “[...] reiteradas vezes, o Poder Público, diante das dificuldades teóricas para sustentar a validade de leis contrapostas à Constituição, tem levado a bandeira dos prejuízos financeiros que as decisões judiciais podem causar aos cofres públicos”<sup>68</sup>.

Por isso, atualmente, as decisões têm exigido do Poder Público não a mera alegação de inexistência de recursos, mas a comprovação de ausência de recursos, também denominada exaustão orçamentária<sup>69</sup>.

Outrossim, Ana Lúcia Pretto Pereira leciona que a reserva do possível somente poderá ser arguida na relação Estado-cidadão, e quando comprovadamente os recursos escassos já tiverem atendido à prévia destinação legal para a satisfação das necessidades em questão. Desse modo, o argumento apenas servirá para reafirmar a progressividade da satisfação daquelas necessidades, e não a exclusão da responsabilidade estatal<sup>70</sup>.

Fernando Borges Mânica afirma que esse viés da teoria da reserva do possível é relevante e deve ser entendido com o objetivo de vincular o direito à economia, no sentido de que as necessidades são ilimitadas e os recursos são escassos<sup>71</sup>.

Destarte, alguns julgadores desprezam a questão relativa ao custo destes direitos, determinando uma aplicação quase que absoluta da norma constitucional, de modo a colocar em um segundo plano eventuais consequências jurídicas de suas decisões para o orçamento público<sup>72</sup>.

<sup>67</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível. 390 f. Dissertação de mestrado pela Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 2006. p. 375.

<sup>68</sup> FISCHER, Octavio Campos. *Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 29-30.

<sup>69</sup> MÂNICA, Fernando Borges. Op. cit., p. 182.

<sup>70</sup> PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. A reserva do possível na jurisdição constitucional brasileira. 287 f. Dissertação de mestrado pela Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 2009. p. 264.

<sup>71</sup> MÂNICA, Fernando Borges. Op. cit., p. 182.

<sup>72</sup> VALLE, Vanice Regina Lirio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 241-242.

Assim, pouco interessa se os efeitos das decisões ruirão ou não os cofres públicos ou se há recursos suficientes para a eficácia da decisão. Esquece-se que, ao decidir, deve o Judiciário mirar não apenas o passado (consistência e coerência), mas também o futuro (consequências), no sentido de projetar o estado de coisas que surgirá de sua decisão, em cotejo com o que provavelmente surgiria caso sua decisão fosse em sentido contrário<sup>73</sup>.

No sistema brasileiro, se repete uma variedade de decisões, de grande relevância para as finanças públicas, tendo-os como parâmetro decisões que desprestigiam a força do orçamento, e não a matéria normativa que realça a sua autoridade<sup>74</sup>.

Nesse sentido, Daniel Wei Liang Wang, em análise das decisões do Supremo Tribunal Federal, afirma que as consequências econômicas das decisões não foram elementos importantes na análise jurídica dos ministros<sup>75</sup>.

Para Ana Paula de Barcellos, a limitação de recursos existe e não pode ser ignorada: “Nada obstante a utilização exaustiva do argumento da reserva do possível pelo Poder Público, que acabou por gerar certa reação de descrédito, é preciso não ignorar o assunto, sob pena de divorciar o discurso jurídico da prática”<sup>76</sup>.

Contudo, hoje, estão começando a surgir decisões judiciais em que a questão do custo é ponderada com os bens jurídicos em conflito na realização de um direito fundamental, segundo critério da proporcionalidade (tal qual adotada na decisão paradigma do *numerus clausus*)<sup>77</sup>.

---

<sup>73</sup> LEITE, Harrison Ferreira. Op. cit., p. 190.

<sup>74</sup> Idem, p. 193. “Tal como pude enfatizar, em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet 1.246-MC/SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, *caput*, e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas” (Brasil. Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 716777/RS, 2ª T., Rel. Min. Celso de Mello, Julgado em: 09.04.2013, DJE: 16.05.2013)

<sup>75</sup> WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais – Orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 358-359.

<sup>76</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 287.

<sup>77</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. Op. cit., p. 113-117.

Desse modo, a ponderação deve levar em conta o pressuposto econômico de que as necessidades são ilimitadas e de que os recursos são escassos e a preocupação acerca do impacto econômico e social das decisões.

Com efeito, Stephen Holmes e Cass R. Sunstein afirmam que levar direitos a sério (sob o prisma da eficácia e efetividade) é sempre também levar a sério o problema da escassez<sup>78</sup>.

Por isso, Ingo Sarlet sustenta que a reserva do possível apresenta em uma dimensão tríplice que abrange: a) a disponibilidade fática dos recursos (escassez); b) a disponibilidade jurídica dos recursos (possibilidade de se criarem ou alocarem recursos contra as regras do orçamento) que guarda conexão com a distribuição de receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas; e c) a proporcionalidade da prestação quanto a sua exigibilidade e razoabilidade<sup>79</sup>.

Fernando Borges Mânica afirma que a teoria da reserva do possível deveria ser entendida como a inexistência de supremacia absoluta dos direitos fundamentais, em toda e qualquer situação, e a inexistência da supremacia absoluta do princípio da competência orçamentária do legislador e da competência administrativa do Executivo como óbices à efetivação dos direitos sociais fundamentais<sup>80</sup>.

Assim, o custo envolvido para a efetivação de um direito fundamental não pode servir como óbice intransponível para sua efetivação, mas deve ser levado em conta no processo de ponderação de bens. Além disso, devem ser consideradas no processo de ponderação a sua necessidade, adequação e proporcionalidade específica para a proteção do direito fundamental invocado<sup>81</sup>.

Logo, diante da escassez de recursos, o Poder Judiciário deve observar a teoria da reserva do possível, buscando uma posição de equilíbrio e racionalidade a partir de sua aplicação<sup>82</sup>.

Em síntese, o entendimento jurisprudencial dos tribunais superiores passou por um período de absolutização dos direitos fundamentais e tende,

<sup>78</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. Op. cit., p. 87.

<sup>79</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Op. cit., p. 30.

<sup>80</sup> MÂNICA, Fernando Borges. Op. cit., p. 184-186.

<sup>81</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>82</sup> MAZZA, Fábio Ferreira; MENDES, Áquilas Nogueira. Decisões judiciais e orçamento: um olhar sobre a saúde pública. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 14, n. 3, p. 62, nov. 2013/fev. 2014.

atualmente, a buscar uma posição de equilíbrio e racionalidade, a partir da adequada aplicação da teoria da reserva do possível<sup>83</sup>.

Por fim, uma jurisprudência clara e coerente sobre escassez de recursos, reserva do possível e custos dos direitos pode trazer grandes contribuições para a Administração Pública, que terá maior previsibilidade para fazer melhor planejamento de políticas públicas, para o cidadão, que terá mais clara a dimensão do que pode exigir do Poder Judiciário e para os juízes, que terão parâmetros mais seguros e coerentes para suas decisões<sup>84</sup>.

### 3 DECISÕES JUDICIAIS, ORÇAMENTO E RESERVA DO POSSÍVEL

Se os direitos possuem custos e os recursos são escassos, surge a necessidade de tributação como fonte de financiamento dos direitos fundamentais. Contudo, essa ideia já está consagrada nas doutrinas nacional e estrangeira, tornando-se cada vez mais relevante verificar não somente a arrecadação, mas também para onde irão estes recursos. Logo, não adianta somente aumentar a carga fiscal sem a consequente coerência estatal sobre quais direitos e em que extensão estes serão financiados<sup>85</sup>.

Segundo Octávio Campos Fischer: “[...] sentimos a ausência de uma teoria que leve a sério o orçamento. Preocupamo-nos em desenvolver teorias que evitem uma tributação arbitrária, mas deixamos de lado o fortalecimento do papel que o orçamento tem na realização de direitos fundamentais”<sup>86</sup>.

Outrossim, busca-se o resgate da valorização dos atos Legislativos, tendo como foco o orçamento público, insistentemente relegado ao desprezo da análise jurídica. Há uma preocupação muito maior da doutrina em tratar da criação e instituição de tributos, ao invés do seu controle e destinação, objeto do Direito Financeiro. Assim, é próprio da cultura brasileira desconsiderar a importância do orçamento e evitar a discussão sobre ele. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, começam a surgir estudos que buscam refletir sobre a destinação dos tributos. Assim, mister a realização dos fins estabelecidos no art. 3º da Constituição Federal, no qual destaca-se o inciso I: construir uma sociedade livre, justa e solidária.

<sup>83</sup> MÂNICA, Fernando Borges. Op. cit., p. 185.

<sup>84</sup> WANG, Daniel Wei Liang. Op. cit., p. 370.

<sup>85</sup> Idem, p. 186.

<sup>86</sup> FISCHER, Octavio Campos. *Arguição...*, p. 283.

Por isso, problematiza-se sobre a questão da competência no controle das políticas públicas pelo orçamento. Discute-se a legalidade da interferência do Poder Judiciário em matéria orçamentária, pois a concretização de direitos fundamentais exige uma sensível alocação de bens materiais, cuja distribuição recebe tratamento em atos normativos aprovados pelo Poder Legislativo.

Assim sendo, ao impor tarefas ao Poder Público, em razão de uma omissão, o Poder Judiciário depara-se com restrições fáticas, decorrentes dos efeitos que a sua decisão pode provocar. E que se traduz no sério problema: Será que o Poder Judiciário pode impor tarefas aos demais Poderes e, em caso de resposta afirmativa, pode impor tarefas que venham a comprometê-lo economicamente? De modo mais abrangente, é admissível uma decisão judicial que possa trazer dificuldades para a sua própria concretização por motivos de ordem econômica?<sup>87</sup>

Ricardo Lobo Torres destaca que “os direitos fundamentais têm uma relação profunda e essencial com as finanças públicas. Dependem, para a sua integralidade e defesa, da saúde e do equilíbrio da atividade financeira do Estado, ao mesmo tempo em que lhe fornecem o fundamento da legalidade e da legitimidade”.<sup>88</sup>

Dessa forma, a título exemplificativo, se o Poder Judiciário determina que certo tratamento médico deva ser realizado, porque não adequadamente oferecido pelo SUS, inevitavelmente, apenas com alterações do orçamento é que tal decisão poderia ser satisfeita<sup>89</sup>.

Trata-se de sentenças aditivas. Estas decisões, no dizer de Fernando Facury Scaff, são aquelas que implicam “aumento de custos para o Erário, obrigando-o ao reconhecimento de um direito social não previsto originalmente no orçamento do Poder Público demandado”<sup>90</sup>.

Assim ocorre com a sentença que determina a implementação de direitos sociais, sejam aqueles reconhecidos por leis e que não foram executados, sejam

<sup>87</sup> FISCHER, Octavio Campos. *Os efeitos...*, p. 24-28.

<sup>88</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. O orçamento na constituição. Rio de Janeiro: Renovar, v. 5, 2000. p. 499.

<sup>89</sup> LEITE, Harrison Ferreira. Op. cit., p. 176.

<sup>90</sup> SCAFF, Fernando Facury. Op. cit., p. 134.



aqueles que decorrem de uma aplicação direta da Constituição (hipóteses mais comuns no Brasil)<sup>91</sup>.

Ademais, entende-se que quando a Constituição constrói, a partir dos arts. 86, 166, 167 e 169, o princípio da legalidade da despesa tem em mira situações deflagradas por vontade da Administração Pública. Assim, veda-se que esta realize despesas ou assumas obrigações que excedam o orçamento (art. 167, II), mas não há incidência de uma tal norma quando a realização de despesa ou o nascimento de uma obrigação decorre de uma decisão judicial<sup>92</sup>.

Dessa forma, pode-se dizer que as decisões judiciais são influenciadas pelo limite fático da reserva do possível (e não pelo princípio da legalidade da despesa), no que se refere ao problema da efetivação dos direitos sociais.

Essa intervenção judicial no orçamento público “[...] tem se verificado por meio da determinação de abertura de créditos suplementares no orçamento em curso ou pela inclusão de recursos em favor de programas de trabalho em orçamentos futuros”<sup>93</sup>.

Com efeito, existem precedentes judiciais que determinam que diante da ausência de recursos, o custeio da atividade poderá ser extraído da rubrica correspondente à “verba de propaganda”.<sup>94</sup>

Esse caminho “expressa uma reação do Poder Judiciário à reiterada apresentação do argumento da ausência do orçamento (num plano mais imediato) e da reserva do possível, como bloqueio absoluto a qualquer pretensão concretizadora de direitos fundamentais”<sup>95</sup>.

Destacando a importância dessa tentativa de realocação dos recursos escassos, Dirley da Cunha Júnior:

Cuida-se, aqui, de se permitir ao Poder Judiciário, na atividade de controle das omissões do Poder Público, determinar uma redistribuição dos recursos públicos existentes, retirando-os de outras áreas (fomento

---

<sup>91</sup> Idem, p. 134-135.

<sup>92</sup> FISCHER, Octavio Campos. *Os efeitos...*, p. 25.

<sup>93</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. Op. cit., p. 109.

<sup>94</sup> Brasil. Justiça Federal, Seção Judiciária de Santa Catarina, Ação Civil Pública nº 5021354-24.2013.404.7200/SC, 3º V.F. de Florianópolis, Julgador: Juiz Federal Substituto Diógenes Tarcísio Marcelino Teixeira, Julgado em: 16.12.2014.

<sup>95</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. Op. cit., p. 108.

econômico a empresas concessionárias ou permissionárias mal administradas; serviço da dívida; mordomias no tratamento de certas autoridades políticas, como jatinhos, palácios residenciais, festas pomposas, seguranças desnecessários, carros de luxo blindados, comitivas desnecessárias em viagens internacionais, pagamento de diárias excessivas, manutenção de mordomias a ex-presidentes da República; gastos em publicidade, etc.) para destiná-los ao atendimento das necessidades vitais do homem, dotando-o das condições mínimas de existência.<sup>96</sup>

Contudo, a distribuição na Lei de Meios dos recursos não se dá a partir desse tipo de qualitativo genérico, no qual a ordem judicial, por sua inespecificidade, pode recair no vazio, revelando-se inapta a determinar os efeitos perseguidos. Assim, há riscos de que essa seja apenas uma determinação de cunho simbólico, que pacifique os espíritos, sem que assim se assegure a atuação pública a um quadro normativo bem concebido<sup>97</sup>.

Apesar do caráter inovador desse manejo jurisdicional do orçamento, Vanice Regina Lírio do Valle entende que tudo está a indicar que os esforços de construção de um caminho de solução para um exercício adequado do controle judicial de políticas públicas estão ainda em fase muito incipiente. Por isso, ela afirma a necessidade de exploração de outras alternativas de enfrentamento da questão<sup>98</sup>.

Alceu Maurício Junior defende que a intervenção judicial sobre as decisões relativas à alocação de recursos deve ser feita por meio do próprio orçamento. Dessa forma, havendo razões para considerar que as alocações efetuadas pelo Legislativo e pelo Executivo não atendem razoavelmente às exigências constitucionais, o Judiciário deve, conforme o caso, determinar a realocação dos recursos previstos no orçamento ou a inclusão, na lei orçamentária do

<sup>96</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). *Leituras complementares de constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2006. p. 287.

<sup>97</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. Op. cit., p. 108-109.

<sup>98</sup> Idem, p. 113-117.

exercício seguinte, da previsão ou extensão do programa ou projeto destinado à implementação do direito constitucionalmente protegido<sup>99</sup>.

Outrossim, a referida intervenção judicial leva em conta a reserva do possível, pois permite ao Judiciário ter uma visão mais precisa sobre a disponibilidade de recursos e a destinação existente, dando visibilidade sobre quais prestações estatais estão sendo atendidas<sup>100</sup>.

A intervenção via orçamento se apresenta como uma razoável solução para o problema da inadequação do Judiciário e dos procedimentos judiciais nas questões sobre a alocação dos recursos. Isto porque, intervindo por meio do orçamento, os juízes não conduzirão as políticas públicas, mas apenas determinarão que se atenda a uma necessidade específica, deixando a cargo do legislador e do administrador a escolha dos meios necessários. E, principalmente, mantendo elevada parcela de discricionariedade com o Legislativo e o Executivo, a intervenção judicial por meio do orçamento prestigia o princípio democrático<sup>101</sup>.

A Constituição, no art. 100, já prevê uma hipótese de vinculação judicial na alocação de recursos. Sempre que a Fazenda Pública é condenada a um pagamento, esta prestação é saldada pelo orçamento, no sistema constitucional de precatórios. O raciocínio do sistema de precatórios revela que existe hipótese explícita de intervenção judicial – ou de criação de vinculações judiciais – no orçamento, e que pode ser estendida a outras violações de direitos fundamentais, bem como permite visualizar certas limitações a essa prática<sup>102</sup>.

Com efeito, a revisão das escolhas orçamentárias por meio do próprio orçamento não é um procedimento estranho aos tribunais brasileiros<sup>103</sup>.

<sup>99</sup> MAURÍCIO JÚNIOR, Alceu. A revisão judicial das escolhas orçamentárias e a efetivação dos direitos fundamentais. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 15, jan./mar, 2007. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_seguro/Revisao\\_Judicial\\_Escolhas.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/Revisao_Judicial_Escolhas.pdf)>. Acesso em: 22 jul. 2014.

<sup>100</sup> *Idem*, p. 23.

<sup>101</sup> *Idem*, p. 23-25.

<sup>102</sup> *Idem*, p. 22.

<sup>103</sup> “ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: NOVA VISÃO - 1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador. 2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. 3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas. 4. Recurso especial provido.” (Brasil. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 493.811/SP, 2ª T., Relª Min. Eliana Calmon, 11 nov. 2003, DJ: 15.03.2004)

Por outro lado, o Executivo tem insistido no argumento de que ele é o órgão apropriado para eleger as escolhas alocatícias, em observação aos parâmetros traçados na Constituição, de modo que, naquilo que a Constituição não delimitou taxativamente, a ele cabe decidir, até porque o tema das alocações é tipicamente político<sup>104</sup>.

No mesmo sentido, Ricardo Lobo Torres aduz que, caso não exista dotação orçamentária, a abertura de créditos adicionais cabe aos Poderes Públicos (Administração e Legislativo), e não ao Judiciário, que apenas determina aos demais Poderes a prática dos atos orçamentários<sup>105</sup>.

Harrison Ferreira Leite explica que o orçamento é lei e como tal deve ser cumprido nos moldes aprovados pelo Legislativo. Logo, permitir a sua alteração por individuais decisões judiciais significa alterar a própria lei e o Judiciário não altera lei<sup>106</sup>.

Vanice Regina Lírio do Valle também defende que a intervenção orçamentária não seja o caminho mais apto, em tese, para a indicação da solução do problema de ausência ou insuficiência de políticas públicas<sup>107</sup>.

Ademais, o orçamento instrumentaliza as políticas públicas e define o grau de concretização dos valores fundamentais constantes do texto constitucional<sup>108</sup>.

É no orçamento-programa que o Governo estabelece sua política com previsões de despesas e respectivas receitas. A função de traçar as políticas públicas é de iniciativa do Poder Executivo, com a aprovação do Poder Legislativo na elaboração orçamentária, para posterior aprovação pelo Congresso Nacional, em se tratando do orçamento federal.

O processo de elaboração desse orçamento obedece a um ciclo integrado ao planejamento de ações, ou seja, o sistema constitucional de finanças públicas (arts. 163 a 169 da Constituição) formado por três leis: Lei do Plano Plurianual – PPA (art. 165, § 4º), a Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO (art. 166, § 4º) e a Lei Orçamentária Anual – LOA.

<sup>104</sup> LEITE, Harrison Ferreira. Op. cit., p. 141-142.

<sup>105</sup> TORRES, Ricardo Lobo. Op. cit., p. 409.

<sup>106</sup> LEITE, Harrison Ferreira. Op. cit., p. 177.

<sup>107</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. Op. cit., p. 113.

<sup>108</sup> MÂNICA, Fernando Borges. Op. cit., p. 3.

Fora do sistema constitucional de finanças públicas, tem-se a Lei de Responsabilidade Fiscal, que por meio das leis orçamentárias, exige do Poder Público o equilíbrio das contas públicas. Ela tem como preocupação, juntamente com o controle dos gastos públicos, a melhor gestão da receita pública, disciplinando aspectos como arrecadação tributária e renúncia de receita<sup>109</sup>.

Destaca-se que os projetos do Estado não são de curto prazo, executados individualmente quando surge a demanda, mas planos que são levados a efeitos por etapas, e que podem ser obstados com eventual decisão judicial. Daí a imposição constitucional do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e da lei orçamentária anual. Há uma lógica programática em tudo isso<sup>110</sup>.

Diante disso, há quem defenda que o Poder Judiciário não pode ser um agente do orçamento público, pois na análise judicial de um caso concreto, o juiz não pode discutir e ter a visão global dos quadros de receitas e despesas públicas<sup>111</sup>.

Tal argumento consiste na crítica técnica, a qual se apoia na percepção de que o Judiciário não domina o conhecimento específico (déficit de *expertise*) necessário para instituir políticas públicas. O juiz é um ator social que observa apenas os casos concretos, a microjustiça, ao invés da macrojustiça, cujo gerenciamento é mais afeto à Administração Pública<sup>112</sup>.

Contudo, nem se cogita, de outra forma, que o Judiciário – considerando-se o regime constitucional democrático – pluralista, pode, em igual medida, ser “o idealizador solitário das políticas sociais”<sup>113</sup>.

Afirma-se que quando as sentenças aditivas resultam um aumento dos encargos do Estado, colidem com ditames constitucionais, uma vez que provocam um agravamento imprevisível das despesas públicas, alternando as previsões orçamentárias aprovadas pelo Parlamento<sup>114</sup>.

<sup>109</sup> JUNG, Thais Michelle Wikler. Reserva do possível: entre a concretização de direitos sociais prestacionais e o sistema orçamentário constitucional. 155 f. Dissertação de mestrado pelas Faculdades Integradas do Brasil, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 2013. p. 84.

<sup>110</sup> LEITE, Harrison Ferreira. Op. cit., p. 183.

<sup>111</sup> LIBERATI, Wilson Donizeti. Op. cit., p. 172-173.

<sup>112</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Da falta...*, p. 27.

<sup>113</sup> GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. *Direitos fundamentais sociais: releitura de uma constituição dirigente*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 218.

<sup>114</sup> LIBERATI, Wilson Donizeti. Op. cit., p. 173.

Segundo Fernando Facury Scaff, o papel do Poder Judiciário não é o de substituir o Poder Legislativo, senão o de dirimir conflitos nos termos da lei. O Judiciário não cria dinheiro, ele redistribui o dinheiro que possuía outras destinações estabelecidas pelo Legislativo e cumpridas pelo Executivo é a Reserva do Possível (limite do orçamento)<sup>115</sup>.

Entretanto, isto não significa que o Poder Judiciário não possa proferir sentenças aditivas: “Pode e deve fazê-lo nos limites da lei”<sup>116</sup>.

Logo, obriga-se o Estado a realizar gastos públicos e, uma vez que os recursos públicos disponíveis são menores do que o necessário para oferecer a todos os cidadãos todos os direitos que a Constituição prevê, muitas vezes, a Administração não têm ou não pode dispor dos recursos necessários para atender a decisão judicial sem prejudicar a tutela de outros direitos para outras pessoas<sup>117</sup>.

Assim, “[...] se o juiz determina que determinado paciente seja atendido, ele está, ainda que não o veja, privando outros cidadãos de beneficiar-se das verbas da saúde, que são, infelizmente, finitas”<sup>118</sup>.

Ademais, ainda que alguns pedidos isolados talvez não tragam maiores problemas para as finanças públicas, ao se abrir um precedente, todos aqueles que se encontram na mesma situação podem fazer o mesmo pedido ao Judiciário criando um efeito multiplicador que terá um maior impacto para as contas públicas<sup>119</sup>.

De acordo com Lenio Luiz Streck vários Estados da Federação gastam mais em pagamentos de ações judiciais sobre o acesso à saúde e remédios do que nos próprios orçamentos. Em São Paulo, por exemplo, os gastos da Secretaria Estadual da Saúde com medicamentos por conta de condenações judiciais em

---

<sup>115</sup> SCAFF, Fernando Facury. Op. cit., p. 152.

<sup>116</sup> Idem, p. 153.

<sup>117</sup> WANG, Daniel Wei Liang. Op. cit., p. 349.

<sup>118</sup> SCHWARTSMAN, Hélio. Obscurantismo judicial. *Folha de S.Paulo*, 25 jun. 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/helioschwartzman/2014/06/1475850-obscurantismo-0judicial.shtml>>. Acesso em: 27 jun. 2014.

<sup>119</sup> WANG, Daniel Wei Liang. Op. cit., p. 370.

2011 chegaram a R\$ 515 milhões, quase R\$ 90 milhões gastos além do previsto no orçamento do ano<sup>120</sup>, destinado a medicamentos<sup>121</sup>.

Enquanto a judicialização é contingencial, o ativismo ocorre quando os juízes e tribunais se substituem ao legislador e ao Poder Executivo, fazendo juízos políticos e morais sobre a legislação e sobre o modo de administrar. O problema é que cada juiz faz o seu próprio juízo político e moral. O resultado é uma fragmentação das decisões. Assim, ao invés de os Governos elaborarem políticas públicas, acabam gastando energias para atender demandas *ad hoc*. E isso acaba sendo interessante para os Governos, porque ao invés de concederem remédios e proporcionarem internamentos por meio de políticas para todos, eles fornecem advogados para que as pessoas ingressem com ações. E isso forma um círculo vicioso<sup>122</sup>.

No mesmo sentido, Ana Paula de Barcellos aduz que há um grave problema, porque “[...] cria-se um círculo vicioso, pelo qual a autoridade pública exime-se da obrigação de executar as opções constitucionais na matéria a pretexto de aguardar as decisões judiciais sobre o assunto, ou mesmo sob o argumento de que não há recursos para fazê-lo, tendo em vista o que é gasto para cumprir essas mesmas decisões judiciais”<sup>123</sup>.

Fernando Moutinho Ramalho Bittencourt e Luis Otavio Barroso da Graça realizaram uma pesquisa empírica sobre os impactos financeiros diretos da ação do Poder Judiciário sobre o Orçamento Público no Brasil. Na análise dos dados, eles verificaram que os custos das sentenças e outras despesas judiciais para

---

<sup>120</sup> Sucede que, a partir do Governo de Fernando Henrique Cardoso, algumas emendas constitucionais criaram vinculações das receitas da União, Estados e Municípios a despesas com educação, saúde e a pobreza e estabeleceram discriminações de despesa entre os três níveis de Governo, sem, todavia, distinguirem entre direitos fundamentais e sociais. Assim, as vinculações criadas pelas EC 14/1996 (educação), 29/2000 (saúde) e 31/2000 (erradicação da pobreza). (TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais - Orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 75)

<sup>121</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013; \_\_\_\_\_. *O papel das constituições e do constitucionalismo na contemporaneidade: crise dos sentidos e sentidos da(s) crise(s)*. XI Simpósio Nacional de Direito Constitucional, Curitiba, 1 a 3 de maio de 2014.

<sup>122</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Direitos ambientais no estado socioambiental*. Seminário Internacional Direitos Fundamentais no Estado Socioambiental, 16 de setembro de 2013. Disponível em: <<http://amprs.jusbrasil.com.br/noticias/2659885/lenio-streck-abre-seminario-internacional-direitos-fundamentais-no-estado-socioambiental>>. Acesso em: 6 maio 2014.

<sup>123</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Eficácia...*, p. 322.

todo o orçamento público no Brasil apresentam tendência crescente em termos reais de 2003 a 2005, tendo crescido 47,16% no período<sup>124</sup>.

Assim, há doutrinadores que afirmam que é incompatível com o regime democrático a atuação jurisdicional que desborde a sua reservada área de poder. Vulneta o princípio constitucional da repartição dos poderes estatais o ato de órgão judiciário que substitua o Executivo ou o Legislativo, ingressando na órbita de questões atinentes ao mérito de práticas administrativas ou de político legiferante<sup>125</sup>.

Ademais, o Poder Judiciário, quando provocado, deve garantir o cumprimento dos direitos fundamentais sociais, sem que isso possa configurar afronta ao princípio da separação dos poderes ou trazer desequilíbrio ao orçamento do Estado. Somente na análise das circunstâncias do caso concreto, o Poder Judiciário pode intervir e determinar ao Poder Público o cumprimento da obrigação<sup>126</sup>.

Além disso, a prévia adequação do cumprimento de obrigações constitucionais às disponibilidades orçamentárias, com base em ampla prova técnica, resguarda o equilíbrio das finanças públicas sem descuidar da implementação dos direitos sociais. As dificuldades orçamentárias e os limites da reserva do possível podem ser resolvidos por um ativismo judicial moderado, responsável e comprometido com a guarda da Constituição<sup>127</sup>.

Portanto, há preocupação sobre os impactos de uma crescente intervenção judicial nos domínios econômicos no Brasil, quer nas suas consequências estritamente econômicas, quer em reflexos institucionais mais profundos, derivados de uma até então insuspeitada fragilização do princípio do equilíbrio dos poderes proveniente da hipertrofia da ação judiciária<sup>128</sup>.

<sup>124</sup> BITTENCOURT, Fernando Moutinho Ramalho; GRAÇA, Luis Otavio Barroso da. Decisões judiciais e orçamento público no Brasil: aproximação empírica a uma relação emergente. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais - Orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 203.

<sup>125</sup> MENESES, Geraldo Magela e Silva. Limites ao poder jurisdicional na perspectiva do direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, 40 (159), jul./set. 2003. p. 94.

<sup>126</sup> LUPION, Ricardo. O direito fundamental à saúde e o princípio da impessoalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais - Orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 323.

<sup>127</sup> Idem, p. 324.

<sup>128</sup> BITTENCOURT, Fernando Moutinho Ramalho; GRAÇA, Luis Otavio Barroso da. Op. cit., p. 205-206.



Controlar políticas públicas requer muito mais do que simplesmente ser um juiz “boca da lei”, mas um agente público preocupado com os destinos de toda uma comunidade. Obviamente não o único, mas questões constitucionais que envolvem a materialização dos planos de governo merecem um juiz capaz de dar-se conta do conjunto de mazelas que assola a sociedade, das desigualdade e dos férteis campos de patrimonialismo brasileiros<sup>129</sup>.

Outra dificuldade em relação a essa matéria diz respeito à atuação do juiz e suas impressões psicológicas e sociais, que não podem ser desconsideradas<sup>130</sup>.

Com efeito, “um doente com rosto, identidade, presença física e história pessoal, solicitando ao Juízo uma prestação de saúde não autorizada por lei, mas sem a qual ele pode vir mesmo a falecer, é percebido de forma inteiramente diversa da abstração etéreas do orçamento e das necessidades do restante da população”. Essas questões não são visíveis no momento da decisão jurídica e elas têm sua percepção distorcida pela incredulidade do magistrado, ou seja, pela dúvida de que os recursos públicos estejam sendo efetivamente utilizados na promoção da saúde básica<sup>131</sup>.

Diante desse quadro, Ana Paula Barcellos explica que “[...] é difícil para o juiz deixar de ceder à tentação de dar uma solução jurídica localizada e individual a um problema cujo espaço de discussão é essencialmente político”. E a referida doutrinadora adverte que é necessário que ele “[...] atente a convicção sólida a respeito dos limites de seu papel no âmbito do Estado Democrático de Direito e pela certeza de que há meios jurídicos aptos a impor ao Poder Público a prestação na área da saúde”<sup>132</sup>.

Uma solução para tal problema poderia estar na capacitação técnica dos julgadores sobre a matéria orçamentária. Dessa forma, acredita-se que eles terão uma postura mais técnica e racional no trato das referidas questões, deixando as suas impressões psicológicas e sociais em segundo plano.

---

<sup>129</sup> OHLWEILER, Leonel Pires. *Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do estado democrático de direito*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais - Orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 307-308.

<sup>130</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Eficácia...*, p. 322.

<sup>131</sup> NALINI, José Renato. *Op. cit.*, p. 200.

<sup>132</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Eficácia...*, p. 322-323.

Além disso, Angélica Carlini sugere a criação das câmaras técnicas, isto é, mecanismos de auxílio aos magistrados para fornecimento de argumentação técnica a ser adotada na solução dos casos concretos<sup>133</sup>.

As referidas câmaras consistem em “grupos multiprofissionais que analisam os casos judiciais e fornecem laudos técnicos para os magistrados alicerçarem suas decisões em processos que pleiteiam medicamentos, tratamentos, internações em hospitais, próteses”<sup>134</sup>.

Mister se faz também a criação de varas especializadas, núcleos e grupos de acessoriamente e estudo, estabelecimento de convênios de cooperação técnica entre os Poderes constituídos para a solução de problemas de grande envergadura, com a participação de magistrados, procuradores, defensores públicos, advogados, especialistas, cientistas da área da saúde, são ideias que começam a se materializar e despontar no cenário nacional<sup>135</sup>.

Neste contexto, exemplifica-se o caso de alguém que sofra de glaucoma e proponha uma ação contra o Estado para obter a medicação de que necessita. Perante esse caso, o magistrado, provavelmente, deva considerar que o direito à saúde é um direito fundamental previsto na Constituição e que dele deriva o direito a medicamentos. E ele também haverá de refletir sobre “[...] a realização do referido direito, que é uma resposta a uma questão de política pública; a questão sobre a quantidade de recursos a ser empregada na área da saúde e a maneira de o fazer”<sup>136</sup>. Diante do exposto, pode-se vislumbrar que os direitos fundamentais foram negados de uma forma tão intensa, em face da reserva do possível, que houve um movimento de reação do Judiciário também em sentido acentuado.

Trata-se de um *hard case*, pois o ordenamento jurídico não oferece uma resposta prévia para esta questão. O Poder Judiciário vê-se na contingência de busca apoio em argumentos de princípio<sup>137</sup> e ponderar sobre qual dos valores

<sup>133</sup> CARLINI, Angélica. *Da saúde pública e privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 178-179.

<sup>134</sup> Idem.

<sup>135</sup> SILVA, Ricardo Augusto Dias da. O fórum nacional do judiciário como instrumento na efetivação do direito à saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coords.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 447.

<sup>136</sup> ZANITELLI, Leandro Martins. Custos ou competências? Uma ressalva à doutrina da reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais – Orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 191.

<sup>137</sup> Ronald Dworkin prefere que os tribunais laborem suas decisões por meio de princípios. “Minha visão é que o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as

em jogo tem mais peso; não só abstratamente, mas em relação às situações em concreto. E “a insegurança jurídica toma, aqui, proporções bem mais assustadoras aos olhos dos operadores tradicionais e dos leigos, já que podemos dizer que não há outra solução a não ser a tentativa de buscar o consenso”<sup>138</sup>.

Entende-se que “as dificuldades orçamentárias e os limites da reserva do possível podem ser resolvidos por um ativismo judicial moderado, responsável e comprometido com a guarda da Constituição”<sup>139</sup>.

Destaca-se o posicionamento de Octavio Campos Fischer, para quem:

[...] é necessário asseverar que o discurso da Reserva do Possível deve ser tomado a sério pelo Poder Judiciário. Não pode este deixar-se levar por qualquer argumentação, que visivelmente tenha o intuito de inviabilizar a concretização de direitos dos cidadãos. Do contrário, o argumento da Reserva do Possível, efetivamente, tornar-se-á um manto legitimador para a falta de vontade na concretização normativa da Constituição.<sup>140</sup>

Portanto, há um longo caminho a percorrer. Entende-se que, o julgador deve levar em consideração que “as necessidades devem ser ponderadas e ela deve ocorrer, preferencialmente, no campo do controle das escolhas públicas, na atividade orçamentária”<sup>141</sup>.

## CONCLUSÕES

O ativismo judicial nasce a partir da ineficiência da Administração Pública em prestar políticas públicas garantidoras dos direitos fundamentais sociais. Dessa forma, o Judiciário atua, positivamente, como forma de compensação do déficit social que o Brasil apresenta.

---

peças têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral e que deve tomar essas decisões elaborando e ampliando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o Governo deve tratar as pessoas como iguais.” (DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 101).

<sup>138</sup> FISCHER, Octavio Campos. *Os efeitos...*, p. 29.

<sup>139</sup> LUPION, Ricardo. *Op. cit.*, p. 324.

<sup>140</sup> FISCHER, Octavio Campos. *Os efeitos...*, p. 30.

<sup>141</sup> AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. *Op. cit.*, p. 98.

Assim sendo, há um aumento da responsabilidade do Judiciário em decidir sobre políticas públicas, especialmente sobre questões relacionadas ao direito fundamental à saúde, sendo o Judiciário questionado e criticado por estar intervindo nessa esfera. Argumenta-se que o Judiciário estaria, com sua postura ativista, usurpando funções do Legislativo e Executivo, quando sua função seria somente a de aplicar as normas legais (o desrespeito ao princípio da separação dos poderes). Outra objeção alega que o Judiciário não responderia politicamente pelo povo, pois ele não seria democraticamente legítimo para dizer quais são as suas necessidades, cabendo esta decisão ao próprio povo, através dos órgãos eleitos (o caráter antidemocrático da intervenção judicial). Ainda, alega-se que o acesso a justiça atenderia aos interesses das classes com melhores condições socioeconômicas e alcance à informação (desigualdade no acesso à justiça). Em sentido diverso, há doutrinadores que defendem que a atividade atualmente desempenhada pelo STF não é imprópria à função de um Tribunal porque consiste num instrumento eficaz de concreção da dignidade da pessoa humana, cidadania, justiça e democracia.

Posto isso, todos os direitos fundamentais têm custos. Mas os recursos necessários à sua implementação são finitos. Assim, se os direitos possuem custos, mister se faz discutir a sua arrecadação. Contudo, hoje surge uma preocupação maior em se tratar para onde irão esses recursos arrecadados e quais direitos deverão possuir prioridade concretizadora. Por isso, problematizou-se sobre a questão orçamentária na realização dos direitos fundamentais.

Há a reserva do possível, ou seja, o limite orçamentário. O modelo jurisprudencial e teórico da reserva do possível originou-se na Alemanha e conheceu notável circulação, tendo sido recepcionado pelo Brasil. Entretanto, o tema evoluiu e atualmente é entendido como a reserva do financeiramente possível, no sentido de que mesmo quando a pretensão de prestação é razoável, o Estado só está obrigado a realizá-la se dispuser dos recursos necessários.

Ademais, a reserva do possível passou a ser aplicada pelos tribunais brasileiros como um elemento a inviabilizar a realização dos direitos fundamentais exonerando o Estado de obrigações constitucionalmente assumidas, em virtude da alegação de ausência de recursos. Por isso, atualmente, as decisões têm exigido do Poder Público não a mera alegação de inexistência de recursos, mas a comprovação de ausência de recursos, também denominada exaustão orçamentária.

No sistema brasileiro se repete uma variedade de decisões, de grande relevância para as finanças públicas, tendo-os como parâmetro decisões que desprestigiam a força do orçamento, e não a matéria normativa que realça a sua autoridade. Dessa forma, alguns julgadores desprezam a questão relativa aos custos destes direitos, determinando uma aplicação quase que absoluta da norma constitucional, de modo a colocar em um segundo plano eventuais consequências jurídicas de suas decisões para o orçamento público.

Contudo, entende-se que, apesar do uso exaustivo do argumento da reserva do possível pelo Poder Público, que gerou certa reação de descrédito, a limitação de recursos existe e não pode ser ignorada. Logo, diante da escassez de recursos, o Poder Judiciário deve observar a teoria da reserva do possível, buscando uma posição de equilíbrio e racionalidade a partir de sua aplicação.

A questão também é controversa quando se trata da possibilidade de controle judicial dos limites materiais à elaboração e execução do orçamento público. É a questão da justiciabilidade das políticas públicas pelo orçamento.

Essa intervenção judicial no orçamento público tem se verificado por meio da determinação de abertura de créditos suplementares no orçamento em curso ou pela inclusão de recursos em favor de programas de trabalho em orçamentos futuros. Trata-se de sentenças aditivas, das decisões que implicam aumento de custos para o Erário, obrigando-o ao reconhecimento de um direito social não previsto originalmente no orçamento do Poder Público demandado.

A casuística também aponta precedentes, que diante da ausência de recursos, o custeio da atividade poderá ser extraído da rubrica correspondente à “verba de propaganda”. Apesar do caráter inovador desse manejo jurisdicional do orçamento, há doutrinadores que entendem que os esforços de construção de um caminho de solução para um exercício adequado do controle judicial de políticas públicas estão ainda em fase muito incipiente, afirmando a necessidade de exploração de outras alternativas de enfrentamento da questão.

Diante disso, há quem defenda que o Poder Judiciário não pode ser um agente do orçamento público, pois na análise judicial de um caso concreto, o juiz não pode discutir e ter a visão global dos quadros de receitas e despesas públicas. Tal argumento consiste na crítica técnica, a qual se apoia na percepção de que o Judiciário não domina o conhecimento específico necessário para instituir políticas públicas. O juiz é um ator social que observa apenas os casos concretos, a microjustiça, ao invés da macrojustiça, cujo gerenciamento é mais afeto à Administração Pública.

Ainda, afirma-se que, quando as sentenças aditivas resultam em um aumento dos encargos do Estado colidem com ditames constitucionais, uma vez que provocam um agravamento imprevisível das despesas públicas.

Em suma, há quem afirme que, se o orçamento é insindicável, caso as opções orçamentárias não estivessem de acordo com a Constituição e com o cumprimento dos direitos fundamentais, poderia se afirmar que há um espaço no ordenamento jurídico que não é controlável, tendo em vista que a Constituição é normativa. Por outro lado, há doutrinadores que defendem a sindicabilidade do orçamento ressaltando a necessidade de atendimento das disposições constitucionais.

Dessa forma, obriga-se o Estado a realizar gastos públicos e, uma vez que os recursos públicos disponíveis são menores do que o necessário para oferecer a todos os cidadãos todos os direitos que a Constituição prevê, muitas vezes, a Administração não tem ou não pode dispor dos recursos necessários para atender a decisão judicial sem prejudicar a tutela de outros direitos para outras pessoas.

Ainda que alguns pedidos isolados talvez não tragam maiores problemas para as finanças públicas, ao se abrir um precedente, todos aqueles que se encontram na mesma situação podem fazer o mesmo pedido ao Judiciário, criando um efeito multiplicador que terá um maior impacto para as contas públicas.

A doutrina já destaca que vários Estados da Federação gastam mais em pagamentos de ações judiciais sobre o acesso à saúde e remédios do que nos próprios orçamentos. Assim, ao invés de os Governos elaborarem políticas públicas, acabam gastando energias para atender demandas *ad hoc*. Tal situação é interessante para os governos, pois ao invés de concederem remédios e proporcionarem internamentos por meio de políticas para todos, eles fornecem advogados para que as pessoas ingressem com ações. E isso forma um círculo vicioso, pelo qual a autoridade pública exime-se da obrigação de executar as opções constitucionais na matéria a pretexto de aguardar as decisões judiciais sobre o assunto, ou mesmo sob o argumento de que não há recursos para fazê-lo, tendo em vista o que é gasto para cumprir essas mesmas decisões judiciais.

Portanto, há preocupação sobre os impactos de uma crescente intervenção judicial nos domínios econômicos no Brasil, quer nas suas consequências estritamente econômicas, quer em reflexos institucionais mais profundos

derivados de uma até então insuspeitada fragilização do princípio do equilíbrio dos poderes proveniente da hipertrofia da ação judiciária.

Outra dificuldade em relação a essa matéria diz respeito à atuação do juiz e suas impressões psicológicas e sociais, que não podem ser desconsideradas. Uma solução para tal problema poderia estar na capacitação técnica dos julgadores sobre a matéria orçamentária. Dessa forma, acredita-se que eles terão uma postura mais técnica no trato das referidas questões, deixando as suas impressões psicológicas e sociais em segundo plano. E a doutrina também sugere a criação de câmaras técnicas e varas especializadas.

Diante do exposto, pode-se vislumbrar que os direitos fundamentais foram negados de uma forma tão intensa, em face da reserva do possível, que houve um movimento de reação do Judiciário também em sentido acentuado.

Por fim, conclui-se que as dificuldades orçamentárias e os limites da reserva do possível, podem ser resolvidos por um ativismo judicial moderado e comprometido com a guarda da Constituição. Portanto, há um longo caminho a percorrer. As possibilidades, devem ser ponderadas e ela deve ocorrer preferencialmente no campo do controle das escolhas públicas, na atividade orçamentária.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

AMARAL, Gustavo. *Direito escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais – Orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba, Juruá, 2006.

ARANTES, Rogério Bastos. Constitutionalism, the expansion of justice and the judicialization of politics in Brazil. In: SIEDER, Rachel, SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan. *The judicialization of politics in Latin America*. New York: Palgrave Macmillan, 2006.

ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Custos legis – Revista Eletrônica do Ministério Público Federal*. Rio de Janeiro, a. 1, n. 1, p. 8-9, 2009. Disponível em: <<http://www.prrj.mpf.gov.br/custoslegis/>

revista\_2009/2009/aprovados/2009a\_Tut\_Col\_Arenhart%2001.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2012.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Stare decisis*, integridade e segurança jurídica: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de *common law* e *civil law* na sociedade contemporânea. 264 f. Tese de doutorado pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 28 fev. 2011.

\_\_\_\_\_; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 59-86, jan./jun. 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

\_\_\_\_\_. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais - Orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 13, p. 71-91, jan./mar. 2009.

\_\_\_\_\_. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

BITTENCOURT, Fernando Moutinho Ramalho; GRAÇA, Luis Otavio Barroso da. Decisões judiciais e orçamento público no Brasil: aproximação empírica a uma relação emergente. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais - Orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BRASIL. Justiça Federal, Seção Judiciária de Santa Catarina. Ação Civil Pública nº 5021354-24.2013.404.7200/SC, 3ª V.F. de Florianópolis, Julgador: Juiz Federal Substituto Diógenes Tarcísio Marcelino Teixeira, Julgado em: 16.12.2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 493.811/SP, 2ª T., Relª Min. Eliana Calmon, 11 nov. 2003, DJ: 15.03.2004.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 716777/RS, 2ª T., Rel. Min. Celso de Mello, Julgado em: 09.04.2013, DJe: 16.05.2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Julgado em: 29.04.2004, DJ: 04.05.2004.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União, Processo nº 032.624/2013-1, Rel. Min. Benjamim Zymler, Julgado em: 26.03.2014. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/>>



page/portal/TCU/imprensa/noticias/detalhes\_noticias?noticia=502278>. Acesso em: 27 dez. 2014.

BREUS, Thiago Lima. Políticas públicas no estado constitucional: a problemática da concretização dos direitos fundamentais sociais pela administração pública brasileira contemporânea. 246 f. Dissertação de mestrado pela Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, ago. 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. *Tragic choices: the fels lectures on public policy analysis*. New York: Norton, 1978.

CARLINI, Angélica. *Da saúde pública e privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade das políticas públicas. *Revista Informação Legislativa*, Brasília, n. 138, abr./jun. 1998.

CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos fundamentais sociais: Dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). *Leituras complementares de constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FISCHER, Octavio Campos. A manipulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade e alguns reflexos no direito tributário. 250 f. Tese de doutorado pela Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 2002.

\_\_\_\_\_. Arguição de descumprimento de preceito fundamental no direito tributário. In: FISCHER, Octavio Campos (Coord.). *Tributos e direitos fundamentais*. São Paulo: Dialética, 2004.

\_\_\_\_\_. *Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

G1. *Fantástico percorre hospitais do Brasil e encontra UTI sem médicos*. 25.05.2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2014/05/fantastico-percorre-hospitais-do-brasil-e-encontra-uti-sem-medicos.html>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

G1. *Sem atendimento médico, mulher morre em frente a UPA em Curitiba*. 24.06.2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2015/06/sem-atendimento-medico-mulher-morre-em-frente-upa-em-curitiba.html>>. Acesso em: 25 jun. 2015.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. *Direitos fundamentais sociais: releitura de uma constituição dirigente*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

HOFLING, Eloisa de Mattos. Estado e políticas (públicas) sociais. *Cad. CEDES [on-line]*, v. 21, n. 55, p. 31, 2001.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York and London: W. M. Norton, 1999.

JUNG, Thais Michelle Wikler. Reserva do possível: entre a concretização de direitos sociais prestacionais e o sistema orçamentário constitucional. 155 f. Dissertação de mestrado pelas Faculdades Integradas do Brasil, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 2013.

LEITE, Harrison Ferreira. *Autoridade da lei orçamentária*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Políticas públicas no estado constitucional*. São Paulo: Atlas, 2013.

LUNA, Lara. "Fazer viver e deixar morrer": A má-fé da saúde pública no Brasil. In: SOUZA, Jessé. *A ralé brasileira: Quem é e como vive*. Belo Horizonte: UFMG, 2011, p. 305-327.

LUPION, Ricardo. O direito fundamental à saúde e o princípio da impessoalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais - Orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do poder judiciário na implementação de políticas públicas. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, a. 5, n. 18, p. 169-186, jul./set. 2007.

\_\_\_\_\_. Saúde: um direito fundamental social individual. *Revista Brasileira de Direito da Saúde*, Brasília: CMB, v. 1, p. 21-34, 2012.

MAURÍCIO JÚNIOR, Alceu. A revisão judicial das escolhas orçamentárias e a efetivação dos direitos fundamentais. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 15, jan./mar, 2007. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_seguro/Revisao\\_Judicial\\_Escolhas.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/Revisao_Judicial_Escolhas.pdf)>. Acesso em: 22 jul. 2014.

MAZZA, Fábio Ferreira; MENDES, Áquilas Nogueira. Decisões judiciais e orçamento: um olhar sobre a saúde pública. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 14, n. 3, p. 42-65, nov. 2013/fev. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENESES, Geraldo Magela e Silva. Limites ao poder jurisdicional na perspectiva do direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, 40 (159), jul./set. 2003.

MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

NABAIS, José Casalta. *A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15184-15185-1-PB.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2014.

NALINI, José Renato. O Judiciário e a ética na saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coords.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NUNES, António José Avelãs. Os tribunais e o direito à saúde. *Revista Juris Poiesis*, Rio de Janeiro, a. 14, n. 14, p. 473-490, jan./dez. 2011.

OHLWEILER, Leonel Pires. *Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do estado democrático de direito*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais – Orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

OLIVEIRA, Heletícia Leão de. Reflexões sobre a judicialização do direito fundamental à saúde a partir do ativismo judicial. *Juris Poiesis, Revista do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá*, Rio de Janeiro, a. 16, n. 16, p. 401-429, jan./dez. 2013.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível. 390 f. Dissertação de mestrado pela Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 2006.

PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. A reserva do possível na jurisdição constitucional brasileira. 287 f. Dissertação de mestrado pela Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 2009.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde: regime jurídico-constitucional, políticas públicas e controle judicial*. 270 f. Dissertação de mestrado pela Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 15 mar. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia, efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro*. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra, 2009.

\_\_\_\_\_. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais - Orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

\_\_\_\_\_; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais - Orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais - Orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SCHWARTSMAN, Hélio. Obscurantismo judicial. *Folha de S. Paulo*, 25 jun. 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/helioschwartzman/2014/06/1475850-obscurantismo-judicial.shtml>>. Acesso em: 27 jun. 2014.

SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à teoria dos custos dos direitos*. Reserva do possível. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, v. 1, 2010.

SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

SILVA, Ricardo Augusto Dias da. O fórum nacional do judiciário como instrumento na efetivação do direito à saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coords.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 427-449.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: Críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito sociais: Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. *Direitos ambientais no estado socioambiental*. Seminário Internacional Direitos Fundamentais no Estado Socioambiental, 16 de setembro de 2013. Disponível em: <<http://amprs.jusbrasil.com.br/noticias/2659885/lenio-streck-abre-seminario-internacional-direitos-fundamentais-no-estado-socioambiental>>. Acesso em: 6 maio 2014.

\_\_\_\_\_. *O papel das constituições e do constitucionalismo na contemporaneidade: crise dos sentidos e sentidos da(s) crise(s)*. XI Simpósio Nacional de Direito Constitucional, Curitiba, 1 a 3 de maio de 2014.

SUZIN, Jederson. A implementação do direito à saúde: a legitimidade do judiciário e seus limites. 100 f. Dissertação de mestrado pelas Faculdades Integradas do Brasil, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 2012.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Revista Direito GV*, v. 8, n. 1, São Paulo, jan./jun. 2012.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. O orçamento na constituição. Rio de Janeiro: Renovar, v. 5, 2000.

\_\_\_\_\_. *O direito do mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

VITÓRIO, Teodolina Batista da Silva Cândido. O ativismo judicial como instrumento de concreção dos direitos fundamentais no estado democrático de direito: uma leitura à luz do pensamento de Ronald Dworkin. 255 f. Tese de Doutorado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito Público. Belo Horizonte, 2011.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais – Orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

ZANITELLI, Leandro Martins. Custos ou competências? Uma ressalva à doutrina da reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais – Orçamento e reserva do possível*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

# O CASO DO SISTEMA “CREDIT SCORING” DO CADASTRO POSITIVO

## THE CASE OF THE CONSUMER DATABASE CREDIT SCORING SYSTEM

**Ricardo Lupion<sup>1</sup>**

Pós-Doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo analisar as teses fixadas pelo Superior Tribunal de Justiça no recente julgamento do sistema *Credit Scoring*, do Cadastro Positivo e seus limites vinculados à privacidade e transparência.

**PALAVRAS-CHAVE:** Cadastro positivo; *credit scoring*; contrato; atividade empresarial; risco de crédito; privacidade; transparência.

**ABSTRACT:** *The purpose of this paper is to analyze the positions taken by the Superior Court of Justice in the recent case of the Consumer Database Credit Scoring and its limits with respect to privacy and transparency.*

### INTRODUÇÃO AO TEMA

**I**nstituído pela Lei nº 12.414, de 2011, regulamentada pelo Decreto nº 7.829, de

**KEYWORDS:** *Consumer database; credit scoring; contract; business activity; credit risk; privacy; transparency.*

**SUMÁRIO:** Introdução ao tema; 1 O entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul; 2 A decisão do Superior Tribunal de Justiça: o sistema *Credit Scoring*, do Cadastro Positivo, é uma prática comercial lícita; Reflexão final; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction to the topic; 1 The opinion of the Rio Grande do Sul State Court of Appeals; 2 The Superior Court of Justice's decision: the Consumer Database Credit Scoring system is a lawful business practice; Final considerations; References*

2012, o cadastro positivo consiste na formação do histórico de crédito de pessoas naturais e jurídicas e criação de bancos de dados com informações

<sup>1</sup> Mestrado e Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Professor de Direito Empresarial do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGDir) na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Coordenador do Curso de Especialização em Direito Empresarial da PUCRS, Advogado Empresarial em Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil.

de pagamento de dívidas e de cumprimento de outras obrigações pecuniárias dessas pessoas.

Trata-se de banco de dados completo com informações financeiras, histórico de crédito e comportamento de pagamentos de obrigações dos clientes (pessoas físicas e jurídicas). Neste cadastro, poderão ser verificados os pagamentos efetuados e em andamento e, ainda, o valor de eventuais empréstimos.

Essas informações serão fornecidas por bancos e demais instituições financeiras, cartões de crédito e pelo comércio em geral, sendo admitida a inclusão das informações originadas pelas concessionárias prestadoras de serviços públicos continuados (luz, gás, água e esgoto), provedores de TV por assinatura, Internet e instituições de ensino, cujas informações serão mantidas por qualquer pessoa jurídica que atender aos requisitos estabelecidos no art. 1º do Decreto nº 7.829/2012.

Esse cadastro positivo irá subsidiar a decisão de comerciantes na concessão de crédito, na realização de venda a prazo ou de outras transações comerciais que impliquem risco de perda financeira para o credor, permitindo-lhe uma melhor avaliação do risco envolvido na operação. Essa melhora na avaliação do risco poderá resultar na oferta de condições mais vantajosas para o interessado (arts. 1º, 2º, inciso I, 3º e 7º da Lei nº 12.414, de 2011).

Poderá constar do histórico de crédito, o conjunto de informações financeiras e de pagamentos relacionados às operações de crédito e obrigações de pagamento, adimplidas ou em andamento, tais como: (i) a data da concessão do crédito ou da assunção da obrigação de pagamento; (ii) o valor do crédito concedido ou da obrigação de pagamento assumida; (iii) os valores devidos das prestações ou obrigações, indicadas as datas de vencimento e de pagamento; e (iv) os valores pagos, mesmo que parciais, das prestações ou obrigações, indicadas as datas de pagamento (arts. 2º, inciso VII, e 3º da Lei nº 12.414, de 2011, e arts. 2º, 3º e 6º do Decreto nº 7.829, de 2012).

A Lei nº 12.414, de 2011, proíbe as anotações excessivas, assim consideradas aquelas que não estiverem vinculadas à análise de risco de crédito do cadastrado, e informações sensíveis, assim consideradas aquelas pertinentes à origem social e étnica, à saúde, à informação genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e filosóficas (art. 3º, § 3º, da Lei nº 12.414, de 2011).

A abertura do cadastro positivo exige prévia autorização do potencial cadastrado, mediante consentimento informado e assinatura de instrumento

específico ou em cláusula apartada, diretamente à fonte informadora ou ao gestor de banco de dados (art. 4º, *caput* e § 1º da Lei nº 12.414, de 2011, art. 7º do Decreto nº 7.829, de 2012, e art. 3º da Resolução nº 4.172, de 2012).

Para as empresas, bancos e demais instituições financeiras, haverá maior facilidade e maior adequação na concessão do crédito com reflexos na queda da inadimplência, incluindo o superendividamento, considerando que será possível avaliar o histórico de crédito, como também montante dos valores emprestados. Essas informações evidenciarão a situação de "bom pagador" do possível interessado em realizar operações com empresas e bancos.

As pessoas jurídicas responsáveis pela administração dos bancos de dados, pela coleta, armazenamento, análise e acesso de terceiros aos dados armazenados criaram um sistema de pontuação (*Score* Crédito) como instrumento de apoio para as decisões de concessão de crédito. Esse sistema, a partir de informações comportamentais, atribui uma escala numérica, na qual o menor índice representa maior risco e o maior índice, menor chance de inadimplência, auxiliando a prever o provável e futuro comportamento dos consumidores.

A criação desse sistema, no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, originou a expressiva quantidade de oitenta mil demandas sobre o tema<sup>2</sup>, a ponto de caracterizar a multiplicidade de recursos prevista no art. 543-C do Código de Processo Civil<sup>3</sup>, justificando o sobrestamento de recursos perante o Tribunal de Justiça até o pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria<sup>4</sup>.

## 1 O ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, contrária à adoção do *escore* no cadastro positivo, já estava consolidada e pacificada, a ponto de justificar decisões recursais monocráticas com base no

<sup>2</sup> Fonte: NURER (Núcleo de Recursos Repetitivos e Repercussão Geral) do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

<sup>3</sup> Brasil, Código de Processo Civil: "Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo. § 1º Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça".

<sup>4</sup> Brasil, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Recurso Especial nº 70055630297, Terceira Vice-Presidência, Des. André Luiz Planella Villarinho, J. em 23.08.2013.



art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil que autoriza o julgamento monocrático pelo Relator na hipótese de jurisprudência dominante do tribunal.

Conforme antes mencionado, milhares de ações judiciais estão em curso no Estado do Rio Grande do Sul objetivando a declaração de ilegalidade do sistema de pontuação (*Score Crédito*) e, conseqüentemente, indenização por danos morais.

## 1.1 A (I)LICITUDE DO SISTEMA, NA PERSPECTIVA DAS DECISÕES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

O caso paradigmático no qual foi proferida a recente decisão do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema refere-se a uma ação judicial promovida por um consumidor gaúcho<sup>5</sup>, pleiteando a declaração de ilegalidade na manutenção de seus dados no serviço disponibilizado pela empresa gestora do cadastro positivo, denominado SCPC *Score Crédito*, bem como indenização por danos morais decorrentes deste fato.

O consumidor sustentou que não possuía nenhuma restrição de crédito, mas que a sua pontuação no sistema SCPC *Score Crédito* prejudicou o seu acesso ao comércio. Fundamentou a sua pretensão no caráter sigiloso dos seus dados e nas disposições do Código de Defesa do Consumidor.

Em primeira instância, a ação foi julgada procedente para determinar a exclusão do nome do autor do cadastro *Crediscor*, de forma definitiva, com a fixação da multa-dia de R\$ 622,00 (para o caso de descumprimento) e indenização de R\$ 6.220,00 por prejuízos imateriais<sup>6</sup>.

O Tribunal de Justiça manteve a decisão de primeira instância por considerar abusiva a prática comercial de utilizar dados dos consumidores para fixar uma pontuação, como forma de verificar a probabilidade de inadimplemento. Considerou que o sistema não é um mero serviço ou ferramenta de apoio e proteção aos fornecedores, mas uma forma de burlar direitos fundamentais,

<sup>5</sup> Brasil, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 10ª Vara Cível do Foro Central, Processo nº 001/1.12.0110621-5, Autor: Anderson Guilherme Prado Soares, Ré: Boa Vista Serviços S/A.

<sup>6</sup> Brasil, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 10ª Vara Cível do Foro Central, Processo nº 001/1.12.0110621-5, Juiz Alexandre Schwartz Manica, Julgado em 20.12.2012. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 17 nov. 2014.

afrontando toda a sistemática protetiva do consumidor, que inegavelmente se sobrepõe à proteção do crédito<sup>7</sup>.

Na perspectiva das decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, o SCPC *Score* Crédito funciona como ferramenta de atribuição de pontos aos consumidores, para consulta das empresas na concessão de crédito, a fim de estabelecer a probabilidade de inadimplemento em relação àquele que objetiva o crédito. Contudo, esta forma de classificar os consumidores não é acessível a todos, não se possibilitando a quem tem seu perfil traçado as informações contidas no sistema.

O Tribunal considerou o novo serviço ilícito por contrariar diversas normas constitucionais e ordinárias, especialmente aquelas dispostas no Código de Defesa do Consumidor.

No plano constitucional, o Tribunal considerou que os critérios de pontuação do sistema, por não serem acessíveis aos consumidores, viola o art. 5º, XXXIII, da Constituição Federal, que assegura a todos o direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, que serão prestados na forma da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado<sup>8</sup>.

Além desse disposto constitucional tipo por violado, o Tribunal também consignou que a defesa dos direitos do consumidor ganhou novos contornos com sua introdução no rol de direitos fundamentais, tal como declarado no art. 5º, XXXII, da Constituição Federal. Para o Tribunal, esse reconhecimento resultou na superioridade do direito do consumidor em relação aos demais preceitos existentes no ordenamento que não se enquadram como direitos fundamentais, como, por exemplo, a lei instituidora do cadastro positivo.

A decisão do Tribunal também referiu que a Constituição Federal também inseriu a defesa do consumidor como um dos princípios gerais da atividade econômica (art. 170, inciso V).

<sup>7</sup> Brasil, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Agravo em Apelação Cível nº 70054363627, 9ª C.Cív., Relª Des. Marilene Bonzanini, J. em 15.05.2013.

<sup>8</sup> Brasil, Constituição Federal: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; [...]”.

No plano infraconstitucional, o Tribunal assentou a decisão no princípio da vulnerabilidade do consumidor consagrado no art. 4º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, argumentando que a vulnerabilidade configura a presunção absoluta de que existe um desequilíbrio entre os agentes econômicos envolvidos na relação de consumo, de tal monta que surge a necessidade de que o Estado proteja a parte mais fraca, a fim de reequilibrar esta relação.

Também sustentou que, em razão da assimetria informacional entre fornecedor e consumidor, o Código de Defesa do Consumidor também assegurou o direito à informação conforme previsto no art. 6º, inciso III, tendo inúmeros desdobramentos nas relações de consumo<sup>9</sup>.

Por fim, a decisão do Tribunal Estadual também sustentou a sua decisão no disposto no art. 43 do Código de Defesa do Consumidor<sup>10</sup>, que assegura ao consumidor acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Como segundo reflexo do princípio da transparência, temos o novo dever de informar imposto ao fornecedor pelo CDC. Este dever de informar concentra-se, inicialmente, nas informações sobre as características do produto ou serviço oferecido no mercado. O dever de informar foi sendo desenvolvido na teoria contratual através da doutrina alemã *Nebenflicht*, isto é, da existência de deveres acessórios, deveres secundários ao da prestação contratual principal, deveres instrumentais ao bom desempenho da obrigação, deveres oriundos do princípio da boa-fé na relação contratual, deveres chamados anexos. O dever de informar passa a representar, no sistema do CDC, um verdadeiro dever essencial, dever básico (art. 6º, inciso III) para a harmonia e transparência nas relações de consumo, na atividade de toda a cadeia de fornecedores, é verdadeiro ônus atribuído aos fornecedores, parceiros contratuais ou não do consumidor. (MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: RT, 2002. p. 646)

<sup>10</sup> Brasil, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990: “Art. 43. O consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes. § 1º Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos. § 2º A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele. § 3º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas. § 4º Os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores, os serviços de proteção ao crédito e congêneres são considerados entidades de caráter público. § 5º Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores”.

<sup>11</sup> “A elaboração, organização, consulta e manutenção de bancos de dados sobre consumidores e sobre consumo não é proibida pelo CDC; ao contrário, é regulada por este; logo, permitida. A lei fornece, porém, parâmetros de lealdade, transparência e cooperação e controla esta prática de forma

Com base nos fundamentos constitucionais e infraconstitucionais antes referidos, o Tribunal concluiu que: (i) o consumidor tem o direito de obter informações sobre seus dados pessoais e de consumo arquivados; (ii) os cadastros e dados devem ser objetivos, claros e verdadeiros; (iii) é abusiva a prática comercial de utilizar dados dos consumidores, inclusive após a exclusão das inscrições negativas pelo decurso do prazo de cinco anos, para lhe alcançar uma pontuação, de forma a verificar a probabilidade de inadimplemento; (iv) o sistema de *Score* não é um mero serviço ou ferramenta de apoio e proteção aos fornecedores, mas uma forma de burlar direitos fundamentais, afrontando toda a sistemática protetiva do consumidor, que inegavelmente se sobrepõe à proteção do crédito; (v) os maus pagadores já possuem os seus nomes inscritos nos órgãos de proteção ao crédito, cujos dados podem ser utilizados livremente pelas empresas, pelo prazo de cinco anos; (vi) não é possível a utilização de registros pessoais dos consumidores, além do prazo de cinco anos, para formar um novo sistema de probabilidade de inadimplemento, sem informar claramente aos interessados e a toda sociedade quais são exatamente as variáveis utilizadas e as razões pelas quais uma pessoa é classificada como com "alta probabilidade de inadimplência" e outra com "baixa probabilidade de inadimplência".

Em razão da falta de transparência e de clareza desta "ferramenta", o consumidor que teve crédito negado em face de sua pontuação fica sem saber as razões pelas quais é considerado propenso ao inadimplemento, restando frustrada a sua legítima expectativa de ter acesso aos seus dados e a explicações

---

a prevenir e diminuir os danos causados por estes bancos de dados e/ou pelos fornecedores que os utilizam no mercado." (MARQUES, Cláudia Lima. Op. cit.). Herman Benjamin também fez distinção entre os cadastros de devedores e os bancos de dados de proteção de crédito, nos seguintes termos: "Partilhando afinidades com os bancos de dados, os cadastros de consumidores deles se apartam em pelo menos três pontos. Primeiro, a permanência das informações é acessória, já que o registro não é um fim em si mesmo, estando a manutenção dos dados vinculada ao interesse comercial atual ou futuro, mas sempre direto e particularizado, do arquivista em relação ao cliente cadastrado. Segundo, tampouco funcionam os cadastros pigmentados pela aleatoriedade na coleta das informações. Exatamente porque o universo subjetivo que move o arquivista coincide com aquele da sua própria atuação empresarial (arquivista e fornecedor não são agentes econômicos diversos, confundindo-se na mesma pessoa), os 'cadastráveis' tendem a ser delimitados, isto é, normalmente associados a um grupo pequeno de consumidores, efetivos ou potenciais. Em oposição à prática dos bancos de dados, é comum, uma vez que o consumidor deixe de transacionar com a empresa, a exclusão de seu nome do cadastro mantido. Por derradeiro, os cadastros orientam-se pela transmissibilidade intrínseca ou interna, circulando e beneficiando somente ou preponderantemente o arquivista, que, como há pouco notamos, não é um terceiro, mas o fornecedor mesmo, sujeito de direito de relação jurídica de consumo" (BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 432).

sobre a negativa do crédito. Cita a existência de diversos precedentes do Tribunal no mesmo sentido<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> “BRASIL – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL – APELAÇÃO CÍVEL – RESPONSABILIDADE CIVIL – INFORMAÇÃO NEGATIVA – CREDIScore – OBRIGAÇÃO DE FAZER – EXIBIÇÃO DE DADOS DO CONSUMIDOR – OBRIGAÇÃO DE NÃO-FAZER – SUSPENSÃO DE DISPONIBILIZAÇÃO DO CADASTRO – ATO ILÍCITO – VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE DO CONSUMIDOR – PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA – ATO ILÍCITO CONFIGURADO – DANOS MORAIS – DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO – QUANTUM INDENIZATÓRIO – MAJORAÇÃO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – MANUTENÇÃO – O CREDIScore E A PROTEÇÃO AOS DIREITOS DE PERSONALIDADE – Comprovada a existência do *Crediscore* com a finalidade de auxiliar os estabelecimentos comerciais associados na análise do crédito dos consumidores. Caracterizado como serviço ou banco de dados está submetido aos princípios e regras do CDC. Análise relacionando o exame das atividades do *Crediscore* com os direitos de personalidade do consumidor, honra e privacidade. Exame a partir do art. 43 do CDC. Nenhum serviço, produto ou atividade que guarde informações dos consumidores pode violar o princípio da transparência. É inadmissível que informações do consumidor possam ser utilizadas nas relações de consumo, sem o respeito aos direitos de personalidade. A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE NO CASO CONCRETO – Admissão pela própria parte ré que realiza análise do perfil do consumidor, cujo objetivo é a análise de crédito, alimentada por dados fornecidos pelos associados. Irrelevância do tempo de armazenagem dos dados. Aplicação das limitações impostas pelo art. 43 do CDC. Qualquer espécie de registro do consumidor deve ser claro, transparente, objetivo, sempre possibilitando o acesso a tais informações. O *Crediscore*, no modo como está estruturado, primando pela falta de transparência das informações sobre consumidores, bem como pela utilização de informações negativas sem qualquer limite temporal, constitui-se prática abusiva. Análise da contestação oferecida a partir do art. 302 do CPC. Possibilidade de aplicação do art. 461 do CPC, determinando o fornecimento das informações do consumidor, bem como a não disponibilização do seu cadastro no *Crediscore*, sob pena de multa diária. DANO EXTRAPATRIMONIAL – Dever de indenizar caracterizado, frente aos danos advindos da falha do serviço disponibilizado pela empresa ré no mercado de consumo. QUANTUM DA INDENIZAÇÃO – A indenização por danos extrapatrimoniais deve ser suficiente para atenuar as consequências das ofensas aos bens jurídicos tutelados, não significando, por outro lado, um enriquecimento sem causa, bem como deve ter o efeito de punir o responsável de forma a dissuadi-lo da prática de nova conduta. Fixação do valor da indenização com base na jurisprudência do STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – Manutenção do percentual da verba honorária fixada pela sentença, observadas as peculiaridades do caso concreto, em obediência aos vetores estabelecidos no art. 20, § 3º, do CPC. Negado seguimento à apelação da parte ré, por manifesta improcedência, nos termos do art. 557, *caput*, do CPC. Apelação da parte autora parcialmente provida, nos termos do art. 557, § 1º-A, do CPC.” (Apelação Cível nº 70050795277, 9ª C.ív., TJRS, Rel. Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 04.09.2012)

“RESPONSABILIDADE CIVIL – AÇÃO INDENIZATÓRIA – SCPC SCORE CRÉDITO – AUSÊNCIA DE INFORMAÇÃO E NOTIFICAÇÃO QUANTO AO REGISTRO – DANO MORAL – CABIMENTO – Caso em que a parte ré oferta às empresas associadas serviço denominado SCPC *Score* Crédito. Ferramenta de análise comportamental de crédito do consumidor, que tem por objetivo aos lojistas, através de uma pontuação de crédito, identificar dentre os pretensos clientes aqueles que se encaixam em um quadro de maior risco para contratação. Violação àquilo que preceitua o art. 43 do Código de Defesa do Consumidor. Inexistência de notificação prévia ao registro realizado. Ausência de informação à autora acerca da existência de cadastro em seu nome. Violação aos deveres de transparência e informação pela entidade cadastral. Dano moral ocorrente. Precedentes desta Corte.

## 2 A DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: O SISTEMA CREDIT SCORING, DO CADASTRO POSITIVO, É UMA PRÁTICA COMERCIAL LÍCITA

A decisão do Superior Tribunal de Justiça, em acórdão da lavra do Exmo. Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, examinou a questão com profundidade, sem hostilidade instintiva, como às vezes se verifica em decisões judiciais marcadas por uma visão predisposta, não realista e negativa da atividade empresarial<sup>13</sup>.

De início, deve ser destacado que o Ministro Relator partiu "praticamente do zero", pois não tinha noção clara acerca do que seria o chamado *credit scoring*, ou simplesmente *creditscore*. Após constatar a existência de mais de 80 mil demandas sobre o tema no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, determinou a realização de audiências públicas, durante as quais constatou "que havia uma grande celeuma acerca da própria natureza do sistema *score* e do regime jurídico

---

Ausente sistema de tarifamento, a fixação do montante indenizatório ao dano extrapatrimonial está adstrita ao prudente arbítrio do juiz. Valor fixado na sentença mantido [R\$ 4.000,00 - quatro mil reais]. Inexistência de recurso pela autora. Negado provimento ao recurso." (Apelação Cível nº 70050416387, 10ª C.Cív., TJRS, Rel. Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em 15.08.2012)

"APELAÇÃO CÍVEL - PEDIDO COMINATÓRIO - OBRIGAÇÃO DE FAZER - INFORMAÇÃO NEGATIVA - CREDISCORE - LEGITIMAÇÃO PASSIVA - ABSTENÇÃO DE INFORMAÇÃO DE DADOS VINCULADOS À AUTORA - EXIBIÇÃO DOS DADOS - RESPONSABILIDADE CIVIL - ATO ILÍCITO - INFRAÇÃO ÀS NORMAS DO CDC - DANO MORAL - RECONHECIMENTO - 1. A consumidora tem direito à exibição das informações referentes ao sistema de avaliação de perfil e índice de risco de inadimplência (*Creditscore*) mantido pela demandada, por constituir-se em dados relativos a sua identidade mantido por órgão de caráter público reconhecido pelo CDC. 2. Utilização do sistema *Creditscore* para informação sobre risco de inadimplência que ofenda o regramento do Código do Consumidor a partir do uso de dados não objetivos, obscuros, de caráter oculto ou sigiloso, com limitação temporal e que obtiveram regularidade pelo adimplemento das obrigações, insuscetíveis, pois, de utilização para qualquer natureza que dificulte ou impeça novo acesso ao crédito ao consumidor. Inteligência do § 5º, art. 43, do CDC. Abstenção pela demandada de informações sobre o sistema *Creditscore* relativos ao nome ou CPF da parte autora. 3. Conduta ilícita que decorre do próprio fato da violação das normas do Código do Consumidor, desnecessária a prova de prejuízo direto, pois o dano ocorre *in re ipsa* e se confirma pela negativa de crédito mesmo sem registro negativo, que embora não documentado devido a negativa por parte das empresas, ganha verossimilhança em razão da comprovação do uso do sistema para avaliação de risco por empresa indicada pela autora e que a demandada negou utilizasse o sistema. 4. Dano moral majorado a partir do exame das circunstâncias das partes envolvidas, da conduta ilícita da demandada, e atento ao critério de proporcionalidade e razoabilidade. Negaram provimento ao apelo da ré e proveram parcialmente o recurso do autor. Unânime." (Apelação Cível nº 70050220409, 9ª C.Cív., TJRS, Rel. Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 29.08.2012)

<sup>13</sup> GARCIA, Ricardo Lupion. Interpretação dos contratos empresariais - Sem fobia e sem idolatria. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre/RS, n. 135, a. XLI, set. 2014.

aplicável por se tratar de um tema novo no cenário jurídico”, ressaltando, finalmente, que “a audiência pública foi extremamente importante na formação do meu convencimento acerca das principais questões controvertidas a serem dirimidas para solução da controvérsia posta no presente processo”<sup>14</sup>.

Registre-se, aqui, o primeiro acerto da decisão do Superior Tribunal de Justiça: decidir a causa sem visão predisposta, não realista ou negativa da atividade empresarial.

## 2.1 TESES FIXADAS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA OS FINS DO DISPOSTO NO ARTIGO 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Excelso Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do recurso, definiu as seguintes teses para os efeitos do art. 543-C do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 11.672, de 2008, que introduziu a sistemática de recursos repetitivos<sup>15</sup>: (1) O sistema *credit scoring* é um método desenvolvido para avaliação

<sup>14</sup> Brasil, Superior Tribunal de Justiça, 2ª T., Recurso Especial nº 1.419.697-RS, Min. Paulo de Tarso Sanseverino, J. em 12.11.2014.

<sup>15</sup> Brasil, Código de Processo Civil: “Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo. § 1º Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça. § 2º Não adotada a providência descrita no § 1º deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida. § 3º O relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia. § 4º O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia. § 5º Recebidas as informações e, se for o caso, após cumprido o disposto no § 4º deste artigo, terá vista o Ministério Público pelo prazo de quinze dias. § 6º Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta na seção ou na Corte Especial, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus*. § 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem: I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça. § 8º Na hipótese prevista no inciso II do § 7º deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial. § 9º O Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de segunda instância regulamentarão, no âmbito de suas competências, os procedimentos relativos ao processamento e julgamento do recurso especial nos casos previstos”.

do risco de concessão de crédito, a partir de modelos estatísticos, considerando diversas variáveis, com atribuição de uma pontuação ao consumidor avaliado (nota do risco de crédito); (2) Essa prática comercial é lícita, estando autorizada pelo art. 5º, IV, e pelo art. 7º, I, da Lei nº 12.414/2011 (Lei do Cadastro Positivo); (3) Na avaliação do risco de crédito, devem ser respeitados os limites estabelecidos pelo sistema de proteção do consumidor no sentido da tutela da privacidade e da máxima transparência nas relações negociais, conforme previsão do CDC e da Lei nº 12.414/2011; (4) Apesar de desnecessário o consentimento do consumidor consultado, devem ser a ele fornecidos esclarecimentos, caso solicitados, acerca das fontes dos dados considerados (histórico de crédito), bem como as informações pessoais valoradas; (5) O desrespeito aos limites legais na utilização do sistema *credit scoring*, configurando abuso no exercício desse direito (art. 187 do CC), pode ensejar a responsabilidade objetiva e solidária do fornecedor do serviço, do responsável pelo banco de dados, da fonte e do consulente (art. 16 da Lei nº 12.414/2011) pela ocorrência de danos morais nas hipóteses de utilização de informações excessivas ou sensíveis (art. 3º, § 3º, I e II, da Lei nº 12.414/2011), bem como nos casos de comprovada recusa indevida de crédito pelo uso de dados incorretos ou desatualizados.

## 2.2 AVALIAÇÃO DO RISCO DE CRÉDITO NOS CONTRATOS EM GERAL E O SISTEMA *CREDIT SCORING*

Não é nenhuma novidade o procedimento da prévia verificação da idoneidade da outra parte e de sua capacidade financeira de honrar o negócio jurídico a ser celebrado e a avaliação dos riscos antes da contratação.

Assim, na compra e venda com pagamento do preço a prazo, é usual que o vendedor verifique se o comprador terá condições financeiras e econômicas para honrar o pagamento das parcelas do preço. Da mesma forma, nos contratos de locação, é um procedimento rotineiro, o locador examinar as condições financeiras e econômicas do futuro fiador, sua renda, seus bens etc., ou, como profetizou o Ministro Ruy Rosado, em 1995, há quase duas décadas, “não se pode negar ao vendedor o direito de informar-se sobre o crédito do seu cliente na praça, e de repartir com os demais os dados de que dele dispõe”<sup>16</sup>.

Nessa perspectiva, a decisão identificou que o sistema de *credit scoring* representa “essa avaliação do risco de celebração do contrato envolve um

<sup>16</sup> Brasil, Superior Tribunal de Justiça, 4ª T., Recurso Especial nº 22.337, Rel. Min. Ruy Rosado, J. em 13.03.1995.



conhecimento da pessoa do outro contratante, do objeto do contrato e do próprio conteúdo do contrato a ser celebrado, fazendo-se, assim, uma análise recíproca do risco do negócio a ser celebrado (risco do crédito)". E mais, ressaltou que, na sociedade de consumo marcada pela massificação das relações e pelo anonimato, os métodos tradicionais de avaliação do crédito são inadequados e incompatíveis.

A velocidade com que se realizam os negócios, rapidez que atende aos interesses dos consumidores, tornou incompatível o método tradicional do preenchimento do cadastro, apresentação de documentos comprobatórios e aprovação do crédito. Nos contratos de consumo, no mais das vezes, caracterizado pelo *take it, or leave it*<sup>17</sup>, o próprio consumidor deseja rapidez na decisão de compra de um bem ou serviço.

Nessa perspectiva, a decisão do Superior Tribunal de Justiça, corretamente, identificou os novos tempos do comércio, que sentiu a necessidade de dar maior dinamismo ao uso das informações cadastrais dos consumidores, sendo criadas instituições para o armazenamento desses dados cadastrais, visando ter agilidade na troca de informações e, com isso, propiciar aos consumidores, maior conforto e rapidez no momento da compra<sup>18</sup>.

Em razão da facilidade de acesso aos bancos de dados disponíveis na Internet, algumas empresas desenvolveram fórmulas matemáticas para avaliação do risco de crédito, a partir de modelos estatísticos, considerando diversas variáveis de decisão, atribuindo uma nota ao consumidor, criando o chamado *credit scoring*, ou simplesmente *credscore*, o mesmo sistema tradicional

<sup>17</sup> MARQUES, Claudia Lima. Op. cit., p. 105.

<sup>18</sup> "Em 1955, surge, em Porto Alegre, organizado pela Câmara de Dirigentes Lojistas (CDL), o primeiro banco de dados para integração dessas informações, sendo denominado de Serviço de Proteção ao Crédito (SPC) do Brasil.

Posteriormente, foram criados em outros Municípios brasileiros, atingindo-se o expressivo número de 1600 CDLs instaladas em todo o Brasil. Com a facilidade de conexão pela internet, formou-se o SPC-Brasil, em 2002, administrando um imenso banco de dados com alguns milhões de registros, transformando-se em Rede Nacional de Informações Comerciais (Renic). No setor privado, algumas empresas passaram a explorar economicamente o serviço de proteção ao crédito, com destaque para a Serasa Experian, com cerca de 50 anos de atuação no mercado brasileiro. No setor público, o Banco Central do Brasil possui bancos de dados de proteção ao crédito, incluindo o CCF (Cadastro de Emitentes de Cheques), o Cadin (Cadastro Informativo dos Créditos de Órgãos e Entidade Federais não Quitados) e o CRC (Cadastro de Risco de Crédito). Enquanto os dois primeiros cadastros trabalham com informações negativas, o último atua também como um cadastro positivo de crédito. Em função disso, em 1990, quando elaborado o Código de Defesa e Proteção do Consumidor (CDC), uma das preocupações foi com o controle dos arquivos de consumo."

de avaliação de crédito utilizado pelo comércio há séculos, agora modernizado por um critério de pontuação do risco de concessão de crédito a determinado consumidor.

As "variáveis de decisão" são fatores que a experiência empresarial considera relevantes para avaliação do risco de retorno do crédito concedido, as mesmas - repita-se - utilizadas há anos pelo comércio em geral. Cada uma dessas variáveis recebe uma determinada pontuação, atribuída a partir de cálculos estatísticos, formando a nota final. A "grande novidade" do *credit scoring* foi o compartilhamento *on-line* dessas informações por milhares de lojistas que passaram a ter acesso instantâneo a esse banco de dados.

### 2.3 LICITUDE DO SISTEMA CREDIT SCORING E SEUS LIMITES: PRIVACIDADE E TRANSPARÊNCIA

A decisão do Superior Tribunal de Justiça concluiu que o sistema *credit scoring* não é um cadastro ou banco de dados de consumidores, "mas uma metodologia de cálculo do risco de crédito, utilizando-se de modelos estatísticos e dos dados existentes no mercado acessíveis via Internet"<sup>19</sup>.

Também deixou claro que somente o desrespeito à regulamentação legal do sistema *credit scoring*, por constituir abuso no exercício desse direito (art. 187 do CC), pode ensejar a ocorrência de danos morais. Contudo, ressaltou que "a simples circunstância, porém, de se atribuir uma nota insatisfatória a uma pessoa não acarreta, por si só, um dano moral, devendo-se apenas oportunizar ao consumidor informações claras acerca dos dados utilizados nesse cálculo estatístico" e que, "para a caracterização de um dano extrapatrimonial, há necessidade de comprovação de uma efetiva recusa de crédito, com base em uma nota de crédito baixa por ter sido fundada em dados incorretos ou desatualizados".

<sup>19</sup> Consta do acórdão que: "Sua origem é um trabalho elaborado por David Durand, em 1941, denominado *Risk Elements in Consumer Installment Financing*, em que foi desenvolvida a técnica estatística de análise discriminante para distinguir os bons e os maus empréstimos, atribuindo-se pesos diferentes para cada uma das variáveis escolhidas para execução do seu método, que foi denominado *credit scoring* (AMORIM NETO, Antônio Alves; CARMONA, Charles Ulisses de Montreuil. Modelagem do risco de crédito: um estudo do segmento de pessoas físicas em um banco de varejo. Programa de Pós-Graduação da UFPE. REAd, ed. 40, v. 10, n. 4, jul./ago. 2004, p. 4). A partir da década de sessenta, esse sistema de pontuação de crédito passou a ser amplamente utilizado nos EUA nas operações de crédito ao consumidor, especialmente nas concessões de cartão de crédito".

Portanto, o sistema *credit scoring*, por si só, não é ilícito e o seu uso deverá respeitar a privacidade dos consumidores e ser utilizado com transparência e boa-fé.

Na dimensão da “privacidade”, o Tribunal, com apoio em respeitada doutrina nacional<sup>20</sup>, alertou que devem ser respeitados os direitos fundamentais previstos no art. 5º, X, da Constituição Federal<sup>21</sup>, com especial destaque para os direitos de personalidade regulamentados pelo Código Civil de 2002<sup>22</sup>.

Referiu que a preocupação com a proteção da privacidade começa nos EUA, no final do século XIX<sup>23</sup>, obtendo uma sistematização na Alemanha ao

<sup>20</sup> Adriano de Cupis anota que “a personalidade, se não se identifica com os direitos e com as obrigações jurídicas, constitui precondição deles, ou seja, o seu fundamento e pressuposto”, acrescentando que os direitos da personalidade são aqueles destinados a dar conteúdo à personalidade humana, como a vida, a integridade física, a liberdade, a honra, a vida privada (DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Campinas: Romana, 2007. p. 21 e 23). Paulo Luiz Netto Lôbo anota que não devem ser confundidos direitos fundamentais e direitos da personalidade, pois nem todos os direitos fundamentais são direitos da personalidade, como ocorre com as garantias constitucionais, que não são inatas à pessoa, mas conquistas externas (LOBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direito da personalidade. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Padma, v. 2, n. 6, p. 85, abr./jun. 2001). Capelo de Sousa, analisando os direitos de personalidade e os direitos fundamentais, observa que: “A afinidade emerge da parcial sobreposição ao nível da pessoa humana de dois planos jurídico-gnoseológicos: o do direito civil, onde se fundam os direitos da personalidade, e o do direito constitucional, donde irradiam os direitos fundamentais”. E, após distingui-los, conclui: “Logo se concluirá que, embora muitos e diversos direitos de personalidade sejam também direitos fundamentais, nem todos os direitos de personalidade constituem direitos fundamentais e, ao invés, nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade” (CAPELO DE SOUSA, Rabindrath V. A. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 581).

<sup>21</sup> Brasil, Constituição Federal: “Art. 5º [...] - X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material e moral decorrente de sua violação”.

<sup>22</sup> Brasil, Código Civil: “Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária. Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. [...] Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

<sup>23</sup> Consta do acórdão que, “em 1890, em Boston, Warren e Brandeis passam a discutir *the right to be let alone* (o direito de ser deixado só ou em paz), em seu artigo *The Right to Privacy*” (WEINGARTNER NETO, Jaime. *Honra, privacidade e liberdade de imprensa: uma pauta de justificação penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 69.). A motivação foram os mexericos da imprensa acerca do salão de festas da esposa de Samuel Warren, elegante dama da sociedade, filha de senador e esposa de advogado renomado. Em 1902, a Corte local rejeitou, por maioria de quatro votos a três, a alegação de violação à intimidade. Os fundamentos essenciais para o reconhecimento da *privacy* são a *I Amendment* (liberdade de expressão e de imprensa), *IV Amendment* (proteção das pessoas, domicílio

longo do século XX<sup>24</sup>, sendo que os direitos da personalidade passaram a ser regulados pelas principais codificações civis europeias, com destaque para os Códigos Civis da Alemanha (§ 12), Itália (arts. 5º a 10) e Portugal<sup>25</sup>.

Contudo, como as atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial revelaram que a regulamentação desses direitos, no âmbito das codificações, não se revelou suficiente para a sua efetiva proteção, as principais constituições contemporâneas passaram a arrolar tais direitos entre os direitos fundamentais, com especial destaque para Itália (1947) e Alemanha (1949), que abrem suas cartas constitucionais com a exigência de respeito à dignidade da pessoa.

Na dimensão “transparência e boa-fé na prestação de informações”, o acórdão, acertadamente, referiu que a necessidade de prestar informações claras pelos fornecedores assume um relevo especial, em face do grande número de

---

e correspondência contra não razoáveis buscas e intervenções) e *VI Amendment* (devido processo legal). Apesar da derrota judicial, a tese teve boa recepção pela opinião pública americana e a *privacy* foi acolhida, posteriormente, pelo *Restatment (First) of Torts*, em 1939, elaborado pelo American Law Institute (Seção 867 – direito à vida privada).

<sup>24</sup> Consta do acórdão: “Na Alemanha, a jurisprudência, especialmente do Tribunal Constitucional Federal, ao longo do século XX, a partir da Lei Fundamental de Bonn (art. 2.1), desenvolveu a noção de privacidade e intimidade como uma faceta do direito geral de personalidade, tendo como seu fundamento último a própria dignidade da pessoa humana. Protege-se a liberdade ‘que assiste a cada pessoa de decidir quem e em que termos pode tomar conhecimento e ter acesso a espaços, eventos ou vivências pertinentes à respectiva área de reserva’ (ANDRADE, Manoel da Costa. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal: uma perspectiva jurídico-criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 105). Tradicionalmente, na jurisprudência alemã, a proteção da vida privada era analisada na perspectiva de três graus ou esferas distintas: intimidade, privacidade e publicidade. A publicidade é a área de atuação pública de cada pessoa, exposta ao interesse público em geral, e que, conseqüentemente, apresenta livre atuação pelos meios de comunicação em geral. A privacidade é uma esfera intermediária, cuja proteção é inversamente proporcional ao estatuto social da pessoa; assim, quanto mais pública a pessoa, menor o grau de proteção. A intimidade é o último e inviolável reduto da liberdade pessoal, que não pode ser devassada por mais pública que seja a pessoa. Esses graus de proteção da vida privada serviram de referência para a doutrina e para a jurisprudência alemã estabelecerem os limites da liberdade de imprensa, embora recentemente esses conceitos tenham sido revisitados. Note-se que honra e privacidade, abrangendo esta a vida privada e a intimidade, são bens jurídicos distintos (ANDRADE, Manoel da Costa. *Ob. cit.*). Nas ofensas contra a honra, há a imputação de fatos inverídicos ou não verdadeiros contra a pessoa ofendida (calúnia, difamação, injúria). Nas ofensas contra a privacidade ou a intimidade, os fatos revelados ou devassados são verdadeiros, mas invadem indevidamente uma esfera protegida do indivíduo.”

<sup>25</sup> A decisão refere que o Código Civil de Portugal outorgou uma ampla proteção, iniciando-se por uma cláusula geral de tutela dos direitos da personalidade: “Art. 70º (tutela geral da personalidade): 1. A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral. 2. Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida”.

pessoas analfabetas ou com baixo nível de instrução inseridas no mercado de consumo. Advertiu que as informações devem ser prestadas em linguagem de fácil compreensão, enfatizando-se, de forma especial, as situações de maior risco<sup>26</sup>.

Esse dever de informação foi amplamente previsto no Código de Defesa do Consumidor, que assegura ao consumidor o direito de ser informado clara e objetivamente em todos os aspectos da relação contratual desde o período pré-negocial, com transparência dos arquivos de consumo.

No caso específico do *credit scoring*, a empresa responsável pela administração de banco de dados, bem como pela coleta, armazenamento, análise e acesso de terceiros aos dados armazenados (art. 2º, inciso II, da Lei nº 12.414/2011) tem o dever de fornecer ao consumidor informações claras, precisas e pormenorizadas acerca dos dados considerados e as respectivas fontes para atribuição da nota (histórico de crédito), como expressamente previsto no Código de Defesa do Consumidor e na Lei nº 12.414/2011, pois “a impessoalização das relações de consumo, envolvendo, de um lado, um fornecedor profissional e, de outro lado, um consumidor anônimo, exigem o máximo de transparência, sinceridade e lealdade entre as partes”<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> O princípio da transparência busca estabelecer, na lição de Cláudia Lima Marques, “uma relação contratual mais sincera e menos danosa entre consumidor e fornecedor”. E complementa: “Transparência significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade a respeito das relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual, isto é, na fase negocial dos contratos de consumo” (MARQUES, Cláudia Lima. Ob. cit., p. 286).

<sup>27</sup> A decisão faz uma longa referência ao princípio da boa-fé objetiva na seguinte passagem: “O princípio da boa-fé objetiva, devidamente positivado tanto no CDC (art. 4º, III, e art. 51, IV), como no Código Civil de 2002 (arts. 113, 187 e 422), constitui um modelo de conduta social ou um padrão ético de comportamento, que impõe, concretamente, a todo o cidadão que, na sua vida de relação, atue com honestidade, lealdade e probidade. Não deve ser confundido com a boa-fé subjetiva (*guten Glauben*), que é o estado de consciência ou a crença do sujeito de estar agindo em conformidade com as normas do ordenamento jurídico (v.g. posse de boa-fé, adquirente de boa-fé, cônjuge de boa-fé no casamento nulo). O princípio da boa-fé objetiva (*Treu und Glauben*) foi consagrado pelo § 242 do BGB, estabelecendo simplesmente o seguinte: § 242. O devedor deve cumprir a prestação tal como exige a boa-fé e os costumes do tráfico social. A partir dessa cláusula geral de boa-fé, a doutrina alemã desenvolveu esse novo princípio do sistema de direito privado. A boa-fé objetiva (*Treu und Glauben*) apresenta-se, em particular, como um modelo ideal de conduta, que se exige de todos os integrantes da relação obrigacional (devedor e credor) na busca do correto adimplemento da obrigação, que é a sua finalidade. Almeida Costa, após afirmar que a boa-fé objetiva constitui um standard de conduta ou um padrão ético-jurídico, esclarece que ela estabelece que ‘os membros de uma comunidade jurídica devem agir de acordo com a boa-fé, consubstanciando uma exigência de adotarem uma linha de correção e probidade, tanto na constituição das relações entre eles como no desempenho das

## REFLEXÃO FINAL

A decisão do Superior Tribunal de Justiça reconheceu que a metodologia de cálculo da nota de risco de crédito – *credit scoring* – constitui segredo da atividade empresarial e as fórmulas matemáticas e modelos estatísticos não precisam

---

relações constituídas. E com o duplo sentido dos direitos e dos deveres em que as relações jurídicas se analisam: importa que sejam aqueles exercidos e estes cumpridos de boa-fé. Mais ainda: tanto sob o ângulo positivo de se agir com lealdade, como sob o ângulo negativo de não se agir com deslealdade' (ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 113 e ss.). A inexistência, no Código Civil brasileiro de 1916, de cláusula geral semelhante ao § 242 do BGB ou a do art. 227, n. 1, do Código Civil português não impediu que a boa-fé passasse a ser reconhecida em nosso sistema jurídico por constituir um dos princípios fundamentais do sistema de direito privado. A jurisprudência já vinha utilizando o princípio da boa-fé objetiva para solução de casos concretos. A partir do CDC, esse obstáculo foi superado, pois a boa-fé foi consagrada como um dos princípios fundamentais das relações de consumo (art. 4º, III) e como cláusula geral para controle das cláusulas abusivas (art. 51, IV). Assim, a partir de 1990, o princípio da boa-fé foi expressamente positivado no sistema de direito privado brasileiro, podendo ser aplicado, com fundamento no art. 4º da LICC, a todos os demais setores. No Código Civil de 2002, o princípio da boa-fé objetiva foi expressamente contemplado, inserindo-se como expressão, conforme Miguel Reale, de sua diretriz ética. Exatamente a exigência ética fez com que, por meio de um modelo aberto, fosse entregue à hermenêutica declarar o significado concreto da boa-fé, cujos ditames devem ser seguidos desde a estipulação de um contrato até o término de sua execução. Na relação obrigacional, a boa-fé exerce múltiplas funções, desde a fase anterior à formação do vínculo, passando pela sua execução, até a fase posterior ao adimplemento da obrigação: interpretação das regras pactuadas (função interpretativa), criação de novas normas de conduta (função integrativa) e limitação dos direitos subjetivos (função de controle contra o abuso de direito). Em sua função interpretativa, prevista no art. 113 do Código Civil brasileiro de 2002, a boa-fé auxilia no processo de interpretação das cláusulas contratuais. Colabora, dessa forma, para uma análise objetiva das normas estipuladas no pacto. Na sua função de controle, limita o exercício dos direitos subjetivos, estabelecendo para o credor, ao exercer o seu direito, o dever de ater-se aos limites traçados pela boa-fé, sob pena de uma atuação antijurídica, consoante previsto pelo art. 187 do Código Civil brasileiro de 2002. Evita-se, assim, o abuso de direito em todas as fases da relação jurídica obrigacional, orientando a sua exigibilidade (pretensão) ou o seu exercício coativo (ação). Desenvolveram-se fórmulas, sintetizadas em brocardos latinos, que indicam tratamentos típicos de exercícios inadmissíveis de direitos subjetivos, como a *supressio* (o não-exercício de um direito durante longo tempo poderá ensejar a sua extinção), a *tuo quoque* (aquele que infringiu uma regra de conduta não pode postular que se recrimine em outrem o mesmo comportamento) e a *venire contra factum proprium* (exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento anterior do exercente). A função integrativa da boa-fé, tendo por fonte o art. 422 do Código Civil brasileiro de 2002, permite a identificação concreta, em face das peculiaridades próprias de cada relação obrigacional, de novos deveres, além daqueles que nascem diretamente da vontade das partes. Ao lado dos deveres primários da prestação, surgem os deveres secundários ou acidentais da prestação e, até mesmo, deveres laterais ou acessórios de conduta. Enquanto os deveres secundários vinculam-se ao correto cumprimento dos deveres principais (v.g. dever de conservação da coisa até a tradição), os deveres acessórios ligam-se diretamente ao correto processamento da relação obrigacional (v.g. deveres de cooperação, de informação, de sigilo, de cuidado). O dever de informação constitui consectário da função integrativa da boa-fé objetiva, tendo assumido cada vez maior importância em nossa sociedade de consumo massificada".

ser divulgadas, porque o art. 5º, IV, da Lei nº 12.414/2011 expressamente estabelece que seja “resguardado o segredo empresarial”.

Por ser um modelo estatístico, a utilização do *credit scoring* não necessita do consentimento prévio do consumidor, conforme previsto no art. 4º, inciso I, da Lei nº 12.414/2011.

Também assegurou aos consumidores o direito de acesso às fontes dos dados considerados na avaliação estatística, conforme previsto no art. 5º, IV, da própria Lei nº 12.414/2011, com a indicação clara e precisa dos bancos de dados utilizados (histórico de crédito), para que o consumidor avaliado possa exercer um controle acerca da veracidade dos dados existentes sobre a sua pessoa, das informações excessivas ou sensíveis, inclusive para poder retificá-los ou melhorar a sua performance no mercado, vedada a valoração de informações sensíveis, como as relativas à cor, à opção sexual ou à orientação religiosa do consumidor avaliado, ou excessivas, como as referentes a gostos pessoais, clube de futebol de que é torcedor etc.

Somente quando caracterizado abuso de direito pela utilização de informações sensíveis, excessivas, incorretas ou desatualizadas, surgirá a responsabilidade civil pelos danos materiais e morais causados ao consumidor consultado será objetiva e solidária do fornecedor do serviço de *credit scoring*, do responsável pelo banco de dados, da fonte e do consulente, nos termos do art. 16 da Lei nº 12.414/2011.

Enfim, verificou-se que as decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul a respeito do sistema *credit scoring* representaram uma visão predisposta, não realista e negativa desse moderno instrumento de avaliação de risco de crédito.

Já a decisão do Superior Tribunal de Justiça, em acórdão da lavra do Exmo. Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, examinou a questão sem hostilidade instintiva e com profundidade, porque procurou, antes do julgamento, conhecer e avaliar, em audiências públicas, o sistema de funcionamento do *credit scoring*, a sua utilização e seus reflexos para a sociedade e concluiu se tratar de uma prática comercial lícita, com os limites e cuidados minuciosamente examinados na decisão.

## REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulação do mercado, direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento,

função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, v. 750.

\_\_\_\_\_. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de código civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, v. 1.

\_\_\_\_\_. A boa-fé na formação dos contratos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, v. 3.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Princípios do direito comercial: com anotações ao projeto de código comercial*. São Paulo: Saraiva, 2012

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Lisboa: Livraria Almedina, 1983.

FORGIONI, Paula. Interpretação dos negócios empresariais. In: FERNANDES, Wanderley (Coord.). *Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. São Paulo: Saraiva, 2007.

GARCIA, Ricardo Lupion. Interpretação dos contratos empresariais – Sem fobia e sem idolatria. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre/RS, n. 135, a. XLI, set. 2014.

GARCIA, Ricardo Lupion. *Boa-fé objetiva nos contratos empresariais*. Contornos dogmáticos dos deveres de conduta. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direito da personalidade. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro: 2001, v. 2.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Direito à informação nos contratos relacionais de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 35.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: RT, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith H. *Boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. In: MARQUES, Claudia Lima (Org.). *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.





# O DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL À SAÚDE E SEU TRATAMENTO FRENTE AO POSTULADO DA RESERVA DO POSSÍVEL

*FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHTS TO HEALTH AND ITS TREATMENT WITHIN THE REALMS OF POSSIBILITY*

**Rubia Carla Goedert<sup>1</sup>**

Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia junto às Faculdades Integradas do Brasil - Unibrasil

**Willian Padoan Lenhardt<sup>2</sup>**

Graduado em Direito pelo Centro Universitário Uninter

**RESUMO:** Esta pesquisa tem como escopo o estudo da concretização do direito à saúde perante o Poder Judiciário, especialmente diante do diálogo entre a garantia do mínimo existencial e o postulado da reserva do possível, como institutos aparentemente antagônicos diante de situações como a que se alveja neste texto. A importância do tema é gritante, tendo em vista as inúmeras ações propostas objetivando a realização do direito social fundamental à saúde. É nesse mote que

se avaliará o modo como tal faculdade jusfundamental é aplicada nos casos concretos, mediando-se as condições de sua concretização e a legitimação do Poder Judiciário, em razão da omissão do próprio Estado, para tal atividade. Metodologicamente, a pesquisa se pautará no estudo doutrinário e jurisprudencial sobre o tema. Ao cabo, a meta é esclarecer o modo como o direito social fundamental à saúde é efetivado no Brasil, sob o crivo do Poder Judiciário.

<sup>1</sup> Pós-Graduada em Direito Processual Civil Contemporâneo pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR, Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa - UEPG, Docente na Graduação do Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais - Cescage e na Pós-Graduação da Faculdade Estácio, Advogada Militante (contencioso/administrativo), Parecerista e Consultora Jurídica. Áreas de atuação: Direito Civil, Direito Processual Civil, Direito Previdenciário e Direito Constitucional.

<sup>2</sup> Pós-Graduando em Direito Civil e Processo Civil na Faculdade Estácio de Curitiba, Analista Judiciário e Assessor de Magistrado na Vara Cível e Fazenda Pública de Pinhais/PR.

**PALAVRAS-CHAVE:** Saúde; mínimo existencial; reserva do possível.

**ABSTRACT:** *The following research has as objective the study of the concretization of the right to health in the Judiciary Power, specially the dialogue between the assurance of the subsistence level and the realms of possibility, as apparently antagonistic entities in situations such as the analysed in this text. The importance of the subject is wondrous, considering the many lawsuit whose goal is the completion of the fundamental social right to health. In this sense, will be evaluated the application of this fundamental faculty in concrete cases, measuring the conditions to its completion and the legitimation of the Judiciary Power due to omission from the State to its completion. Methodologically, this research is based on doctrine and jurisprudence around the subject. Finally, the goal is to clarify the way the fundamental social right to health is applied in Brazil, according to the Judiciary System.*

**KEYWORDS:** *Health; subsistence level; realms of possibility.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Linhas gerais sobre os direitos sociais fundamentais; 2 A judicialização do direito à saúde e o embate entre o postulado da reserva do possível e o princípio do mínimo existencial; Conclusão; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 General lines about the fundamental social rights; 2 The judicialization of the right to healthcare and the shock between the postulate of the reserve of the possible and the principle of the existential minimum; Conclusion; References.*

## INTRODUÇÃO

A saúde foi concebida pela Carta Magna de 1988 como direito social fundamental. Esse brocardo é significado a partir da leitura conjunta de seus dispositivos, pois se trata de direito social ligado ao bem-estar de toda a população (art. 6º), sendo dever do Estado e da sociedade efetivá-lo mediante a promoção de políticas suficientes a amenizar o risco de doenças e possibilitar o acesso universal e igualitário às ações e serviços afetos (art. 196).

Conquanto a ordem seja clarividente, observa-se que a sociedade brasileira ainda carece de atenção no que concerne ao direito à saúde. Com efeito, nota-se que há um esforço do Poder Público para amenizar o quadro caótico que acomete o País, com a criação, na própria constituição, do Sistema Único de Saúde – SUS (art. 198), disciplinado na Lei nº 8.080/1990, assim como de programas de ordem nacional, estadual e municipal. Porém, esse empenho é insuficiente diante da massa demográfica que ostenta a nomeada “falência de governabilidade” no referido campo (Ferreira Filho, 1995, p. 17). Diante dessa situação, a população carente se abraça no Poder Judiciário, na tentativa de subverter a negativa

prestacional integral e isonômica dos serviços de saúde. Não se ignora ainda a parcela de cidadãos que propõe ações visando coibir os abusos perpetrados pelos planos de saúde, fator que também adentra no seio da pesquisa.

Por sua vez, a intervenção do Poder Judiciário como garantidor do direito social fundamental à saúde, nomeando-se tal feita de “sindicabilidade dos direitos sociais” (Sousa, 2014, p. 118), causa desconforto aos administradores, uma vez que a crítica vai de encontro à suposta ausência de previsão dos atos deferidos em âmbito judicial, que geraria desníveis de ordem orçamentária, prejudicando o empenho da verba pública.

Essa é a natureza do embate entre a realização dos direitos sociais fundamentais, fulcrados no princípio do mínimo existencial, e o postulado da reserva do possível, como fonte da discussão acerca da efetividade do direito à saúde no Brasil. A propósito, esta pesquisa tem como escopo o estudo da concretização do direito à saúde perante o Poder Judiciário, especialmente diante do diálogo entre a garantia do mínimo existencial e o postulado da reserva do possível, como institutos aparentemente antagônicos diante de situações como a que se alveja.

Destarte, nota-se que a importância do tema é gritante, tendo em vista as inúmeras ações propostas objetivando a realização do direito social fundamental à saúde no Brasil. É nesse mote que se avaliará o modo como tal faculdade jusfundamental é aplicada aos casos concretos, mediando-se as condições de sua concretização e a legitimação do Poder Judiciário, em razão da omissão do próprio Estado, para tal fenômeno.

Metodologicamente, a pesquisa se pautará no estudo doutrinário e jurisprudencial sobre o tema, cuja meta é esclarecer o modo como o direito social fundamental à saúde é efetivado no Brasil, sob o crivo do Poder Judiciário.

## 1 LINHAS GERAIS SOBRE OS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS

Historicamente, a doutrina costuma dispor acerca dos direitos fundamentais sob dimensões, representando a gradual aspiração social e jurídica das condições fundamentais de sobrevivência digna<sup>3</sup>. No que concerne

---

<sup>3</sup> Em intenção objetivamente didática, a primeira dimensão abarcaria, em maior medida, a liberdade (dever negativo do Estado) e a proteção da propriedade, configurando-se os direitos civis e políticos (século XVIII). A segunda dimensão diria respeito aos direitos econômicos e sociais, feição coletiva voltada à ideia de *igualdade material* entre os cidadãos (século XIX). Uma terceira dimensão abarcaria

ao presente estudo, tem-se que importante afago ocorreu a partir da segunda fase desse plano, ou segunda dimensão, em que passaram a ser respeitados os direitos sociais. Tal senda teve atenção a partir do século XIX, com os avanços industriais que iniciaram a construção de um novo paradigma nas relações humanas. Percebe-se, nesse recorte histórico, que a industrialização, como princípio de transformação e evolução tecnológica, suscitou uma observação crítica à defesa do liberalismo absoluto, tendo em vista a defasagem causada pela total independência privada e a exacerbada incongruência entre o discurso revolucionário proferido há um século e sua aplicação pragmática.

Desde então, a necessidade de se implantarem instituições e dispositivos assecuratórios com maior amplitude subjetiva, aperfeiçoando-se a perspectiva individual agitada no seio da Revolução Francesa (século XVIII), trouxe aspirações que motivaram uma gleba coletiva de direitos, tenazes na subversão da exploração social e da miserabilidade reservada a muitos. Com efeito, o século XX marcou a garantia dos direitos econômicos e sociais, os quais ganharam a efetiva afirmação constitucional, com ênfase nas Cartas Magnas do México (1.917) e da Alemanha (1.919), pioneiras na inclusão do tema (Ferreira Filho, 1999, p. 41).

De fato, a partir de meados do século XX, a sociedade presenciou a amplitude global dos conceitos humanitários. O resultado impresumível dos conflitos mundiais armados abalou os alicerces das relações sociais e novamente trouxe à tona, agora com intensidade universal, a necessidade de se aplicarem em diferentes áreas os esforços progressistas da política, da ciência e da tecnologia globais, em função do ser humano. Insta salientar que os esforços almejando esse fim originaram fóruns e programas públicos internacionais, com a edição de inúmeros tratados em prol da promoção, da estabilização e da internalização dos direitos humanos nos ordenamentos jurídicos estatais, especialmente em razão das faculdades de âmbito coletivo. Sublinhou-se desde então a noção da essência não apenas de direitos individuais fundamentais, mas também de direitos sociais inatos, sem os quais não se alcançaria uma existência digna. Em tocante passagem, anota-se a frase de Flávia Piovesan (1997, p. 78) sobre o cenário:

---

os direitos difusos, como o meio ambiente e a cultura (século XX). Há ainda quem discuta a existência de dimensões mais contemporâneas, as quais tutelariam a propriedade genética, a paz, entre outros temas. (Bobbio, 1992, p. 56; Honesko, 2008, p. 196)

Em face do regime do terror, no qual imperava a lógica da destruição e no qual as pessoas eram consideradas descartáveis, ou seja, diante do flagelo da Segunda Guerra Mundial, emerge a necessidade de reconstrução do valor dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional.

Destarte, observa-se que os direitos sociais foram tomados como garantia de fruição dos direitos individuais em condições de igualdade entre os cidadãos, tornando-se verdadeiros institutos jurídicos fundamentais, exigindo do Estado não mais uma postura passiva, afeta à oportunidade de exercício desmedido dos direitos individuais pelos cidadãos, mas, agora, a intervenção do Poder Público vem na iminência de assegurar a todos critérios suficientes para materializar a ideia de *justiça distributiva*. Em maior medida, os direitos sociais dependem da atuação positiva ou providencial do Estado, pois a miséria que acomete o País urge em face da precariedade na prestação dos serviços públicos, não raro afastando os brasileiros de direitos básicos.

Na esteira de José Afonso da Silva (2005, p. 286), os direitos sociais, com espeque na exigência popular de prestações pelo Estado, representam o aprimoramento do Estado Democrático e Social de Direito, podendo-se nomear a ideia de constitucionalismo social, em que os direitos sociais passaram efetivamente a integrar o rol de direitos fundamentais garantidos pelo ordenamento jurídico pátrio<sup>4</sup>.

Por todo esse contexto, o constituinte elegeu um rol exemplificativo de direitos sociais fundamentais (art. 6º da CRFB/1988), entre eles, a educação, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a Previdência Social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados e a saúde, esta última melhor trabalhada adiante. Vale sublinhar que, a partir desse rol, quis-se garantir ao menos o chamado *mínimo existencial*, com o fito de viabilizar o bem-estar de toda a população.

---

<sup>4</sup> Curiosamente, não se ignora que os direitos sociais encontram-se previstos na história constitucional brasileira. Pois estiveram presentes, ainda que timidamente, desde 1824, com influência da Constituição espanhola, de 1812. Com efeito, foi em 1934 que se inaugurou franca e juridicamente a fase do “constitucionalismo social” no Brasil, fortalecendo-se o respectivo rol no ambiente do Direito Positivo. Contudo, foi em 1988 que tais direitos integraram efetivamente um conjunto de providências fundamentais aptas a suportar os ideais de justiça social e bem-estar, ainda que sua operabilidade esteja maculada pelas intempéries da política e do próprio Direito. (Sarlet, 1998, p. 36 e ss.)

## 1.1 ACERCA DO DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL À SAÚDE E SUA TUTELA NO AMBIENTE PÁTRIO

O direito à saúde teve sua homenagem oficializada perante a tutela dos direitos humanos apenas a partir do século XX, quando da criação da Organização Mundial da Saúde (1948)<sup>5</sup>. A propósito, a primeira Conferência Internacional sobre o tema, realizada em Ottawa, ocorreu apenas em 1986, em que se aprovou a *Carta de Ottawa*, contendo orientações para que se alcançasse a “saúde para todos” até o ano 2000, aprimorando-se gradualmente o processo de capacitação e participação da comunidade para atuar na melhoria da sua qualidade de vida (Opas/OMS).

Infelizmente, a meta almejada não foi conquistada. Contudo, estabeleceram-se conceitos e diretrizes que contribuíram sobremaneira para a estabilização estrutural do tema, balizando-se também aspectos jurídicos. Congregou-se, assim, que a saúde é o direito a ter uma vida saudável, em um complexo que integra as condições sociais e econômicas dos cidadãos, com o desenvolvimento humano em consonância ao equilíbrio ambiental. Conceitualmente, tem-se que a saúde pode ser definida como:

Um direito social básico, fundado nos princípios da universalidade, equidade e integralidade e amplamente protegida pela ordem constitucional em vigor. Segundo o art. 196, é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Nesse sentido, a política estatal na área de saúde deve proporcionar o acesso a todos os cidadãos, propiciando a redução de desigualdades e não podendo criar quaisquer distinções. (Gregori, 2007, p. 23)

Sem embargo, a Carta Magna de 1988 trouxe em seu bojo a garantia de bem-estar dos cidadãos, primando pela promoção do direito à saúde. Seu art. 196 assevera esse adágio, transmitindo a todo o ordenamento jurídico a necessidade

---

<sup>5</sup> No que concerne ao Brasil, não se deve ignorar os esforços, ainda que pontuais, desde o século XIX, especialmente na Bahia, com a instituição da Escola de Cirurgia (1808), e no Rio de Janeiro, com a criação da Sociedade de Medicina e Cirurgia e a cátedra em Medicina Operatória no Hospital Militar (1809).

de criação e regulamentação de providências que efetivem o direito à saúde aos cidadãos. Para Lucas Rocha Furtado (2013, p. 583), a previsão constitucional do direito à saúde lhe alçou característica de serviço público, atribuindo-se a respectiva atividade ao próprio Estado ou a entidades privadas, mediante a competente regulamentação, fiscalização e controle do Estado (art. 197 da CRFB/1988), nos termos erigidos pelo constituinte para manter a probidade e a transparência na atividade pública, sendo tal tutela saliente inclusive contra as entidades de direito público ou privado, ou ainda às pessoas físicas que atuem na iminência de promover os serviços públicos (art. 37, § 6º, da CRFB/1988).

Na mesma senda, o art. 198 da CRFB/1988 criou o Sistema Único de Saúde (SUS), a fim de concretizar a descentralização organizada da atividade pública em prol da realização do direito à saúde. A regulamentação mais expressiva desse cenário adveio com a promulgação da Lei nº 8.080/1990, que instituiu as condições basilares para a promoção, proteção e recuperação do direito à saúde no Brasil. Tutela-se, assim, um orçamento mínimo para investimentos na área da saúde, a concentração estrutural para combate às epidemias e para efetivação dos serviços de saúde em plano federal, estadual e municipal (art. 30, VII, da CRFB/1988 e art. 9º da Lei nº 8.080/1990)<sup>6</sup>, a estruturação de carreira na área da saúde, punições àqueles que subverterem a atividade afeta à faculdade jurídica em comento, entre outras ações. Suplementando a tutela, a Lei Complementar nº 141/2012 sublinhou as diretrizes dos programas de saúde no Brasil e instituiu que a garantia de serviços públicos nesse âmbito tendem a promover, proteger e recuperar o bem-estar da população, com espeque nos princípios instituídos no art. 7º da Lei nº 8.080/1990, com propriedade na universalidade, igualdade, transparência e participação social.

Com efeito, conquanto se tenha notado que os direitos sociais trazem em seu bojo definições materiais e programáticas, sua efetividade é assegurada pelo ordenamento jurídico, em que a ausência da competente regulamentação ou a inócua garantia legal não inibe os Tribunais pátrios a determinar a execução das ordens constitucionais. Outrossim, muito embora o constituinte e o legislador, com esforço do Poder Executivo, tenham trabalhado para a efetivação do sistema integrado de saúde e para a concretização de programas de distribuição de medicamentos e de prevenção de doenças, a população brasileira ainda perece na carência de uma prestação suficiente dos serviços de saúde. Entre as

<sup>6</sup> Em tempo, é pacífico que a responsabilidade dos entes federados pela materialização dessas prerrogativas é solidária (legitimidade passiva), como reiteradamente decidido pelo Supremo Tribunal Federal.



principais reclamações, o sistema de saúde não é suficiente para atender a todos os necessitados, há deficiência no atendimento e falta de leitos nos hospitais.

Por força desse cenário, o Poder Judiciário é chamado à baila na iminência de concretizar os direitos sociais, com ênfase no direito à saúde. Por consequência, a judicialização do direito à saúde congrega também discussão aguçada sobre as políticas públicas no Brasil, assim como sobre a eficácia da tutela garantida pelo ordenamento jurídico pátrio. Surgem com isso teorias e postulados, aplicando-se princípios e regras com o intuito e manter a proporcionalidade na aplicação do Direito. Com ênfase nesse dissenso, pretende-se avaliar a eficácia do postulado da reserva do possível e seu contraste com a principiologia do mínimo existencial, questão mais bem aparelhada adiante.

## **2 A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E O EMBATE ENTRE O POSTULADO DA RESERVA DO POSSÍVEL E O PRINCÍPIO DO MÍNIMO EXISTENCIAL**

Diante da omissão do Poder Público na esfera legislativa e administrativa, bem como frente à crise assistencial do Estado<sup>7</sup>, clama-se pela intromissão do Poder Judiciário na busca da concretização dos direitos fundamentais. Com efeito, a assunção do Estado Democrático e Social de Direito trouxe consigo um contexto pautado não apenas na liberdade dos cidadãos, mas também, e em grande medida, na iminência da proteção dos mais necessitados, garantindo-lhes o mínimo necessário à sua dignidade, como proposto no art. 1º, III, da CRFB/1988. Destarte, o Estado Democrático e Social de Direito “não é o *Estado Liberal*, que se omite ante a conduta individual, nem o *Estado Socialista*, que suprime a iniciativa particular. É o Estado orientador e incentivador da conduta individual no sentido do bem-estar social” (Meyeres, 2002, p. 567).

Lenio Streck (2003, p. 53) aduz que o panorama jurisdicional impinge ao Poder Judiciário uma via de resistência às investidas engajadas no retrocesso social e na ineficácia normativa, situação que infelizmente causa o abarrotamento de ações nos Tribunais. Outrossim, consequência natural da judicialização de direitos, movimento que ganhou destaque a partir de 1988, as discussões acirradas sobre diversos temas colocam, não raras vezes, o

---

<sup>7</sup> Com propriedade, Manoel Gonçalves Ferreira Filho propõe competente análise das condições fáticas que surpreenderam o *Estado Providência*, com a sobrecarga da estrutura pública e a inadequação do governo, a partir do contexto democrático, para lidar com as demandas populares (Ferreira Filho, 1995). J. R. Caldas Furtado também alude a esse contexto, mas sua crítica se pauta especificamente na falha da estruturação e emprego do orçamento público (Furtado, 2014, p. 62).

julgador em xeque. Isso por que o Direito não apresenta solução cabal a toda e qualquer situação fática que angarie a relevância jurídica necessária ao exame sob a ótica jurisdicional, especialmente quando o tema engendra atenção aos direitos fundamentais. De fato, os Tribunais tornaram-se, nos últimos anos, protagonistas da realização do Direito e da justiça, cuja incidência nos campos Legislativo e Executivo ilustra, de acordo com Luís Roberto Barroso (2013, p. 39), a fluidez da fronteira entre o Direito e a Política no mundo contemporâneo<sup>8</sup>. No Brasil, obviamente que a ampliação material da tutela constitucional oferta ao fenômeno uma proporção subitamente avantajada, retirando-se temas de cunho historicamente político e alocando-os sob o prisma jurídico, somando-se a isso a legitimação de inúmeras entidades e pessoas a propor ações diretamente ao Supremo Tribunal Federal, evitando-se a consagrada epopeia causada pelos inúmeros mecanismos de defesa fulcrados no devido processo legal, utilizados normalmente para protelar a eficácia da tutela jurisdicional. Tem-se ainda que qualquer cidadão que se sinta lesado em suas faculdades jurídicas fundamentais pode pedir ao Poder Judiciário que seja implementada a solução mais perfeita ao caso, tanto para coibir o exercício abusivo de um ato (tutela negativa) quanto para pleitear que determinada ação seja efetivada pelo Poder Público (tutela positiva). De qualquer modo, reconhece-se ao Poder Judiciário a oportunidade de controle dos atos administrativos e legislativos emitidos pelo Estado.

Interessante notar que o confronto entre os discursos subitamente legalistas e o *judicialismo* contemporâneo foi obra de uma necessidade histórica, antecedida pela positivação constitucional de direitos e valores fundamentais aos cidadãos e à própria existência do Estado. Tal movimento não impetra apenas reduzir a oportunidade de proteção das faculdades inatas àquelas previamente estipuladas pelo legislador, mas conferir a estas um *status* juridicamente exigível, apto à tutela em qualquer situação justificada. Com isso, a Constituição deixou de ser mero afago político na estrutura pública para se tornar verdadeiro escopo de cidadania, especialmente diante da afirmação não apenas de um rol exemplificativo de faculdades jurídicas, mas também com a demonstração de meios suficientes à exigência de sua concretização.

---

<sup>8</sup> Segundo Barroso (2013, p. 39), esse contexto articula a transferência de poder das estâncias tradicionais (Legislativo e Executivo) ao Judiciário. Para o autor, isso ocorre por questões de ordem estrutural (atribuição de independência e força ao Poder Judiciário, especialmente para garantir a tutela dos direitos fundamentais), por conveniência política (os atores políticos preferem que o Poder Judiciário decida questões que poderiam causar um desgaste ideológico, como aborto e homossexualismo) ou pela desilusão social com a política.

Sem embargo, necessária a menção de que esse complexo cenário contemporâneo em nada ofende a sistemática da separação dos poderes. Historicamente, esse ideal foi posto em voga a partir do século XVIII, como forma de proteger a liberdade dos indivíduos. Inobstante, é claro que o aperfeiçoamento gradual do princípio da separação dos poderes trouxe consigo uma maior preocupação com a eficiência do Estado. O poder do Estado é, assim, concebido de forma una e indivisível, sendo a separação dos poderes o rigor técnico apto à distribuição de atribuições entre os diversos organismos que concretizam o Poder Público. Portanto, a estrutura do Estado está fulcrada na satisfação das necessidades dos cidadãos. Diante de uma omissão não seria crível afastar a legitimidade dos indivíduos em obrigar o Estado a cumprir com seu papel (Casagrande Filho, 2007, p. 81).

Sobre o tema, de acordo com os Tribunais pátrios:

Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de suma importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente importantes. 2. Tratando-se de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal. (Recurso Especial nº 1.107.511/RS, (2008/0265338-9), 2ª Turma do STJ, Rel. Herman Benjamin, J. 21.11.2013, unânime, DJe 06.12.2013)

Comumente se observava um tenso e inócuo isolamento no que concerne à realização dos direitos sociais, deixando-se à absoluta discricionariedade da Administração Pública o poder de decidir sobre os investimentos nas áreas programadas, ignorando-se as demais necessidades, mais ou menos graves, ao que se nomeou *escolhas trágicas do Estado*. Hoje, porém, se estabilizou a ideia de que o Poder Judiciário deve alavancar condutas públicas aptas a sanar as

deficiências operadas no âmbito executivo. Realçando essa ordem, em 2004, no emblemático julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, no seio do Supremo Tribunal Federal, em que se discutiu a legitimidade do Poder Judiciário na intervenção de políticas públicas, constituiu-se paradigma nos seguintes termos:

A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político – jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei fundamental. (STF, ADPF 45, DJU 04.05.2004, Rel. Min. Celso de Mello, Julgado em 29.04.2004)

Destarte, é nesse clima que se propõe a avaliação acerca do embate entre o postulado da reserva do possível, embasado no orçamento público, e o mínimo existencial no que concerne ao direito social fundamental à saúde, com escopo nos direitos fundamentais garantidos pela Carta Magna.

## **2.1 SOBRE A RESERVA DO POSSÍVEL E O ORÇAMENTO PÚBLICO EM SAÚDE NO BRASIL**

Em princípio, cumpre ressaltar que o constituinte determinou um orçamento mínimo aos investimentos de saúde no País. O art. 198, § 2º, da CRFB/1988, assim assegura:

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

I - no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º;

II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso

I, alínea *a*, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;

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

Destarte, a Lei Complementar nº 141/2012, referida no inciso I do sobredito art. 198 da CRFB/1988, quanto ao orçamento para serviços públicos em saúde, expressa, em seu art. 2º, que se consideram despesas com ações e serviços públicos de saúde os valores voltados à promoção, proteção e recuperação da saúde, atendendo, simultaneamente, aos princípios estatuídos no art. 7º da Lei nº 8.080/1990, já citado.

Com efeito, o art. 7º, IX, da Lei nº 8.080/1990 dispõe que se deve buscar, como princípio basilar na tutela da saúde, a conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população. Nesse sentido, forçoso instar que a assistência à saúde é livre inclusive à iniciativa privada, nos termos do art. 199 da CRFB/1988, cujo texto ainda especifica:

§ 1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

§ 2º É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

Nota-se que, em âmbito privado, vultosamente se está diante do labor dos planos de saúde, sendo cada vez mais rara a opção pelo patrocínio de consultas e exames sem a interveniência do SUS ou de alguma entidade privada habilitada na área. De qualquer modo, o cotidiano da saúde no País parece diante da ausência de políticas públicas competentes para sanar as precárias condições de acesso da população aos serviços públicos.

Copiosamente, não apenas as consequências desse cenário são aferíveis, mas também a principal fonte: a negligência nos investimentos públicos em saúde. Nessa senda, segundo recente levantamento feito pelo Conselho Federal

de Medicina (CFM), corroborado com relatórios emitidos pela Organização das Nações Unidas (ONU), em 2012, cerca de R\$ 10 bilhões de reais disponíveis para investimentos na área da saúde deixaram de ser aplicados. Desse valor, o governo desembolsou apenas cerca de R\$ 3,9 bilhões para investimentos e para bancar os chamados “restos a pagar”. Os gastos foram inferiores às despesas no campo dos transportes (cerca de R\$ 11 bilhões), da defesa (cerca de R\$ 8,8 bilhões) e da integração nacional (cerca de R\$ 4,4 bilhões). O Brasil é o país que menos patrocina a saúde na América Latina, gastando cerca de 5% do investimento reservado, medida inversa ao gradual aumento dos valores à disposição do governo para o meio.

Ainda de acordo com o CFM, a saúde aparece em quinto lugar na lista de prioridades engajadas no nomeado “gasto nobre”, significando dizer que despesas com rodovias, estádios e objetivos bélicos, como a compra de carros blindados e aviões de caça, superaram o interesse público na saúde. Assim, dos R\$ 47,3 bilhões gastos com investimentos pelo Governo Federal em 2013, o Ministério da Saúde teve a seu dispor apenas 8% do crédito.

Coroando esses dados, o CFM divulgou também que pouco mais de 16% das ações previstas no Programa de Aceleração do Crescimento (PAC 2) para a área da saúde foram concluídas até então. O baixo desempenho do programa foi analisado desde 2011, ano de lançamento de sua segunda edição.

Conquanto seja patente a dislexia entre a publicidade fulcrada nas políticas públicas e o cotidiano social, tendo-se clara a defasagem de investimentos na área da saúde, o Poder Público, com ênfase no âmbito executivo, cultiva o postulado da *reserva do possível* para afastar a eficácia da tutela integral da saúde, na iminência de vinculá-la ao orçamento efetivamente empenhado, em detrimento ao que realmente deveria ser comprometido. Essa sistemática é proveniente do tecnicismo burocrático que embasa a atividade pública, integrada ao juízo de legalidade extrema. Igualmente, tem-se que a reserva do possível faz parte do cotejo manifestado pela ideia geral de *reserva da lei*, atraindo a atividade administrativa aos campos em que efetivamente há uma regulamentação suficiente, cuja característica basilar é a submissão da disciplina jurídica à autorização do Poder Legislativo (Justen Filho, 2010, p. 154/155)<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> Entretanto, Marçal Justen Filho (2010, p. 155) afirma que a ideia de *reserva legal* sequer é útil perante o ordenamento jurídico pátrio, pois a Constituição vigente reservou a todos os assuntos, como regra, a disciplina por lei. A exceção ocorre em casos peculiares, especialmente examinados pelos Tribunais pátrios. Exemplo crasso foi o julgado emitido pelo STF na Ação Direta de Constitucionalidade nº 12, em que se decidiu pelo vigor dos efeitos do ato administrativo mesmo que desprovido de base

Em conceito funcional, diz-se que a reserva do possível é a submissão da atividade do Estado ao que se determina perante o empenho do orçamento público. Em outras palavras, “pela legalidade orçamentária, não haverá despesa pública que não esteja autorizada pela lei do orçamento” (Furtado, 2014, p. 79). Dessa forma, seria ato abusivo do administrador destinar mais verbas a determinada atividade do que aquelas previstas em lei, configurando-se ato ilegal passível de censura (art. 359-D do Código Penal e art. 10, IX, da Lei nº 8.429/1992). Em outro modo, diz-se que a reserva do possível coíbe atos aptos a extrair a verba pública do investimento para determinados fins previstos em lei, em função de uma coletividade, por força do desgaste do orçamento público sem uma provisão competente, comprometendo outros campos e, conseqüentemente, outros necessitados.

Objetivamente, o postulado da reserva do possível tem gerado discussão no seio do Direito Administrativo, especialmente em razão da perene falência na execução de políticas públicas, a par da ausência de um modelo que dê conta do contingente popular carente. Insta esclarecer que a cláusula da reserva do possível é agitada pelo Poder Público diante de questões como indisponibilidade financeira ou falta de empenho específico de verba pública, bem como frente a alguma pretensão desaparelhada ao direito almejado, especialmente em face do valor a ser despendido para realização de tratamentos contra as mais diversas patologias.

Conquanto se conheça esse discurso, a conclusão quase unânime do cenário dá ensejo à implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário, normalmente por meio do deferimento de providências liminares fulcradas no princípio do mínimo existencial, que conota a obrigação do Estado em prestar auxílio aos mais necessitados e concretizar o primado da *justiça distributiva*, com ênfase na alijada *igualdade material*.

## **2.2 O PRINCÍPIO DO MÍNIMO EXISTENCIAL E SUA PRIMAZIA PERANTE O ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO**

A criação de uma tutela que desse conta ao menos do necessário à vida digna do ser humano começou a ser esboçada a partir de meados do século XX,

---

estritamente legal. O objeto do litígio foi a declaração de constitucionalidade da Resolução nº 7 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que censurou o nepotismo no seio do Poder Judiciário. Em ponto importante à pesquisa, reputou-se que a omissão legislativa não é capaz de desprever a produção de efeitos do ato administrativo autônomo se ele se pauta na concretização direta do texto constitucional, especialmente em função dos direitos fundamentais.

no pós-guerra. Os mais significativos excertos desse período foram emitidos pelo Tribunal Federal alemão, que reconheceu aos indivíduos a garantia de condições mínimas de existência, coroando-se a manutenção de sua dignidade a partir de um padrão mínimo de assistência. O trabalho doutrinário e jurisprudencial, corroborado pela atuação das entidades internacionais em favor dos interesses humanitários, concretizou parâmetros de atuação do Estado e da sociedade para alcançar esse ideal, muito embora conceitualmente ainda não seja bem entendido.

O *princípio do mínimo existencial* tem seu escopo no bem-estar da população. Segundo a doutrina, o bem-estar pode ser definido como o bem comum, normalmente chamado de felicidade, o mais legítimo motivo de todas as artes e saberes, a mais sublime manifestação do sentido da vida, expresso de qualquer forma suficiente à satisfação das necessidades comunitárias (Meireles, 2002, p. 566/567; Santos, 2009, p. 19). Na esteira de Aristóteles, tem-se que esse *estado de felicidade* não subsiste como algo ocasional, mas detém característica diacrônica, sendo necessária a sua manutenção no tempo, sob pena de vincular-se a qualquer vicissitude política ou factual no curso da vida, esbulhando sua plenitude (Santos, 2009, p. 21).

Com efeito, a partir da suscitação constitucional do bem-estar dos cidadãos, com a elevação dos direitos fundamentais ao *status* de cláusula pétrea, especialmente em atenção à proibição do retrocesso, tem-se que tal instituto não mais está suscetível de disposição, seja pelo Poder Público ou pelos particulares. Complementarmente ao que já foi estudado, cumpre dizer que os direitos fundamentais compõem, em verdade, a fonte de todo o ordenamento jurídico e junto com as demais normas de cunho constitucional são a “razão de existir” do Estado (Greco Filho, 2007, p. 15). Assim:

Os direitos fundamentais constituem não apenas uma estrutura definida pelo ordenamento jurídico, mas sim, detém uma distinção superior ao próprio ordenamento. Pois, não se tratam de especificidades técnicas ou procedimentais, são, enfim, entidades que visam salvaguardar a manutenção de valores capitais ao ordenamento jurídico e ao próprio Estado. (Silva; Lenhardt, 2010, p. 155)

Todo esse complexo vem gradualmente influenciando a opinião da melhor doutrina, que define:



A democracia substancial não questiona *quem* decide ou *como* se decide. Impõe a quem decide a proibição de decidir contra os direitos fundamentais ou a não efetivação de tais direitos. Logo, quando se refere a direitos *fundamentais*, se subtrai da maioria ou do mercado a liberdade de decidir. Nenhum contrato pode dispor da vida; tampouco, nenhuma maioria política pode dispor dos direitos fundamentais, por exemplo, decidindo que uma pessoa pode ser condenada sem provas, ser privada arbitrariamente de sua liberdade pessoal ou de seus direitos civis ou políticos ou, ainda, condenada a morrer sem assistência médica ou social, bem como viver sem condições mínimas de dignidade. (Cambi, 2011, p. 30) [sic]

Portanto, o mínimo existencial consiste em um núcleo essencial de faculdades *jurídico-constitucionais* garantidas à população, com o fito de preservar seus direitos fundamentais. Considerando-se a eficácia imediata e expansiva dos direitos fundamentais, a interpretação das normas de Direito deve enveredar à maior efetividade possível dessas faculdades jurídicas, pois compõem um núcleo capital não apenas à vida humana, mas à existência digna de qualquer cidadão. Cumpre dizer que tal adágio não está afastado da ideia de legalidade, sendo esta igualmente uma garantia fundamental dos cidadãos, que norteia a atividade pública em qualquer esfera. Contudo, “é muito usual que o sistema jurídico determine não o modo como será desenvolvida a atividade administrativa, mas os fins que deverão ser obrigatoriamente realizados” (Justen Filho, 2010, p. 150)<sup>10</sup>.

De fato:

O exame da eficácia requer do administrador público a avaliação dos resultados que as atividades por ele desenvolvidas geram em favor da sociedade. Se não

---

<sup>10</sup> Essa ideia gera aversão àqueles que afastam o Direito da moral, que sucumbem o espírito do Direito, que é a justiça, para mantê-lo apenas em seu mais objetivo bem jurídico, o patrimônio. Trata-se de argumento fulcrado na definição empírica que conhece a sobrevivência como escopo da atividade humana, complementada contemporaneamente pelo ideal substancial de dignidade, cujos valores encabeçam o ordenamento jurídico pátrio. Como diria Robert Alexy (2009, p. 25), “pode-se dizer que o cumprimento de determinadas exigências morais mínimas é factivelmente necessário para a vigência permanente de um sistema jurídico”.

houver benefícios, devem os responsáveis por referido órgão corrigir os rumos por meio da definição de novos modelos ou estratégias. (Furtado, 2013, p. 97)

Objetivamente, depreende-se que a garantia do mínimo existencial está implícita na Constituição, sendo decorrente da tutela dos direitos fundamentais, especialmente a vida e a dignidade humana. A *cláusula geral* que abarca esse instituto é a própria dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB/1988), que institui essa faculdade jurídica como princípio fundamental. Nota-se que os direitos sociais fundamentais, entre eles, a saúde, também foram abraçados por esse conteúdo inato, integral e universal. Não é outra a inteligência exarada pela corrente majoritária. Por todos, Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filtchiner Figueiredo aduzem que:

Há que se enfatizar que o mínimo existencial compreendido como todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida saudável (e a vinculação com o direito à saúde, tomado aqui em seu sentido mais amplo é proposital e será retomada no último segmento!) tem sido identificado – por alguns – como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, núcleo este blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade. (Souza, 2014, p. 117)

Interessa apontar que tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 219/2007, que pretende acrescentar o art. 6-A ao disposto na Lei nº 8.080/1990, a fim de estabilizar cognição obviamente fulcrada no postulado da reserva do possível e no princípio da reserva legal. Em suma, referido projeto de lei tem como escopo especificar os procedimentos terapêuticos e a dispensação de medicamentos por intermédio do SUS, basicamente afunilando o rol de tratamentos colocados à disposição da população. Inobstante, acredita-se que qualquer providência pautada nessa intenção não será suficiente para turbar a plenitude da tutela exclamada, pois quanto aos preceitos restritivos à efetividade do direito à saúde haverá o:

Reconhecimento de sua inaplicabilidade, sempre que a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial. (Agravo de

Instrumento nº 759.543/RJ, 2ª Turma do STF, Rel. Celso de Mello, J. 17.12.2013, unânime, DJe 12.02.2014)

Portanto, sob a ótica do mínimo existencial, impende ao Poder Público manejar esforços gerenciais para adequar as verbas destinadas à implementação de políticas públicas voltadas à concretização do direito à saúde, garantindo-se a materialização do bem-estar da população, em respeito aos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos.

### **2.3 LINHAS COMPLEMENTARES SOBRE A EFETIVIDADE DO DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL À SAÚDE PERANTE OS TRIBUNAIS PÁTRIOS: ESTUDO DE CASOS**

Já se tem sedimentado que o princípio do mínimo existencial submete a chamada reserva do possível e, em maior medida, a própria reserva legal. Tem-se também que o mínimo existencial compromete a tutela dos direitos fundamentais, em respeito à vida e à dignidade da pessoa humana. Ocorre, entretanto, que há casos envolvendo os direitos fundamentais, e conseqüentemente o mínimo existencial, que são interpretados aquém desses institutos, tomando-se tanto a reserva legal quanto a utilidade da providência sob a ótica sistemática da estrutura pública. Por um lado, buscam-se fundamentos no princípio da legalidade da distribuição do orçamento público entre os diversos ramos sujeitos ao patrocínio estatal, almejando-se evitar que o Estado ostente tratamentos que ainda não possuem a suficiente eficácia científica. Por outro, de qualquer forma, o Estado se exime de efetivar a proteção dos direitos fundamentais, ofendendo a Constituição.

Há que se explicar, a partir da análise de situações concretas, tal contexto. Pegar-se-ão como exemplo dois casos: i) em um deles, uma cidadã teve sua mandíbula acometida por patologia que lhe causa fortes dores e dificuldade de movimentos na boca, o que lhe obriga a se alimentar de produtos líquidos e pastosos e a viver à base de analgésicos e outros medicamentos até que possa realizar tratamento no exterior (*colocação de prótese total*); ii) no outro, uma criança foi surpreendida pela *Síndrome de Irlen*, também chamada de *Síndrome Escotópica Sensitiva* ou *Distúrbio Visual-Perceptivo*, patologia que dificulta a percepção da luz causando distorções visuais, cujo tratamento consiste na utilização de dispositivo fabricado no exterior (*utilização de filtros seletivos de correção visual*), com estudos e procedimentos realizados com propriedade em Minas Gerais.

Objetivamente, os tratamentos indicados para ambas as patologias são recentes e ainda não foram incorporados pelo Ministério da Saúde, sendo esses alguns dos pretextos específicos na iminência de obstar as chances de recuperação dos indivíduos.

### 2.3.1 Caso Fernanda Valquíria Amaro

No primeiro caso, Fernanda Valquíria Amaro, curitibana de 26 anos, não consegue abrir a boca mais de cinco centímetros. A patologia na sua mandíbula causa degeneração e a família chega a gastar o valor mensal de R\$ 400,00 apenas em medicamentos para aliviar a dor da jovem. Para resolver o problema, seria necessário um tratamento com a colocação de uma *prótese total*, orçado em cerca de R\$ 300 mil. Fernanda possui convênio com plano de saúde, este que se recusou a patrocinar o valor sob pretexto de não ser o tratamento ideal, pois, de acordo com seus técnicos, a colocação da prótese seria muito agressiva à jovem, que teria que trocá-la de cada cinco a dez anos, tempo estimado à validade do dispositivo. Além disso, reclama a demandada que os estudos pré-clínicos com a prótese são muito recentes, sendo comum que a fabricante, a norte-americana TMJ Concepts, tenha que trocá-las com menos de três anos de uso, especialmente pelas dores extremas suportadas pelos pacientes em virtude da utilização do material.

Fernanda já havia passado por inúmeros tratamentos, os quais sequer surtiram resultado. A insistência na negativa do plano de saúde gerou uma multa contra si de R\$ 64 mil, aplicada pela Agência Nacional de Saúde (ANS), uma vez que o tratamento foi indicado por médico habilitado e, de acordo com a ANS, negado injustamente pelo plano de saúde, cuja conduta terapêutica seria obrigatória. Por prudência, cumpre indicar que a multa foi impugnada pelo plano de saúde.

No Judiciário, resumindo-se o trâmite processual, tem-se que a ação cominatória foi proposta em 2013 e distribuída à 7ª Vara Cível de Curitiba, Estado do Paraná. Em primeira instância, houve decisão liminar favorável à Fernanda. O plano de saúde demandado interpôs agravo de instrumento perante o eg. Tribunal de Justiça estadual, em que houve o deferimento do efeito suspensivo contra a decisão alvejada (art. 527, III, do CPC), em conivência com a tese da agressão do tratamento contra a autora, cabendo a avaliação colegiada do recurso para decisão definitiva. Porém, o órgão colegiado, por razões meramente processuais, sem avaliação do mérito, não conheceu o recurso (art. 526 do CPC), revogando o efeito suspensivo e determinando o cumprimento

da decisão interlocutória proferida em primeira instância. Doravante, em abril de 2014, a ação foi julgada procedente, confirmando-se a providência liminar, determinando-se que a demandada custeie o tratamento da autora e condenando-a ainda ao pagamento de danos morais pela negligência. Houve recurso de apelação, recebido com duplo efeito (art. 520 do CPC), ao que as partes aguardam o julgamento.

### **2.3.2 Síndrome de Irlen**

No segundo caso em comento, o jovem acometido pela *Síndrome de Irlen* tem dificuldades para lidar com qualquer situação que dependa de breve atenção ocular, o que compromete especialmente seus estudos, tendo em vista que as distorções causadas pela má admissão da luz em seus olhos lhe tolhem a regularidade da visão. Em 2010, a escola do garoto emitiu relatório que dá conta da evolução em seu aprendizado com a aplicação do tratamento que consiste na utilização de óculos especiais e lentes/filtros espectrofotocromáticos que são colocadas sobre o material de leitura, cujo valor chega a mais de R\$ 1.000,00 por conjunto. Sua fabricação é feita pelo Instituto Irlen-Califórnia, nos Estados Unidos. A primeira tentativa de tratar o garoto foi patrocinada pelos pais, que não têm condições de continuar arcando com os custos necessários, pois o tratamento é contínuo, sendo forçadas sucessivas substituições do material utilizado e a sujeição a vários exames, não se conhecendo seguramente sobre a regressão da doença ou mesmo se há cura.

Com efeito, o atendimento do jovem foi negado pelo SUS, sendo proposta ação civil pública na tentativa de suprir judicialmente a negativa do Estado. Processualmente, com o apoio do Ministério Público de Minas Gerais, escutado por parecer técnico emitido pela Coordenação de Oftalmologia Social da Secretaria Estadual de Saúde do Estado de Minas Gerais - SES/MG (Parecer Técnico nº 6/12), o menor, devidamente representado, pleiteou liminarmente o patrocínio público do tratamento. Destarte, muito embora se tenha conquistado decisão liminar favorável, depois de vários recursos, o eg. Superior Tribunal de Justiça pacificou a celeuma, infelizmente, em desfavor do paciente.

Segundo o STJ, não merece guarida a pretensão do menor, pois se trata de providência que onera o Poder Público sob o pretexto de materializar tratamento experimental, cuja eficácia não foi cientificamente comprovada, demonstrando inclusive resultados controversos na literatura especializada. O ainda imaturo estudo realizado com o tratamento não seria capaz de contribuir ao deferimento

do pleito, pois se estaria ignorando que o Poder Público, por intermédio de seus Ministérios e Secretarias competentes, reserva verba de seu orçamento para custear e cooperar com a ciência e a tecnologia, que também tem como escopo auxiliar na busca da solução mais salutar aos diversos males que acometem os cidadãos.

O acórdão, publicado no Diário Oficial em 2013, proferido no Recurso Especial nº 293/884/MG, de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, colocou relativo ponto final na celeuma, considerando-se que, em primeiro grau, os Magistrados ainda têm relutado em favor da pretensão dos enfermos, muito embora sejam recentes os estudos mais empenhados no tema.

## **2.4 APLICAÇÃO DO MÉTODO DA PROPORCIONALIDADE NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL À SAÚDE**

O método da proporcionalidade na concretização da lei contribui para a definição dos elementos primordiais a serem aproveitados ou excluídos na resolução do *case*. Importante ressaltar desde já que a proporcionalidade tem implícita em si a outorga ao Poder Judiciário, inclusive para exercer o controle sobre os atos dos demais Poderes (Branco, 2006, p. 131). Com isso, o labor do intérprete diante de um *hard case*, quando estão em jogo *faculdades jurídico-constitucionais de mesma grandeza*, colidentes entre si, estaria vinculado não apenas à resolução da lide, mas também à efetividade do resultado para os bens jurídicos fundamentais colocados sob seu crivo.

Alerta-se que para melhor compreensão do tema é necessário absorver que a construção jurídica dos direitos fundamentais é tomada com função geral ou estrita, não se excluindo seu caráter constitucional quer em um ou em outro caso. Assim o é tendo em vista que as normas constitucionais que garantem a tutela dessas faculdades jurídicas podem funcionar com esboço principiológico, com maior exemplo na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB/1988), ou como regra, concorrendo com as demais regras constitucionais que conformam o ordenamento jurídico. Como princípio, os direitos fundamentais demandam a realização de algo na maior medida possível, diante da realidade fática e jurídica. Como regra, deve-se atentar ao suposto fático, às noções de sanção, exigência, proibição e permissão em sua operacionalidade e à estrita regulamentação (Sarlet, 1998, p. 262). Nota-se, então, que a proteção dos direitos fundamentais é apropriada em qualquer situação, pois utilizada como

verdadeira fonte do Direito<sup>11</sup>. Entretanto, o olhar mais específico do operador poderá enveredar à sua colisão com outras normas que pretendem garantir, ainda que programaticamente, como no caso dos investimentos em saúde, a tutela de iguais direitos.

Entendido isso, a proporcionalidade enquanto método de solução de conflitos entre normas jurídicas é estruturada com a noção de três elementos: i) necessidade; ii) adequação; e iii) balanceamento. A reunião desses elementos fomenta um comando de otimização à providência jurídica a ser aplicada ao caso. A *necessidade* e a *adequação* dizem respeito às questões de fato: a *necessidade* se alija no interesse de promover um direito sem lesar, ou lesando o menos possível, outra faculdade jurídica que foi ignorada para a solução do litígio; a *adequação* está atrelada ao meio empregado para solucionar o conflito, se ele é realmente eficaz para promover plenamente o direito escolhido como primordial no caso. Concluindo o plano, o *balanceamento*, também chamado de *proporcionalidade em sentido estrito*, diz respeito ao âmbito jurídico do método da proporcionalidade. Sob sua égide, considera-se que, quanto maior o grau de insatisfação ou detrimento de uma faculdade jurídica, seja em um conflito entre princípios ou regras, maior será a importância de satisfazer as que com ela concorreram (Alexy, 2003, p. 135).

A partir dessa cognição, ao que se extrai dos casos avaliados, coadunando-os com o conteúdo do tema em comento, pode-se relacionar que a decisão do *Caso Fernanda* se adéqua ao conteúdo e à eficácia integral e extensiva dos direitos fundamentais, conquanto pendente o julgamento de recurso contra a decisão. Entretanto, o julgado do *Caso Irlen* perece na técnica precária proposta à compreensão do vigor sublime dos direitos fundamentais. De qualquer modo, considerando-se a síntese conjunta, os argumentos alhures tratados servem para ambos os casos, ainda que sua conclusão nos Tribunais esteja distintamente segmentada.

Destarte, nota-se que tanto no primeiro quanto no segundo caso os tratamentos são experimentais. Há resultados controversos em ambas as situações e algumas questões ainda aguardam o competente esclarecimento científico. Além disso, no *Caso Fernanda*, o plano de saúde foi condenado a bancar o tratamento, o que no *Caso Irlen* sequer seria possível, já que a família do menor não tinha condições de contratar qualquer espécie de assistência

---

<sup>11</sup> A doutrina filosófica assevera que “os conflitos de direitos fundamentais reconduzem-se a um conflito de princípios” (Mendes, Coelho, Branco, 2002, p. 182).

médica. Do ponto mais relevante, os dois casos estão fulcrados em comum cognição: a efetiva e integral proteção dos direitos humanos fundamentais, em especial o direito social fundamental à saúde. Com efeito, está-se diante de um conflito entre a realização material dos direitos fundamentais e as disposições constitucionais programáticas que tratam da garantia do direito à saúde e de sua concretização.

Nessa esteira, de acordo com os Tribunais, conquanto se tenham demonstrado cabalmente as prerrogativas jurídicas em favor do interessado, nota-se que o risco material do tratamento considerado experimental não é acobertado pela garantia pautada na oneração do patrimônio público para a realização da pretensão que não traz consigo a comprovação de sua eficácia. Assim, a assistência efetiva e integral ao direito social fundamental à saúde, seja na esfera médica, terapêutica ou farmacêutica, não se legitima quando o tratamento não se mostra suficiente à finalidade a que se destina, sob pena de transformar a verba pública em fomento para a atividade fulcrada em caráter experimental, olvidando-se e, no mais, intervindo-se abruptamente nos projetos públicos, o que supostamente exacerba o *munus* do Poder Judiciário.

A aversão a tal entendimento é franca, pois, de fato, não se poderia admitir tal paradoxo, uma vez que não se trata de patologia que acomete apenas um paciente, nem mesmo se está diante da estagnação social a esses males. No *Caso Fernanda*, desnecessário apontar a história da profissão e relacionar os avanços da odontologia e da medicina facial, especialmente diante do progresso tecnológico alcançado nos últimos anos, com o surgimento de inúmeras técnicas de tratamento autorizadas pelo Conselho Federal de Odontologia (Resolução nº 185/93). No *Caso Irlen*, apesar de relativamente recentes as pesquisas, datadas inicialmente em 1983, pela psicóloga Helen Irlen, em projeto financiado pelo governo norte-americano, tem-se que a patologia vem sendo esclarecida pela literatura especializada e já conta com polos científicos em diversos países. No Brasil, a principal entidade que trata do tema é o Hospital de Olhos Dr. Ricardo Guimarães, em Minas Gerais<sup>12</sup>. Além desse breve e suntuoso retrospecto, entende-se como fatal a qualquer tese que tente afastar a eficácia integral dos direitos fundamentais o descaso com o financiamento da saúde no Brasil. Como visto, a falta de gerenciamento competente simplesmente ludibria em bilhões de reais o empenho necessário à adequação da verba pública, suplementando não

<sup>12</sup> Maiores informações no sítio especializado na doença, intitulado *Síndrome de Irlen*. Disponível em: <http://irlenbrasil.com.br/>.



apenas o descaso com os cidadãos, mas inclusive situações paradoxais como as que se comenta.

Juridicamente, deixar de contribuir à efetividade do direito social fundamental à saúde sob pretextos de ordem científica, que nada mais contém do que mero repúdio à sujeição do interesse econômico do Estado, é inconstitucional diante do atual contexto que embasa o Estado Democrático e Social de Direito. Com propriedade, Inocêncio Mártires Coelho (2002, p. 86) explica o papel dos Tribunais, afirmando que há uma diferença importante entre o objeto levado ao conhecimento do Poder Judiciário e o indivíduo que fará o papel de Magistrado, em que ao objeto cumpre a função de ser conhecido e, ao Magistrado, a função de apreender o objeto, colocando-se como expectador e fiscal da situação que compõe o caso, trabalhando e decidindo a partir das provas colacionadas nos autos. Por outro lado, as propriedades da situação levada ao exame jurisdicional:

Não são apreendidas diretamente pelo sujeito, mas captadas *através* da imagem, da representação ou do pensamento que nele se formam acerca do objeto, pode-se dizer que, sob esse ponto de vista ou por causa disso, o conhecimento do objeto não é igual ao objeto do conhecimento. (Mendes; Coelho; Branco, 2002, p. 86)

Inobstante, como cabalmente se denota, o Estado não apenas possui condições econômicas para aplicar na recuperação dos enfermos, e apenas não o concretiza por negligência, como também faz jus ao *poder-dever* de empreender esforços conjuntos com a sociedade para administrar a cura de enfermidades ou a amenização dos sintomas das variadas patologias que atingem os seres humanos, promovendo o bem-estar da população (art. 196 da CRFB/1988). Essa tarefa não deve ser tomada como algo extraordinário, paralelo à efetivação dos direitos fundamentais, sob pena de qualquer faculdade jurídica essencial, concernente ao mínimo existencial, ser alocada de acordo com a programação técnico-burocrática, que muito se afasta da realidade no Brasil e de modo algum vincula a expressão jurisdicional.

Do contrário, a Constituição não seria mais do que carta política e o Poder Judiciário não passaria de mero porta-voz do Estado, que, por intermédio da letra fria da lei, legitimaria todo o cenário de descontentamento hoje impresso no coração do povo brasileiro.

## CONCLUSÃO

Nas considerações finais do trabalho, almeja-se sublinhar que a garantia constitucional de direitos fundamentais tem como escopo a preservação das faculdades jurídicas mínimas à manutenção da vida e da dignidade da pessoa humana. Tal adágio abriga não apenas um dos fundamentos primordiais do Estado, mas também a condição basilar de legitimidade do próprio Direito enquanto veículo de justiça e emancipação social. Não basta, pois, que o Estado, por intermédio do Poder Judiciário, oportunize aos indivíduos a utilização de um canal de acesso à Justiça. É necessário que os cidadãos possam confiar nesse Poder como uma forma eficiente e concreta de realização de seus direitos fundamentais.

Um dos paradigmas contrários a essa teoria utiliza como pretexto a existência de um olhar descomprometido do Poder Judiciário com o orçamento público como mérito de inúmeras críticas quanto à afamada *ditadura dos juízes*. Também se fala em *ativismo judicial*<sup>13</sup>, para caracterizar a constante e obtusa intervenção do Poder Judiciário no âmbito das políticas públicas. Mas isso não deve estar causando comoção para além dos defensores da estrita legalidade, que extraem do texto jurídico todo o espírito da lei e tentam impingí-la como mero jogo de palavras, sem qualquer aspiração humanitária. Destarte, viu-se nesta pesquisa que o órgão julgador tem às suas mãos fundamentos suficientes para driblar o torpe arbítrio do Estado em obstar o acesso dos cidadãos aos seus direitos fundamentais, por ledo e conveniente equívoco na articulação do orçamento público. Buscou-se, assim, determinar que a efetivação do direito social fundamental à saúde não prejudica o orçamento público, mas sim impinge ao administrador público o profícuo e pleno cumprimento de sua tarefa, especialmente no que diz respeito à proteção do mínimo existencial aos cidadãos que a ele confiaram a gestão do Estado.

<sup>13</sup> É necessário esclarecer corrente confusão dos operadores do Direito quanto aos termos *ativismo judicial* e *estrito cumprimento do dever legal* pelos Magistrados. Nesse sentido, Lenio Streck (2009, p. 25) afirma que “a garantia de efetividade dos direitos fundamentais impinge ao Poder Judiciário legitimidade para, no limite, isto é, na inércia injustificada dos demais poderes, implementar essa missão”. Destarte, *ativismo judicial* é tese utilizada para contrastar a *legislatura judicial*, em que os magistrados instituem verdadeiras hipóteses normativas, de fato legislando, invadindo a esfera do Poder Legislativo. O que não ocorre quanto às disposições constitucionais relativas aos direitos fundamentais, pois é pacífico que essas espécies de normas jurídicas detêm aplicabilidade imediata, devendo-se prover o mínimo existencial a qualquer cidadão que esteja necessitado, sendo essa a conduta legítima e constitucionalmente outorgada ao Poder Judiciário.

Observou-se ainda que a dificuldade dos Tribunais brasileiros em lidar com alguns temas também turba a efetividade dos direitos fundamentais, mesmo quando o caso e o cotidiano social, político e jurídico oferecem todos os elementos necessários para que o Magistrado confirme a plenitude da tutela constitucional. Com efeito, a necessidade de um empenho mais profundo dos Tribunais sobre determinados temas ainda compromete a eficiência do sistema. Este é um problema a ser gradualmente abolido.

Ao cabo, com importância, demonstrou-se que os direitos sociais fundamentais possuem características suficientes à sua proteção integral e imediata, nos termos emanados pela Carta Magna. Portanto, diante de alguma ação ou omissão do Poder Público que obste ou lese o direito à saúde, atingindo o seio do mínimo existencial tutelado pelo Direito Constitucional, cabe ao interessado ou interessados pleitear a providência jurisdicional apta a possibilitar a recuperação ou manutenção de seu bem-estar, cabendo ao Estado prover e efetivar a ordem constitucional em favor dos cidadãos.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade. *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, p. 131-140, jun. 2003.

\_\_\_\_\_. *Conceito e validade do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BRANCO, Luiz Carlos. *Equidade, proporcionalidade e razoabilidade*. São Paulo: RCS, 2006.

CFM - Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <<http://portal.cfm.org.br/>>. Acesso em: 4/11/2014.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Constituição e governabilidade: ensaio sobre a (in)governabilidade brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1995.

\_\_\_\_\_. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1999.

FURTADO, J. R. Caldas. *Direito financeiro*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

HONESKO, Raquel Schlommer. Discussão histórico-jurídica sobre as gerações de direitos fundamentais: a paz como direito fundamental de quinta geração. In: FACHIN, Zulmar (Coord.). *Direitos fundamentais e cidadania*. São Paulo: Método, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MEIRELES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

ONU - Organização das Nações Unidas. Disponível em: <<http://nacoesunidas.org/>>. Acesso em: 12/10/2014.

OPAS/OMS - Organização Pan-Americana da Saúde/Organização Mundial da Saúde. Disponível em: <<http://www.paho.org/bra/>>. Acesso em: 5/9/2014.

PIOVESAN, Flávia. Os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e sua aplicação no exercício da advocacia pública. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná*, a. XI, n. 6, p. 77/94, 1997.

SANTOS, André Leonardo Copetti. *Elementos de filosofia constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, Adriana Martins; LENHARDT, Willian Padoan. Os direitos fundamentais no contexto contemporâneo: entre eficácia absoluta e renúncia volitiva. *Ius Gentium*, Curitiba, a. 4, n. 8, p. 152-166, jul./dez. 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SÍNDROME de Irlen. Disponível em: <<http://irlenbrasil.com.br/>>. Acesso em: 15/10/2014.

SOUZA, Raffaella Cássia de. A sindicabilidade do direito social à saúde pelo poder judiciário: reserva do possível e mínimo existencial. *Juris Plenum*, Caxias do Sul, a. X, n. 59, p. 107-126, set./out. 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

\_\_\_\_\_. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.



# DIREITO FUNDAMENTAL AO PROCESSO

## FUNDAMENTAL RIGHT TO PROCESS

Waldir Alves<sup>1</sup>

Doutor em Direito do Estado e Teoria do Direito pela UFRGS

**RESUMO:** O objetivo do presente trabalho é analisar o processo na perspectiva dos direitos fundamentais, buscando identificar a possibilidade ou não de se buscar na Constituição não somente um conteúdo formal, mas também um conteúdo material para os direitos fundamentais relacionados ao processo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constituição; direito processual; direitos fundamentais; conteúdo formal e material dos direitos fundamentais relacionados ao processo.

**ABSTRACT:** *The purpose of this paper is to analyze the process from the perspective of fundamental rights in order to identify whether or not to seek the Constitution not only a formal content, but also a material for fundamental process related content.*

**KEYWORDS:** *Constitution; procedural law; fundamental rights; formal content and materials of fundamental rights related to the process.*

**SUMÁRIO:** Considerações iniciais; 1 Direito processual e constituição; 2 O processo como direito fundamental; 3 Os princípios do direito processual na Constituição; 4 O controle jurisdicional dos princípios; Considerações finais; Referências.

**SUMMARY:** *Initial considerations; 1 Procedural law and constitution; 2 The process as a fundamental right; 3 Principles of procedural law in the constitution; 4 The principles of judicial review; Final considerations; References.*

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

É importante verificar a relação do Direito Processual com a Constituição, procurando ver se o processo pode ser tomado como verdadeiro direito fundamental, para o que é necessária a análise dos princípios do Direito Processual na Constituição,

<sup>1</sup> Doutor em Direito do Estado e Teoria do Direito pela UFRGS e Especialista em Direito Tributário pela FURB, Professor de Direito Constitucional na UniRitter – *Laureate International Universities*, Procurador Regional da República.

com vista ao possível controle jurisdicional desses princípios, relacionando-se, inclusive, com precedentes do STF e do STJ sobre o assunto.

Nessa perspectiva, é oportuno verificar se, no caso de uma norma processual ofender algum direito fundamental, ela deve ser aplicada em franca violação a algum direito fundamental, ou, em sendo possível, como podem ser ponderados os direitos fundamentais que eventualmente estejam colidindo, para que, no caso concreto, uma norma não necessite ser declarada inconstitucional.

## 1 DIREITO PROCESSUAL E CONSTITUIÇÃO

O Estado, na sua forma típica e original, é garantido pelas Constituições, possuindo o termo “Estado de Direito” (*Rechtsstaat*), matriz alemã. Apesar da existência de códigos e leis esparsas que regulam o processo, faz-se necessário buscar o seu fundamento em valores e normas superiores, o que é feito na Constituição. Para a apreensão desse significado, a Constituição é tomada como norma superior, enquanto a norma produzida segundo as suas determinações é norma inferior<sup>2</sup>.

Ou seja, a Constituição é o fundamento de validade das leis. Essa superioridade hierárquica da Constituição<sup>3</sup> tem como ponto central a diferença entre Constituição no sentido material e Constituição no sentido formal, cuja fundamentação da subordinação do nível da lei ao nível da Constituição não se dá por meio da forma da Constituição, somente acidental e não essencial<sup>4</sup>, mas com base no seu conteúdo.

A Constituição é a “ordem fundamental jurídica da coletividade”<sup>5</sup>, que determina os princípios diretivos, segundo os quais deve formar-se a unidade

---

<sup>2</sup> “A norma reguladora da produção é a superior, a produzida conforme a determinação é a norma inferior.” (KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. 2. Aufl. (1960). Wien: Franz Deuticke, Unveränderter Nachdruck 1983. p. 228. Tradução brasileira: *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 247).

<sup>3</sup> KELSEN, Hans. Wer soll der Hüter der Verfassung sein? *Die Justiz*, Heft 11-12, Band VI: 576-628, Berlin: Walther Rothschild, p. 594, 1930-31. Este artigo também foi traduzido para a língua portuguesa: Quem deve ser o guardião da constituição? *Jurisdição Constitucional*. Trad. Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 260-261.

<sup>4</sup> Cf. idem, ibidem. Na tradução portuguesa, p. 260-261.

<sup>5</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, n. 17, 1991. p. 37.

política e devem ser exercidas as tarefas estatais<sup>6</sup>. Como a Constituição produz os pressupostos de criação, validade e realização das normas jurídicas, determinando em grande parte o seu conteúdo, ela se converte em “elemento da unidade da ordem jurídica total da coletividade”<sup>7</sup>.

Nesse sentido, em 1899, João Mendes Júnior já focalizava o processo como garantia dos direitos individuais, ao que, de certo modo, já compreendia o prisma constitucional dos direitos fundamentais<sup>8</sup>.

Os estudos constitucionais sobre o processo civil ainda podem ser apontados como uma das características mais salientes da atual fase científica do Direito Processual Civil<sup>9</sup>. É que a dimensão conquistada pelo Direito Constitucional em relação a todos os ramos do Direito mostra-se particularmente intensa, inclusive no que diz respeito ao processo<sup>10</sup> e no que se refere especificamente aos direitos fundamentais, bem advertiu Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “reconhece-se hodiernamente aos direitos fundamentais, sem maiores objeção a natureza de ‘máximas processuais’, direta ou indiretamente determinadoras da conformação do processo, contendo ao mesmo tempo imediata força imperativa”<sup>11</sup>.

## 2 O PROCESSO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Pode-se indagar se as normas relativas ao processo, previstas na Constituição, são direitos ou garantias fundamentais, pois a Constituição, além de não distingui-las, “não consigna regra que aparte as duas categorias, nem sequer adota terminologia precisa a respeito das garantias”<sup>12</sup>.

<sup>6</sup> Cf. HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, n. 17, 1998. p. 37.

<sup>7</sup> Idem, n. 18, p. 38.

<sup>8</sup> Cf. MENDES JÚNIOR, João. A nova fase da doutrina e das leis do processo brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, 1899. p. 120.

<sup>9</sup> Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 1.

<sup>10</sup> Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre: UFRGS, v. 22, p. 31, set. 2003. Esse artigo também tem outra publicação: *GENESIS – Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba: Genesis, v. 26, p. 653-664, out./dez. 2002.

<sup>11</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 83.

<sup>12</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 186.



Exemplificativamente, o acesso à jurisdição estatal, previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição<sup>13</sup>, costuma ser classificado como “garantia”<sup>14</sup>. O devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, da Constituição<sup>15</sup>) também costuma ser colocado no quadro das garantias das partes e da jurisdição, especificamente como garantia das partes e do próprio processo, e não como direito, em razão da sua índole assecuratória<sup>16</sup>.

Na distinção feita por Ruy Barbosa em 1893, as garantias são solenidades tutelares que a lei circunda alguns dos direitos contra os abusos do poder<sup>17</sup>. As disposições declaratórias seriam instituidoras de direitos, enquanto as assecuratórias seriam instituidoras de garantias, podendo ocorrer que a mesma disposição constitucional ou legal fixe a garantia e declare o direito<sup>18</sup>.

Na doutrina pátria, Ruy Barbosa foi o primeiro a fazer a diferenciação entre direitos e garantias, especialmente porque a Constituição de 1889 não o fazia<sup>19</sup>. Esse entendimento é praticamente partilhado por José Afonso da Silva,

<sup>13</sup> “Art. 5º [...] XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...]”

<sup>14</sup> SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 416.

<sup>15</sup> “Art. 5º [...] LIV – ninguém será privado da liberdade e de seus bens sem o devido processo legal; [...]”

<sup>16</sup> “Garantias das partes e do próprio processo: eis o enfoque completo e harmonioso do conteúdo da cláusula do *devido processo legal*, que não se limite ao perfil subjetivo da ação e da defesa, como direitos, mas que acentue, também e especialmente, seu perfil objetivo. Garantias, e não direitos, porquanto são de índole assecuratória, e não meramente declaratória, visando a tutelar o exercício de outros direitos e guardando com estes uma relação de instrumentalidade.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 2).

<sup>17</sup> “Ora, uma coisa são *garantias constitucionais*, outra coisa os *direitos*, de que essas garantias traduzem, em parte, a condição de segurança política ou judicial. Os *direitos* são aspectos manifestações da personalidade humana em sua existência subjetiva, ou nas suas situações de relação com a sociedade, ou os indivíduos, que a compõem. As *garantias constitucionais stricto sensu* são as solenidades tutelares, de que a lei circunda alguns desses direitos contra os abusos do poder.” (BARBOSA, Ruy. *A constituição e os actos inconstitucionais: do congresso e do executivo ante a justiça federal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Atlântida, s.d. p. 189-190)

<sup>18</sup> “Verdade é que também não se encontrará, na Constituição, parte, ou cláusula especial, que nos esclareça quanto ao alcance da locução ‘garantias constitucionais’. Mas a aceção é óbvia, desde que separarmos, no texto da lei fundamental, as disposições meramente *declaratórias*, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições *assecuratórias*, que são as que, em defesa dos *direitos*, limitam o poder. Aquelas instituem os *direitos*; estas, as *garantias*; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito.” (Idem, p. 194)

<sup>19</sup> “Não se encontrará, na Constituição, parte, ou cláusula especial, que nos esclareça quanto ao alcance da locução ‘garantias constitucionais’. Mas a aceção é óbvia, desde que separarmos, no texto da lei fundamental, as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam

para o qual “as garantias constitucionais são também *direitos*, não como outorga de um bem e vantagem em si, mas *direitos instrumentais*, porque destinados a tutelar um *direito principal*”<sup>20</sup>. Manoel Gonçalves Ferreira Filho faz a distinção entre garantias e remédios previstos na Constituição, ao que as garantias seriam prescrições que vedam determinadas ações do Poder Público que violam o direito reconhecido, agindo como barreiras erigidas para a proteção dos direitos, de forma preventiva, enquanto os remédios seriam medidas ou processos especiais para a defesa de direitos violados, utilizadas para correção e, como garantia das garantias, a via judicial destinada à proteção das regras que protegem os direitos fundamentais<sup>21</sup>.

Na doutrina lusitana, Jorge Miranda entende que os direitos representam, por si só, certos bens, por isso seriam principais, enquanto as garantias se destinam a assegurar a fruição desses bens, por essa razão seriam acessórias<sup>22</sup>. Canotilho sustenta haver princípios-garantia, os quais instituem garantias aos cidadãos, sendo autênticas normas jurídicas<sup>23</sup>. Para Eliana Calmon Alves, no

---

o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito.” (BARBOSA, Ruy. *Comentários à constituição federal brasileira*. São Paulo: Saraiva, v. V, 1934. p. 181)

<sup>20</sup> SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 417.

<sup>21</sup> “É mister antes de mais nada não confundi-las [as garantias] com os remédios, isto é, com medidas ou processos especiais, previstos na Constituição, para a defesa de direitos violados. As garantias, ao contrário dos remédios, buscam prevenir, não corrigir. As garantias consistem nas prescrições que vedam determinadas ações do Poder Público que violariam direito reconhecido. São barreiras erigidas para a proteção dos direitos consagrados. A expressão ‘garantias constitucionais’ é, todavia, também tomada no sentido de ‘remédios constitucionais’. Há neste caso uma figura de linguagem, pois, rigorosamente falando, esses remédios são a garantia das garantias, são a via judicial destinada à proteção das regras que protegem os direitos fundamentais.” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 251-252)

<sup>22</sup> “Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias acessórias e, muitas delas, adjectivas (ainda que possam ser objecto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se directa e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projectam pelo nexo que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos *declaram-se*, as garantias *estabelecem-se*.” (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, t. IV, 1998. p. 88-89)

<sup>23</sup> “4. Os princípios-garantia. Há outros princípios que visam instituir directa ou imediatamente uma *garantia* dos cidadãos. É-lhes atribuída uma densidade de autêntica norma jurídica e uma força determinante, positiva e negativa. Refiram-se, a título de exemplo, o princípio *nullum crimen sine lege* e de *nulla poena sine lege* (cfr. art. 29º), o princípio do juiz natural (cfr. art. 32º/7), os princípios de *non bis in idem* e *in dubio pro reo* (cfr. arts. 29º/4, 32º/2) [...] Como se disse, estes princípios traduzem-se no estabelecimento directo de garantias para os cidadãos e daí que os autores lhes chamem ‘princípios em forma de norma jurídica’ (Larenz) e considerem o legislador estreitamente vinculado na sua

sistema de princípios e regras, as garantias também são tomadas como princípios que limitam o exercício do poder estatal para afastar o arbítrio<sup>24</sup>.

A partir disso, e para evitar o aprofundamento da análise, poderia ser suficiente afirmar as garantias como decorrentes da Constituição, sem maior preocupação com a identificação de sua natureza. Porém, algumas reflexões podem ser tecidas na tentativa de tornar mais claras as teorias formuladas sobre a natureza das garantias constitucionais.

O esforço de Ruy Barbosa para distinguir os direitos das garantias constitucionais buscava a diferenciação em virtude da possibilidade de suspensão das garantias fundamentais durante o Estado de Sítio<sup>25</sup>, o que não importaria na suspensão da Constituição<sup>26</sup>, mas, unicamente, das garantias limitadas por ela, não alcançando sequer os direitos fundamentais<sup>27</sup>. Isso pode ser verificado no decorrer da obra *A constituição e os actos inconstitucionaes*, a qual reproduz as razões finais apresentadas na primeira instância da Justiça Federal, perante a qual promoveu ação de natureza cível em favor dos reformados e dos demitidos pelos Decretos de 7 e 12 de abril de 1892, por intermédio da qual buscava a

---

aplicação." (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 173)

<sup>24</sup> "Por fim, dentro do sistema de princípios e regras, temos ainda as chamadas garantias, princípios que limitam o exercício do poder estatal sem deixar margem ao exercício do arbítrio. As garantias constitucionais são princípios qualificados pelo seu conteúdo específico e limitam o poder, na defesa das disposições que formam o Direito reconhecido. O conjunto de garantias forma o sistema. Temos como exemplo, as ações de *habeas corpus* e *habeas data*, a garantia do direito à propriedade, do direito à herança, etc." (ALVES, Eliana Calmon. Princípios e garantias constitucionais do processo. Disponível em: <[www.stj.gov.br/Discursos/0001114/PrincipioseGarantiasConstitucionaisdoProcesso.doc](http://www.stj.gov.br/Discursos/0001114/PrincipioseGarantiasConstitucionaisdoProcesso.doc)>. Acesso em: 3 abr. 2006).

<sup>25</sup> "Os nossos próprios textos constitucionais estabelecem manifestamente a distinção; pois, ao passo que, rubricando a seção II do título IV, o legislador constituinte lhe chama *Declaração de direitos*, no art. 80, onde se ocupa com as faculdades anormais do Congresso e do poder executivo durante o estado de sítio, não se refere senão a *garantias constitucionais*. Que razão de ordem positiva, de plausibilidade concludente nos autoriza a *sinonimizar* (releve-me o neologismo) as duas expressões? (*Os Atos Inconstitucionais*, p. 182-7)." (BARBOSA, Ruy. *República: teoria e prática: textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na primeira constituição republicana*. Coord. Hildon Rocha. Petrópolis: Vozes; Brasília: Câmara dos Deputados, 1978. p. 123)

<sup>26</sup> Cf. *idem*, p. 10.

<sup>27</sup> "Ora, uma coisa são as *garantias constitucionais*, outra coisa os *direitos*, de que essas garantias traduzem, em parte, a condição de segurança política ou judicial. Os *direitos* são aspectos manifestações da personalidade humana em sua existência subjetiva, ou nas suas situações de relação com a sociedade, ou os indivíduos, que a compõem. As *garantias constitucionais stricto sensu* são as solenidades tutelares, de que a lei circunda alguns desses direitos contra os abusos do poder." (*Idem*, p. 189-190)

reparação das vantagens pecuniárias decorrentes dos atos inconstitucionais, os quais sequer pedia que fossem revogados<sup>28</sup>.

É importante assentar que a Constituição de 1891, vigente à época dos Decretos de 7 e 12 de abril de 1892, contemplava o Estado de Sítio (art. 34, n. 21) e determinava os seus efeitos (§ 2º do art. 80)<sup>29</sup>. A Constituição de 1988 também contempla o Estado de Sítio (art. 137), cabendo ao decreto da sua instituição especificar as garantias constitucionais que ficarão suspensas (art. 138), além de especificar as medidas que somente poderão ser tomadas contra as pessoas no caso de Estado de Sítio decorrente de comoção grave de repercussão nacional ou ineficácia do Estado de Defesa (art. 139)<sup>30</sup>.

O empenho e a preocupação de Ruy Barbosa no caso concreto da suspensão das garantias fundamentais durante o Estado de Sítio se encontram, de certo modo<sup>31</sup>, superados, ao menos formalmente, em razão da expressa previsão constitucional de que as garantias constitucionais que ficam suspensas durante o Estado de Sítio decorrente de comoção grave de repercussão nacional ou ineficácia do Estado de Defesa (inciso I do art. 137) somente podem ser suspensas aquelas enumeradas no art. 139 da Constituição de 1988<sup>32</sup>.

<sup>28</sup> “E (terceira disparidade a seu favor) não pretendem impor ao executivo, por determinação judicial, a revogação do ato demissório: simplesmente requerem dos tribunais a manutenção civil na posse das vantagens de uma fruição, cujo título é inauferível durante sua vida.” (Idem, p. 223)

<sup>29</sup> “Art. 80. Poder-se-á declarar em estado de sitio qualquer parte do território da União, suspendendo-se aí as garantias constitucionais por tempo determinado, quando a segurança da Republica o exigir, em caso de agressão estrangeira, ou comoção intestina (art. 34, n. 21). [...] § 2º Este, porém, durante o estado de sítio, restringir-se-á nas medidas de repressão contra as pessoas, a impor: 1º A detenção em lugar não destinado aos réus de crimes comuns; 2º O desterro para outros sítios do território nacional.”

<sup>30</sup> “Art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas: I - obrigação de permanência em localidade determinada; II - detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns; III - restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei; IV - suspensão da liberdade de reunião; V - busca e apreensão em domicílio; VI - intervenção nas empresas de serviços públicos; VII - requisição de bens. Parágrafo único. Não se inclui nas restrições do inciso III a difusão de pronunciamentos de parlamentares efetuados em suas Casas Legislativas, desde que liberada pela respectiva Mesa.”

<sup>31</sup> É que se excepciona o Estado de Sítio decorrente de declaração de estado de guerra ou resposta à agressão armada estrangeira (inciso II do art. 137), para o qual não há previsão expressa de medidas restritivas.

<sup>32</sup> “É o decreto do Presidente da República que instaura a normatividade extraordinária do estado de sítio pela indicação de: [...] (a) sua duração [...] (b) as normas necessárias à sua execução [...] (c) as garantias constitucionais que ficarão suspensas, dentre as autorizadas no art. 139.” (SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 767-768)

Isso atende à preocupação de Ruy Barbosa, pois, ao citar o argentino Alcorta, sustentou que “[...] existem limitações aos *direitos individuais*; mas, para evitar os abusos, que, à sombra delas e por seu efeito, poderiam cometer-se, há também *garantias*, na mesma carta constitucional, que põem ao alcance de todos os prejudicados os meios de conseguir que o direito seja respeitado, e desapareça o abuso”<sup>33</sup>. Assim, para evitar os abusos nas limitações aos *direitos individuais*, há, na Constituição, *garantias* que põem ao alcance de todos os prejudicados os meios de conseguir que o direito seja respeitado, e assim desapareça o abuso.

No entanto, o desenvolvimento de uma teoria das garantias fundamentais, além de não responder a todas as indagações da teoria dos princípios, encontra óbice conceitual na própria Constituição, que, ao estabelecer, no art. 138, a necessidade de o decreto do Estado de Sítio indicar as “garantias constitucionais que ficarão suspensas”, ao enumerar, no art. 139, as medidas restritivas, refere direitos fundamentais clássicos, como é caso do direito à liberdade de reunião (inciso XVI do art. 5º) e o direito ao sigilo da correspondência (inciso XII do art. 5º), também classificados por Ruy Barbosa<sup>34</sup> como direitos.

Para a teoria dos direitos fundamentais, é elucidativa a análise da estrutura das normas de direito fundamental feita por Robert Alexy, quando expõe três modelos. O primeiro, o modelo puro de princípios<sup>35</sup>, no qual as regras dependem totalmente dos princípios, recebendo objeções, principalmente, por depender totalmente da ponderação. O segundo, o modelo puro de regras<sup>36</sup>, no qual as regras são aplicáveis sem ponderação, questionado por deixar aberta a questão da interpretação das disposições de direito fundamental, diante da possibilidade de renúncia ao procedimento de ponderação. E, o terceiro, o modelo de regras/

<sup>33</sup> BARBOSA, Ruy. *A constituição e os actos inconstitucionales*, p. 190-191.

<sup>34</sup> É interessante o quadro comparativo elaborado pelo autor, a partir do texto da Constituição de 1891, no qual confronta os direitos com as garantias, classificando como direitos fundamentais o direito ao sigilo da correspondência, constante do § 18 (§ 18. É inviolável o sigilo da correspondência), e o direito à liberdade de reunião, previsto na primeira parte do § 8º (§ 8o A todos é lícito associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas; [...]), enquanto a segunda parte do § 8º é classificada como garantia (§ 8º [...] não podendo intervir a polícia, senão para manter a ordem pública) (Cf. idem, p. 195 e 197)

<sup>35</sup> Cf. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 3. Aufl. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1996. p. 104-106. Esse livro foi traduzido para a língua espanhola: *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 115-118.

<sup>36</sup> Cf. idem, p. 106-107. Na tradução espanhola, p. 118.

princípios<sup>37</sup>, que surge da vinculação de um nível de princípios com um nível de regras.

Se assim pode ser dito, a tese das garantias fundamentais sustentada por Ruy Barbosa permite identificar pontos de contato com o modelo puro de regras, especificamente dos direitos fundamentais com reserva qualificada<sup>38</sup>.

A dificuldade na adoção do modelo puro de regras, mesmo no tipo dos direitos fundamentais com reserva qualificada, está na grande probabilidade de fracasso da tentativa de solucionar os casos unicamente por meio da subsunção, livre de ponderação, tanto na hipótese de haver a previsão de um extenso rol de restrições ao direito fundamental, como nas situações nas quais não haja referência expressa ao caso, o que, em um primeiro momento, poderia apontar para a necessidade de reformulação do texto constitucional<sup>39</sup>, mas que, com o auxílio da teoria dos princípios, pode possibilitar a proteção ao direito fundamental.

Ao desenvolver a teoria das garantias, na realidade, Ruy Barbosa estava preocupado com os meios para assegurar os direitos fundamentais; tratava, portanto, dos procedimentos para assegurar os direitos fundamentais. No desenvolvimento recente, progressivamente se destaca o aspecto de que os direitos fundamentais devem ser realizados e assegurados por *organização e procedimentos*. Para que os direitos fundamentais possam cumprir sua função, primeiramente requerem, em proporção mais ou menos ampla, segundo o direito tratado, como regulamentações de organização e procedimento (*v.g., liberdade de associação*)<sup>40</sup>.

A organização jurídica dos direitos fundamentais é, primeira e preferencialmente, tarefa do legislador, que compreende, embora em dimensão diferente, uma parte de concretização<sup>41</sup>. E, na medida em que organização e concretização coincidem, o legislador que organiza os direitos fundamentais está vinculado à Constituição, sujeitando-se ao controle do Tribunal Constitucional,

<sup>37</sup> Cf. *idem*, p. 117. Na tradução espanhola, p. 129-130.

<sup>38</sup> O modelo puro de regras também se faz insuficiente onde teria maior perspectiva de êxito, nos direitos fundamentais com reserva qualificada (Cf. *idem*, p. 114-115. Na tradução espanhola, p. 126-127).

<sup>39</sup> Cf. *idem*, p. 115-117. Na tradução espanhola, p. 127-129.

<sup>40</sup> Cf. HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, n. 358-359, p. 287-288.

<sup>41</sup> Cf., a propósito, *idem*, n. 303-305, p. 247-248.

caso no qual o poder judicial influencia sobre a organização<sup>42</sup>. Criá-las é tarefa da organização, mas que não pode restringir-se a normatizações materiais, pois, como os direitos fundamentais simultaneamente influem sobre o direito de organização e procedimento, contribuem para sua realização e asseguramento<sup>43</sup>. Como o seu aspecto é bastante amplo, vai desde os direitos a uma proteção jurídica efetiva<sup>44</sup>, quando pode estar dirigido aos tribunais<sup>45</sup>, até aqueles direitos a “medidas estatais [...] de tipo organizativo”<sup>46</sup>.

Por sua vez, os procedimentos dizem com a possibilidade de assegurar os direitos fundamentais, havendo previsão no Direito vigente de um amplo controle de sua observância pelo Judiciário, o que, no Direito alemão, pode ser identificado, exemplificativamente, no direito de recorrer à via judicial (art. 19<sup>47</sup>, alínea 4, da Lei Fundamental) e no direito de ser ouvido perante os tribunais (art. 103<sup>48</sup>, alínea 1, da Lei Fundamental)<sup>49</sup>.

---

<sup>42</sup> Cf. *idem*, n. 305, p. 248.

<sup>43</sup> Cf., a propósito, *idem*, n. 359, p. 288.

<sup>44</sup> Comparar BVerfGE 24, 367 (401); 35, 348 (361); 37, 132 (148) e outros. (Cf. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, p. 430. Na tradução espanhola, p. 457)

<sup>45</sup> Cf. *idem*, p. 432. Na tradução espanhola, p. 459.

<sup>46</sup> BVerfGE 35, 79 (116) (Cf. *idem*, p. 430. Na tradução espanhola, p. 457). Ao invés de direitos à organização e procedimentos, Alexy entende que se poderia falar – partindo-se de um conceito amplo de procedimento, que também abrange as normas de organização – simplesmente em “direitos a procedimentos” ou de “direitos procedimentais”, o que frequentemente faz por razões de simplificação (BVerfGE 35, 79 (116) (Cf. *idem*, p. 431. Na tradução espanhola, p. 458).

<sup>47</sup> “Art. 19. [Restrições aos direitos fundamentais, garantia da via judicial] (4) Quem for lesado nos seus direitos por ato de autoridade pública poderá recorrer à via judicial. Se não houver outra jurisdição competente, a via será ordinária. Mantém-se intacto o artigo 10, alínea 2, frase 2.”

<sup>48</sup> “Art. 103. [Direito de ser ouvido, punibilidade] (1) Todos têm o direito de serem ouvidos perante os tribunais.”

<sup>49</sup> “Isso é claro nos verdadeiros direitos fundamentais de procedimento (por exemplo, art. 19, alínea 4, 103, alínea 1, da Lei Fundamental).” (HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, n. 359, p. 288). “Mais além do art. 19, alínea 4, da Lei Fundamental, e ao lado dela, o Tribunal Constitucional Federal, nomeadamente em sua jurisprudência recente, infere de direitos fundamentais materiais um direito imediato à proteção jurídica efetiva. Nisso aparece o significado crescente dos procedimentos para a realização dos direitos fundamentais (comparar infra, número de margem 359). Porque pode prejudicar a validade efetiva mesma dos direitos fundamentais, cada vez, afetados se, ou são estabelecidos obstáculos procedimentais muito altos ou, se uma decisão judicial vem muito tarde para poder eliminar ainda eficazmente a infração de direitos fundamentais. A ela só se deixa opor com configurações procedimentais que têm em conta essa situação de fato.” (*idem*, n. 339, p. 270)

Quando possuem por objeto a edição de normas procedimentais, os direitos fundamentais são endereçados ao legislador<sup>50</sup>. É um direito a procedimentos judiciais e administrativos, que deve relacionar o aspecto procedimental (procedimentos jurídicos) e o aspecto material (direitos fundamentais)<sup>51</sup>.

Na doutrina alemã, não é tratada a categoria das garantias fundamentais, apenas a categoria dos direitos fundamentais, o que é seguido pelo Tribunal Constitucional Federal. Portanto, a referência à prestação de garantia<sup>52</sup> pode ser tomada como instrumento de proteção (*Schutz*) do direito fundamental, que deve estar disponibilizado ao cidadão, para que possa torná-lo efetivo no caso de restrição indevida, especialmente por intermédio dos procedimentos.

A Constituição assegura a via judicial para aquele que teve violado os seus direitos, que pode ser tratado como direito à jurisdição (inciso XXXV do art. 5º) e, ao seu lado, também contemplou o devido processo legal (inciso LIV do art. 5º), além de várias outras previsões relacionadas ao processo, sendo todos verdadeiros direitos fundamentais que devem ser realizados e assegurados tanto pelo legislador como pelo aplicador da norma, o que permite extrair um conteúdo constitucional próprio para cada direito.

Portanto, buscando na Constituição atual, individual-concreta<sup>53</sup>, uma definição do acesso à jurisdição, do devido processo legal, e dos demais comandos constitucionais relacionados ao processo, o seu reconhecimento como direito fundamental lhe dá conteúdo constitucional, e, com isso, possibilita o controle jurisdicional de sua constitucionalidade, que não está ilimitadamente entregue ao legislador infraconstitucional.

É que, para a compreensão do Estado atual e da Constituição atual, o “Estado constitucional” indica um tipo de Estado, cuja Constituição, no âmbito

<sup>50</sup> Cf. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, p. 432. Na tradução espanhola, p. 459.

<sup>51</sup> Cf. *idem*, p. 444-445. Na tradução espanhola, p. 472.

<sup>52</sup> O direito poderá ser feito valer por intermédio dos procedimentos, podendo-se dizer que a garantia é uma forma para a sua prática.

<sup>53</sup> Já “para a Doutrina do Direito Constitucional, um tal conceito seria inadequado para fundamentar uma compreensão que estivesse em condições de dirigir o vencimento de problemas jurídico-constitucionais práticos, colocados *hic et nunc*”. Assim, “como a normatividade da Constituição vigente é a de uma ordem histórico-concreta, e a vida, que ela deve ordenar, é vida histórico-concreta, pode, no quadro da tarefa de uma exposição dos elementos fundamentais do Direito Constitucional vigente, somente ser perguntado pela Constituição atual, individual-concreta.” (HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, n. 1, p. 25-26).



dos direitos fundamentais e da construção estatal, mostra princípios gerais que irão reger a comunidade<sup>54</sup>.

Essa mudança de enfoque é apontada por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, para o qual “cada vez mais nos distanciamos da concepção tradicional, que via os direitos como simples garantias, como mero direito de defesa do cidadão frente ao Estado e não, como os compreende a mais recente doutrina, como direitos constitucionais institucionais, com ampla e forte potencialização”<sup>55</sup>. Por isso, continua o autor:

A questão revela-se particularmente sensível porquanto dessa forma atribui-se ao órgão judicial, no plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente os direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de modo a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).<sup>56</sup>

É que no âmbito dos direitos fundamentais:

Em tal normatividade essencialmente principal encontra-se contida uma autêntica outorga de competência para a livre investigação jurisdicional do direito. A particularidade aqui, em relação a outros tipos de regras jurídicas, é que a competência para a desco-

<sup>54</sup> Apesar de Hesse apontar que a *Doutrina do Direito Constitucional atual* não esclareceu suficientemente o conceito e peculiaridade da Constituição, cuja compreensão, que está na base do Estado atual e da Constituição atual, é, muitas vezes, antes pressuposta do que explicitamente fundamentada, refere que está clara a conexão estreita entre Estado e Constituição, cujo “Estado constitucional” irá indicar o *tipo de Estado* e o conteúdo da sua Constituição: “Se em época recente, o conceito de ‘Estado constitucional’, no essencial empiricamente descritivo, coloca-se, como início, no primeiro plano, então fica clara a conexão estreita entre Estado e Constituição (por exemplo, ISENSEE, J. Staat um Verfassung, *HdBStR* I, § 13Rdn. 125 ff.). ‘Estado constitucional’ indica um *tipo de Estado*, cuja Constituição, nos âmbitos dos direitos fundamentais e da construção estatal, mostra princípios gerais e, com isso, comunidades que no desenvolvimento europeu recente ganham significado crescente; nesse aspecto, o conceito circunscreve pontos de referência para a compreensão e o desenvolvimento da Constituição. Comparar, para isso, HÄBERLE, P. Gemeineuropäischen Verfassungsrecht, in: ders., *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaats* (1992) S. 71 ff.” (idem, n. 2, p. 26, nota de rodapé 2).

<sup>55</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. Op. cit., p. 655.

<sup>56</sup> Idem, *ibidem*.

berta do direito no caso concreto vincula-se com os princípios de maneira ampla e indeterminada.<sup>57</sup>

### 3 OS PRINCÍPIOS DO DIREITO PROCESSUAL NA CONSTITUIÇÃO

Para Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:

Se o processo, na sua condição de autêntica ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da justiça e da pacificação social, não pode ser compreendido como mera técnica, mas como instrumento de realização de valores e especialmente valores constitucionais, impõe-se considerá-lo como direito constitucional aplicado.<sup>58</sup>

E, partindo da premissa de que o direito ao processo é um direito fundamental, então esse processo também deve ser efetivado por intermédio da observância dos demais direitos fundamentais previstos na Constituição.

Tomando-se o direito processual como “ramo do direito público constituído pelas normas relativas à organização e funcionamento da atividade jurisdicional, que visa à atuação do direito objetivo, mediante a solução da lide”<sup>59</sup>, pode-se dizer que suas linhas fundamentais são traçadas pelo Direito Constitucional.

A ligação entre Constituição e processo é acentuada no estudo concreto dos institutos processuais, não na esfera fechada do processo, mas no sistema unitário do ordenamento jurídico<sup>60</sup>, sendo este o caminho, segundo Liebman, que transformará o processo de simples instrumento de justiça em garantia de liberdade<sup>61</sup>.

Assim, o conjunto de normas de Direito Processual que se encontram na Constituição identificam, didaticamente, um *Direito Constitucional Processual*<sup>62</sup>,

<sup>57</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>58</sup> Idem, p. 654.

<sup>59</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*, p. 11.

<sup>60</sup> Cf. *idem*, p. 12.

<sup>61</sup> Cf. LIEBMAN, Eurico Túlio. *Diritto costituzionale e processo civile. Rivista di Diritto Processuale*, 1952. p. 327 ss.

<sup>62</sup> Cf. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 26.

apesar de o Direito Processual compor um sistema uniforme, o que lhe reconhece unidade processual.

Ada Pellegrini Grinover distingue a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo, que está de um lado, e a jurisdição constitucional, que está de outro. Para a autora, nos *princípios fundamentais da organização judiciária* se enquadrariam as normas constitucionais sobre os órgãos jurisdicionais, sua competência e suas garantias; enquanto os *princípios fundamentais do processo*, no plano constitucional, englobariam o direito de ação e defesa e o que deles decorre: o juiz natural, o contraditório, o princípio da iniciativa, os poderes e deveres do juiz e das partes, a assistência judiciária etc.; já a *jurisdição constitucional*, por sua vez, compreenderia o controle judiciário da constitucionalidade das leis e dos atos da Administração e a jurisdição constitucional das liberdades, com o uso dos remédios constitucionais processuais (*habeas corpus*, mandado de segurança, ação popular)<sup>63</sup>. Ao tratar das garantias constitucionais do direito de ação, a autora se propõe a analisar a tutela constitucional dos princípios fundamentais do processo e, mais especificamente, da “garantia constitucional do direito de ação e de defesa no processo civil”<sup>64</sup>.

É interessante analisar a evolução do direito de ação nos sistemas da *common law* e da *civil law*, pois, apesar de distintos, ambos os modelos contribuem para sua construção no Direito brasileiro, o qual possui sua gênese na Europa continental da *civil law*, traz para sua dimensão atual a necessidade de ser extraído pelo intérprete um conteúdo dos princípios estabelecidos na Constituição, para o qual é significativa a contribuição da experiência da *common law*, que desenvolveu o *due process of law* a partir de sua previsão constitucional, sendo decisiva a construção interpretativa da Suprema Corte, o que também está sendo assimilado, especialmente, pelos tribunais constitucionais.

No sistema da *common law*, analisando-se os antecedentes históricos, pode-se dizer que o art. 39<sup>65</sup> da *Magna Charta Libertatum* (outorgada em 1215 por João Sem Terra, compelido por seus barões, e tornada definitiva em 1225;

<sup>63</sup> Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*, p. 2.

<sup>64</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>65</sup> “Art. 39. *No free man shall be taken, or imprisoned, or disseised, or outlawed, or exiled, or in any way destroyed, nor will we go upon him, nor will we send upon him, except by the legal judgement of his peers or by the law of the land* (Nenhum homem livre será detido, preso, privado de seus bens, banido, exilado ou de alguma forma molestado; e nós não agiremos contra ele, nem mandaremos alguém agir, exceto mediante um julgamento legítimo de seus pares ou conforme a lei do país).” O texto original era o seguinte: “*Nullus liber homo capiatur vel imprisonetur aut disseisetur de libere tenemento suo vel libertatibus, vel liberis*

confirmada em 1297 por Eduardo I, por intermédio da *Confirmatio Chartarum*<sup>66</sup>), é o antecedente direto da cláusula do *due process of law* da Constituição norte-americana. Até hoje o *law of the land* e o *due process of law* são usados como sinônimos. É que depois de três séculos de interpretação da cláusula, como direito a um *orderly proceeding*, inicia-se, por obra de Coke, no século XVII, a evolução do conceito de *law of the land*, que terminará por identificar-se, no século XVIII, com Blackstone, com a tutela da *common law*<sup>67</sup>.

Coube a Blackstone, no século XVIII, retomar a ligação entre o art. 39 da Magna Carta e a *common law*, diante da ampliação das garantias da *law of the land*, promovida pelas revoltas da segunda metade do século XVII, o que levou à formulação de documentos como o *Habeas Corpus Act* (1679), o *Bill of Rights* dos Oranges (1689) e o *Act of Settlement* (1701), que, somado às influências do pensamento do século XVIII, transformou-o na garantia fundamental do processo inglês.

As colônias da América do Norte retomaram, inicialmente, o conceito da *law of the land*, no sentido que lhe haviam dado Coke e Blackstone, porém, posteriormente, o *due process of law*, da tradição do Direito inglês, passaria para a Constituição americana não só como garantia de legalidade, mas, ainda, como garantia de justiça, vinculante para todos os poderes do Estado<sup>68</sup>.

Nas palavras de San Tiago Dantas:

Enquanto na Inglaterra jamais se concebeu que o princípio pudesse ser invocado contra um ato do Parlamento, supremo depositário da soberania, nos Estados Unidos a fórmula cedo começou a ser considerada limitativa para o próprio Congresso, e a constituir um dos *standards* jurídicos com que a Côrte Suprema censura a constitucionalidade das leis [...] <sup>69</sup>

---

*consuetudinibus suis, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruat, nec super eo ibimus, nec super eum mittimus, nisi per legale iudicium parium suorum, vel per legem terrae*" (Cf. idem, p. 24).

<sup>66</sup> Era hábito dos soberanos britânicos confirmarem a Magna Carta ao ascenderem ao trono, o que foi feito mais de trinta vezes. (MOTT. *Due Process of Law*, 1926, p. 4 *apud* GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*, p. 23)

<sup>67</sup> Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*, p. 25-26.

<sup>68</sup> Cf. idem, *ibidem*.

<sup>69</sup> DANTAS, San Tiago. *Igualdade perante a lei e Due Process of Law* (Contribuição ao estudo da limitação constitucional do Poder Legislativo). *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, n. 116, p. 359, abr. 1948.

A Declaração de Independência dos Estados Unidos não referiu expressamente a cláusula, limitando-se, por inspiração de Jefferson, a proclamar o princípio de que todos os homens são iguais por criação e dotados de direito inalienáveis como a vida, a liberdade e a busca da felicidade. A Convenção de Filadélfia, que aprovou a Constituição dos Estados Unidos da América, não contemplou a proteção aos direitos individuais, que somente foram inscritos com as 10 primeiras emendas à Constituição, aprovadas em 1791. A cláusula do *due process of law* integrou o sistema constitucional com a V Emenda, redigida por Madison<sup>70</sup>. Pelo fato de o *Bill of Rights* somente proteger as liberdades individuais contra lesões dos órgãos federais, sentiu-se posteriormente a necessidade de confiar aos mesmos órgãos federais a garantia dos indivíduos contra abusos praticados pelo poder estadual, ao que a XIV Emenda, aprovada pelo Congresso e ratificada pelos Estados, em 1868 incorporou-se à Constituição<sup>71</sup>.

Com a evolução da interpretação, a jurisprudência oscilou, tanto que, na primeira fase da interpretação extensiva que a Corte Suprema imprimiu à cláusula, sua preocupação consistia unicamente em limitar o poder discricionário do Congresso, em relação à modificação das estruturas processuais, sendo interpretada como garantia de legalidade, concernente ao Executivo, Judiciário e Legislativo<sup>72</sup>. Em 1855, no caso *Murray v. Hoboken Land*, a Corte Suprema conferiu um significado mais rigoroso à cláusula: “a norma processual é conforme ao *due process of law* quando, além de não ferir nenhuma garantia processual da Constituição, não está em contraste com os antigos costumes e formas processuais acolhidos na *common law* inglesa, antes de 1776, e subsumidos na América do Norte após a independência”<sup>73</sup>. Era a qualificação de inconstitucional de qualquer estrutura processual que não se adaptasse à tradição da *common law*.

Essa interpretação rigorosa deveria ser abrandada, pois percebeu-se que o conceito de *due process of law* deveria variar, conforme a evolução da consciência comum, tanto que, no caso *Twining v. New Jersey*, a Corte havia negado a

<sup>70</sup> “V Emenda: Ninguém será [...] privado da vida, liberdade ou bens sem o devido processo legal [...]”.

<sup>71</sup> “XIV Emenda: Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas a sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis que restrinjam os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem o devido processo legal; nem negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis.”

<sup>72</sup> Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*, p. 31-32.

<sup>73</sup> *Idem*, p. 32.

possibilidade de serem considerados elementos integrantes do *due process* formas processuais estabelecidas no período inglês da emigração, importadas e respeitadas pelos ancestrais, e, no caso Hurtado, apesar de afirmar que qualquer procedimento conforme a *common law* seria *due process*, avança-se para outras formas procedimentais, embora diversas e inovadoras, que pudessem ser consideradas constitucionais, desde que apresentassem as mesmas garantias asseguradas pela *common law*, observando os princípios fundamentais da liberdade e justiça, que são a base de todas as instituições civis e políticas<sup>74</sup>.

No início do século XX, sob a influência de concepções jusnaturalistas, a Corte Suprema interpretou a cláusula como garantia a um processo que se inspirasse em princípios universais e superiores de justiça. Porém, sob a influência de Magistrados como Holmes, Cardozo e Frankfurter, percebeu-se que os princípios de igualdade e de justiça processual não são expressão de uma norma abstrata e superior, absoluta e transcendental relativamente à normatividade positiva, mas de valores históricos e relativos, que podem ser impostos à razão, em determinado contexto histórico, cujo conteúdo pode variar de acordo com a evolução da consciência jurídica e política de um país<sup>75</sup>.

Partindo da lição de Pound, Ada Pellegrini Grinover esclarece que o *due process of law* não é um conceito abstrato do qual derivem conclusões absolutas, aplicáveis a qualquer tempo, em todo lugar, mas é um *standard* que guia o tribunal, que deve ser aplicado em razão de circunstâncias especiais de tempo, lugar e opinião pública<sup>76</sup>.

Apesar do nítido sentido processual que se imprimira à cláusula em sua tradição histórica, foi-se impondo um conceito substantivo de *due process of law*, emergente do amplo significado por ela subsumido, quando foi reconduzida a um critério de razoabilidade (*reasonableness*)<sup>77</sup>. Passa-se a uma proteção mais ampla, sem distinção entre *substance* e *procedure*, ao que a cláusula transforma-se na garantia geral da ordem jurídica, pois *judicial process* não significa processo judicial, mas aplicação judicial da lei e, por extensão, interpretação judicial da norma<sup>78</sup>.

<sup>74</sup> Cf. *idem*, p. 32-33.

<sup>75</sup> Cf., a propósito, *idem*, p. 33-34.

<sup>76</sup> Cf. *idem*, p. 34.

<sup>77</sup> *Idem*, p. 35.

<sup>78</sup> Cf., a propósito, *idem*, p. 35-36.

Portanto, “*due process of law* é, em sentido amplo, a garantia do ‘processo’ legislativo e também a garantia de que a lei é razoável, justa e contida nos limites da Constituição”<sup>79</sup>. Ou seja, “ao lado do *procedural due process*, sustenta-se a existência de um *substantive due process*, garantindo o exercício pleno e absoluto dos direitos de liberdade e de propriedade (em sentido amplo)”<sup>80</sup>.

Já no sistema da *civil law*, como o direito é codificado, o direito de ação evolui como direito público subjetivo, razão pela qual está vinculado à ideia do Estado moderno, denominado Estado de Direito, em contraposição ao estado absoluto, o qual reconhece aos indivíduos a titularidade de direitos públicos subjetivos, de posições jurídicas ativas com relação à autoridade estatal<sup>81</sup>. Assim, a violação de um direito ocasiona outro direito: o de invocar a jurisdição do juiz<sup>82</sup>.

Ademais, o problema do direito de ação, que, nas palavras de Ada Pellegrini Grinover, é um problema “metaprocessual”<sup>83</sup>, possui profundas implicações constitucionais. É necessário verificar, além da existência da tutela, a estrutura dessa tutela, ou seja, se a Constituição se limita a assegurar o direito à prestação jurisdicional, ou se também garante ao indivíduo a tutela qualificada, contra qualquer forma de negação de justiça (*Justizverweigerung*)<sup>84</sup>. Para a autora, outras garantias, implícitas no preceito constitucional, podem decorrer da tutela constitucional do direito de ação, mas agora operando no curso do *iter processual*, com a finalidade de tutelar a efetividade da garantia constitucional<sup>85</sup>. Assim, no sistema da *civil law*, a interpretação da cláusula também poderia redundar em garantia da justiça, transcendendo o âmbito processual, para também compreender o substancial. Ou seja, os resultados da *common law* e do direito codificado não diferem essencialmente, provando a universalidade e a unidade do Direito<sup>86</sup>.

Na Constituição de 1967, com a redação dada pela EC 01/1969, a previsão do princípio da inafastabilidade da proteção judiciária estava no art. 153:

---

<sup>79</sup> Idem, p. 36.

<sup>80</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>81</sup> Idem, p. 46.

<sup>82</sup> Cf. *idem*, p. 65.

<sup>83</sup> Idem, p. 74.

<sup>84</sup> Cf. *idem*, p. 76.

<sup>85</sup> Cf., a propósito, *idem*, p. 76-77.

<sup>86</sup> Cf. *idem*, p. 78.

“§ 4º A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual [...]”. Diante da ausência de previsão específica, esse dispositivo também era utilizado pela doutrina para fundamentar o “devido processo legal”<sup>87</sup>. Para o STF, no entanto, o princípio somente era aplicável ao processo de natureza penal, por expressa individuação do art. 152, § 15: “A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem tribunais de exceção”. Ou seja, pelo fato de a norma constitucional falar em acusado, fazia-se a interpretação de que somente se referia aos acusados do processo penal, e, por essa razão, não seria aplicável ao processo de natureza civil<sup>88</sup>.

Para corrigir a falta de previsão expressa, esse princípio foi inserido no art. 5º da Constituição de 1988: “LIV – Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Ao analisar a fonte específica das normas jurídicas processuais, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira sustentou que devem ser considerados dois grupos de direitos fundamentais, aqueles pertinentes aos valores da efetividade e os da segurança jurídica, “valores esses instrumentais ao fim último do processo”<sup>89</sup>.

Quanto aos do primeiro grupo, relativo ao valor efetividade, destaca-se a garantia de acesso à jurisdição, prevista no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição. É claro que não basta apenas permitir a acesso ao Judiciário, mas deve-se, igualmente, “prestar jurisdição tanto quanto possível eficiente, efetiva e justa, mediante um processo sem dilações ou formalismos excessivos”<sup>90</sup>. Também deve haver mecanismos para uma duração razoável do processo (art. 93, inciso IX, na redação da EC 45), pois a excessiva demora pode levar a situações prejudiciais, inclusive piores ao momento da judicialização da demanda.

No segundo grupo, destaca-se a própria noção de Estado Democrático de Direito, elevado a princípio fundamental pela Constituição de 1988 (art. 1º, *caput*), constituindo substrato essencial para a segurança jurídica, salvaguardando a

<sup>87</sup> Cf. a propósito, *idem*, p. 158.

<sup>88</sup> “JUSTIÇA DO TRABALHO – INAPLICABILIDADE DO ART. 153, § 15, DA EC – Em matéria trabalhista, não tem aplicação o art. 153, § 15, da Emenda Constitucional nº 1, que recomenda ao legislador, que assegure, na lei, aos acusados ampla defesa. Recurso não provido.” (STF, RE 78.868-PE, Tribunal Pleno, Rel. Min. Bilac Pinto, v.u., J. 04.09.1974, DJU, Seção 1, de 23.10.1974).

<sup>89</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. Op. cit., p. 658.

<sup>90</sup> *Idem*, *ibidem*.



supremacia da Constituição e dos direitos fundamentais. Nesse contexto, ganha destaque o devido processo legal, previsto no art. 5º, inciso LIV, da Constituição. Esse princípio exige a proibição de juízos de exceção e o princípio do juiz natural (art. 5º, incisos XXXVII e LIII), a igualdade (art. 5º, *caput*), aí compreendida a paridade de armas, o contraditório, a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, inciso LV), consideradas inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, inciso LVI), devendo o litígio ser solucionado por meio de decisão fundamentada (art. 93, inciso IX).

Assim, na conclusão de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “com a ponderação desses dois valores fundamentais – efetividade e segurança jurídica – visa-se idealmente a alcançar um processo tendencialmente justo”<sup>91</sup>.

Situação muito presente na prática forense, especialmente em razão da demora que o processo poderá ter até a sua conclusão, é apontada por Teori Albino Zavascki, para o qual, sempre que o direito à segurança não puder conviver, de forma harmônica e simultânea, com o direito à efetividade, estará caracterizada uma colisão de direitos fundamentais, que reclama uma solução harmonizadora<sup>92</sup>, que poderá ser a outorga de medidas de caráter provisório<sup>93</sup>, podendo consistir, no caso concreto, na técnica da medida cautelar ou da medida antecipatória<sup>94</sup>.

Outros princípios constitucionais do processo também poderiam ser enumerados, pois todos estão disponibilizados para proporcionar um efetivo direito de ação, como é o caso das funções essenciais à Justiça desempenhadas pelo Ministério Público (arts. 127-130), pela Advocacia Pública (arts. 131-132) e pela Advocacia e Defensoria Pública (arts. 133-135), a coisa julgada (art. 5º, inciso

<sup>91</sup> Idem, p. 659.

<sup>92</sup> “Sempre que se tiver presente situação dessa natureza – em que o direito à segurança jurídica não puder conviver, harmônica e simultaneamente, como direito à efetividade da jurisdição – ter-se-á caracterizada hipótese de colisão de direitos fundamentais dos litigantes, a reclamar solução harmonizadora.” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 66)

<sup>93</sup> “Em nosso sistema, como em muitos outros, a fórmula para viabilizar a convivência entre segurança jurídica e efetividade da jurisdição é a da outorga de medidas de caráter provisório, que sejam aptas a superar as situações de risco de perecimento de qualquer um desses direitos.” (idem, p. 66-67)

<sup>94</sup> “No mister de formular a solução conformadora, tem o juiz à sua disposição duas técnicas distintas, que utilizará segundo a natureza do caso concreto: a cautelar e a antecipatória. Com a primeira, assegura a efetividade do processo por meio de medida de garantia (medida genuinamente cautelar, fundada no art. 798 do CPC); com a outra, assegura essa efetividade mediante a antecipação, total ou parcial, de efeitos executivos da própria tutela definitiva pretendida na inicial (medida antecipatória, disciplinada no art. 273 do CPC).” (idem, p. 68)

XXXVI), e os princípios relativos ao processo penal (art. 5º, incisos XXXVIII, LIX, LXVIII etc.).

#### 4 O CONTROLE JURISDICIONAL DOS PRINCÍPIOS

O controle jurisdicional procedido pelo STF e pelo STJ externa que os princípios do processo enumerados na Constituição são verdadeiros direitos fundamentais, pois, nos seus julgamentos, têm dado conteúdo aos mesmos, além de, em determinadas situações, fazerem verdadeira ponderação, em razão da sua natureza de princípio.

Ao tratar dos direitos fundamentais, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira alerta que uma

faceta importante a ressaltar é que a participação no processo para a formação da decisão constitui, de forma imediata, uma posição subjetiva inerente aos direitos fundamentais, porquanto é ela mesma o exercício de um direito fundamental. Tal participação, além de constituir exercício de um direito fundamental, não se reveste apenas de caráter formal, como também deve ser qualificada substancialmente.<sup>95</sup>

A questão sobre quais direitos possui o indivíduo como pessoa e cidadão em uma comunidade, a quais princípios está sujeita a legislação estatal e o que é exigido para a realização da dignidade humana, da liberdade e da igualdade, constituem os grandes temas da filosofia prática e pontos polêmicos centrais das lutas políticas do passado e do presente<sup>96</sup>, que atualmente pode ser traduzida como “luta pela Lei Fundamental”<sup>97</sup>.

Surge, então, a necessidade da interpretação constitucional, de modo que o conteúdo da Constituição seja determinado como realidade a ser ordenada, condicionada pela *possibilidade de realização*<sup>98</sup> desse conteúdo e a *vontade atual*<sup>99</sup> dos participantes da vida constitucional, conforme destaca Konrad Hesse:

<sup>95</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. Op. cit., p. 655.

<sup>96</sup> Cf. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, p. 15. Na tradução espanhola, p. 21.

<sup>97</sup> Idem, p. 16. Na tradução espanhola, p. 23.

<sup>98</sup> Cf. HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, n. 43, p. 48.

<sup>99</sup> Cf., ainda, idem, p. 49.

Interpretação constitucional é concretização. Exatamente aquilo que, como conteúdo da Constituição, ainda não é unívoco deve ser determinado sob inclusão da “realidade” a ser ordenada (*supra*, número de margem 45 e seguinte). Nesse aspecto, interpretação jurídica tem caráter criador: o conteúdo da norma interpretada conclui-se primeiro na interpretação; naturalmente, ela tem também somente nesse aspecto caráter criador: a atividade interpretativa permanece vinculada à norma.<sup>100</sup>

É oportuno analisar alguns precedentes do STF, dos quais se extrai a preocupação e empenho em dar conteúdo aos princípios do processo, o que é feito na análise do caso concreto, objeto do julgamento.

Inicialmente, quanto ao princípio da isonomia (art. 5º, *caput*), tão caro para o processo, que suscita questões como o tratamento igualitário das partes no feito, apesar de autoaplicável, sequer é passível de regulamentação ou complementação normativa, devendo ser analisado a cada caso pelo Judiciário<sup>101</sup>. Porém, por ser a medula do devido processo legal, não pode ser afastado pela via interpretativa<sup>102</sup>.

O direito ao acesso à jurisdição (art. 5º, inciso XXXV) é proporcionado para o tratamento de questões judiciosas, sendo vedada a utilização do Judiciário

---

<sup>100</sup> Idem, n. 60, p. 61.

<sup>101</sup> “[...] O princípio da isonomia, que se reveste de auto-aplicabilidade, não é - enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica - suscetível de regulamentação ou de complementação normativa. Esse princípio - cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público - deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei e (b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei - que opera numa fase de generalidade puramente abstrata - constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade [...]” (STF, MI 58-DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, v.m., J. 14.12.1990, DJU, Seção 1, de 19.04.1991, RTJ 140/747)

<sup>102</sup> “PROCESSO - TRATAMENTO IGUALITÁRIO DAS PARTES - O tratamento igualitário das partes é a medula do devido processo legal, descabendo, na via interpretativa, afastá-lo, elasticendo prerrogativa constitucionalmente aceitável.” (STF, HC 83.255/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, v.m., J. 05.11.2003, DJU, Seção 1, de 12.03.2004)

para veiculação de consulta<sup>103</sup>. Quanto à necessidade de custear despesas para demandar em juízo, excetuados os beneficiários da justiça gratuita ou da assistência judiciária (art. 5º, inciso LXXIV c/c art. 134 da Constituição e Lei nº 1.060/1950), a cobrança de taxa judiciária calculada sem qualquer limite sobre o valor da causa obsta o livre acesso à jurisdição (Súmula STF nº 667)<sup>104</sup>.

Com o objetivo de ampliar o acesso à jurisdição, o STF entendeu ser possível às partes designarem representantes para a causa, advogado ou não, ao demandarem perante os Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais, sendo, portanto, facultado constituírem ou não advogado para representá-los em juízo<sup>105</sup>.

É certo que o acesso ao Judiciário não pode ser considerado como certeza de que as teses das partes serão acolhidas<sup>106</sup>, não se confundindo a decisão contrária à pretensão com a negativa da prestação jurisdicional<sup>107</sup>. Isso possibilita, inclusive, que o requerente seja carecedor de ação, pois esse direito não assegura o acesso indiscriminado ao Judiciário<sup>108</sup>.

<sup>103</sup> “[...] São insuscetíveis de apreciação quaisquer petições recursais que veiculem consulta dirigida aos órgãos do Poder Judiciário, eis que postulações dessa natureza refogem ao domínio de atuação institucional dos Tribunais e revelam-se incompatíveis com a própria essência da atividade jurisdicional.” (STF, RE-ED 434.640/CE, 2ª T., Rel. Min. Celso de Mello, v.u., J. 06.12.2005, DJU, Seção 1, de 09.06.2006)

<sup>104</sup> “Súmula nº 667 – Viola a garantia constitucional de acesso à jurisdição a taxa judiciária calculada sem limite sobre o valor da causa.”

<sup>105</sup> “O Tribunal, por maioria, julgou improcedente pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Conselho Federal da OAB contra o art. 10 da Lei nº 10.259/2001 (Lei dos Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais), que permite que as partes designem representantes para a causa, advogado ou não. Entendeu-se que a faculdade de constituir ou não advogado para representá-los em juízo nas causas de competência dos Juizados Especiais Federais Cíveis não ofende a Constituição, seja porque se trata de exceção à indispensabilidade de advogado legitimamente estabelecida em lei, seja porque o dispositivo visa ampliar o acesso à justiça [...]” (STF, ADIn 3.168/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, v.m., J. 08.06.2006, DJU, Seção 1, de 19.06.2006, Informativo STF nº 430)

<sup>106</sup> “[...] A garantia de acesso ao Judiciário não pode ser tida como certeza de que as teses serão apreciadas de acordo com a conveniência das partes.” (STF, RE 113.958/PR, 1ª T., Rel. Min. Ilmar Galvão, v.u., J. 15.10.1996, DJU, Seção 1, de 07.02.1997)

<sup>107</sup> “[...] Não há confundir negativa de prestação jurisdicional com decisão jurisdicional contrária à pretensão da parte.” (STF, AI-AgRg 135.850/SP, 2ª T., Rel. Min. Carlos Velloso, v.u., J. 23.04.1991, DJU, Seção 1, de 24.05.1991)

<sup>108</sup> “[...] O proprietário do prédio vizinho não ostenta o direito de impedir que se realize edificação capaz de tolher a vista desfrutada a partir de seu imóvel, fundando-se, para isso, no direito de propriedade. A garantia do acesso à jurisdição não foi violada pelo fato de ter-se declarado a carência da ação. O

O objeto do princípio é a inafastabilidade do conhecimento pelo Judiciário de lesão ou ameaça a direito, o qual pode, inclusive, anular atos da Administração Pública, mesmo em casos como de avaliação de candidato em concurso público, excluindo-o do certame com base em critérios subjetivos, sem que sejam fornecidos os motivos<sup>109</sup>, ou diante da verificação sigilosa sobre sua conduta, pública e privada, excluindo-o do concurso sem que sejam fornecidas as razões, sendo a lesão praticada com base em critérios subjetivos, ou em critérios não revelados, o que impossibilitaria o Judiciário de prestar a tutela jurisdicional, porque não se teria como verificar o acerto ou o desacerto de tais critérios e, por via oblíqua, estaria sendo afastada a apreciação pelo Judiciário da lesão ou ameaça a direito<sup>110</sup>.

O direito ao devido processo legal também tem sido objeto de grande debate no STF, que é tratado em ambos os aspectos: *substantivo* (art. 5º, inciso LIV) e *processual* (art. 5º, inciso LV)<sup>111</sup>.

No entanto, tem-se limitado a aplicabilidade do princípio ao processo, não sendo, portanto, extensível ao inquérito policial, que não é propriamente

---

art. 5º, inciso XXXV, da Constituição não assegura o acesso indiscriminado ao Poder Judiciário.” (STF, RE 145.023/RJ, 1ª T., Rel. Min. Ilmar Galvão, v.u., J. 17.11.1992, DJU, Seção 1, de 18.12.1992)

<sup>109</sup> “[...] Exame e avaliação de candidato com base em critérios subjetivos, excluindo-o do concurso sem que sejam fornecidos os motivos, atentam contra o princípio da inafastabilidade do conhecimento do Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito [...]” (STF, AI-AgRg 179.583/PE, 2ª T., Rel. Min. Maurício Corrêa, J. 15.04.1996, v.m., DJU, Seção 1, de 01.07.1996)

<sup>110</sup> “Constitucional. Concurso público. Julgamento sigiloso da conduta do candidato. Inconstitucionalidade. CF/1967. Art. 153, § 4º. CF/1988, art. 5º, XXXV. I – Exame e avaliação de candidato com base em critérios subjetivos, como, por exemplo, a verificação sigilosa sobre a conduta, pública e privada, do candidato, excluindo-o do concurso sem que sejam fornecidos os motivos. Ilegitimidade do ato, que atenta contra o princípio da inafastabilidade do conhecimento do Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito. É que, se a lesão é praticada com base em critérios subjetivos, ou em critérios não revelados, fica o Judiciário impossibilitado de prestar a tutela jurisdicional, porque não terá como verificar o acerto ou o desacerto de tais critérios. Por via oblíqua, estaria sendo afastada da apreciação do Judiciário lesão a direito. II – RE conhecido e provido.” (STF, RE 125.556/PR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, J. 27.03.1992, DJU, Seção 1, de 15.05.1992, RTJ 141/299)

<sup>111</sup> A questão restou esclarecida no voto do Ministro Carlos Velloso: “Abrindo o debate, deixo expresso que a Constituição de 1988 consagra o devido processo legal nos seus dois aspectos, substantivo e processual, nos incisos LIV e LV, do art. 5º, respectivamente. [...] *Due process of law*, com conteúdo substantivo – *substantive due process* – constitui limite ao Legislativo, no sentido de que as leis devem ser elaboradas com justiça, devem ser dotadas de razoabilidade (*reasonableness*) e de racionalidade (*rationality*), devem guardar, segundo W. Holmes, um real e substancial nexo com o objetivo que se quer atingir. Paralelamente, *due process of law*, com caráter processual – *procedural due process* – garante às pessoas um procedimento judicial justo, com direito de defesa” (STF, ADIn (MC) 1.511/DF, Tribunal Pleno, voto do Min. Carlos Velloso, v.m., J. 16.10.1996, DJU, Seção 1, de 06.06.2003).

um processo, já que não é destinado a decidir litígios, ainda que na esfera administrativa, o que, contudo, não afasta o direito de o investigado se fazer assistir por advogado, de não se incriminar e de manter-se em silêncio, que são direitos fundamentais do indiciado<sup>112</sup>.

Consolidando o que vinha sendo sustentado pela doutrina<sup>113</sup>, o STF tem decidido que os princípios do processo não se restringem ao processo judicial, mas também devem ser aplicados ao processo administrativo, e que não se resumem a simples direito de manifestação no processo, mas de a parte ter seus argumentos considerados pelo órgão julgador, especialmente por intermédio do contraditório e pela ampla defesa<sup>114</sup>.

<sup>112</sup> “[...] Inaplicabilidade da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa ao inquérito policial, que não é processo, porque não destinado a decidir litígio algum, ainda que na esfera administrativa; existência, não obstante, de direitos fundamentais do indiciado no curso do inquérito, entre os quais o de fazer-se assistir por advogado, o de não se incriminar e o de manter-se em silêncio.” (STF, HC 82.354/PR, 1ª T., Rel. Min. Sepúlveda Pertence, v.u., J. 10.08.2004, DJU, Seção 1, de 02.09.2004, RTJ 191/547)

<sup>113</sup> O entendimento do contraditório como sendo o parâmetro para a diferença entre processo e procedimento é encabeçado por: FAZZALARI, Elio. Processo (teoria generale). *Novíssimo Digesto Italiano*. v. 13, p. 1.067-1.076, 1966. Essa terminologia também é adotada pela doutrina pátria (ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 283 ss.), que pode ser assim resumida: “Utilizar a expressão ‘processo administrativo’ significa, portanto, afirmar que o procedimento com participação dos interessados em contraditório, ou seja, o verdadeiro processo, ocorre também no âmbito da Administração Pública” (MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 41).

<sup>114</sup> “Mandado de segurança. 2. Cancelamento de pensão especial pelo Tribunal de Contas da União. Ausência de comprovação da adoção por instrumento jurídico adequado. Pensão concedida há vinte anos. 3. Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo. 4. Direito constitucional comparado. Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. 5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos. 6. O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica. 7. Aplicação do princípio da segurança jurídica, enquanto subprincípio do Estado de Direito. Possibilidade de revogação de atos administrativos que não se pode estender indefinidamente. Poder anulatório sujeito a prazo razoável. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 8. Distinção entre atuação administrativa que independe da audiência do interessado e decisão que, unilateralmente, cancela decisão anterior. Incidência da garantia do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal ao processo administrativo. 9. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica. Aplicação nas relações jurídicas de direito público. 10. Mandado de Segurança deferido para determinar observância do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LV).” (STF,

O STF tem avançado os contornos da definição do processo, alcançando, inclusive, relações estabelecidas entre particulares, reconhecendo o que já vinha sendo sustentado pela doutrina<sup>115</sup>, de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, como se deu em um caso de exclusão de associado, com caráter punitivo decorrente de conduta contrária aos estatutos da associação, na qual não foi oportunizada a observância do devido processo legal que viabilizasse sua ampla defesa e a observação do próprio estatuto da cooperativa<sup>116</sup>.

O direito de obter uma decisão fundamentada (art. 93, inciso IX) impõe que a decisão judicial deva ser motivada, sendo analisadas todas as questões suscitadas<sup>117</sup>, o que também é tomado como garantia contra eventuais excessos do Estado-juiz, como fator de limitação dos poderes conferidos aos Magistrados

---

MS 24.268-0/MG, Tribunal Pleno, Rel. p/o acórdão Min. Gilmar Mendes, v.m., J. 05.02.2004, DJU, Seção 1, de 17.09.2004)

<sup>115</sup> HECK, Luís Afonso. Direitos fundamentais e sua influência no direito civil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 29, p. 40-54, jan./mar. 1999; Direitos fundamentais e sua influência no direito civil. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre: Síntese, v. 16, p. 111-125, 1999; STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direito fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004; SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

<sup>116</sup> “[...] Cooperativa. Exclusão de associado. Caráter punitivo. Devido processo legal. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembléia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa.” (STF, RE 158.215/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, v.u., J. 30.04.1996, DJU, Seção 1, de 07.06.1996, RTJ 164/757)

<sup>117</sup> “*HABEAS CORPUS - ACÓRDÃOS PROFERIDOS EM SEDE DE APELAÇÃO E DE EMBARGOS DECLARATÓRIOS - IMPUTAÇÃO DE ROUBO DUPLAMENTE QUALIFICADO - DECISÕES QUE NÃO ANALISARAM OS ARGUMENTOS SUSCITADOS PELA DEFESA DO RÉU - EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL DE MOTIVAÇÃO DOS ATOS DECISÓRIOS - INOBSERVÂNCIA - NULIDADE DO ACÓRDÃO - PEDIDO DEFERIDO EM PARTE - A FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUI PRESSUPOSTO DE LEGITIMIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS - A fundamentação dos atos decisórios qualifica-se como pressuposto constitucional de validade e eficácia das decisões emanadas do Poder Judiciário. A inobservância do dever imposto pelo art. 93, IX, da Carta Política, precisamente por traduzir grave transgressão de natureza constitucional, afeta a legitimidade jurídica do ato decisório e gera, de maneira irremissível, a conseqüente nulidade do pronunciamento judicial. Precedentes. A DECISÃO JUDICIAL DEVE ANALISAR TODAS AS QUESTÕES SUSCITADAS PELA DEFESA DO RÉU - Reveste-se de nulidade o ato decisório, que, descumprindo o mandamento constitucional que impõe a qualquer Juiz ou Tribunal o dever de motivar a sentença ou o acórdão, deixa de examinar, com sensível prejuízo para o réu, fundamento relevante em que se apóia a defesa técnica do acusado.” (STF, HC 74.073/RJ, 1ª T., Rel. Min. Celso de Mello, v.u., J. 30.05.1997, DJU, Seção 1, de 27.06.1997)*

e tribunais<sup>118</sup>. Apesar de o próprio STF haver decidido que a Constituição não exige que haja o pronunciamento sobre todas as alegações deduzidas<sup>119</sup>, talvez o melhor entendimento fosse de que essa exigência não se torna de todo necessária na hipótese de acolhimento do pedido ou da defesa da parte que não teve analisados todos os seus argumentos, pois, no caso concreto, poderia ser suficiente o acolhimento de um dos argumentos para que a parte tivesse êxito; diversa seria a situação se a parte não tivesse acolhido seu pedido ou defesa, caso no qual se tornaria necessária a análise de todas as questões levantadas e os argumentos desenvolvidos, especialmente para possibilitar eventual recurso.

Como os direitos do processo estão enumerados no rol dos direitos e deveres fundamentais (Título II, Capítulo I, da Constituição), possuem natureza de princípio e, como tal, não são absolutos. Esse entendimento já foi acolhido pelo STF, para o qual os princípios constitucionais do livre acesso ao Judiciário, o contraditório e a ampla defesa, por não serem absolutos, devem ser exercidos pelos jurisdicionados por meio das normas processuais que regulam as respectivas matérias, não se constituindo negativa de prestação jurisdicional e cerceamento de defesa a não admissão de recursos quando não observados os procedimentos estatuídos nas normas instrumentais de natureza infraconstitucional<sup>120</sup>.

<sup>118</sup> “[...] É inquestionável que a exigência de fundamentação das decisões judiciais, mais do que expressiva imposição consagrada e positivada pela nova ordem constitucional (art. 93, IX), reflete uma poderosa garantia contra eventuais excessos do Estado-juiz, pois, ao torná-la elemento imprescindível e essencial dos atos sentenciáveis, quis o ordenamento jurídico erigi-la como fator de limitação dos poderes deferidos aos Magistrados e Tribunais.” (STF, HC 68.202/DF, 1ª T., Rel. Min. Celso de Mello, v.u, J. 06.11.1990, DJU, Seção 1, de 15.03.1991)

<sup>119</sup> “[...] A Constituição Federal não exige que o acórdão se pronuncie sobre todas as alegações deduzidas pelas partes.” (STF, HC 83.073/RJ, 2ª T., Rel. Min. Nelson Jobim, v.u., J. 17.06.2003, DJU, Seção 1, de 20.02.2004)

<sup>120</sup> “AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - RECURSO EXTRAORDINÁRIO TRABALHISTA - INADMISSÃO DO RECURSO DE REVISTA - ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA E NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - 1. Os princípios constitucionais que garantem o livre acesso ao Poder Judiciário, o contraditório e a ampla defesa, não são absolutos e hão de ser exercidos, pelos jurisdicionados, por meio das normas processuais que regem a matéria, não se constituindo negativa de prestação jurisdicional e cerceamento de defesa a inadmissão de recursos quando não observados os procedimentos estatuídos nas normas instrumentais. 2. Recurso de Revista inadmitido, porque a solução da lide aplicaria no reexame das provas carreadas para os autos, porque não demonstrada a divergência jurisprudencial. Controvérsia a ser dirimida à luz da legislação ordinária que disciplina a matéria, e não viabiliza a instância extraordinária. Agravo regimental improvido.” (STF, AI-AgRg 152.676/PR, 2ª T., Rel. Min. Maurício Corrêa, v.u., J. 15.09.1995, DJU, Seção 1, de 03.11.1995)



Contudo, o próprio STF avançou na questão, esclarecendo que, em razão da normatização infraconstitucional do processo, a qual deve ser analisada no caso concreto, é insubsistente a ótica de que a ofensa à Constituição deva ser direta e frontal<sup>121</sup>. Ou seja, o STF entende que ele deve, caso a caso, analisar a matéria, partindo da previsão normativa infraconstitucional, a fim de aferir se houve ou não transgressão à norma constitucional<sup>122</sup>. É que assim, não procedendo, poderiam ser relegados à inocuidade os princípios que derivam diretamente do princípio do Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*), tais como a legalidade (art. 5º, inciso II), o devido processo legal (art. 5º, inciso LIV) e a ampla defesa (art. 5º, inciso LV)<sup>123</sup>. Isso porque a Constituição assegura aos cidadãos o acesso ao Judiciário em concepção ampla, o que reclama que seja extraído um conteúdo constitucional, tudo para que a prestação jurisdicional seja da forma mais completa e convincente possível<sup>124</sup>. Essa prestação jurisdicional poderia ser facilmente negada, como ocorreria no caso de omissão da decisão judicial, apesar da interposição de embargos declaratórios, na recusa em emitir entendimento explícito sobre a valia, ou não, de decisão indicada como paradigma para efeito de conhecimento do recurso, ao que persistiria a negativa da prestação jurisdicional, o que configuraria ofensa ao direito fundamental, gerando a nulidade do processo<sup>125</sup>.

<sup>121</sup> “DEFESA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - EXAME - LEGISLAÇÃO COMUM - A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da ótica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal.” (STF, RE 158.655/PA, 2ª T., Rel. Min. Marco Aurélio, v.u., J. 20.08.1996, DJU, Seção 1, de 02.05.1997)

<sup>122</sup> “[...] Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum.” (RE 158.655/PA, Rel. Min. Marco Aurélio)

<sup>123</sup> “[...] Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito - o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais.” (RE 158.655/PA, Rel. Min. Marco Aurélio)

<sup>124</sup> “[...] PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - INTEIREZA - A ordem jurídico-constitucional assegura aos cidadãos o acesso ao Judiciário em concepção maior. Engloba a entrega da prestação jurisdicional da forma mais completa e convincente possível.” (RE 158.655/PA, Rel. Min. Marco Aurélio)

<sup>125</sup> “[...] Omissão o provimento judicial e, em que pese a interposição de embargos declaratórios, persistindo o vício na arte de proceder, forçoso é assentar a configuração da nulidade. Isso ocorre diante da recusa do órgão julgador em emitir entendimento explícito sobre a valia, ou não, de aresto indicado, como paradigma, para efeito de conhecimento do recurso de revista - art. 896 da Consolidação das Leis do Trabalho.” (RE 158.655/PA, Rel. Min. Marco Aurélio)

Há situações nas quais se tem um ou mais direitos fundamentais em jogo para que se possa solucionar o caso concreto, ocasião na qual eles devem sofrer uma ponderação em razão do bem ou valor que se pretenda proteger. Essa restrição da aplicação de uma norma de direito fundamental afirma existirem várias possibilidades jurídicas de realização dos direitos fundamentais. Diante desse quadro, necessário seja equacionado o caso apresentado e submetido a uma ponderação entre o princípio de direito fundamental e o princípio que o restringe<sup>126</sup>, para que sejam plenamente realizados.

Considerando que as normas dos direitos fundamentais possuem caráter de princípio<sup>127</sup>, tem-se que, diante dos princípios opostos, eles podem ser restringidos, pois, sendo posições jurídicas *prima facie*, podem ser ponderados em face de situações de colisão de bens ou valores<sup>128</sup>.

Por sua vez, essas restrições aos direitos fundamentais também são passíveis de sofrer limitações. Como somente é admitida a restrição aos direitos fundamentais quando no caso concreto os princípios opostos possuem um peso maior, tem-se que os direitos fundamentais são o limite para a sua própria restrição e restringibilidade<sup>129</sup>. Segundo Alexy, no caso da Lei Fundamental alemã, o conteúdo essencial da alínea 2 do art. 19<sup>130</sup> não formula, diante do princípio da proporcionalidade, nenhuma restrição adicional à restringibilidade

<sup>126</sup> “Para se chegar a restrições definitivas, requer-se uma ponderação entre o respectivo princípio de direito fundamental e o (os) princípio(s) que o restringe. Por isso, poder-se-ia pensar que somente as regras, que segundo a lei de colisão, representam o resultado da ponderação, e não os princípios, podem ser restringidos. Essa concepção equipararia, em certo sentido, os princípios a meros criadores potenciais de restrições com as normas de competência. [...] Por isso, também os princípios pertencem às normas que podem ser restrições a direitos fundamentais. Um princípio é uma restrição a um direito fundamental quando há casos nos quais há um fundamento para que, em lugar de uma liberdade jurídico-fundamental *prima facie* ou de um direito fundamental *prima facie*, vigore uma não-liberdade definitiva ou um não direito definitivo de igual conteúdo.” (ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, p. 257. Na tradução espanhola, p. 275-276)

<sup>127</sup> “Quando o Tribunal Constitucional Federal diz que ‘direitos fundamentais de terceiros que entrem em colisão e outros valores jurídicos de hierarquia constitucional’ podem limitar direitos fundamentais’, se refere a restrições de direitos fundamentais que tenham um caráter de princípio.” (idem, p. 256. Na tradução espanhola, p. 275)

<sup>128</sup> “[...] restrições de direitos fundamentais são normas que restringem a realização de princípios jurídico-fundamentais.” (idem, p. 257. Na tradução espanhola, p. 276)

<sup>129</sup> Cf. idem, p. 268. Na tradução espanhola, p. 286.

<sup>130</sup> “Art. 19. [Restrições aos direitos fundamentais, garantia da via judicial] (2) Em caso algum pode um direito fundamental ser afetado no seu conteúdo essencial.”

dos direitos fundamentais, sendo equivalente a uma parte do princípio da proporcionalidade<sup>131</sup>.

Na solução da colisão dos direitos fundamentais, é aplicável a matriz metodológica de Konrad Hesse, na qual, por intermédio da *concordância prática*, os bens jurídicos protegidos devem ser coordenados de modo que cada um deles ganhe realidade, e que, na solução do problema concreto, todos conservem a sua identidade<sup>132</sup>.

Essa precedência deve ser condicionada nas situações às quais ela se aplica, razão pela qual Robert Alexy traz o conceito de relação de precedência condicionada, que é significativa para a compreensão da colisão de princípios e para a teoria dos princípios. Explicando referido conceito, o autor descreve o procedimento empregado pelo Tribunal Constitucional alemão em caso relevante para o âmbito processual, no qual foi alegada a incapacidade processual para participação em uma “audiência oral”, pois, devido à tensão que o ato traria consigo, o acusado corria o risco de um ataque e de um enfarte do coração<sup>133</sup>. Foram designados dois princípios opostos para a solução da incapacidade processual, “P1” (princípio da proteção à vida e à integridade física) e “P2” (princípio do Estado de Direito, por intermédio da aplicação efetiva do Direito Penal). Essa situação não é solucionada com a declaração de invalidez de um dos princípios, o que levaria à sua eliminação do ordenamento jurídico. Também não se resolve com a introdução de uma exceção em um dos princípios, o que poderia ser aplicado para todos os casos futuros. O estabelecimento

<sup>131</sup> Cf. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, p. 272. Na tradução espanhola, p. 291.

<sup>132</sup> Cf. HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, n. 72, p. 66 ss.

<sup>133</sup> Nesse feito, o Tribunal Constitucional alemão (BVerfGE 51, 324) analisou o caso de execução de uma audiência principal cujo acusado corria o perigo de um ataque apoplético e de um enfarte do coração. As normas colidentes eram de um lado o “direito fundamental à vida e à integridade física” (art. 2, alínea 2, período 1 da LF) e de outro o princípio do Estado de Direito, por intermédio da garantia da aplicação efetiva do Direito Penal. Se existisse somente o primeiro direito, a audiência facilmente seria proibida. Por outro lado, se existisse somente o dever do Estado de aplicar o Direito, a audiência seria qualificada como ordenada ou pelo menos permitida. Se o tribunal tivesse tirado do ordenamento jurídico o direito fundamental ou o dever, teria tratado a colisão das normas como *contradição*, e com isso como conflito de regras. Ele, porém, não falou de contradição entre as normas, mas de uma *situação de tensão*, acentuando que nenhuma delas goza “sem mais e sem menos da primazia sobre a outra” [BVerfGE 51, 324 (345)]. O caso deve ser resolvido por ponderação, em que é importante se “os interesses do acusado, que se opõem à intervenção, no caso concreto, visível e essencialmente pesam mais do que aqueles interesses a cuja defesa a medida estatal deve servir” (BVerfGE 51, 324 (346)) (Cf. HECK, Luís Afonso. Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 60, nota de rodapé 41).

das condições de precedência condicionada consiste na fixação de condições, sob as quais um princípio precede ao outro no caso concreto. Tomados em si mesmos,  $P1$  e  $P2$  conduziriam a juízos reciprocamente contraditórios, pois, para  $P1$ , estaria proibido o ato judicial, e, para  $P2$ , estaria ordenada a sua realização. Assim, seria designado “ $P$ ” como símbolo para a relação de precedência, enquanto “ $C$ ” como condições sob as quais um princípio precede a outro, ao que podem ser estabelecidas quatro possibilidades teóricas genéricas para a solução do caso: (1)  $P1 P P2$ ; (2)  $P2 P P1$ ; (3)  $(P1 P P2) C$ ; (4)  $(P2 P P1) C$ . As primeiras hipóteses (1) e (2) são relações de precedência incondicionadas, que deveriam de ser excluídas, pois o Tribunal exclui a aceitação de uma relação de precedência incondicionada. Restariam as alternativas (3) e (4), que são relações de precedência condicionadas. Na escolha entre elas, utiliza-se a metáfora do peso. Como os interesses em jogo não são quantificáveis, caberia perguntar-se o que se quer dizer com o discurso dos pesos. A essa questão, o jurista alemão responde com o conceito de relação de precedência condicionada: o princípio  $P1$ , em um caso concreto, tem um maior peso que o princípio oposto  $P2$ , quando existem razões suficientes para que  $P1$  preceda a  $P2$ , sob as condições  $C$  dadas no caso concreto. Foi essa, exatamente, a solução do Tribunal, que, diante da condição de precedência de  $P1$ , decidiu: “Se existe manifestamente perigo concreto de no caso de realizar-se a audiência principal que o acusado perca sua vida ou sofra graves danos à sua saúde, então a continuação do processo lesiona o seu direito fundamental ao art. 2 alínea 2 frase 1 da LF”<sup>134</sup>.

Do enunciado de preferência, baseado em uma relação de precedência condicionada, Alexy chega a uma regra que prescreve a consequência jurídica do princípio que tem preferência quando se dão aquelas condições específicas: “Se o princípio  $P1$ , sob as circunstâncias  $C$ , precede o princípio  $P2$ :  $(P1 P P2) C$ , e se de  $P1$  sob as circunstâncias  $C$  resulta a consequência jurídica  $R$ , então vale uma regra que contenha  $C$  como suporte fático e  $R$  como consequência jurídica:  $C \rightarrow R$ ”<sup>135</sup>.

Para se tornar eficaz, a maioria dos direitos fundamentais necessita de organização jurídica das condições de vida e âmbitos de vida que eles devem garantir, cuja principal tarefa cabe ao legislador<sup>136</sup>. Essa “organização”

<sup>134</sup> BVerfGE 51, 324 (346); Cf. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, p. 82-83. Na tradução espanhola, p. 93. “Art. 2 [livre desenvolvimento da personalidade, direito à vida; à integridade corporal, liberdade da pessoa] [...] (2) Cada um tem o direito à vida e à integridade corporal [...]”

<sup>135</sup> Idem, p. 83. Na tradução espanhola, p. 94.

<sup>136</sup> Cf. HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 248-249.

compreende, embora em dimensão diferente, uma parte de “concretização” dos direitos fundamentais. Na medida em que organização e concretização coincidem, o legislador está vinculado à Constituição, sujeitando-se ao controle do Tribunal Constitucional<sup>137</sup>. Organização não equivale a uma autorização para a limitação de direitos fundamentais, pois o legislador organizador permanece completamente vinculado à normalização jurídico-fundamental, apesar de ocasionalmente não distingui-las, como é o caso da Lei Fundamental alemã no art. 14, alínea 1, frase 2, quando deve determinar o conteúdo e as barreiras da propriedade ou quando ela o autoriza no art. 12, alínea 1, frase 2, a regular o exercício da profissão. Nos casos de reservas de regulação, pode ser tanto organização como limitação (secundária).

No âmbito do processo, o escrito atualizado de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira refere a importância de se afastar o formalismo oco e vazio, atentando-se para um formalismo-valorativo:

De tudo que foi dito e analisado impõe-se afastar o formalismo oco e vazio, incapaz de servir às finalidades essenciais do processo – relativizada assim qualquer invalidade daí decorrente –, mormente quando atente contra os princípios e valores imperantes no ambiente processual, a exemplo da efetividade, da segurança, da boa-fé e lealdade e do princípio do processo justo. O que importa, ao fim e ao cabo, é o formalismo-valorativo.<sup>138</sup>

É interessante verificar um precedente do STJ citado no referido texto, que, apesar de utilizar terminologia diversa, fez a ponderação de princípios para decidir o caso concreto, que, em razão das suas particularidades, não permitia a aplicação isolada de norma infraconstitucional.

No REsp 299-RJ<sup>139</sup>, o caso analisado tratava sobre a contagem do prazo decadencial para o ajuizamento de ação rescisória. Existindo três correntes

<sup>137</sup> BVerfGE 12, 45 (53).

<sup>138</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. Disponível em: <[www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAOOFormalismo-valorativonoconfrontocomoFormalismoexcessivo290808.htm](http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAOOFormalismo-valorativonoconfrontocomoFormalismoexcessivo290808.htm)>. Acesso em: 04 set. 2006.

<sup>139</sup> “Processo civil. Ação rescisória. Recurso inadmitido por intempestividade. Início do prazo decadencial. Correntes. Exegese. Mesmo quando se perfilha a corrente segundo a qual o prazo decadencial para o ajuizamento da rescisória se conta do trânsito em julgado da decisão e não do acórdão que não conheceu, por intempestivo, do recurso, uma vez que a interposição extemporânea desse não elide o trânsito já consumado, circunstâncias especiais do caso concreto podem afastar o reconhecimento

doutrinárias sobre a contagem<sup>140</sup>, não foi acolhida a tese sustentada pelo recorrente, de que o trânsito em julgado somente se daria após a última decisão, sendo irrelevante se o recurso foi ou não conhecido<sup>141</sup>. No entanto, no caso concreto, havendo sido interposto recurso extraordinário, o qual foi admitido pelo STF por força de agravo, vindo, posteriormente, a ser declarado intempestivo pelo próprio STF, a parte já estava impossibilitada de ajuizar a ação rescisória em razão do decurso de seu prazo decadencial<sup>142</sup>.

---

da decadência. A melhor interpretação da lei é a que se preocupa com a solução justa, não podendo o seu aplicador esquecer que o rigorismo na exegese dos textos legais pode levar a injustiças.” (STJ, REsp 299-RJ, 4ª T., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, v.u., J. 28.08.1989, RSTJ 4/1.554).

<sup>140</sup> “Três correntes doutrinárias versam a essência da questão posta à apreciação. Por uma delas, o trânsito em julgado somente se dá após a última decisão, sendo irrelevante se o recurso foi ou não conhecido. Segundo outra corrente, o recurso inadmissível, ou tornado tal, não tem a virtude de empecer ao trânsito em julgado, que exsurgiria a partir da configuração da inadmissibilidade e não da decisão que a sua acolhida tornaria incerto e inseguro o direito, na medida em que, a qualquer tempo, após uma decisão transita em julgado, a parte vencida poderia manejar recurso manifestamente intempestivo apenas para obter o prazo bial que o ensinasse ajuizar a rescisória, reavivando uma demanda já finda, em autêntico retorno aos tempos de antanho, anteriores à *actio iudicati*, quando as ações se eternizavam, em prejuízo do interesse público. O Direito busca a paz social e esta se alcança quando se tem a certeza jurídica, que advém da *res iudicata*. A propósito, em apontamentos à ação rescisória, recentemente tive a oportunidade de expressar que ‘a imutabilidade das decisões judiciais surgiu como um imperativo da própria sociedade para evitar o fenômeno da perpetuidade dos litígios, causa da intranquilidade social que afastaria o fim primário do Direito, que é a paz social’ (RJTJESP 116/8). A *três*, porque o escopo do recurso especial pela sua natureza de apelo excepcional, vinculado à ‘questão federal’, não é o reexame da causa para aferir os eventuais direitos das partes em conflito, mas sim tutelar a autoridade e a unidade do direito infraconstitucional.” (RSTJ 4/1.556)

<sup>141</sup> “Em que pese versada com brilho, e até sustentada em antigos precedentes, não vejo como acolher, na tese a douda argumentação. A *uma*, porque a mesma superada foi jurisprudencial na própria Suprema Corte, como registrado, em se tratando de recurso inadmissível pela intempestividade. A *duas*, porque a sua acolhida tornaria incerto e inseguro o direito, na medida em que, a qualquer tempo, após uma decisão transita em julgado, a parte vencida poderia manejar recurso manifestamente intempestivo apenas para obter o prazo bial que o ensinasse ajuizar a rescisória, reavivando uma demanda já finda, em autêntico retorno aos tempos de antanho, anteriores à *actio iudicati*, quando as ações se eternizavam, em prejuízo do interesse público. O Direito busca a paz social e esta se alcança quando se tem a certeza jurídica, que advém da *res iudicata*. A propósito, em apontamentos à ação rescisória, recentemente tive a oportunidade de expressar que ‘a imutabilidade das decisões judiciais surgiu como um imperativo da própria sociedade para evitar o fenômeno da perpetuidade dos litígios, causa da intranquilidade social que afastaria o fim primário do Direito, que é a paz social’ (RJTJESP 116/8). A *três*, porque o escopo do recurso especial pela sua natureza de apelo excepcional, vinculado à ‘questão federal’, não é o reexame da causa para aferir os eventuais direitos das partes em conflito, mas sim tutelar a autoridade e a unidade do direito infraconstitucional.” (RSTJ 4/1.557)

<sup>142</sup> “A espécie, no entanto, a meu juízo, está a merecer exame especial, em decorrência de circunstâncias que a distinguem. Com efeito, vê-se dos autos que, decididas as causas conexas em primeiro e segundo graus, interposto o extraordinário, foi o mesmo admitido por força de agravo, com suporte em norma regimental, ‘para melhor exame do caso’, por determinação do relator, o saudoso Ministro Barros Monteiro (DJ DE XI/72, p. 7725). Anos após, entretanto, o Supremo Tribunal Federal dele não conheceu, por maioria, relator o Ministro José Néri, do fundamento de intempestividade, ao argumento central de que, na vigência do Código de Processo Civil anterior, se firmara a exegese de que o prazo corria em férias forenses em se tratando de recurso extraordinário, inaplicando-se o art. 26 do referido Código, que determinava a suspensão do prazo por superveniência de férias que absorvessem pelo menos a metade da sua duração. Reconhecida essa intempestividade em dezembro de 1981, a rescisória foi ajuizada em setembro de 1983, tendo sido liminarmente indeferida sob o fundamento de que o trânsito em julgado, com a inadmissibilidade do extraordinário, retroagira a

Conforme argumentado pela parte, esse impedimento decorrera da inexistência, à época, da coisa julgada, ao que foi acrescido que o julgamento da intempestividade no STF não se dera por unanimidade<sup>143</sup>. O Relator Ministro Sálvio de Figueiredo, apesar de ser contrário à tese da tempestividade recursal defendida pela parte, considerou que existia uma expectativa de tempestividade do recurso extraordinário, quase configurando uma presunção, especialmente porque a inadmissibilidade no tribunal *a quo* não decorrera de extemporaneidade do extraordinário<sup>144</sup>. A intempestividade declarada no STF quase um decênio após também não se dera por unanimidade, pois baseada em interpretação discutível<sup>145</sup>. A isso, foi acrescido que a tese da retroação do *dies a quo* do prazo bienal da decadência, além de não ser pacífica<sup>146</sup>, não fora demonstrada ou mesmo alegada eventual má-fé dos recorrentes, que estiveram impossibilitados de ajuizar a rescisória enquanto pendente de julgamento o extraordinário admitido<sup>147</sup>. Assim, diante das circunstâncias especiais do caso analisado, foi admitida a tempestividade da rescisória ajuizada<sup>148</sup>.

---

janeiro de 1972, quando decorrido o prazo recursal para a impugnação do acórdão (CPC, art. 467).” (RSTJ 4/1.557-1.558)

<sup>143</sup> “É contra esse entendimento que se batem os recorrentes, salientando que o extraordinário fora inicialmente admitido e que o julgamento da intempestividade não se fez por unanimidade, acrescentando que não lhes era, até então, possível propor a rescisória à míngua de comprovação da coisa julgada.” (RSTJ 4/1.558)

<sup>144</sup> “Perfilhando-me na terceira das referidas correntes, pelas razões já assinaladas, não posso, no entanto, deixar de reconhecer que o caso concreto apresenta peculiaridades que recomendam o provimento do recurso para afastar a decadência reconhecida no egrégio Tribunal de origem. *Em primeiro lugar* porque, não obstante alçado apenas para melhor exame, não se pode deixar de considerar que passou a existir uma expectativa de tempestividade do extraordinário, quase a configurar uma presunção, inclusive porque a inadmissibilidade, no Tribunal *a quo*, não decorrera de extemporaneidade do extraordinário.” (RSTJ 4/1.558)

<sup>145</sup> “*Em segundo lugar*, porque a intempestividade, declarada no Supremo quase um decênio após (XII/1981), não se deu por unanimidade, sendo de aduzir-se que baseada em interpretação discutível e merecedora de críticas até mesmo naquele Excelso Pretório, como anotado pelo Ministro Clóvis Ramallete, autor do voto vencido.” (RSTJ 4/1.558)

<sup>146</sup> “*Em terceiro lugar*, porque também a tese da retroação do *dies a quo* do prazo bienal da decadência não é pacífica. Ao contrário, como registrado, sobre a mesma existe dissenso.” (RSTJ 4/1.558)

<sup>147</sup> “*Em quarto lugar*, porque não demonstrada, nem sequer alegada, a má-fé dos recorrentes, que se viram impossibilitados de ajuizar a rescisória enquanto pendente de julgamento o extraordinário já admitido para ‘melhor exame.’” (RSTJ 4/1.558)

<sup>148</sup> “*Em quinto e último lugar*, porque, sem embargo de filiar-me à terceira das três linhas de hermenêutica na *vexata quaestio*, reconheço que circunstâncias especiais podem afastar a sua aplicação, sob pena de efetivarem-se situações que a consciência jurídica repudia, refletidas no brocardo *summum jus summa injuria*. A melhor interpretação, proclamava Piragibe da Fonseca, em sua Introdução ao Estudo do Direito, ‘não é absolutamente aquela que se subordina servilmente às palavras da lei, ou que usa

Na verdade, o procedimento adotado pelo STJ foi ponderar os princípios que estavam colidindo. Apesar de não expresso nesses termos, isso fica claro no voto do Ministro Athos Carneiro, que identificou o “choque entre dois institutos com embasamento constitucional”, estando, de uma parte, o “interesse na certeza quanto à data do trânsito em julgado da decisão”, pois o prazo para a propositura da rescisória correria a partir da “data real” (trânsito em julgado) e, de outra parte, o direito e a previsão da rescisória, expressa em vários textos constitucionais sobre competência e nos casos previstos na lei processual<sup>149</sup>. Para o ministro, o caso concreto possibilitaria uma “decisão iníqua”<sup>150</sup>, acaso aplicada restritivamente a norma infraconstitucional que estabelece o prazo para o ajuizamento da rescisória<sup>151</sup>, pois, havendo sido inicialmente admitido o recurso

---

de raciocínios artificiais para enquadrar friamente os fatos em conceitos prefixados, mas aquela que se preocupa com a solução justa’. Interpretar, já constava das institutas (Gottlieb Heineccio, § 28), não é conhecer ou saber as palavras da lei, mas sim a sua força e o seu alcance. A lei, prelecionava o grande Amílcar de Castro, embora nunca ao arripio do sistema jurídico, deve ser interpretada em termos hábeis e úteis. Com os olhos voltados, aduza-se com Recasesn Siches, para a lógica do razoável. Como já assinalei em outra oportunidade (cfr. RTJ 114/363, no relatório do RE 103.909), o magistrado não é amanuense da lei, com mera função de conferir fatos com dispositivos legais, aplicando textos com a insensibilidade das máquinas. A própria lei confere função singular ao magistrado, quando estabelece que, na sua aplicação, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum. Em outras palavras, a lei deve ser, nas mãos do seu aplicador, um instrumento de realização do bem social, porque o rigorismo da interpretação dos textos legais pode, muitas vezes, nos conduzir ao descompasso com a realidade, o que significaria o primeiro passo para uma injustiça. Em conclusão, conhecendo do recurso pela divergência pretoriana e pela acolhida da relevância, o provejo para afastar a decadência a que se dera guarida.” (RSTJ 4/1.559)

<sup>149</sup> “O EXMO. SR. MINISTRO ATHOS CARNEIRO: Senhor Presidente, no caso ora em julgamento, aparentemente estaria ocorrendo um choque entre dois institutos com embasamento constitucional. De uma parte, o interesse na certeza quanto à data do trânsito em julgado da decisão, tendo o Pretório Excelso, na atualidade, firmado a tese de que a decisão que declara a intempestividade de um recurso, sendo meramente declaratória, não tem o condão de impedir que o decisório recorrido já tenha transitado em julgado quando da interposição desse recurso. Portanto, o prazo para a propositura da ação rescisória correria a partir da data ‘real’, digamos assim, do trânsito em julgado. De outra parte, o litigante tem direito, e a previsão desta ação é expressa em vários textos constitucionais sobre competência, tem direito ao ajuizamento da ação rescisória, naqueles casos previstos na lei processual civil.” (RSTJ 4/1.560)

<sup>150</sup> “Verifica-se, então, aqui, o seguinte: como bem frisou o eminente Ministro Relator, a aplicação rigorosamente formal da tese dominante sobre o *dies a quo* iria conduzir a uma decisão iníqua, porque iria privar, absolutamente, o vencido, da faculdade de ajuizar ação rescisória. Realmente, no caso o recurso extraordinário fora admitido e, portanto, no prévio juízo de admissibilidade fora declarado tempestivo. Subiu o processo ao Pretório Excelso e ficaram as partes aguardando a decisão.” (RSTJ 4/1.560)

<sup>151</sup> “Pergunta-se, assim: que atitude poderia tomar, entretentes, o ora autor da ação rescisória? O seu recurso extraordinário estava admitido, e em via de apreciação no Supremo Tribunal. Poderia ele, dentro do biênio, ao tempo creio até que quinquênio, poderia ele quicá ajuizar uma ação rescisória



dirigido ao STF, uma interpretação de retroação da intempestividade privaria absolutamente o direito de ajuizar rescisória contra o acórdão recorrido<sup>152</sup>. Assim, salvo a hipótese de má-fé na interposição do recurso, o prazo decadencial somente passaria a fluir da data em que o sucumbente possa efetivamente saber que transitou em julgado a decisão rescindenda<sup>153</sup>.

Por sua vez, o Ministro Fontes de Alencar ressaltou o direito constitucional à rescisória, que no caso concreto, deveria ser garantido, diante da impossibilidade de ser imputada culpa ao jurisdicionado, que não poderia exercer esse direito no caso de ser interpretada literalmente a norma infraconstitucional<sup>154</sup>.

Do exame dos votos e da decisão do STJ, à semelhança da decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão tomada no caso em que foi afastada a obrigação ao comparecimento do acusado à “audiência oral”, cuja audiência principal trazia risco de vida ou de graves danos à saúde do acusado acaso o

em caráter *ad cautelam*? Em primeiro lugar, parece-me muito discutível possa alguém ingressar com uma rescisória *ad cautelam*, porque o pressuposto da rescisória, exatamente, é o trânsito em julgado da decisão, comprovado através da certidão. Não podendo ajuizar ação rescisória *ad cautelam*, e não tendo mesmo nenhum motivo razoável de fazê-lo, pois seu recurso extraordinário fora tido por admissível, por tempestivo, o recorrente ficou aguardando. Anos mais tarde vem a decisão do Pretório Excelso, que declara o recurso extraordinário intempestivo. Então este cidadão terá perdido o direito de ajuizamento da ação rescisória, sem que o seu prazo bienal sequer tivesse, em momento algum do tempo, se iniciado?” (RSTJ 4/1.560-1.561)

<sup>152</sup> “Ou seja, estará ele sendo privado, absolutamente, do direito de propor a ação rescisória, sem conduta alguma de sua parte reveladora de resquício de má-fé ou de uso indevido de remédios processuais? É possível portanto sustentar, como eminente Ministro Relator, que realmente, consoante a terceira posição a que Sua Exa. se referiu, o *dies a quo* para o início da ação do biênio decadencial retroage, salvo quando a tempestividade tenha sido admitida no juízo inicial de admissibilidade do recurso, e a retroação possa privar, absolutamente, a parte do direito de ajuizar a ação rescisória contra acórdão. Digo mais: como poderá ter início um prazo decadencial para o ajuizamento de uma ação, se o interessado ignora, se não pode saber se o *dies a quo* ocorreu ou não, eis que não pode adivinhar o julgamento do juízo *ad quem* no alusivo à tempestividade do recurso pendente? Nem sempre a aplicação rigorosa da lógica forma conduz a resultados juridicamente razoáveis.” (RSTJ 4/1.561)

<sup>153</sup> “Assim, *salvante a hipótese de má-fé na interposição do recurso*, tenho em que o prazo decadencial somente passará a fluir da data em que o sucumbente possa saber que transitou em julgado o aresto rescindendo. Antes, não. Então, com estas observações e ressalvas, acompanho o eminente Sr. Ministro Relator em seu, se V. Exa. me permite, magnífico voto.” (RSTJ 4/1.561)

<sup>154</sup> “À luz da expressão regimental e do contido na súmula mencionada, poderia chegar a uma conclusão contrária à do eminente Sr. Ministro Relator. Há contudo, no caso, um detalhe ressaltado com assaz propriedade pelo eminente Sr. Ministro Athos Carneiro, precisamente no que toca ao direito constitucional à rescisória, sabido que se trata de um direito potestativo e que, no caso concreto, sem que se possa imputar ao recorrente qualquer grau de culpa, não poderia ter sido exercitado. Ora, se assim se mostra, creio que a melhor solução, para o caso concreto, a adotou o eminente Sr. Ministro Relator.” (RSTJ 4/1.562)

processo continuasse<sup>155</sup>, verifica-se que o procedimento adotado foi ponderar princípios que estavam colidindo, estando, de um lado, o *princípio da legalidade, por intermédio da aplicação efetiva do Direito Processual Civil* (art. 5º, inciso II), segundo o qual havia transcorrido o prazo decadencial para o ajuizamento da rescisória (art. 495 do CPC) em razão da intempestividade do recurso extraordinário, enquanto, do outro lado, estava o *princípio do acesso à jurisdição* (art. 5º, inciso XXXV) e o *direito à rescisória* previsto na Constituição e na legislação infraconstitucional (art. 102, inciso I, alínea *j*, art. 105, inciso I, alínea *e*, e art. 108, inciso I, alínea *b* da Constituição; art. 485 e ss. do CPC).

No caso concreto, julgado pelo STJ, foi alegado que o prazo para a rescisória ainda não havia transcorrido em razão de a parte não saber desse transcurso, pois a decisão do STF, declarando a intempestividade do recurso extraordinário interposto contra a decisão rescindenda, ocorrera vários anos após a admissão do recurso. Para a solução da questão, podem ser eleitos princípios opostos, “*P1*” (princípio da legalidade, por intermédio da aplicação efetiva do Direito Processual Civil) e “*P2*” (princípio do acesso à jurisdição e o direito à rescisória). Tomados isoladamente, *P1* e *P2* conduziriam a juízos contraditórios, pois para *P1* estaria vedada a rescisória, enquanto para *P2* estaria possibilitado o seu processamento. Assim, designando “*P*” como relação de precedência, enquanto “*C*” como condições sob as quais um princípio precede a outro, podem ser estabelecidas quatro possibilidades teóricas genéricas para a solução do caso: (1) *P1 P P2*; (2) *P2 P P1*; (3) (*P1 P P2*) *C*; (4) (*P2 P P1*) *C*. As hipóteses (1) e (2) são relações de precedência incondicionadas, que devem ser excluídas, pois não pode ser aceita uma relação de precedência incondicionada. Para a escolha entre as alternativas (3) e (4), que são relações de precedência condicionadas, utiliza-se a ponderação. No caso concreto, o princípio *P1*, segundo o qual não pode ser exercida a rescisória diante da decisão de intempestividade de recurso extraordinário interposto em face da decisão rescindenda, se já transcorrido o prazo decadencial, tem menor peso que o princípio oposto *P2*, pois existem razões suficientes para que *P2* preceda a *P1*, sob as condições *C* do caso concreto, já que, tendo sido inicialmente admitido o recurso extraordinário pelo próprio STF, a posterior declaração de intempestividade do STF, quase um decênio após a admissão do recurso, afastaria absolutamente o direito de ajuizar a rescisória sem que a parte soubesse que teve início a contagem do prazo decadencial de dois anos, pois a decisão rescindenda, até o pronunciamento da intempestividade

<sup>155</sup> BVerfGE 51, 324 (346).

do STF, ainda não havia transitado em julgado. A isso deve ser acrescida a ausência de má-fé da parte na interposição do recurso, que até poderia ter ajuizado a rescisória se a decisão de intempestividade tivesse sido prolatada antes do decurso do prazo decadencial, mas, nessas circunstâncias, não pode ser imputada culpa à parte, que não podia exercer o direito da ação rescisória. Assim, pode-se dizer que a solução do STJ, diante da condição de precedência de P2, foi a seguinte: “salvante a hipótese de má-fé na interposição do recurso, [...] o prazo decadencial somente passará a fluir da data em que o sucumbente possa saber que transitou em julgado o aresto rescindendo”<sup>156</sup>.

Portanto, a consequência jurídica do princípio que tem preferência quando se dão aquelas condições específicas será a seguinte: O *princípio do acesso à jurisdição* (art. 5º, inciso XXXV) e o *direito à rescisória* previsto na Constituição e na legislação infraconstitucional (art. 102, inciso I, alínea j, art. 105, inciso I, alínea e, e art. 108, inciso I, alínea b da Constituição; art. 485 e ss. do CPC), sob as *circunstâncias* de o sucumbente não poder saber que transitou em julgado a decisão rescindenda em razão de haver interposto recurso, que inicialmente foi recebido e posteriormente declarado intempestivo quando já transcorrido o prazo da rescisória, além de não haver agido de má-fé na interposição do recurso, precedem ao *princípio da legalidade, por intermédio da aplicação efetiva do Direito Processual Civil* (art. 5º, inciso II), pelo qual teria transcorrido o prazo decadencial para o ajuizamento da rescisória (art. 495 do CPC) em razão da intempestividade do recurso, valendo a seguinte *regra como consequência jurídica: o prazo decadencial para a ação rescisória somente passará a fluir da data em que o sucumbente possa efetivamente saber que transitou em julgado a decisão rescindenda, salvo hipótese de má-fé na interposição de recurso.*

Essa perspectiva do direito fundamental ao processo foi, posteriormente, confirmada pelo STJ em outros julgados. No EDREsp 404.777/DF<sup>157</sup>, julgado pela

<sup>156</sup> Isso ficou expressamente consignado no voto do Ministro Athos Carneiro: “Assim, salvante a hipótese de má-fé na interposição do recurso, tenho em que o prazo decadencial somente passará a fluir da data em que o sucumbente possa saber que transitou em julgado o aresto rescindendo.” (RSTJ 4/1.561)

<sup>157</sup> “PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL - AÇÃO RESCISÓRIA - PRAZO PARA PROPOSITURA - TERMO INICIAL - TRÂNSITO EM JULGADO DA ÚLTIMA DECISÃO PROFERIDA NOS AUTOS - CPC, ARTS. 162, 163, 267, 269 E 495 - A coisa julgada material é a qualidade conferida por lei à sentença/acórdão que resolve todas as questões suscitadas pondo fim ao processo, extinguindo, pois, a lide. Sendo a ação una e indivisível, não há que se falar em fracionamento da sentença/acórdão, o que afasta a possibilidade de seu trânsito em julgado parcial. Consoante o disposto no art. 495 do CPC, o direito de propor a ação rescisória se extingue após o decurso de dois anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida na causa. Embargos

Corte Especial, foi decidido que, diante da unidade e indivisibilidade da ação, não se pode falar em fracionamento da sentença, o que afasta a possibilidade do seu trânsito em julgado parcial, e, com isso, o direito de propor a ação rescisória se extingue após o decurso de dois anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida na causa. Já no REsp 441.252/CE<sup>158</sup>, julgado pela 4ª Turma, foi decidido que o prazo de decadência da rescisória começa a fluir a partir do trânsito em julgado do acórdão que julga intempestiva a apelação, ressalvada a demonstração do comportamento malicioso do recorrente, que tivesse agido de má-fé para reabrir prazo recursal já vencido.

Desse modo, mesmo que a matéria a ser apreciada pelas instâncias superiores tão somente se refira à intempestividade do apelo, existindo discussão acerca desse requisito de admissibilidade, não há falar no trânsito em julgado da sentença rescindenda até que o último órgão jurisdicional se manifeste sobre o derradeiro recurso, o que culminou no enunciado da Súmula nº 401: “O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial”.

Essa precaução, aliás, foi tomada na redação do CPC/2015, que expressamente previu que a contagem do prazo da ação rescisória inicia do trânsito em julgado da última decisão prolatada no processo, conforme previsto no art. 975. “O direito à rescisão se extingue em 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo.”

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo é formado por valores que estão na Constituição, o que justifica a relação entre Constituição e Direito Processual, devendo o processo ser visto na perspectiva dos direitos fundamentais.

---

de divergência improvidos.” (STJ, EDREsp 404.777/DF, Rel. Min. Fontes de Alencar, Corte Especial, v.m., J. 3.12.2003, DJU, Seção 1, de 11.04.2005)

<sup>158</sup> “AÇÃO RESCISÓRIA - Decadência. Recurso intempestivo. O prazo de decadência da rescisória começa a fluir a partir do trânsito em julgado do acórdão que julga intempestiva a apelação, salvo se demonstrado o comportamento malicioso do apelante, que age de má-fé para reabrir prazo recursal já vencido. Não demonstrada essa situação, o razoável é considerar que o recorrente confiava na eficácia do seu recurso, contando apenas do seu julgamento o prazo para a ação de rescisão. Entendimento diverso obrigará as partes a ingressarem com o recurso e com a ação rescisória, pois ninguém sabe de antemão qual será o julgamento sobre a admissibilidade. Anulação do acórdão que não fundamentou o deferimento de indenização em valores muito acima dos concedidos para a mesma situação. Recurso conhecido em parte, pela divergência, mas desprovido.” (STJ, REsp 441.252/CE, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4ª T., v.m., J. 22.10.2002, DJU, Seção 1, de 17.02.2003)

Considerando a necessária clareza terminológica e conceitual da estrutura dos direitos fundamentais, os comandos constitucionais do processo devem ser tratados como verdadeiros direitos fundamentais, pois poder-se-á encontrar dificuldade para sustentar sua natureza de garantia, se tomada como mera disposição assecuratória, diante da possibilidade de nela identificar uma reserva qualificada dos direitos fundamentais e, portanto, colocá-la dentro de um modelo puro de regras, o qual resultaria ser insuficiente, pois não solucionaria todos os problemas que podem ser apresentados.

É que, na teoria dos direitos fundamentais, a restrição a um direito fundamental se submete à ponderação, fracassando o intento de solução unicamente por meio da subsunção, pois pode-se necessitar de uma extensa ponderação entre o peso que tem sua superação e a violação do direito fundamental. Os meios para assegurar os direitos fundamentais são os procedimentos, que encontram previsão no direito geral à jurisdição.

Nos precedentes do STF e do STJ os princípios do processo previstos na Constituição são considerados direitos fundamentais, aos quais é conferido conteúdo pelo tribunal, além de, em determinados casos, serem ponderados em razão da sua natureza de princípio.

A eficácia dos direitos fundamentais na Constituição dependerá da sua aplicação, interpretação e dogmatização, sendo ônus inicial do legislador, acrescido do desafio principal da doutrina, no desempenho de seu papel propositivo, e do Judiciário, no exercício da sua função concretizadora.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

\_\_\_\_\_. *Theorie der Grundrechte*. 3. Aufl. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1996.

ALVES, Eliana Calmon. Princípios e garantias constitucionais do processo. Disponível em: <[www.stj.gov.br/Discursos/0001114/PrincipioseGarantiasConstitucionaisdoProcesso.doc](http://www.stj.gov.br/Discursos/0001114/PrincipioseGarantiasConstitucionaisdoProcesso.doc)>. Acesso em: 03 abr. 2006.

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

BARBOSA, Ruy. *A constituição e os actos inconstitucionaes*: do congresso e do executivo ante a justiça federal. 2. ed. Rio de Janeiro: Atlântida, s.d.

\_\_\_\_\_. *Comentários à constituição federal brasileira*. São Paulo: Saraiva, v. V, 1934.

\_\_\_\_\_. *República: teoria e prática: textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na primeira constituição republicana*. Coord. Hildon Rocha. Petrópolis: Vozes; Brasília: Câmara dos Deputados, 1978.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

DANTAS, San Tiago. Igualdade perante a lei e *Due Process of Law* (Contribuição ao estudo da limitação constitucional do Poder Legislativo). *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, n. 116, p. 357-367, abr. 1948.

FAZZALARI, Elio. Processo (teoria generale). *Novíssimo Digesto Italiano*. v. 13, p. 1.067-1.076, 1966.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

\_\_\_\_\_. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

HECK, Luís Afonso. Direitos fundamentais e sua influência no direito civil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 29, p. 40-54, jan./mar. 1999.

\_\_\_\_\_. Direitos fundamentais e sua influência no direito civil. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre: Síntese, v. 16, p. 111-125, 1999.

\_\_\_\_\_. Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

\_\_\_\_\_. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da constituição? *Jurisdição Constitucional*. Trad. Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. *Reine Rechtslehre*. 2. Aufl. (1960). Wien: Franz Deuticke, Unveränderter Nachdruck 1983.

\_\_\_\_\_. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

\_\_\_\_\_. Wer soll der Hüter der Verfassung sein? *Die Justiz*, Heft 11-12, Band VI: 576-628, Berlin: Walther Rothschild, p. 576-628, 1930-31.

LIEBMAN, Eurico Túlio. Diritto costituzionale e processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, 1952.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MENDES JÚNIOR, João. A nova fase da doutrina e das leis do processo brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, 1899.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, t. IV, 1998.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. Disponível em: <[www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAOOFormalismo-valorativonoconfrontocomFormalismoexcessivo290808.htm](http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/CAOOFormalismo-valorativonoconfrontocomFormalismoexcessivo290808.htm)>. Acesso em: 4 set. 2006.

\_\_\_\_\_. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre: UFRGS, v. 22, p. 31-42, set. 2003.

\_\_\_\_\_. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *GENESIS – Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba: Genesis, v. 26, p. 653-664, out./dez. 2002.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direito fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997.

## TRATAMIENTO JURÍDICO DEL DERECHO-DEBER DE INFORMACIÓN EN LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

### LEGAL TREATMENT OF THE RIGHT AND DUTY OF INFORMATION ON ABORTION

**Francisco Miguel Bombillar Sáenz**

Profesor de Derecho Administrativo - Universidad de Granada

**RESUMEN:** El presente artículo aborda el tratamiento jurídico en España del derecho-deber de información en la interrupción voluntaria del embarazo, a la luz del principio de la autonomía de la voluntad y del derecho fundamental a prestar un consentimiento informado a todo tratamiento médico. El trabajo presta una especial atención al consentimiento informado de las menores de dieciséis y diecisiete años, al asesoramiento asistencial y a la información clínica a la mujer embarazada y al ejercicio de la objeción de conciencia por parte de los facultativos implicados.

**PALABRAS CLAVE:** ordenamiento jurídico español; principio de autonomía de la voluntad; consentimiento informado; derecho-deber de información; interrupción voluntaria del embarazo.

**ABSTRACT:** This article discusses the legal treatment in Spain of the right and duty of information on abortion, in the

*light of the principle of autonomy and the fundamental right to provide informed consent to any medical treatment. The paper pays special attention to informed consent for women under sixteen and seventeen, to care counseling and clinical information for pregnant women and to the exercise of conscientious objection by doctors involved in abortions.*

**KEYWORDS:** spanish law; principle of autonomy; informed consent; right and duty of information; abortion.

**SUMARIO:** 1 A modo de introducción: principio de autonomía de la voluntad y consentimiento informado; 2 El derecho-deber de información en la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo; 3 A modo de corolario: *scientia potentia est*.

**SUMMARY:** 1 By way of introduction: principle of autonomy and informed consent; 2 The right and duty of information in the regulation of abortion; 3 As a corollary: *scientia potentia est*.



## 1 A MODO DE INTRODUCCIÓN: PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y CONSENTIMIENTO INFORMADO

**E**n la actualidad, el derecho-deber de información sanitaria<sup>1</sup> (en sus tres facetas: clínica, epidemiológica y jurídica) juega un papel crucial en las relaciones médico-paciente, en especial, como vamos a poner de manifiesto en estas líneas, de cara a la interrupción voluntaria del embarazo, donde la información es condición indispensable para la validez del acto médico (Pérez Miras)<sup>2</sup>.

La información sanitaria viene exigida y respaldada por la práctica totalidad de las normas que integran el Derecho Sanitario, principalmente, entre otras muchas, por la Ley General de Sanidad (LGS)<sup>3</sup>, la Ley de Autonomía del Paciente (LAP)<sup>4</sup>, la Ley de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y

<sup>1</sup> Inés GALENDE da la siguiente definición de información sanitaria: “[con] la expresión ‘información sanitaria’, se entiende generalmente, la información – veraz y suficiente – sobre el diagnóstico y posibilidades terapéuticas que el médico (u otro profesional sanitario en su caso) proporciona a un paciente sobre su enfermedad. Sin embargo, el término es mucho más amplio que el descrito y engloba también la información que los profesionales, servicios, administraciones públicas y autoridades sanitarias deben proporcionar a los ciudadanos – también sanos – sobre la prevención, los cuidados y los hábitos de vida saludables para mejorar el estado de salud, así como otra información de carácter más técnica utilizada entre profesionales (información médica), autoridades y administraciones sanitarias. También se considera información sanitaria la información que un voluntario, sano o paciente, debe recibir antes de decidir si participa o no en un proyecto de investigación biomédica.” GALENDE DOMÍNGUEZ, I.: “Derecho a la información”, en ROMEO CASABONA, C.M. (dir.), *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Comares, Granada, 2011, p. 544.

<sup>2</sup> En este estudio tendremos muy presentes las ideas expuestas con gran acierto por PÉREZ MIRAS, A.: *El derecho de información en las relaciones jurídico-sanitarias*, Trabajo Fin de Máster dirigido por J.F. SÁNCHEZ BARRILAO defendido en el marco del Máster Oficial en Derecho Sanitario, Bioética y Derecho a la Salud en la Unión Europea de la Universidad de Granada; y, en especial, en “El derecho de información sanitaria en la interrupción voluntaria del embarazo”, *Derecho y Salud*, vol. 24 Extraordinario XXIII Congreso 2014, p. 143 a 152.

<sup>3</sup> Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (BOE núm. 102, de 29 de abril de 1986). En relación con el dictado de esta norma en materia de información sanitaria, vid. el trabajo de BELTRÁN AGUIRRE, J.L.: “La información en la Ley General de Sanidad y en la jurisprudencia”, *Derecho y Salud*, vol. 3, 1995, pp. 171 a 192.

<sup>4</sup> Nos referimos a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (BOE, núm. 274, de 15 de noviembre de 2002). Destacados trabajos sobre el tratamiento de la información sanitaria en la LAP se pueden encontrar en MÉJICA GARCÍA, J. & DÍEZ RODRÍGUEZ, J.R.: *El estatuto del paciente. A través de la nueva legislación sanitaria estatal*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 31-103; o GALLEGO RIESTRA, S.: “Información y consentimiento informado: de la Ley General de Sanidad a la Ley 41/2002”, en PALOMAR OLMEDA, A. & CANTERO MARTÍNEZ, J. (dirs.), *Tratado de Derecho Sanitario*, vol. I, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 803 a 826.

Productos Sanitarios (LGURMPS)<sup>5</sup> o la Ley General de Salud Pública (LGSP)<sup>6</sup>. Partiendo de las bases fijadas por estos instrumentos normativos, nosotros nos vamos a centrar aquí en el articulado de la norma que en la actualidad regula la interrupción voluntaria del embarazo, analizando el importante rol del derecho-deber de información sanitaria en este sector.

Sin duda, la LAP es la norma fundamental en este campo, no en vano supuso la consagración de un cambio de paradigma: de una medicina paternalista, en la que el médico, en posición de superioridad gozaba de un poder omnímodo, a una medicina marcada por un proceso comunicativo médico-paciente, por el principio de autonomía de la voluntad, donde el paciente no acepta, sin más y con resignación, la decisión del facultativo, sino que, tras una información adecuada (autodeterminación consciente), consiente o no todo tratamiento médico que se le aplique. LAP que a su vez es una plasmación en nuestro Derecho interno de los dictados del Convenio de Oviedo<sup>7</sup>.

La información del médico es preceptiva para que el enfermo pueda escoger en libertad dentro de las opciones posibles que la ciencia médica le ofrece al respecto, incluyéndose también aquí, por supuesto, la posibilidad de no someterse a ningún tratamiento ni intervención<sup>8</sup> (STC 37/2011, FJ 5). Esto

<sup>5</sup> Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (BOE, núm. 178, de 27 de julio de 2006). Por ejemplo, en todo lo que tiene que ver con el etiquetado, los prospectos o el embalaje de los medicamentos. Vid. BOMBILLAR SÁENZ, F.M.: "Drugs labelling, leaflets and packing in European pharmaceutical law with special reference to the Spanish and Italian cases", *Pharmaceuticals Policy and Law*, vol. 12, núm. 3-4, 2010, pp. 241-257. También es interesante la consulta de ABELLÁN, F. & SÁNCHEZ-CARO, J.: *La responsabilidad médica por la información del medicamento*, Granada, Comares, 2007. Por no mencionar todas las garantías de información al paciente que se exigen en relación con la investigación biomédica, por ejemplo, de cara a los ensayos clínicos.

<sup>6</sup> Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (BOE núm. 240, de 5 de octubre de 2011).

<sup>7</sup> Nos referimos al Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997 (BOE núm. 251, de 20 de octubre de 1999). Otros Pactos Internacionales con incidencia en este ámbito son los siguientes, a saber: la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, principalmente en su Preámbulo y artículos 12, 18 a 20, 25, 28 y 29; el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de Roma de 4 de noviembre de 1950, en sus artículos 3, 4, 5, 8 y 9; o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, de 16 de diciembre de 1966, en sus artículos 1, 3, 5, 8, 9 y 10.

<sup>8</sup> El derecho a rechazar un tratamiento médico hasta sus máximas consecuencias se regula con detalle en la Comunidad Autónoma de Andalucía, principalmente, en la Ley 2/2010, de 8 de abril, de Derechos y Garantías de la Dignidad de la Persona en el Proceso de la Muerte (BOJA núm. 88, de 7 de mayo de 2010). He analizado la LMDA en "El derecho a una muerte digna en el ordenamiento jurídico andaluz: el caso Inmaculada Echeverría", en PÉREZ MIRAS, A.; TERUEL LOZANO, G.; RAFFIOTTA,

no supone un mero formalismo, no debemos verlo como una mera causa de exoneración de responsabilidad, sino que encuentra fundamento y apoyo en la misma Constitución Española (CE), en la exaltación de la dignidad de la persona que se consagra en el artículo 10.1 CE, pero sobre todo, en la libertad de que se ocupa el artículo 1.1 CE, donde se vendría a reconocer la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se le presenten de acuerdo con sus propios intereses y preferencias.

De modo que, de acuerdo con la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional (en especial, tras la STC 37/2011<sup>9</sup>, FJ 5<sup>10</sup>), el consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental. Esta es precisamente una de las últimas aportaciones realizadas en la teoría de los derechos humanos, fruto de la conexión del instituto del consentimiento informado con los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y moral y a la libertad de conciencia de los artículos 15 y 16 CE.

En suma, toda actuación asistencial que afecte a la salud de un paciente necesita del consentimiento libre y voluntario de éste (art. 8.1 LAP)<sup>11</sup>. Los pacientes tienen derecho, tras recibir una adecuada información asistencial sobre su proceso, a decidir libremente entre las opciones clínicas o terapéuticas que les presente el médico responsable de su caso (apdos. 2, 3 y 4 del art. 2 LAP). Para ello, los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación

---

E. (Coords.), *Desafíos para los derechos de la persona ante el siglo XXI: Vida y Ciencia*, Thomsom-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 413 a 432. Un estudio de esta cuestión en el conjunto del orden autonómico puede verse en RAGONE, S.: “El derecho a una muerte digna entre tutela multi-nivel y diferenciación inter-territorial”, en PÉREZ MIRAS, A.; TERUEL LOZANO, G.; RAFFIOTTA, E. (Coords.), *Desafíos para los derechos de la persona ante el siglo XXI: Vida y Ciencia*, op. cit., pp. 393 a 402. No cabe duda de que aquí la información juega igualmente un papel fundamental.

<sup>9</sup> STC (Sala Segunda) 37/2011, de 28 de marzo de 2011. Recurso de amparo promovido por un paciente respecto a la Sentencias de la Audiencia Provincial de Bizkaia y de un Juzgado de Primera Instancia de Bilbao que desestimaron su reclamación de responsabilidad civil derivada de asistencia sanitaria. Se dictamina la vulneración de los derechos a la integridad física y a la tutela judicial efectiva. El Tribunal Constitucional entiende que la asistencia sanitaria fue proporcionada desatendiendo el derecho del paciente a prestar un consentimiento informado.

<sup>10</sup> Por su interés, transcribimos el FJ 5 de la referida STC 37/2011, donde se define el consentimiento informado “como un procedimiento o mecanismo de garantía para la efectividad del principio de autonomía de la voluntad del paciente y, por tanto, de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales que pueden resultar concernidos por las actuaciones médicas, y, señaladamente, una consecuencia implícita y obligada de la garantía del derecho a la integridad física y moral, alcanzando así una relevancia constitucional que determina que su omisión o defectuosa realización puedan suponer una lesión del propio derecho fundamental.”

<sup>11</sup> Entre otros, nos remitimos aquí *in totum* a los artículos 2, 4, 5, 8, 9 ó 10 de la LAP.

en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la LAP (art. 9.2 LAP) y el derecho de toda persona a no ser informada (art. 9.1 LAP). El derecho del paciente a decidir sobre su propia salud conlleva, pues, el deber de los profesionales sanitarios y de los centros, servicios y establecimientos a respetar la voluntad de su elección. La información clínica forma parte de este modo de todas las actuaciones asistenciales, se integra dentro de la *lex artis* (art. 4.2 LAP).

Es el médico responsable de cada paciente quien deberá garantizar el cumplimiento del derecho a la información. El resto de los profesionales sanitarios que atiendan a los pacientes durante el proceso asistencial, o les apliquen una intervención concreta, también tienen obligación de facilitarles información clínica en función de su grado de responsabilidad y participación en el proceso de atención sanitaria (art. 4.3 LAP). Todos estos profesionales dejarán constancia en la historia clínica, en cumplimiento de sus nuevos deberes en el campo de la documentación clínica, de que dicha información fue proporcionada a los pacientes y suficientemente comprendida por éstos (arts. 14 y ss. LAP). No es un elemento menor a la luz de la litigiosidad que fácilmente se detecta en este campo<sup>12</sup>.

La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica<sup>13</sup>, comprenderá, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias (art. 4.1 LAP). Así pues, de cara a delimitar la información a suministrar, es pacífico incluir aquí, partiendo de lo previsto, entre otros, en los artículos 4.1 y 10 LAP, la denominación y descripción básica del procedimiento quirúrgico o técnico en cuestión (obviamente, no puede convertirse esto en un curso acelerado de Medicina<sup>14</sup>), el objetivo y resultado que se pretende alcanzar con dicho

<sup>12</sup> Precisamente, siete de cada diez reclamaciones contra los médicos se producen por falta de información al paciente o por defectos en la obtención del consentimiento informado (*Diario Médico*, edición de 30 de mayo de 2006), de modo que la principal causa de insatisfacción de los pacientes tiene que ver con la insuficiente información antes, durante y después del proceso asistencial (lo que se expone, entre otros, en el Estudio Conjunto de los Defensores del Pueblo: *Las urgencias hospitalarias en el Sistema Nacional de Salud: derechos y garantías de los pacientes*, de enero de 2005).

<sup>13</sup> Por regla general, el consentimiento será verbal. Sin embargo, la LAP contempla que pasará a ser por escrito en los siguientes casos: "intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente" (art. 8.2 LAP).

<sup>14</sup> Me remito a la interesante SAP de Badajoz (Sección 1<sup>a</sup>) núm. 64/2003, de 20 de febrero, en cuyo FJ 1 se afirma que "No es exigible que la información de que habla el art. 10.5 de la Ley General de Sanidad

tratamiento, las consecuencias seguras o escenario posterior a la intervención (tanto en el plano personal como laboral)<sup>15</sup>, el diagnóstico, pronóstico y las alternativas posibles, así como, sin ánimo de ser exhaustivos, los riesgos típicos, los riesgos personalizados y las contraindicaciones del procedimiento médico en juego para el sujeto en cuestión.

Esta información tendrá que suministrarse de un modo comprensible y adecuado a las necesidades de cada paciente, teniendo en cuenta su edad y capacidad (recordemos que el consentimiento por representación del art. 9.3 LAP sólo cabe para los menores de 16 años<sup>16</sup> y las personas con discapacidad<sup>17</sup>), nivel

---

gane carácter exhaustivo o interminable [no puede el paciente recibir cursos de medicina acelerada] pues ello ni es viable en la práctica ni beneficia al propio paciente. Es pues que la información que interesa y a la que se refiere la norma es aquella que se entienda como razonable para que el paciente tenga capacidad de decisión o de elección. Ir más allá es completamente contraproducente.”

<sup>15</sup> Es conveniente a este respecto la consulta del Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía núm. 582/2009, de 15 de septiembre de 2009, en donde se dilucida una posible responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de una vasectomía. Para este Consejo Consultivo, “la intervención se realizó correctamente, los dos deferentes fueron seccionados según se confirmó por el informe del Servicio de Anatomía Patológica. Sin embargo, este método anticonceptivo tiene un pequeño porcentaje de fallos que implica mantener medias de seguridad antes expuestas para asegurar la esterilización. En este caso el nivel de información fue suficiente, el procedimiento se realizó correctamente y se dieron todas las instrucciones a seguir después de la intervención, por lo que no puede entenderse que exista relación de causalidad entre el daño invocado y el funcionamiento del servicio público sanitario”. El paciente recurrente no siguió las indicaciones recibidas, no acudió a la consulta de urología a los cinco meses de la intervención ni adoptó las medidas oportunas para prevenir un embarazo, pese a haber sido informado oportunamente, como consta acreditado en la historia clínica, de que así debía de proceder.

<sup>16</sup> La LAP fija, en su artículo 9.3.c, la mayoría de edad sanitaria en los dieciséis años. No cabe el consentimiento por representación en el caso de los menores emancipados o con dieciséis años cumplidos. Ahora bien, en caso de actuación de grave riesgo para ellos, según el criterio del facultativo, sus padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente. Sí se requiere la mayoría de edad (18 años) para participar en un ensayo clínico, para someterse a técnicas de reproducción humana asistida, para realizar donaciones (gametos y preembriones, donantes vivos, donación de ovocitos preembriones para investigación biomédica) y para las esterilizaciones u operaciones de cambio de sexo (art. 9.4 LAP).

<sup>17</sup> A este respecto, la LAP fue objeto de una nueva redacción por la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que afectó a su artículo 9.5 que ahora presenta el siguiente tenor literal: “La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento.”

cultural, situación personal, sociofamiliar o profesional, así como la urgencia del caso (que habilitaría la información verbal), la necesidad del tratamiento, la peligrosidad de la actuación (extremando la información, en especial, ante intervenciones no necesarias como las estéticas), la novedad de la técnica o la posible renuncia a recibir información. Sólo si se cumplen todas las garantías al respecto establecidas por la LAP y resto de normativa estatal y autonómica el consentimiento gozará de validez<sup>18</sup>.

En este sentido, constituyen supuestos en los que hay que reforzar la información que se presta al paciente aquellos ligados a la reproducción asistida, la donación y utilización de fetos y embriones humanos, la extracción y trasplante de órganos y tejidos humanos, el final de la vida (con la particularidad de las instrucciones previas o declaración de voluntad vital anticipada<sup>19</sup>), los ensayos clínicos, la medicina satisfactiva [medicina estética pura, medicina no reproductiva (tanto vasectomía como ligadura de trompas), oftalmología y odontología]<sup>20</sup> o, como nos ocuparemos de exponer a lo largo de estas líneas, la interrupción voluntaria del embarazo.

Toda esta información sanitaria recogida en la historia clínica tiene que respetar, por supuesto, y como ocurre en el resto de ámbitos de la vida social, los dictados de la normativa española en materia de protección de datos (LOPD)<sup>21</sup>, para la que son datos especialmente sensibles - y, por tanto, protegidos - los

<sup>18</sup> En palabras del Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía núm. 90/2007, fundamento IV: “hay un estándar mínimo que respetar para asegurar que se cumplen las garantías previstas: Un proceso de información completa y comprensible, que constituye un *prius* necesario sobre el que se asienta la ulterior decisión consciente y libre de la paciente; la verificación de que se trata de una paciente capaz, sin perturbación de sus capacidades psíquicas, que expresa su voluntad de rechazar el tratamiento sin estar influenciada o mediatizada por terceras personas; y finalmente la constancia escrita, con todas las precisiones deducibles de la indicada legislación”.

<sup>19</sup> Instrucciones previas reguladas en el artículo 11 LAP. En Andalucía, hemos de prestar una especial atención al dictado de la Ley 5/2003, de 9 de octubre, de declaración de voluntad vital anticipada (BOJA núm. 210, de 31 de octubre de 2003), “cauce del ejercicio por la persona de su derecho a decidir sobre las actuaciones sanitarias de que pueda ser objeto en el futuro, en el supuesto de que llegado el momento no goce de capacidad para consentir por sí misma” (art. 1).

<sup>20</sup> Vid., a modo de muestra, GARCÍA GARNICA, M<sup>a</sup>. del C.: *Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010; o MONTALVO REBUELTA, P.: “Análisis de la postura de nuestros tribunales ante los pleitos relacionados con cirugía plástica y estética”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 8, 2013, pp. 196 a 208.

<sup>21</sup> Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (BOE núm. 298 de 14 de diciembre de 1999). Vid., por ejemplo, SARRATO MARTÍNEZ, L.: “El régimen legal de acceso a la historia clínica y sus garantías”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 17, enero de 2009, pp. 177 a 215.

relativos a la salud y a la vida sexual (el caso de la interrupción voluntaria del embarazo<sup>22</sup>). Así pues, la Agencia Española de Protección de Datos velará porque aquí también se salvaguarden por parte de la Administración sanitaria los derechos ARCO (Acceso, Rectificación, Cancelación y Oposición) de los titulares de estos datos clínicos, así como que se impida cualquier acceso o cesión no consentido por esta normativa.

Aunque no podemos detenernos en este aspecto, no quiero dejar de apuntar aquí que el campo asistencial es también un escenario ideal para poner en práctica políticas de difusión activa de información de especial interés para la ciudadanía, en línea con los postulados de las nuevas Leyes de Transparencia aprobadas en España<sup>23</sup>, lo que podría traducirse, por ejemplo, como sucede en Andalucía, en la publicación en páginas institucionales de la Administración sanitaria de las listas de espera quirúrgica<sup>24</sup>.

## 2 EL DERECHO-DEBER DE INFORMACIÓN EN LA REGULACIÓN DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

### 2.1 LA REGULACIÓN DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO EN ESPAÑA

La regulación vigente en España en relación con la Interrupción Voluntaria del Embarazo (IVE)<sup>25</sup> data del año 2010, cuando se aprueba la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo<sup>26</sup> (LOIVE). En los últimos meses, el actual

<sup>22</sup> Vid. PALOMAR OLMEDA, A.: “Confidencialidad y Protección de datos en la Ley de Salud Sexual y Reproductiva y de Interrupción Voluntaria del Embarazo”, *Derecho y Salud*, vol. 20, núm. 2, 2010, pp. 65 a 89.

<sup>23</sup> A nivel estatal, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (BOE núm. 295, de 10 de diciembre); y a nivel autonómico, en Andalucía, la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía (BOJA núm. 124, de 30 de junio de 2014).

<sup>24</sup> Vid. la aplicación a este respecto del Servicio Andaluz de Salud de la Junta de Andalucía, *on line* en: [https://ws003.juntadeandalucia.es/pls/intersas/servicios.rdq.tramite\\_enlinea\\_rdq](https://ws003.juntadeandalucia.es/pls/intersas/servicios.rdq.tramite_enlinea_rdq) (Consultada 28.02.2015).

<sup>25</sup> Término del que aquí se hará uso frente al de “aborto”.

<sup>26</sup> BOE núm. 55, de 4 de marzo de 2010. Vid., a modo de muestra, LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, M.: *La ley orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva e interrupción voluntaria del embarazo: trabajos parlamentarios*, Dykinson, Madrid, 2011; o AGUILAR CÁCERES, M.M.: “El tratamiento del aborto en España: contextualización y desarrollo de la entrada en vigor de la Ley orgánica 2/2010”, en PÉREZ MIRAS, A.; TERUEL LOZANO, G.; RAFFIOTTA, E. (Coords.), *Desafíos para los derechos de la persona ante el siglo XXI: Vida y Ciencia, op. cit.*, pp. 197 a 208.

Gobierno de la Nación pretendió su derogación a través del Anteproyecto de Ley Orgánica para la Protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada<sup>27</sup>, más conocido como *Proyecto Gallardón* (PG) por el entonces titular del Ministerio de Justicia, Departamento en el que se fraguó este proyecto legislativo. El PG no vio finalmente la luz al sufrir una amplia contestación social al considerarse un retroceso la re-penalización que se hacía de ciertos supuestos ya asentados pacíficamente en nuestro Ordenamiento. Sólo haremos mención al PG en la medida en que sus dictados venían a incidir sobre nuestro objeto de estudio: el derecho-deber de información.

La LOIVE, de acuerdo con nuestro orden constitucional (STC 53/1985, de 11 de abril)<sup>28</sup>, reconoce el derecho a la maternidad libremente decidida, lo que implica que se respeten las decisiones que, de un modo consciente y responsable, las mujeres adopten sobre su embarazo (tras haber sido informadas de todas las prestaciones, ayudas y derechos a los que pueden acceder si desean continuar con el embarazo, de las consecuencias médicas, psicológicas y sociales derivadas de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo, así como de la posibilidad de recibir asesoramiento antes y después de la intervención). La LOIVE dispone un plazo de reflexión de al menos tres días y, además de exigir la claridad y objetividad de la información, impone condiciones para que ésta se ofrezca en un ámbito y de un modo exento de presión para la mujer. La información sanitaria cumple, pues, un papel vital de cara a la realización de este particular acto médico.

La LOIVE se erige en una *Ley de Plazos* modulada por indicaciones. Queda fuera del ámbito del Derecho Penal<sup>29</sup> la IVE realizada con consentimiento de

<sup>27</sup> Este Anteproyecto puede descargarse a texto completo en la web del Ministerio de Justicia del Gobierno de España: <http://www.mjusticia.gob.es/> (Consultada el 28.02.2015). Este Anteproyecto venía a derogar la LOIVE por completo y a dismantlar la regulación existente a este respecto modificando las más importantes normas que conforman en la actualidad el Derecho Sanitario.

<sup>28</sup> Esta sentencia analiza el recurso de anticonstitucionalidad interpuesto contra el proyecto de ley elaborado por el Gobierno en 1982 por el que se pretendía despenalizar ciertas modalidades abortivas. El Tribunal Constitucional dejó clara la constitucionalidad de una regulación que permitiera despenalizar en ciertos supuestos la IVE. Este pronunciamiento es la base sobre la que se asienta el actual sistema de indicaciones (terapéutica, ética y eugenésica) seguido en España desde la reforma del Código Penal de 1985. La protección jurídica del feto no debe considerarse como una protección absoluta, sin excepciones. El Estado también ha de velar por los derechos fundamentales de la mujer embarazada (vida, salud, libertad y dignidad). La LOIVE se ocupa, pues, de la ponderación de estos bienes jurídicos en conflicto.

<sup>29</sup> Las modalidades abortivas penadas en España se recogen en los artículos 144 y siguientes del Código Penal (Ley Orgánica nº 10/1995, de 23 de noviembre), en su redacción dada por la LOIVE. Esta nueva



la mujer en las primeras catorce semanas de gestación (el llamado *aborto libre*), siempre que se cumplan determinados requisitos procedimentales en pro de una autodeterminación consciente (art. 14 LOIVE). Se justifica excepcionalmente la IVE realizada con consentimiento de la mujer entre las catorce y veintidós semanas de gestación en los casos de grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada (indicación médica o terapéutica), o de riesgo de graves anomalías en el feto (indicación eugenésica). En relación con esta última indicación apuntada, la LOIVE admite un supuesto especial de justificación de la IVE con consentimiento de la mujer, sin límite temporal, cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida o se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico<sup>30</sup>. Estos supuestos se desarrollan en el artículo 15 LOIVE.

En todos estos escenarios, pero en especial en el primero de ellos, pues no se sujeta a causas médicas que lo justifiquen, la información desempeña un papel crucial. Y no estamos hablando de información médica en sentido estricto, si no jurídico-sanitaria. Siguiendo a Pérez Miras, “lo que nos introduce la LOIVE es una información de contenido jurídico, que condicione la libertad de elección de la mujer expresada posteriormente en el consentimiento, sin el cual no puede llevarse a cabo ninguna intervención quirúrgica”<sup>31</sup>. La mujer embarazada que se plantee una IVE no sólo necesita conocer información sobre datos sanitarios o riesgos médicos en relación con esta intervención, que también, “para que la paciente pueda valorar de manera autónoma, libre y personal sobre las opciones vitales que se le plantean ante el embarazo es evidente que debe tener en cuenta el contexto jurídico-económico en el que se encuentra y las expectativas de su situación social”<sup>32</sup>.

En este sentido, pues, hemos de interpretar el tenor de los artículos 17.1 y 17.4 LOIVE. De acuerdo con el primero, todas las mujeres que manifiesten su intención de someterse a una IVE recibirán información sobre los distintos métodos de interrupción del embarazo, las condiciones para la interrupción

---

normativa está siendo ya aplicada por los Tribunales de la jurisdicción penal. Valga, a modo de ejemplo, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 3ª) núm. 80/2012, de 2 febrero.

<sup>30</sup> Entre otras referencias bibliográficas, me remito al número monográfico elaborado por la revista *Derecho y Salud*, publicación oficial de la Asociación Juristas de la Salud, bajo el título “A propósito de la Salud Sexual Interrupción Voluntaria del Embarazo: cuatro estudios”, *Derecho y Salud*, vol. 20, núm. 2, julio-diciembre 2010, 137 pp.

<sup>31</sup> PÉREZ MIRAS, a.: “El derecho de información sanitaria en la interrupción voluntaria del embarazo”, *op. cit.*, p. 145.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 145.

previstas en la LOIVE, los centros públicos y acreditados a los que se pueda dirigir y los trámites para acceder a la prestación, así como las condiciones para su cobertura por el servicio público de salud correspondiente. En todos los supuestos, y con carácter previo a la prestación del consentimiento, añade el artículo 17.4 LOIVE, se habrá de informar a la mujer en los términos de los artículos 4 y 10 de la LAP, y específicamente sobre las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo. Mandatos que son aplicables tanto para el aborto libre del artículo 14 LOIVE como para el amparado en causas médicas del artículo 15 LOIVE.

El PG, del que aquí no podemos realizar un análisis exhaustivo pero que tendremos muy presente a lo largo de los siguientes apartados, pretendía volver a un sistema clásico de indicaciones tasadas, concediendo una preferencia general a la vida en formación frente a los derechos de la mujer embarazada. Ante el sistema en vigor de plazos modulados con indicaciones, se buscaba poner fin al “aborto libre” practicado en las primeras catorce semanas de gestación. Todas las IVE tendrían que ampararse en una indicación (en nuestra doctrina penalista<sup>33</sup> se han individualizado las siguientes: ética<sup>34</sup>, eugenésica, terapéutica y económico-social<sup>35</sup>).

De cara a constatar la existencia de grave peligro para la vida o salud física o psíquica de la mujer, el PG entendía que era necesario un informe emitido por dos médicos especialistas en esa patología ajenos al centro donde se practicara la IVE (lo que hacía entrever un temor del legislador a que los médicos de esos centros pudiesen estar “contaminados” y no fuesen objetivos en sus dictámenes).

<sup>33</sup> De cara al análisis del anterior sistema de indicaciones, vid. a este respecto, entre otros, GONZÁLEZ RUS, J.J.: “El aborto. Lesiones al feto”, en AA.VV., *Curso de Derecho Penal español. Parte Especial* (dir. M. COBO DEL ROSAL), Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 74 y ss. Para un estudio de la vigente regulación penal, vid. a modo de muestra MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal Parte Especial*, 19ª edición, 2013, pp. 73 y ss.; o García Rivas, N.: “El aborto despenalizado: el derecho de la mujer a una maternidad libremente decidida”, en *Tratado de Derecho Sanitario, op. cit.*, vol. 2, pp. 273-316.

<sup>34</sup> De acuerdo con el PG, la IVE debía producirse en las doce primeras semanas de gestación y tras interponerse la correspondiente denuncia por un delito contra la libertad o indemnidad sexual. La LOIVE eliminó este supuesto, se consideraba incluido dentro de las primeras catorce semanas de “aborto libre”.

<sup>35</sup> Esta última, de creación jurisprudencial (SSTS de 11 de diciembre de 1990 o de 25 de noviembre de 1991), vendría a justificar la IVE cuando el nacimiento en cuestión fuese a suponer un grave quebranto económico y social para la embarazada y su familia.

De nuevo, aquí nos encontramos con un nuevo caso de recurso al experto, del que se quiere garantizar su cualificación e imparcialidad<sup>36</sup>.

En otro orden de cosas, amparándose en las recomendaciones del Comité sobre Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, y argumentando que con ello lo que se quería era desterrar cualquier tipo de discriminación, el PG estableció que no era posible alegar la existencia de discapacidad (riesgo de graves anomalías para el feto) para proceder a una IVE, salvo que ello pudiese causar un grave daño físico o psicológico a la madre. Esta fue una de las medidas más polémicas del PG y que más influyó en que el mismo no saliera adelante. Por último, cambiando de tercio, desmarcándose de la legislación penal vigente en materia de aborto, el PG quiso despenalizar la conducta de la mujer que se practicase o consintiese la IVE al entender que ésta siempre se trataba de una víctima. También causó polémica, pues venía a otorgar a la mujer una especie de estatus equiparable al de una menor de edad.

Obviamente, no es mi intención realizar en estas líneas un estudio del articulado de la LOIVE ni del PG, tampoco plantearme la idoneidad de una regulación u otra, si no exponer en concreto tres supuestos de gran interés y actualidad en los que el derecho-deber a la información juega un papel clave de cara a la IVE.

## **2.2 EL CONSENTIMIENTO INFORMADO DE LAS MENORES DE DIECISÉIS Y DIECISIETE AÑOS A LA PRÁCTICA DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO**

La LOIVE ha incidido, de un modo significativo, sobre el valor del consentimiento - expreso y por escrito - prestado por una menor embarazada en el marco de una IVE. Esta norma estatal vino a modificar el papel de las

---

<sup>36</sup> Para un estudio más sosegado del papel de los expertos en nuestro ordenamiento jurídico, vid. ESTEVE Pardo, J.: *El desconcierto del Leviatán. Política y Derecho ante las incertidumbres de la Ciencia*, Marcial Pons, Madrid, 2009. En relación con la falta de cualificación e imparcialidad de los expertos, permítanme que me remita a mi trabajo: "El derecho a una buena administración. Acerca de la supuesta falta de cualificación e imparcialidad de los miembros que componen los comités de expertos que auxilian a la Administración en el desempeño de su labor. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (sala quinta) de 9 septiembre 2010, asunto *Now Pharm AG contra Comisión Europea*", en PÉREZ ZAFRILLA, P.J., SARRIÓN ESTEVE, J. & BENLLOCH DOMÉNECH, C. (Coords.), *Construyendo ciudadanía: teoría y praxis*, Granada, Comares, 2011, pp. 71 a 81.

menores en el campo de la salud sexual y reproductiva<sup>37</sup>. En concreto, la LOIVE derogó expresamente la irrelevancia del consentimiento de las menores de dieciséis y diecisiete años (art. 13 en conexión con la Disposición final segunda de la LOIVE), aún vigente como hemos apuntado antes en casos de ensayos clínicos técnicas de reproducción humana asistida donde sigue imperando la regla de la mayoría de edad (art. 9.4 LAP). Esta modificación no puede tacharse de inconstitucional, este es un ámbito de configuración legal. No en vano, la referida STC 53/1985, de 11 de abril, señaló en su FJ 14 que en cuanto a la forma de prestar consentimiento la menor o incapacitada, se estaría a lo dispuesto a este respecto en el Derecho positivo.

Corresponde exclusivamente a las mujeres de dieciséis y diecisiete años el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo. En el caso de incapaces y menores de dieciséis años, el consentimiento lo prestará su representante legal. Sólo se podrá prescindir de dicho consentimiento cuando, ante un inminente peligro para la integridad física o psíquica para la mujer, no sea posible conseguir dicha autorización. No obstante, al menos uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores de estas chicas deberá ser informado de esta decisión, acompañándola personalmente<sup>38</sup> a prestar este consentimiento; y también oídos, para conocer su opinión en aquellos casos en los que la actuación entrañe un grave riesgo.

Antes de la intervención, la menor habrá de cumplimentar un documento en donde conste su propio consentimiento, así como el testimonio de que al menos uno de sus padres o representantes ha sido informado de la IVE a la que se pretende someter. Se prescindirá de esta información<sup>39</sup> cuando la menor alegue fundadamente (a criterio del médico encargado de practicar la interrupción del embarazo, por escrito y con la firma de la mujer) que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación

<sup>37</sup> Vid. *Aspectos legales de la salud sexual y reproductiva en la adolescencia*, Consejería de Salud, Junta de Andalucía, Sevilla, 2010. Adaptación del documento elaborado por AMARILLA GUNDÍN, M.: *El menor maduro ante la salud reproductiva y la anticoncepción de emergencia*, Chiesi, 2006.

<sup>38</sup> Este es un matiz que introduce el Real Decreto 831/2010, de 25 de junio, donde se abordan las garantías básicas de la prestación de interrupción voluntaria del embarazo por el Sistema Nacional de Salud, la acreditación de los centros sanitarios para la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo, así como la emisión de dictámenes preceptivos (BOE núm. 155, de 26 de junio de 2010).

<sup>39</sup> El 3% de las chicas de 16 y 17 años abortan solas. *El País*, edición de 15 de agosto de 2010.

de desarraigo o desamparo<sup>40</sup>. A este respecto, será suficiente la declaración de la menor. Con el fin de acreditar si se producen realmente estas circunstancias, el médico encargado de practicar el aborto deberá apreciar, por escrito, y con la firma de la mujer, que las alegaciones de ésta son fundadas, pudiendo solicitar, en su caso, informe psiquiátrico, psicológico o de profesional de trabajo social.

De acuerdo con Vázquez Garranzo<sup>41</sup>, el conflicto de intereses se ha resuelto aquí claramente a favor de la mujer<sup>42</sup>. El tenor de los preceptos apuntados no deja ninguna duda al respecto. Es más, esta norma se encuentra a la vanguardia en la “rebaja de la edad” para la aceptación de las consecuencias de los propios actos, poniendo de manifiesto normativamente lo que es ya una realidad social: la mayoría de edad a los dieciocho años no se sostiene, no se corresponde con el nivel de madurez que la sociedad actual proyecta o admite sobre los jóvenes de menor edad<sup>43</sup>. El debate sobre la edad no está aún cerrado, son muchas las asimetrías actuales entre la normativa administrativa, civil y, en especial, penal que deberían subsanarse<sup>44</sup>.

Salvada esta excepción, el resto de menores<sup>45</sup> (hasta los dieciséis años) que quieran prestar su consentimiento a una IVE tendrán que acogerse al régimen general que se contiene en los artículos 8 y 9 LAP, marcado por la protección del interés superior del menor y el respeto a su dignidad personal. Por tanto, la menor participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo

---

<sup>40</sup> ¿Se exige la existencia de episodios previos de alguna de estas situaciones? ¿Es una mera previsión de lo que la menor imagina o intuye que puede suceder? ¿Cómo se prueba este “peligro cierto” del que habla la norma? ¿Qué ocurre si desarraigo o el desamparo ya existían con anterioridad? Estos interrogantes se los formula VÁZQUEZ GARRANZO, J.: “La nueva regulación de la interrupción voluntaria del embarazo”, *Derecho y Salud [A propósito de la Salud Sexual Interrupción Voluntaria del Embarazo]*, vol. 20, núm. 2, julio-diciembre 2010, pp. 9 a 47, en esp., p. 41.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>42</sup> Para el TC, “la peculiar relación entre la embarazada y el *nasciturus* hace que la decisión afecte primordialmente a aquella”, FJ 13 de la STC 53/1985, de 11 de abril. Por ello, queda excluida la intervención determinante del progenitor, la decisión corresponde exclusivamente a la embarazada, lo que no excluye su posible intervención en el proceso de información y consultas previos a la IVE.

<sup>43</sup> Esto es algo que ha llevado a acuñar, especialmente en el ámbito sanitario, el concepto de *menor maduro* para referirse a aquellos menores con suficiente capacidad para discernir cuáles son sus deseos e intereses y consentir o rechazar, en consecuencia, el tratamiento médico que afecte a los mismos.

<sup>44</sup> Vid. BURGOS GARRIDO, B.: *El consentimiento informado de los menores de edad en la asistencia sanitaria*. Premio Exmo. Sr. José Luis Pérez-Serrabona y Sanz de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada, 2014.

<sup>45</sup> Obviamente, en el caso de las mayores de edad y menores emancipadas, corresponde exclusivamente a ellas prestar su consentimiento a la IVE, salvo que la gestante sea una incapaz.

de todo este proceso sanitario y, siempre que sea capaz de entender intelectual y emocionalmente el alcance de la intervención clínica y tenga al menos doce años (menor madura), aunque el consentimiento corresponda a su representante legal éste deberá haber escuchado previamente su opinión. Si existe un conflicto grave entre la voluntad de la gestante y la de sus padres o representantes legales, procederá la intervención judicial de acuerdo con el artículo 156 del Código Civil.

En resumen, los dieciséis años se erigen como la mayoría de edad sanitaria también en el campo de la salud sexual y reproductiva. Se entiende que la menor goza ya de la capacidad suficiente de juicio y entendimiento como para comprender el alcance del acto médico al que se enfrenta. Por ello, los dieciséis años es la edad en la que las menores pueden –como ocurre con cualquier otro tratamiento médico– consentir una IVE o acceder a la anticoncepción y contracepción de emergencia. Por debajo de dicha edad, y hasta los doce años, habrá de constatarse por parte del facultativo si esta madurez está presente en la menor en cuestión.

Ciertamente, aquí reside uno de los grandes *caballos de batalla* de la LOIVE. De hecho, es un firme y claro propósito del actual Gobierno de la Nación el recuperar la exigencia de la mayoría de edad para poder abortar, derogando los preceptos apuntados que permiten que esta acción pueda llevarse a cabo autónomamente por las menores de dieciséis y diecisiete años. En este sentido, el fallido PG preveía que para interrumpir voluntariamente el embarazo las jóvenes de dieciséis y diecisiete años de edad (y las mayores sujetas a curatela) no sólo deberían prestar su consentimiento también tendrían que contar con el asentimiento de sus padres o tutores o curadores.

Si hubiera controversia entre ellos, el PG contemplaba que el juez consideraría que es válido el consentimiento de la menor salvo que constataste su falta de madurez, en cuyo caso resolvería atendiendo a su interés. En los casos de menores con una edad inferior a dieciséis años (o mujeres mayores sujetas a tutela) marcaba el PG que sería necesario el consentimiento de los padres o tutores y la manifestación de la voluntad de la menor, para lo que se atendería a su edad, madurez y circunstancias. En caso de desacuerdo, el juez daría valor al consentimiento de los padres o tutores siempre y cuando ello atendiese al interés de la menor. El juez intervendría por el procedimiento urgente que esta norma pretendía introducir en la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando hubiese motivos que impidiesen o desaconsejasen que se consultase a los representantes legales

o curadores, cuando se negase su consentimiento o asentimiento, o cuando se expresasen opiniones distintas.

En el momento de redactar estas líneas<sup>46</sup>, y abandonando su proyecto de reforma global de la LOIVE, el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados ha formulado una Proposición de Ley Orgánica para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo<sup>47</sup>. Esta norma vendría a “rectificar”, única y exclusivamente, el régimen de consentimiento de las menores para la IVE, entendiendo que el régimen actual no es conforme con lo previsto en los artículos 154 y 269 del Código Civil<sup>48</sup>, al conculcar el núcleo de deberes y facultades anudadas al ejercicio de la patria potestad, privando con ello a las menores de la protección que las mismas le brindan, al no “poder contar, en un momento crucial y complicado de su vida, con la asistencia de quienes ejercen su patria potestad [sic]”. Desconocemos dónde la LOIVE estipula tal cosa a la luz de lo expuesto con anterioridad. Sea como sea, la aprobación parlamentaria de esta Proposición llevaría a suprimir la posibilidad de que las menores de edad puedan consentir por sí solas la IVE, haciendo preciso también el consentimiento expreso de sus progenitores. Todo esto se materializa en la modificación tanto de la LOIVE (se deroga su art. 13.4) como de la LAP (modificando la redacción de su art. 9.4). El texto se remite al Código Civil para dirimir todos los posibles conflictos que puedan surgir en cuanto a la prestación del consentimiento por parte de los representantes legales.

### **2.3 ASESORAMIENTO ASISTENCIAL E INFORMACIÓN CLÍNICA A LA MUJER EN LOS CASOS DE INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO**

Apuntamos líneas atrás que, conforme a la LOIVE, queda fuera del ámbito del Derecho Penal la IVE realizada con consentimiento de la mujer en las primeras catorce semanas de gestación, siempre y cuando se cumplan determinados requisitos procedimentales. El legislador español no va a exigir a

---

<sup>46</sup> Con fecha de 18 de febrero de 2015.

<sup>47</sup> Puede accederse a esta Proposición en la siguiente URL del diario *El País* (consultada 28/02/2015): <http://ep00.epimg.net/descargables/2015/02/18/adafd03fef0bb55ed75fe40648497bb3.pdf>

<sup>48</sup> La Proposición destaca del artículo 154 del Código Civil su mención al deber que conlleva la patria potestad respecto a los menores de “velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral”; y del artículo 269, su referencia a que “el tutor está obligado a velar por el tutelado” y “a educar al menor y procurarle una formación integral”.

la mujer que justifique su decisión en ninguna causa médica de las apuntadas (sea terapéutica o eugenésica), pero sí que conozca y comprenda el alcance de su decisión con el ánimo de que su consentimiento final sea plenamente consciente y, por ende, querido.

Por ello, la LOIVE exige que se haya informado a la mujer embarazada sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas de apoyo a la maternidad (apdos. 2 y 4 del art. 17 LOIVE). Una información objetiva, veraz, sin sesgos. Esta labor de información no es un trámite formal más previo al proceso, no es una mera rutina burocrática, tampoco un adoctrinamiento moral, es el verdadero inicio de la IVE. El facultativo en cuestión, obviamente, no puede imponer su postura personal al respecto a la mujer embarazada, si no que ha de ayudarla, auxiliarla para que adopte una decisión siendo plenamente consciente de sus consecuencias<sup>49</sup>. En este sentido, aunque en el campo del final de la vida, resulta muy apropiado sacar aquí a colación el dictado del artículo 18.2 LMDA: “Todos los profesionales sanitarios implicados en la atención de los pacientes tienen la obligación de respetar los valores, creencias y preferencias de los mismos en la toma de decisiones clínicas, en los términos previstos en la presente Ley, en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, en la Ley 5/2003, de 9 de octubre, y en sus respectivas normas de desarrollo, debiendo abstenerse de imponer criterios de actuación basados en sus propias creencias y convicciones personales, morales, religiosas o filosóficas”.

También requiere la LOIVE que transcurra un plazo de al menos tres días (siete, según el PG) desde que la mujer recibe la información y hasta que se produce la IVE. Al margen del mayor o menor número de días, la razón de este mandato es clara y acertada: se quiere que esta importante decisión no se tome *en caliente*, si no que sea fruto de una autodeterminación consciente, que tenga en cuenta todos los pros y contras aquí en presencia, para lo que se requiere un mínimo tiempo de reflexión y estudio de toda la información suministrada<sup>50</sup>.

Como apunta Pérez Miras, nos encontramos ante una información de especial relevancia, “una información *sine qua non* el aborto realizado no

---

<sup>49</sup> Obviamente, para que no quede ninguna duda, este escenario tendrá lugar siempre que nos encontremos dentro de las catorce primeras semanas de gestación. Transcurridas las mismas, la IVE sólo podrá llevarse a cabo si se cumplen los requisitos que al respecto marca la LOIVE.

<sup>50</sup> A efectos de modular la responsabilidad en materia sanitaria, nuestros Tribunales tienen en cuenta que la obligación de información detallada y completa sobre los riesgos de una intervención se produzca con la antelación necesaria para que la voluntad se determine libremente. Así, por ejemplo, en la SAP de Islas Baleares (Sección 4ª) núm. 102/2001, de 13 de febrero.



quedará fuera de la esfera del Derecho penal”<sup>51</sup>. Por supuesto, la información jurídico-sanitaria a la que nos referimos es también clave en los supuestos de IVE amparados por alguna de las causas médicas del artículo 15 LOIVE, pero aquí, ante la falta de criterios o razones de índole científico-médico y el amplísimo campo de libertad decisional que, por consiguiente, se otorga a la mujer, es aún más crucial si cabe su papel, por lo que se comprende que se regule con especial esmero y atención en el artículo 17 LOIVE el contenido de la información a suministrar a la mujer que pretenda realizar una IVE.

En concreto, cuando las mujeres opten por la IVE en las primeras catorce semanas de gestación acogiéndose a lo previsto en el artículo 14 de la LOIVE, recibirán un sobre cerrado que contendrá la siguiente información (art. 17.2 LOIVE):

- Las ayudas públicas disponibles para las mujeres embarazadas y la cobertura sanitaria durante el embarazo y el parto.
- Los derechos laborales vinculados al embarazo y a la maternidad; las prestaciones y ayudas públicas para el cuidado y atención de los hijos e hijas; los beneficios fiscales y demás información relevante sobre incentivos y ayudas al nacimiento<sup>52</sup>.
- Datos sobre los centros disponibles para recibir información adecuada sobre anticoncepción y sexo seguro. Esta mención tiene todo su sentido, como pone de manifiesto el colectivo médico: con ello se busca evitar que estas mujeres tengan que volver a pasar por una intervención de estas características en el futuro, que reincidan por no haber tomado las medidas oportunas durante el acto sexual.
- Datos sobre los centros en los que la mujer pueda recibir voluntariamente asesoramiento antes y después de la interrupción del embarazo.

Esta información deberá ser consignada en cualquier centro sanitario público o bien en los centros acreditados para la interrupción voluntaria del

---

<sup>51</sup> Pérez Miras, a.: “El derecho de información sanitaria en la interrupción voluntaria del embarazo”, *op. cit.*, p. 146.

<sup>52</sup> En el supuesto de interrupción del embarazo previsto en artículo 15.b LOIVE (indicación eugenésica), y ante la futura discapacidad de la vida en formación, la mujer recibirá además de la información prevista con carácter general, “información por escrito sobre los derechos, prestaciones y ayudas públicas existentes de apoyo a la autonomía de las personas con alguna discapacidad, así como la red de organizaciones sociales de asistencia social a estas personas” (art. 17.3 LOIVE).

embarazo. Junto con la información en sobre cerrado se entregará a la mujer un documento acreditativo de la fecha de la entrega.

Aunque el artículo 17.5 *in fine* LOIVE habilita la posibilidad de que además de la documentación escrita se proporcione información oral a la paciente que se plantee la realización de una IVE, faltaría más, lo cierto es que esta norma apuesta claramente por el suministro de la información por escrito, en un sobre cerrado. Esta preeminencia de la forma escrita se aparta, como subraya Pérez Miras<sup>53</sup>, de la regla general por la que, *ex* artículo 4.2 LAP, la información sanitaria se proporcionará de manera oral. Esto creemos que no es correcto. Es cierto que la forma escrita proporciona mayores garantías, pero también que puede convertir este acto en un mero formalismo burocrático, en un ejemplo más de la medicina defensiva que ha arraigado en nuestra Administración sanitaria. Con este autor, consideramos que tanto la forma escrita como la oral deberían ser obligatorias, tendrían que combinarse ambas, de modo que la paciente recibiera una sucinta explicación verbal de la información contenida en el sobre cerrado, personalizada<sup>54</sup> y adaptada a sus circunstancias por el facultativo, e igualmente, se le permitiera formular las consultas que al respecto estimase oportunas. Todo ello más si cabe en un ámbito tan delicado como el que nos ocupa<sup>55</sup>.

Una de las señas de identidad del PG era precisamente su decidida apuesta por una regulación exhaustiva del asesoramiento asistencial y de la información clínica a prestar a las mujeres embarazadas que pretendiesen realizar una IVE<sup>56</sup> (principalmente, en el art. 4 PG por el que se añadía un precepto 4bis en la LAP).

<sup>53</sup> Pérez Miras, a.: "El derecho de información sanitaria en la interrupción voluntaria del embarazo", *op. cit.*, p. 147.

<sup>54</sup> A efectos de modular la responsabilidad en materia sanitaria, nuestros Tribunales tienen en cuenta que el consentimiento informado no se preste sobre documentos tipo impresos en que no aparece particularizado el historial del enfermo ni el proceso al que va a someterse. Vid. STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 1132/2006, de 15 de noviembre.

<sup>55</sup> En línea con el Informe que en 2009 emitió el Comité de Bioética de España en relación con el entonces Proyecto LOIVE. Allí señaló, en su p. 15, que "la información debería ser esencialmente verbal, directa y personalizada, es decir, adaptada a la situación en la que se encuentra la mujer y que ha dado origen a su conflicto personal, todo ello con respaldo documental y por escrito." Disponible online en [http://www.comitedebioetica.es/documentacion/docs/es/consenso\\_interrupcion\\_embarazo\\_comite\\_bioetica\\_oct\\_2009.pdf](http://www.comitedebioetica.es/documentacion/docs/es/consenso_interrupcion_embarazo_comite_bioetica_oct_2009.pdf) (Consultada 28.02.2015).

<sup>56</sup> En el Informe del Comité de Bioética de España sobre el PG se propone que tanto el asesoramiento como la información se lleven a cabo por las allí calificadas como "Unidades Multidisciplinares de Asesoramiento ante el Embarazo en Situaciones de Conflicto." Disponible online en: <http://www.comitedebioetica.es/documentacion/docs/Informe%20Anteproyecto%20LO%20Proteccion%20Concebido.pdf> (Consultada 28.02.2015).

Esto en sí, evidentemente, y al margen del claro e innegable *indirizzo* pro-vida<sup>57</sup> que desprende todo el articulado del PG al respecto, hemos de valorarlo de forma muy positiva (no tanto su articulación procedimental<sup>58</sup>). Eso sí, llama la atención este proceder cuando el PG deja tan poco margen de maniobra para la IVE, los casos en los que la misma procede están muy tasados. La regulación tan detallada a este respecto del PG tendría un mejor encaje en la LOIVE en cuanto que allí sí se contempla un supuesto de aborto libre y mayor margen decisional para la mujer. Es por esto que Pérez Miras – a cuyos planteamientos me uno – aboga por un equilibrio entre ambos textos (LOIVE y PG), incorporando a la regulación ya existente en la LOIVE el tratamiento más exhaustivo en materia de planificación familiar y derecho de información del PG<sup>59</sup>.

Todo ello, por supuesto, sin merma del principio de autonomía de la voluntad, en estricto cumplimiento de la LOIVE y en el marco de los derechos reconocidos en materia sexual y reproductiva a la mujer, que no podrán ser puestos en tela de juicio por un uso torticero o sesgado de esta información por parte de los profesionales sanitarios. Ante todo tratamiento o intervención, el paciente tiene que disponer de una información jurídico-sanitaria adecuada que le permita, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, consentir o rechazar esa actuación médica sabiendo todos los pros y contras que su decisión puede conllevar. Más aún en un terreno de arenas movedizas como el de la IVE, donde hay que ponderar tantos intereses en conflicto y cuando está en juego una vida en formación cuyo futuro es incierto. De este modo, la Administración sanitaria ha de aportar a la mujer información objetiva, sin sesgos ideológicos, y que no la instrumentalice. Una información, de carácter multidisciplinar y personalizada a sus intereses, que tenga en cuenta su edad y madurez, que responda a todas

---

<sup>57</sup> Con independencia de la postura personal que cada uno mantenga en este campo, como afirma PÉREZ MIRAS, “el Estado sólo puede ser, constitucionalmente hablando, pro vida”. PÉREZ MIRAS, A.: “El derecho de información sanitaria en la interrupción voluntaria del embarazo”, *op. cit.*, p. 152. Un claro exponente de ello es la Circular 1/2012, de 3 de octubre, de la Fiscalía General del Estado sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave.

<sup>58</sup> No es tan loable la carrera de obstáculos a la que se pretendía someter por el PG a la mujer que quisiera realizar una IVE, exigiéndole pasar por un calvario de obligados trámites administrativos, totalmente burocratizados, para obtener todos los informes y vistos buenos que el PG requería para cada uno de los supuestos allí despenalizados. Señala PÉREZ MIRAS que estos certificados vendrían a convertirse en la mayor garantía para la mujer y para los profesiones implicados en la IVE. PÉREZ MIRAS, A.: “El derecho de información sanitaria en la interrupción voluntaria del embarazo”, *op. cit.*, pp. 150 y 151. Más que para la mujer, desde aquí consideramos que para la Administración sanitaria.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 152.

sus dudas, inquietudes y miedos en relación con este doloroso trance (partamos de la premisa de que abortar no es un capricho) y que, en definitiva, ayude a la mujer gestante a conformar su voluntad final al respecto.

En todo caso, y aunque lo cierto es que la cifra de IVEs no es muy alta en España<sup>60</sup> y, es más, disminuye progresivamente año tras año desde la instauración de la LOIVE, como en otros campos de la vida aquí también tenemos que aplicar el principio de precaución: *más vale prevenir que curar*. Abortar no es un capricho, es algo muy serio, un trance por el que se presupone que ninguna mujer quiere pasar. A nadie se le escapa que más allá de plazos e indicaciones, de asesoramiento asistencial o de información clínica a aquellas mujeres que se encuentren ya en esta tesitura, lo más efectivo en este terreno, lo que más ayudará a conseguir reducir el número de abortos es la puesta en marcha de una adecuada estrategia dirigida a la población de riesgo, así como que se articule hasta sus máximas consecuencias toda las medidas de planificación familiar y de educación sexual y reproductiva previstas en la LOIVE.

Volvamos a la exposición de los dictados del fallido PG. El PG, en consonancia con el referido *indirizzo* pro-vida, propugnaba en este sentido que en el asesoramiento asistencial, facilitado por personal de los servicios sociales a la mujer embarazada, se le explicaría a la misma que la vida del no nacido, del sujeto en formación, constituye un bien jurídico protegido por la Constitución y que, por ello, el aborto solamente resulta conforme al ordenamiento jurídico en situaciones de excepción (art. 4bis.3.a LAP en la redacción del PG). Así es, esto no admite discusión. No obstante, nos gustaría alertar del peligro que esta afirmación encierra, pudiendo dar pie a intentos de culpabilizar a todas aquellas mujeres que decidan interrumpir sus embarazos. Recordemos: es bajo el paraguas de la Constitución y del bloque de constitucionalidad (STC 53/1985) que el legislador orgánico (hoy a través de la LOIVE) establece los supuestos en los que la IVE es conforme a Derecho. También son bienes jurídicos protegidos al máximo nivel los que atañen a la vida, salud, libertad y dignidad de la mujer embarazada.

Del mismo modo, dentro de este asesoramiento asistencial e impronta pro-vida, preveía el PG que expresamente se le detallasen a la mujer embarazada las alternativas existentes a la IVE, como la guarda administrativa, el acogimiento

<sup>60</sup> Lo cierto es que bajo la LOIVE el número de IVEs en España no ha dejado de disminuir. En 2013 descendieron en un 3.2% los abortos practicados en España. Vid. *El Mundo*, edición de 30 de diciembre de 2014.

o la adopción (art. 4bis.3.c de la LAP en la redacción del PG), instrumentos de protección de los derechos del menor<sup>61</sup>. Esto es algo que Pérez Miras ya reclamó al analizar la LOIVE, entendiendo que la información a la que obligaba su articulado se antojaba un poco escasa cuando lo que estaba en juego era una vida humana, aunque incierta y en formación, con lo que si la información que se proporcionaba no abordaba este aspecto la misma no era suficiente para conformar la voluntad de la mujer. Lo contrario, a su juicio, alimentaba además la tesis de la confusión del artículo 14 LOIVE con un método anticonceptivo más<sup>62</sup>. Es más, de forma innovadora, se planteaba incluso por parte del PG la posibilidad de que la propia mujer propusiese a la Administración nuevas formas a través de las que vehicular los problemas o dificultades que el embarazo o la maternidad le comportasen (art. 4bis.3.d de la LAP en la redacción del PG).

En cuanto a la información clínica, de la mano del PG los médicos serían los encargados de informar a la mujer de los riesgos del aborto para la salud y la maternidad futura. Riesgos que la LOIVE no niega<sup>63</sup>, tampoco puede porque esta información viene impuesta por aplicación de los dictados de la LAP, pero sobre los que ciertamente no carga tampoco las tintas (como sí parece que hace el PG). La información clínica también englobaría el diagnóstico, aspectos médicos y psicosociales, y expectativas sobre la salud del feto (art. 4bis.4 de la LAP en la redacción que proponía el PG).

Cambiando de tercio, es especialmente interesante la nueva redacción que proponía el PG, en su artículo 3, del artículo 18.7 LGS<sup>64</sup> en relación con la orientación de planificación familiar, vital para atajar este problema de raíz como antes he subrayado. El PG venía a regular con gran detalle la información,

---

<sup>61</sup> La protección de los menores es un principio rector de la política social que debe informar la actuación de los poderes públicos, según disponen los artículos 39 y 53.3 de la Constitución. Una intervención administrativa que en este caso buscaría colaborar con la familia de los menores para proporcionarles una asistencia que ésta no pueda asumir. Para abordar con más detalles este ámbito, vid., a modo de muestra, BARRANCO VELA, R. & DURÁN RUIZ, F.J.: *La protección de los derechos de los menores extranjeros e inmigrantes*, Comares, Granada, 2009.

<sup>62</sup> PÉREZ MIRAS, a.: "El derecho de información sanitaria en la interrupción voluntaria del embarazo", *op. cit.*, pp. 146 y 150.

<sup>63</sup> En cumplimiento del artículo 17.4 LOIVE, es necesario informar a la mujer, en los términos de los artículos 4 y 10 LAP, sobre las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo.

<sup>64</sup> En su actual redacción, este precepto presenta el siguiente tenor literal: "Las Administraciones Públicas, a través de sus Servicios de Salud y de los Órganos competentes en cada caso, desarrollarán las siguientes actuaciones: [...] 7. Los programas de orientación en el campo de la planificación familiar y la prestación de los servicios correspondientes."

el asesoramiento y la educación afectivo-sexual. Entre otros aspectos, se incidía en la prevención de embarazos no deseados y de enfermedades de transmisión sexual (art. 18.7 LGS en la redacción otorgada por el PG), así como en el asesoramiento y apoyo a la mujer embarazada, sobre todo de cara a afrontar los posibles conflictos de salud, familiares o de carácter socioeconómico originados o agravados por el embarazo, informándole de sus derechos sanitarios, laborales, sociales y asistenciales, de las ayudas existentes para acceder a una vivienda o de la asistencia económica y psicosocial a la que tendría derecho en caso de que el feto presentase problemas de salud. El problema, como apunta Pérez Miras, es que “no hay un correlato de dotar a todas esas cuestiones de sentido material”. En definitiva, de poco o nada va a servir informar sobre las escasas ayudas existentes en la actualidad para acceder a una vivienda o atender a un familiar dependiente<sup>65</sup>. Si el Estado, bajo ese *indirizzo* pro vida, quiere que disminuya el número de abortos, más que de modificar endureciendo la configuración de los tipos infractores penales aquí en presencia debe preocuparse por implementar medidas que den cumplimiento al mandato constitucional recogido en el artículo 39.1 CE, asegurando de modo efectivo la protección social, económica y jurídica de la familia<sup>66</sup>.

Por último, y esto es algo especialmente llamativo aunque pasó desapercibido para buena parte de la opinión pública, el PG también recogía la prohibición de la publicidad sobre la oferta de establecimientos o procedimientos para la práctica de la IVE (art. 5, apdo. 5 bis, de la Ley General de Publicidad en la redacción que pretendía darle el PG). La publicidad de centros y establecimientos sanitarios que practican la IVE está ampliamente asentada en nuestra sociedad. Basta con ver las webs de estos establecimientos. Es curioso que ahora, de un modo ciertamente ingenuo, pasase a tener el carácter de ilícita. Especialmente incomprensible cuando gran parte de estos centros, además, tienen concertados estos servicios con el sistema sanitario público desde hace años. De haber salido adelante este proyecto nos habríamos equiparado a países con una regulación altamente restrictiva en este campo (como Irlanda<sup>67</sup>). En pleno siglo XXI

<sup>65</sup> Un problema añadido lo constituye el hecho de que la mujer que quiera practicar la IVE no está obligada a proporcionar datos que no afecten a su salud (sólo lo está en relación con los datos sanitarios por mor del artículo 2.5 LAP), por lo que difícilmente podrá prestársele un asesoramiento particularizado eficaz si se carece de los mismos. Al margen de la incidencia sobre este campo de la libertad de conciencia y el derecho a la intimidad.

<sup>66</sup> Como ha procurado Andalucía con sus políticas de promoción de la inclusión social.

<sup>67</sup> Recuérdese la STJUE de 4 de octubre de 1991, asunto C-159/90, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland c. Grogan y otros*.

encontramos bastante paradójico que se barajase ocultar la existencia de estos establecimientos. Obviamente, todo ello siempre que los mismos, claro, cuenten con los debidos permisos y cumplan con todas las garantías sanitarias exigidas. Una prohibición que, en todo caso, no podría surtir efectos fuera de nuestras fronteras, más aún en el marco de las libertades fundamentales europeas<sup>68</sup>. Cuestión distinta es la prohibición de la publicidad de métodos o prácticas abortivas al margen de dichos establecimientos sanitarios, sin la supervisión de los profesionales habilitados para ello, lo que podríamos considerar adecuado por razones de protección de la salud pública.

## 2.4 DERECHO-DEBER DE INFORMACIÓN Y OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

Con el fin de asegurar la igualdad y calidad asistencial de la prestación de la IVE, la LOIVE garantiza, en su artículo 19, a todas las mujeres por igual el acceso a esta prestación con independencia del lugar donde residan. La prestación sanitaria de la IVE se realizará en centros de la red sanitaria pública o vinculados a la misma (generalmente bajo la figura de un concierto, como sucede en el sistema sanitario público andaluz).

Los profesionales sanitarios directamente implicados en la IVE tendrán derecho a ejercer la objeción de conciencia<sup>69</sup> sin que el acceso y la calidad asistencial de esta prestación (la IVE) puedan resultar menoscabadas por el ejercicio de este derecho. El rechazo o la negativa a realizar esta intervención por razones de conciencia es una decisión siempre individual del personal sanitario directamente implicado en la realización de la IVE, que debe manifestarse anticipadamente y por escrito. En todo caso los profesionales sanitarios dispensarán tratamiento y atención médica adecuados a las mujeres que lo precisen antes y después de haberse sometido a esta intervención. Si excepcionalmente el servicio público de

---

<sup>68</sup> Resulta francamente significativo que el grupo de clínicas de IVE *Marie Stopes*, el mayor del Reino Unido, cuente en su web con una sección dedicada específicamente sea a la población irlandesa que a la española, con toda su información traducida al castellano: <http://www.mariestopes.org.uk/overseas-clients/abortion> (Consultada el 28 de febrero de 2015).

<sup>69</sup> Vid. SÁNCHEZ-CARO, J.: “La objeción de conciencia sanitaria”, *Derecho y Salud*, vol. 20, núm. 2, 2010, pp. 49 a 64; MARTÍN AYALA, M.: “Objeción de conciencia a la interrupción voluntaria del embarazo: procedimiento para su ejercicio. Los registros de objetores”, *Derecho y Salud*, vol. 20, núm. 2, 2010, pp. 91 a 104; o VILLALBA PÉREZ, F.: “La objeción de conciencia en la atención médica a la luz de la Resolución del Consejo de Europa 1763 de 7 de octubre de 2010”, en PÉREZ GÁLVEZ, J.F. & BARRANCO VELA, R. (dirs.), *Derecho y Salud en la Unión Europea*, Comares, Granada, 2013, pp. 67 a 94.

salud en cuestión no pudiera facilitar en tiempo esta prestación, las autoridades sanitarias reconocerán a la mujer embarazada el derecho a acudir a cualquier centro acreditado en el territorio nacional, con el compromiso escrito de asumir directamente el abono de esos servicios.

En los últimos meses se ha producido una interesante controversia en España en relación con el ejercicio de este derecho a la objeción de conciencia por parte de los médicos de familia, basculante sobre su participación directa o no en la IVE. Para salvar esta situación, que ahora exponremos, el PG contemplaba la objeción de conciencia de cualquier profesional sanitario. El PG no exigía ya que el profesional estuviese directamente implicado con la IVE, núcleo del problema interpretativo que ha traído consigo nuestra regulación vigente. Para el PG bastaba con que este profesional participase o colaborase en los supuestos despenalizados de IVE (sin necesidad de concretar con más detalles al respecto en un reglamento posterior como establece la LOIVE). El profesional sanitario que quisiera objetar debería comunicar esta circunstancia por escrito al director del centro dentro de los cinco días siguientes a empezar a trabajar en él. Su decisión se incluiría en su expediente personal (no se quería hablar de registros), que sería reservado y confidencial. El ejercicio de este derecho, que no admitía modulaciones, se podría modificar en cualquier momento.

La controversia ha girado aquí, a la luz de nuestra regulación vigente, en torno a la siguiente pregunta: ¿tienen derecho a objetar los médicos de familia? ¿Están los mismos implicados directamente en la IVE? No estaba claro hasta que el TSJ de Andalucía se ha pronunciado y ha apuntado que estos facultativos no pueden ejercer tal derecho, contradiciendo lo manifestado en esta misma Comunidad Autónoma por algún Juzgado de lo Contencioso-Administrativo. No obstante, desde aquí advertimos que esta cuestión sigue sin ser pacífica, de ahí que la saquemos aquí a colación, pues no todas las Comunidades han optado por esta solución.

A favor del reconocimiento del ejercicio de este derecho a los médicos de familia se manifestaron, entre otros, la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Málaga, núm. 105/2012, de 23 de febrero de 2012, o el Auto del TSJ de Castilla-La Mancha (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, de Albacete) núm. 392/210, de 29 de septiembre de 2010.

Alineándose con los planteamientos de los recurrentes, los que defienden esta postura entienden que los médicos de familia están en su derecho de objetar, pues este derecho puede ejercitarse tanto en la fase consultiva, como



en la preparatoria y la ejecutiva. Consideran que la realización de un trámite de información que constituye un presupuesto legal para la IVE ha de considerarse una intervención directa (esto es, que la información y la derivación a una clínica abortista concertada son actuaciones necesarias e imprescindibles para la IVE)<sup>70</sup>. Es más, aun partiendo de una interpretación restrictiva, entienden que el artículo 19.2 LOIVE al mencionar expresamente a los profesionales directamente implicados no excluye por ello al resto de profesionales que pueden intervenir en una IVE.

En este sentido, y a mayor abundamiento, el Ministerio Fiscal consideró con los recurrentes que proteger el derecho fundamental a la objeción de conciencia del médico de familia en cuestión no suponía merma alguna en el servicio público prestado desde el centro de salud, ni atentaba contra el interés general, al tratarse de un lugar en el que trabajan otros muchos profesionales. De este modo, el único perjuicio para la Administración sanitaria –que no para la mujer que demandaba la asistencia– sería una reorganización de las labores en ese centro (FJ 3 de la SJCA núm. 1 de Málaga).

En suma, ponderando los intereses en conflicto, las resoluciones de la Jueza malagueña y del TSJ castellano manchego consideraron que debían prevalecer en estos supuestos el interés privado de los facultativos implicados sobre los posibles perjuicios al interés público. En el lado opuesto, la Administración sanitaria andaluza (el Servicio Andaluz de Salud), a quien da la razón la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Málaga, núm. 150-2012, de 1 de marzo de 2012, o la Sentencia del TSJ de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo de Málaga, Sección 2ª) núm. 419/2013, de 18 febrero de 2013<sup>71</sup>. Los defensores de esta postura, que niega el derecho a la objeción de conciencia para los médicos de familia, vienen a indicar que el

---

<sup>70</sup> En concreto, en el FJ 8 de la SJCA núm. 1 de Málaga de 23 de febrero de 2012 se manifiesta lo siguiente: “las labores de información no son un trámite formal previo al proceso sino el inicio del propio proceso y de la prestación sanitaria que regula la Ley a prestar por los profesionales sanitarios y además de carácter preceptivo, necesario y punible su omisión, por lo que no cabe duda de que los profesionales que las han de prestar, incluidos los médicos de atención primaria como se recoge en la Instrucción acompañada con el escrito de interposición del recurso, han de ser considerados profesionales sanitarios directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo y que por lo tanto tendrán el derecho de ejercer la objeción de conciencia”.

<sup>71</sup> También la Sentencia del TSJ de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla, Sección 1ª) núm. 250/2012, de 26 de septiembre de 2012. No obstante, lo cierto es que este caso planteaba menos dudas, pues aquí el apelante era un auxiliar administrativo, entre cuyas funciones no se encontraba, obviamente, la de decidir o aprobar la realización de IVEs, por lo que no cabía reconocer la objeción de conciencia pretendida.

reconocimiento de un derecho a la objeción de conciencia de alcance general<sup>72</sup> a partir del artículo 16 CE equivaldría en la práctica a que la eficacia de las normas jurídicas dependiera de su conformidad con cada conciencia individual. Y esto es algo inadmisibles en un Estado de Derecho. Este es un derecho, como argumenta sobradamente el TSJA, de configuración legal<sup>73</sup>, que requiere la *interpositio legislatoris*, cuyos contornos quedan en manos del legislador democrático.

Bajo esta premisa, y por lo que especialmente afecta a este trabajo, como se contiene en el FJ 3 de la referida sentencia del TSJ andaluz, los derechos de la mujer embarazada en conflicto han de prevalecer sobre los derechos del médico objetor. El médico que legítimamente opte por la objeción de conciencia, a la que puede tener derecho según la LOIVE, no puede quedar nunca eximido de informar a la mujer sobre los derechos que el Estado le otorga en esta materia (como las prestaciones sociales a las que tendría derecho, caso de proseguir el embarazo, o los riesgos somáticos y psíquicos que razonablemente se puedan derivar de su decisión). El derecho a la información de la mujer embarazada prevalece en esta ponderación sobre el posible derecho del médico de familia objetor, pues no puede concebirse la objeción de conciencia como un derecho absoluto frente a cualquier otro derecho, y menos aún sobre el propio derecho a la vida. Dentro de los márgenes que marca nuestro Ordenamiento, todas las personas tienen derecho a adoptar libremente decisiones que afectan a su vida sexual y reproductiva. Ante ello, el papel del médico es informar sobre unos derechos que anudados a otros configuran esa decisión personal.

Especialmente interesante a estos efectos es también lo acontecido en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, donde la Orden de 21 de junio de 2010<sup>74</sup> de su Consejería de Salud y Bienestar Social individualizó a los siguientes profesionales como los directamente implicados en una IVE,

<sup>72</sup> No olvidemos que la objeción de conciencia está expresamente contemplada en la Constitución española, en su artículo 30.2, vinculada al servicio militar. De ahí que la STC 15/1982, en su FJ 7, señale que “la objeción de conciencia exija para su realización la delimitación de su contenido y la existencia de un procedimiento regulado por el legislador en los términos que prescribe el art. 30.2 de la Constitución, con las debidas garantías, ya que sólo si existe tal regulación puede producirse la declaración en la que el derecho a la objeción de conciencia encuentra su plenitud”.

<sup>73</sup> Lo que se apoya a su vez, entre otras, en las Sentencias (cuatro) de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, en sentencias de 11 de febrero de 2009 dictadas en los recursos de casación 948/08, 949/08, 905/08 y 1013/08.

<sup>74</sup> Orden de 21 de junio de 2010, de la Consejería de Salud y Bienestar Social, por la que se establece el procedimiento de objeción de conciencia a realizar la interrupción voluntaria del embarazo (*DOCLM*, núm. 124, de 30 de junio de 2010).

de acuerdo con el artículo 19.2 LOIVE, a saber: los facultativos especialistas en ginecología y obstetricia, los facultativos especialistas en anestesiología y reanimación, los diplomados en enfermería y las matronas (art. 3.1 de la Orden). En el previamente referido Auto núm. 392/2010, de 29 de septiembre de 2010, el TSJ de Castilla-La Mancha suspendió cautelarmente esta disposición al poder vulnerar el derecho a la objeción de conciencia de los médicos de familia<sup>75</sup>. Finalmente, el Gobierno manchego modificó la redacción del artículo 3.1 de esta Orden, a través de la Orden de 14 de octubre de 2010, de modo que ese precepto ha pasado a guardar ya total correspondencia con lo establecido en el artículo 19.2 LOIVE. Ante la asepsia valorativa de la actual redacción del precepto examinado, que nada añade ya desde la perspectiva del contenido del derecho a la objeción de conciencia, la Sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, de Albacete) núm. 143/2012, de 20 de febrero de 2012, consideró el mismo conforme a Derecho y dio por finalizada esta controversia.

Lo ocurrido en Castilla-La Mancha vuelve a subrayar las diferencias en la implantación de la LOIVE en las distintas Comunidades Autónomas. Algunas, como Navarra (tradicionalmente ha derivado todas sus interrupciones fuera de su territorio) o Madrid aseguran que permitirían también que estos profesionales (los médicos de familia) objeten. Otras, como Asturias o Andalucía, sostienen que sólo pueden objetar los profesionales que tengan relación directa en la prestación, excluyendo aquí a los médicos de atención primaria. De nuevo, pues, desgraciadamente nos encontramos con un Sistema Nacional de Salud que ni es Sistema ni es Nacional<sup>76</sup>. Ello es especialmente grave cuando lo que está en juego

<sup>75</sup> No podemos entrar aquí en el análisis del otro frente polémico: la puesta en marcha de un registro de objetores, avalado por el propio Auto del TSJ de Castilla-La Mancha, en consonancia con la doctrina a este respecto de la Agencia Española de Protección de Datos (Informe 0272/2010). Se alegó por los médicos de familia que estos registros iban a convertirse en una especie de “listas negras” de médicos incumplidores de la LOIVE, y que su presencia en los mismos, debido al uso torticero que de ellos se presuponía iba a hacer la Administración sanitaria, podría conllevarles consecuencias negativas en el plano laboral. Estos argumentos no prosperaron. Lo cierto es que recientemente ha sido avalado también por el Tribunal Constitucional el registro de objetores puesto en marcha por el Gobierno Foral de Navarra. El TC considera, en su STC 151/2014 de 25 septiembre, que forma parte de la competencia de la Comunidad Foral la planificación y organización de sus servicios sanitarios con criterios de racionalización de los recursos, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 149.1.16 y 148.1.21 CE.

<sup>76</sup> Por todos, vid. ÁLVAREZ MARTÍNEZ, E.M.: *Régimen jurídico de la asistencia sanitaria pública. Sistema de prestaciones y coordinación sanitaria*, Comares, Granada, 2007, o VILLAR ROJAS, F.J.: “De la integración a la separación de funciones del Sistema Sanitario: objetivos, modalidades y balance”, *Revista Derecho y Salud*, vol. 16, número extraordinario, noviembre 2008, pp. 95 y ss.

es la garantía del acceso a la información de la mujer que pretende llevar a cabo una IVE.

### 3 A MODO DE COROLARIO: *SCIENTIA POTENTIA EST*

A lo largo de las líneas que anteceden se ha expuesto, a grandes rasgos, cómo está tratado el derecho-deber de información en las relaciones médico-paciente en el campo de la interrupción voluntaria del embarazo a la luz de lo dispuesto en la vigente LOIVE, haciendo las oportunas referencias y comparaciones con la que pudo ser la actual norma aplicable en este ámbito (el PG). En todo tratamiento o intervención médica respetuosa del principio de la autonomía de la voluntad del paciente hay que garantizar el derecho a la información jurídico-sanitaria del que son titulares todos los ciudadanos, pero sin duda es en el terreno de la IVE donde este mandato se hace más necesario que nunca por los importantes intereses en juego que aquí se encierran.

Ante todo tratamiento o intervención, el paciente tiene que disponer de una información jurídico-sanitaria adecuada que le permita, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, consentir o rechazar esa actuación médica sabiendo todos los pros y contras que su decisión puede conllevar. Más aún en un terreno de arenas movedizas como el de la IVE, donde hay que ponderar tantos intereses en conflicto y cuando está en juego una vida en formación cuyo futuro es incierto. De este modo, la Administración sanitaria ha de aportar a la mujer (y, en su caso, también a su entorno) información veraz, objetiva, privada de sesgos ideológicos o morales, y que no la instrumentalice. Una información, de carácter multidisciplinar y personalizada de acuerdo con sus intereses.

En definitiva, los profesionales sanitarios han de abstenerse de imponer aquí criterios de actuación basados en sus propias creencias y convicciones personales, morales, religiosas o filosóficas, han de respetar los valores, creencias y preferencias de estas mujeres en una decisión tan complicada como dolorosa. Por supuesto, el Estado ha de garantizar los derechos de la vida en formación, pero también ha de velar por los derechos fundamentales de la mujer embarazada (vida, salud, libertad y dignidad) y para que esto sea así es imprescindible garantizar su derecho a la información jurídico-sanitaria. Es por esta sencilla razón por la que, como se ha expuesto, el derecho a la información de estas mujeres ha de prevalecer sobre un posible derecho a la objeción de conciencia de un médico de familia. La información es poder, negar o tergiversar la misma es viciar el proceso decisional que, en el marco de la LOIVE y de acuerdos con los requisitos allí establecidos, corresponde a la mujer.

En esta línea, considero con Pérez Miras que podría resultar muy positivo incorporar a la regulación ya existente en la LOIVE, sin cambiar un ápice de la esencia de la misma, el tratamiento más exhaustivo en materia de planificación familiar y derecho de información del PG, aunque eso sí, intentando rebajar el *indirizzo* pro-vida que – por fuerza – dominaba todo su articulado. Aunque lo cierto es que la cifra de IVEs no es muy alta en España (es más, disminuye progresivamente año tras año), como en otros campos de la vida aquí también tenemos que aplicar el principio de precaución: más vale prevenir que curar (o que abortar, si se nos permite). La IVE no es un capricho, es algo muy serio, un trance por el que ninguna mujer quiere pasar. A nadie se le escapa que más allá de plazos e indicaciones, de asesoramiento asistencial o de información clínica a aquellas mujeres que se encuentren ya en esta tesitura, lo más efectivo en este terreno, lo que más ayudará a conseguir reducir el número de abortos (por supuesto, me refiero principalmente a los de los embarazos no deseados) es la puesta en marcha de una adecuada estrategia dirigida a la población de riesgo, así como que se articule en la práctica toda la planificación de educación sexual y reproductiva prevista en la LOIVE. Es antes, con carácter previo a que la mujer quede embarazada, cuando la información va a poder desplegar todo su poder.

**AÇÕES AFIRMATIVAS COMO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO – (COMENTÁRIO SOBRE ACÓRDÃO PROFERIDO PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 597.285/RS)**

*AFFIRMATIVE ACTION AS FUNDAMENTAL RIGHT TO EDUCATION – (COMMENTARY FOR JUDGMENT OF THE SUPREME COURT – EXTRAORDINARY APPEAL Nº 597.285/RS)*

**Carlos Eduardo Garrastazu Ayub<sup>1</sup>**

Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

**RESUMO:** O presente estudo tem como caso recente acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal. Trata-se de paradigma na discussão sobre a constitucionalidade de políticas públicas (ações afirmativas) para ingresso em ensino superior. O Recurso Extraordinário aqui analisado foi interposto por Giovane Pasqualito Fialho em face de Universidade Federal do Rio Grande do Sul, que tramitou no STF sob o número 597.285/RS. Será demonstrado que as ações afirmativas possuem caráter de abertura constitucional ao acesso à educação e à inclusão social.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ações afirmativas; constitucionalidade; políticas

públicas; inclusão social; acesso à educação.

**ABSTRACT:** *This study it's a case recent judgment of the Supreme Court. It is a paradigm in the discussion on the constitutionality of public policies (affirmative action), for entry into higher education. The extraordinary appeal analyzed here was brought by Giovane Pasqualito Fialho in the face of the Federal University of Rio Grande do Sul, was processed in the Supreme Court under number 597 285/RS. It will be shown that affirmative action have constitutional character opening access to education and social inclusion.*

<sup>1</sup> Advogado, Especialista em Direito Processual Civil e Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

**KEYWORDS:** *Affirmative action; constitutionality; public policies; social inclusion; access to education.*

**SUMÁRIO:** Considerações iniciais; 1 Abertura constitucional das ações afirmativas como critério de inclusão social e acesso à educação; 2 Da validade do Ato Administrativo nº 134/2007; Conclusões sobre o julgado; Referências.

**SUMMARY:** *Initial considerations; 1 Constitutional argument of affirmative action as a criterion for social inclusion and access to education; 2 The validity of the Administrative Act nº 134/2007; Conclusion on trial; References.*

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No caso, como bem restará aclarado, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, confirmou, no dia 9 de maio de 2012, a constitucionalidade do sistema de cotas adotado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). A decisão foi tomada no julgamento do Recurso Extraordinário (RE 597285), com repercussão geral, em que um estudante questionava os critérios adotados pela UFRGS para reserva de vagas. A Universidade destina 30% das 160 vagas a candidatos egressos de escola pública e a negros que também tenham estudado em escolas públicas (sendo 15% para cada), além de 10 vagas para candidatos indígenas.

A análise, ainda que em caráter conciso, traz ao debate o tema das ações afirmativas como direito fundamental à educação, já que a inclusão social por meio do ensino superior tem despertado grandes debates em nossa sociedade, com posições antagônicas sobre o tema.

No campo jurídico muito se debate sobre a constitucionalidade das ações afirmativas, bem como quais os critérios que as universidades devem adotar na seleção de estudantes e inserção destes no programa de inclusão social.

O Recurso Extraordinário aqui analisado foi interposto por Giovane Pasqualito Fialho em face de Universidade Federal do Rio Grande do Sul, tramitando no STF sob o número 597.285/RS.

Segundo relatório da decisão em epígrafe:

Na origem, o ora recorrente impetrou mandado de segurança contra ato do Reitor da UFRGS. Narrou que inscreveu-se no vestibular 2008/01 da citada Universidade para o curso de Administração. No entanto, não alcançou classificação suficiente em exame

vestibular para ser admitido no curso pleiteado, não obstante tenha logrado pontuação maior do que alguns candidatos que ingressaram no mesmo curso pelo sistema de reserva de vagas destinadas aos estudantes egressos do ensino público e aos estudantes negros egressos do ensino público.

Afirmou ter sido informado de que, com base nos termos da Decisão 134/2007, exarada pelo Conselho Universitário da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, “*das 160 vagas disponibilizadas, 30% (trinta por cento) estariam reservadas a candidatos privilegiados em razão de sua etnia e condição social e 10 (dez) vagas a candidatos indígenas*”.

[...]

Argumentou, ademais, que o Reitor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, ao instituir o sistema de cotas no vestibular, extrapolou os limites de sua competência, já que por meio da Resolução nº 134/2007 teria legislado sobre o tema [...].

Acrescentou, com base no art. 211, § 1º, da Constituição Federal, caber à União organizar o sistema federal de ensino, assim como exercer, em matéria educacional, função distributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade de ensino [...].

O magistrado singular conheceu da segurança pleiteada, entendendo inconstitucional o sistema instituído pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS.

Irresignada com o entendimento singular, a Universidade Federal do Rio Grande do Sul interpôs recurso de apelação, que foi provido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o qual, *contrario sensu*, entendeu pela constitucionalidade do programa de ações afirmativas estabelecido pela Universidade Federal – UFRGS, instituindo o sistema de “cotas” com reserva de vagas como meio de ingresso em seus cursos de nível superior.



No Recurso Extraordinário, manejado pelo candidato Giovane Pasqualito Fialho, alegou-se ofensa aos arts. 5º, *caput*, 22, XXIV, 206, I, e 208, V, da mesma Carta, bem como ao princípio da proporcionalidade. Sustentou o recorrente, em suma, a inconstitucionalidade da reserva de vagas, como forma de ações afirmativas, estabelecido pela Universidade Federal gaúcha.

No tocante à repercussão geral, foi admitida a “*relevância do ponto de vista social e jurídico*” (fl. 396).

Em resposta ao extraordinário, a Universidade alegou o descabimento do recurso. Defendeu, em síntese, que o recorrente não conseguiu demonstrar a violação das normas constitucionais invocadas.

Argumentou, ainda, que

o programa de cotas raciais e sociais deve ser visto como uma tentativa de dar à população negra e àquela de baixa renda outra autoestima, marcada não apenas por referências no esporte, na música ou nas artes, mas também por referências nas profissões liberais, nas empresas, nos cargos públicos de comando, enfim, nos diversos espaços sociais. Para isso, transitoriamente (e o programa de cotas é e deve ser transitório) a Universidade deve acelerar a formação de lideranças negras para um novo ambiente, marcado pela diversidade nos mais diversos segmentos sociais.

Ainda, foi solicitada a manifestação do Procurador-Geral da República que opinou pelo não provimento do recurso (fls. 471/475).

Por fim, foi convocada audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em matéria de políticas públicas e ações afirmativas no ensino superior.

Estes são os detalhes iniciais do julgado.

O voto condutor do Acórdão que será analisado, Recurso Extraordinário nº 597.285/RS, julgado em 9 de maio de 2012, foi assim lançado pelo Ministro Relator Ricardo Lewandowski:

[...]

Como se verifica, até mesmo pelas passagens destacadas no relatório, o recorrente impugnou o sistema de cotas,

trazendo diversos fundamentos a fim de contribuir para o deslinde desse relevante tema constitucional

[...]

Com efeito, a Lei 9.394/1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, não dispõe sobre os critérios que devem ser utilizados na seleção de estudantes, deixando esse estabelecimento a cargo das universidades, como se percebe da leitura do art. 51, *in verbis*:

“Art. 51. As instituições de educação superior credenciadas como universidades, ao deliberar sobre critérios e normas de seleção e admissão de estudantes, levarão em conta os efeitos desses critérios sobre a orientação do ensino médio, articulando-se com os órgãos normativos dos sistemas de ensino”.

Ademais, embora não exista lei específica tratando do sistema de cotas, há toda uma base normativa legal que autoriza o uso de ações afirmativas, como a utilização de critérios étnico/racial na seleção para ingresso no ensino superior, conforme ressaltai na ADPF 186/DF, de minha relatoria.

[...]

Pela análise do trecho destacado pode-se perceber que o Ministro Relator adotou como principal parâmetro de negativa de provimento do recurso o fato de que, contrariamente ao defendido pelo recorrente, não houve qualquer irregularidade nos critérios adotados pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul quando da reserva de vagas na proporção de 30% para alunos inseridos no Programa de Inclusão Social (ações afirmativas). Argumentou o eminente Ministro Relator que a Lei de Diretrizes e Bases (Lei nº 9.394/1996) deixa a cargo das Universidades a escolha dos critérios para admissão/seleção dos estudantes, o que cumpre suposta a ausência de lei formal autorizadora das ações afirmativas, bem como da reserva de vagas em universidades públicas.

Por fim, justificou o Relator a negativa de provimento do recurso, fazendo referência aos argumentos já destacados no julgamento da ADPF 186/DF, que considerou a constitucionalidade (i) das políticas públicas de ações afirmativas;

(ii) a utilização destas políticas na seleção para ingresso no ensino superior, especialmente nas escolas públicas; (iii) o uso do critério étnico-racial por essas políticas; (iv) a autoidentificação como método de seleção e (v) a modalidade de reserva de vagas ou estabelecimento de cotas.

Por estas razões, o eminente Ministro Relator conheceu e negou provimento ao recurso extraordinário interposto em face da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, declarando constitucional o critério adotado pela recorrida (reserva de 30% de vagas para egressos do sistema público de ensino, destinando desse total 50% para autodeclarados negros), pois referidos critérios estão de acordo com o já decidido na ADPF 186/DF.

Expressado o voto, importante tecer alguns comentários acerca da constitucionalidade das ações afirmativas, como forma de assegurar a inclusão social e o direito fundamental à educação aos mais necessitados.

## **1 ABERTURA CONSTITUCIONAL DAS AÇÕES AFIRMATIVAS COMO CRITÉRIO DE INCLUSÃO SOCIAL E ACESSO À EDUCAÇÃO**

Quando falamos em ações afirmativas não podemos esquecer que, por meio deste instituto, estamos acima de tudo, ofertando a inclusão social de parte da sociedade que não pôde beneficiar-se de ensino básico que lhe promovesse a igualdade de condições para disputa de vagas em universidade pública.

As ações afirmativas têm como grande missão equiparar os alunos egressos do ensino público aos alunos da rede privada, que em regra possuíram durante toda a vida escolar melhores condições para o aprendizado, por intermédio de inúmeros meios de qualificação.

Este também foi o entendimento defendido pela Advocacia-Geral da União em sua manifestação na oportunidade de julgamento da ADPF 186/DF. Observou, naquela oportunidade, que a discriminação racial na sociedade brasileira é evidente, constituindo fato notório que não pode ser ignorado, o qual compeliu às instituições de ensino a reserva de vagas em favor de estudantes negros e índios<sup>2</sup>.

A promulgação da Constituição de 1988, a qual defende a redemocratização e a cidadania, ficou mais perceptível à legitimidade das ações afirmativas, como meio de inclusão social e aplicação dos princípios da igualdade e fraternidade.

<sup>2</sup> Julgamento da ADPF 186/DF, disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br).

Já é de todos conhecido que a aplicação do princípio da igualdade deve primar pelo tratamento desigual entre os desiguais, na medida de suas desigualdades. Contudo, não é demasiado trazer conceito de Rui Barbosa, igualmente citado no Acórdão em análise em parecer da Procuradoria-Geral da República:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.<sup>3</sup>

Partindo deste brilhante conceito, não podemos imaginar a inconstitucionalidade das ações afirmativas, já que, caso assim imaginássemos, estaríamos recaindo em tratar igualmente aos desiguais, o que nos levaria, nos ensinamentos de Rui Barbosa, à desigualdade flagrante.

Por oportuno, aqui se faz necessário esclarecer que, quando falamos em desigualdade entre egressos de escola pública e egressos de escola privada, estamos trabalhando o conceito tão somente no que tange à desigualdade de oportunidades, já que os alunos advindos da rede particular de ensino possuem condições de acesso à informação/educação de forma mais completa que os egressos de escola pública.

Não há outra diferenciação entre os alunos, já que todos possuem as mesmas condições intelectuais, sendo que os alunos oriundos da rede privada, em regra, possuem mais oportunidades de ensino, motivo pelo qual é constitucional a busca deste equilíbrio, ou, ainda, garantia de igualdade de chances (oportunidades), como destaca Ingo W. Sarlet ao tratar da posição e significado dos direitos fundamentais em nossa Constituição. Lição que merece destaque:

No âmbito de um Estado Social de Direito - e o consagrado pela nossa evolução constitucional não foge à regra -, os direitos fundamentais sociais constituem exigência inarredável do exercício efetivo das liberdades e garantia da igualdade de chances

<sup>3</sup> BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. Martin Claret: São Paulo, 2003. p. 19.

(oportunidades), inerentes à noção de uma democracia e um Estado de Direito de conteúdo meramente formal, mas, sim, guiado pelo valor da justiça material [...].<sup>4</sup>

Veja aqui que estamos tratando o princípio da igualdade como base estrutural para a constitucionalidade das ações afirmativas, já que a educação, a nosso ver, é direito fundamental e deve ser garantida pelo Estado, não obstante na maior parte das vezes tal incumbência passe despercebida pelos governantes, como bem salienta o Ministro Luiz Fux ao fundamentar seu voto contrário à tese do recorrente no julgado aqui analisado:

A máxima latina diz que *notoria non eget probatione*, ou seja, que os fatos notórios independem de prova. Ora, já no julgamento passado, nós afirmamos, com base em dados empíricos, que dificilmente o aluno que estuda em colégio público chega à Universidade Pública. Isto é constatável, *prima facie*. (grifos no original – Rext 597.285/RS).

Ainda no que tange à constitucionalidade das ações afirmativas, bem como alertando que sua correta utilização traz para o mundo fático a igualdade tão desejada doutrinariamente, importante transcrever lição de Roger Raupp Rios:

[...] as ações afirmativas objetivam, de um ponto de vista fático, novas condições de vida, mediante a transformação da realidade existente; dito de outro modo, elas reclamam a criação da igualdade fática. Tal atenção às condições fáticas muda a perspectiva da investigação sobre a dinâmica do princípio da igualdade [...].<sup>5</sup>

Importante aqui também destacar ensinamentos de Joaquim Barbosa, que define ações afirmativas como

---

<sup>4</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 62.

<sup>5</sup> RIOS, Roger Raupp. *Direito à antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 193.

[...] um conjunto de políticas públicas e privadas [...], concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego.<sup>6</sup>

Por fim, e na defesa da constitucionalidade das ações afirmativas, podemos trazer cinco argumentos centrais que servem como esteio à Jurisprudência da Suprema Corte norte-americana. São elas (a) o combate aos efeitos presentes da discriminação passada; (b) a promoção da diversidade; (c) a natureza compensatória ou reparatória das ações afirmativas; (d) a criação de modelos positivos para os estudantes e as populações minoritárias; e, por fim, (e) a provisão de melhores serviços às comunidades minoritárias<sup>7</sup>.

Portanto, parece-nos inegável a abertura constitucional das ações afirmativas como critério de inclusão social e acesso à educação. Não há mais como ignorarmos que as ações afirmativas promovem a igualdade de oportunidades, suprimindo desigualdades historicamente acumuladas.

## 2 DA VALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO Nº 134/2007

Outra questão que merece análise neste julgado diz respeito ao argumento utilizado pelo recorrente de que o Ato Administrativo nº 134/2007, emanado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, não possui força constitucional, bem como retratava critério artificial de ingresso à Universidade.

Para melhor análise, importante transcrever que o Ato refere: “das 160 vagas disponibilizadas, 30% (trinta por cento) estariam reservadas a candidatos privilegiados em razão de sua etnia e condição social e 10 (dez) vagas a candidatos indígenas”.

Andou bem o Ministro Relator ao fundamentar que a Lei nº 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da educação), em seu art. 51, deixa a cargo das universidades a escolha dos critérios e das normas de seleção para admissão dos seus candidatos.

<sup>6</sup> GOMES, Joaquim Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

<sup>7</sup> *Idem*, p. 178.

Ainda, lembrou o Relator com precisão que não pode o Poder Judiciário de forma injustificada sobrepor-se à decisão administrativa de universidade, sem qualquer comprovação de que referida decisão é desarrazoada.

Ademais, oportuno se faz pontuar que não assiste razão ao recorrente quando tenta desqualificar o ato administrativo da universidade, taxando-o de *pacto de mediocridade*. Ora, é inaceitável que ainda utilizemos este raciocínio em nosso País. Como igualmente inaceitável é o argumento trazido pelo recorrente de que o ato administrativo impugnado levou a universidade ao aluno, ao invés de levar o aluno à universidade.

*Contrario sensu* ao defendido pelo recorrente, o Ato Administrativo nº 134/2007 levou o aluno à universidade, mas não somente aquele aluno ao qual foram oportunizadas as melhores condições de ensino fundamental e superior. O Ato nº 134/2007 levou igualmente à universidade os alunos que não tiveram condições de pagar por um ensino mais qualificado na rede particular, (com toda a vênia aos excelentes profissionais que diariamente exercem sua missão de educadores nas escolas públicas do Brasil). O ato administrativo em questão consegue sim trazer o aluno (*lato sensu*) para a universidade. Não existe aqui critério artificial ou viciado. Existe aqui ato constitucional e igualitário, que busca oferecer oportunidades iguais para alunos que por questões financeiras sempre foram diferenciados.

O ato administrativo faz concreta a função social da universidade pública, que, por ser mantida por meio de verbas da sociedade, não pode ficar restrita a somente uma pequena parte da sociedade.

O programa de ações afirmativas tem como característica a contraprestação do Estado ao dinheiro empregado por todos por meio dos impostos. Não podemos aceitar que uma universidade mantida com recursos de toda uma sociedade beneficie somente os que dela menos precisam, já que possuem, em sua grande maioria, renda para custear seus estudos. Não se mostra justo, tampouco fraterno (lembrando aqui o princípio da fraternidade, tão utilizado na França), que os alunos que jamais conseguiram custear estudos particulares quando de sua vida escolar o tenham que fazer para poder cursar o ensino superior.

Em outras palavras, as ações afirmativas são políticas de correção de desigualdades e de efetivação de direitos. É uma tentativa de garantir a todos os segmentos anteriormente excluídos uma participação nos bancos universitários. As ações afirmativas tornam concretos os princípios da igualdade e fraternidade,

bem como não deixam que as universidades públicas, mantidas por todos, concedam excelentes formações para poucos cidadãos.

Ainda, vale aqui frisar que não se está a defender que a universidade pública tenha que abrigar tão somente alunos egressos de escola pública, já assim o fosse estaríamos fazendo discriminação igualmente, mas que deve sim repartir suas vagas, oportunizando o acesso dos menos favorecidos, como forma de cumprir sua função social, repita-se.

Aqui merece elogio o trecho do voto da Ministra Rosa Weber, que destacou que o Edital do Concurso Vestibular 2008 foi claro e justo ao estabelecer de antemão que 30% das vagas seriam preenchidas por alunos egressos de escola pública, destinando 50% destas vagas para autodeclarados negros.

A eminente Ministra ainda destacou que “há um número determinado de vagas reservado para candidatos provenientes do ensino público e para candidatos autodeclarados negros provenientes do ensino público, ninguém retira o lugar de ninguém, estando os cotistas, apenas ocupando um espaço que lhes é de direito”.

Nesse diapasão, percebe-se que a classificação nos termos adotados pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul respeita a trajetória de vida do aluno, o que traz somente benefícios à sociedade.

## CONCLUSÕES SOBRE O JULGADO

Em análise ao julgado, constata-se que o Plenário do Supremo Tribunal Federal andou bem ao negar provimento ao Recurso Extraordinário interposto por Giovane Pasqualito Fialho. As políticas de inclusão social, aqui representadas pelas ações afirmativas (que foram asseguradas por meio do Ato Administrativo nº 134/2007), possuem como missão o combate à discriminação e separação social por meio de questões financeiras.

Não se pode mais admitir, a partir da consolidação da Constituição cidadã, que a sociedade brasileira (aqui representada como sociedade acadêmica) ainda sofra os malefícios causados pela falta de oportunidades dos menos favorecidos financeiramente. Não podemos mais admitir, utilizando-se da fundamentação do Ministro Joaquim Barbosa, que as Universidades públicas sejam, em regra, ilhas para alunos financeiramente privilegiados.

Nossa Constituição Federal, em seu art. 6º, consagra a educação como um direito social. Sendo um direito social, tem por objetivo criar condições para que os estudantes se desenvolvam, para que os cidadãos adquiram o mínimo



necessário para viver em sociedade. Assim, temos a educação como um dos componentes do *mínimo existencial* ou *piso mínimo normativo*, como uma das condições de que a pessoa necessita para viver em sociedade<sup>8</sup>.

*Com isso, não podemos mais admitir que o Estado promova ensino de qualidade somente para os alunos egressos da rede privada de ensino. Não se pode mais aceitar como justo que as universidades públicas (mantidas, portanto, por meio dos impostos pagos por toda a sociedade) fiquem disponíveis para grupo “seleto” de pessoas, que desfrutam de ensino de qualidade mantido por todos.*

Aqui igualmente se pede vênia para discordar do argumento (voto vencido) do eminente Ministro Marco Aurélio, que acolheu as razões do recorrente, fundamentando que, quando se sustenta que os alunos de escola particular possuem melhores condições de ensino do que os alunos de escola pública, estar-se-ia censurando o próprio Estado, que é devedor constitucional da educação, nos termos do art. 205 da Carta Fundamental.

É notório, como bem observou o Ministro Fux, que as escolas públicas brasileiras, não obstante todos os esforços despendidos por estudantes e professores, não disponibilizam das melhores ferramentas de ensino, já conquistadas pela rede privada.

*As ações afirmativas possuem como missão a busca do reequilíbrio social, oportunizando para os alunos egressos do ensino público, negros e indígenas, acesso a ensino de qualidade e transformador da realidade em que sempre viveram.*

*Nesse sentido, e conforme já mencionado, a garantia de acesso de estudantes por meio das ações afirmativas faz concreta a função social da universidade pública, que, por ser mantida com verbas da sociedade, não pode ficar restrita a somente uma pequena parte desta.*

As ações afirmativas trouxeram harmonia entre universidade pública e sociedade, já que anteriormente convivíamos com um modelo elitista de ensino, em que, em regra, tão somente os beneficiados financeiramente podiam ter acesso ao ensino gratuito, e vejam aqui a contrariedade deste fato – alunos com renda alta não precisavam pagar por ensino de qualidade, ao passo que alunos com renda baixa eram obrigados a pagar para ter ensino de qualidade.

---

<sup>8</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 289.

Aplicando-se as conceituações analisadas neste ensaio, percebe-se que agiu bem o Plenário do Supremo Tribunal Federal ao negar provimento ao recurso interposto, validando, com isso, o Ato Administrativo nº 134/2007.

É salutar fazer referência sobre o acerto da decisão aqui comentada, já que é igualmente responsável a Corte Suprema pela aplicação e amadurecimento das políticas públicas desenvolvidas pelo País, assim como já o fez a Suprema Corte americana em décadas anteriores<sup>9</sup>.

A decisão do Plenário está em harmonia com os parâmetros constitucionais, bem como com todos os argumentos lançados no julgamento da ADPF 186/DF.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ANTUNES, Carmem Lucia. Ação afirmativa – o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 15, 1996.

BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. Martin Claret: São Paulo, 2003.

GOMES, Joaquim Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MITTLER, Peter. *Educação inclusiva: contextos sociais*. Trad. Windy Brazão Ferreira. Porto Alegre: Artmed, 2003.

RIOS, Roger Raupp. *Direito à antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999.

---

<sup>9</sup> “A ação afirmativa, tal como aplicada nos Estados Unidos, de onde partiu como fonte de outras experiências que vicejaram nas décadas de 70 e 80, é devida, em grande parte, à atuação da Suprema Corte [...]” ANTUNES, Carmem Lucia. Ação afirmativa – o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 15, 1996.



# DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE RELIGIOSA, SHABAT, DATAS DE REALIZAÇÃO DE PROVAS E ISONOMIA – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA Nº 389

*FUNDAMENTAL RIGHT TO RELIGIOUS FREEDOM, SHABAT, TESTS' DAYS AND ISONOMY – BRAZILIAN'S SUPREME COURT AND PETITION Nº 389*

**Francisco Diego Moreira Batista<sup>1</sup>**

Procurador do Estado do Piauí

**RESUMO:** No ano de 2009, o Supremo Tribunal Federal, por decisão majoritária de seu Plenário, ao julgar a Suspensão de Tutela Antecipada nº 389 firmou precedente no sentido de que a liberdade de religião não permitiria a modificação de data de prova realizada nacionalmente apenas para alguns cidadãos que se recusavam a realizá-la em dia vedado por sua religião. A decisão baseou-se no fundamento de que a permissão de realização de prova diversa apenas para algumas pessoas em virtude de exercício de fé seria uma violação ao princípio da isonomia.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito fundamental; liberdade de religião; prova em dia vedada pelo credo; impossibilidade de modificar data; princípio da isonomia.

**ABSTRACT:** In 2009, the Supreme Court, by a majority decision of its plenary, judging the petition n. 389 decided that freedom of religion does not obligate change the day of a national ly test only to some citizens whore fused to perform it in a prohibited day for their religion. The decision firmied that a diverse test of only for some people would make a violation on the principle of equality.

**KEYWORDS:** Fundamental right; freedom of religion; test in day prohibited by creed; unable to modify date; principle of equality.

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Debate analítico; Conclusão; Referências.

**SUMMARY:** Introduction; 1 Analytical debate; Conclusion; References.

---

<sup>1</sup> Mestrando do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Minter-PUCRS.

## INTRODUÇÃO

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em interessante decisão, referendou liminar concedida pelo então Presidente (Ministro Gilmar Mendes) na Suspensão de Tutela Antecipada nº 389 e firmou precedente no sentido de que a liberdade de religião não permitiria a modificação de data de prova realizada nacionalmente (Enem) apenas para alguns cidadãos que se recusavam a realizá-la em dia vedado por sua religião. A decisão baseou-se no fundamento de que a permissão de realização de prova diversa apenas para algumas pessoas em virtude de exercício de fé seria uma violação ao princípio da isonomia.

Expliquemos o caso.

O Centro de Educação Religiosa Judaica, juntamente com 22 alunos do Ensino Médio, ajuizou ação ordinária distribuída sob o número 2009.61.00.021415-6 à 16ª Vara Federal de São Paulo pleiteando “a participação no Exame Nacional do Ensino Médio – Enem, em dia compatível com exercício da fé por eles professada, a ser fixado pelas autoridades responsáveis pela realização das provas, observando-se o mesmo grau de dificuldade das provas realizadas por todos os demais estudantes”. Em síntese, os autores, pretendiam que lhes fosse assegurado o direito de realização da prova do Enem em data que não coincidissem com o *Shabat* (que vai do pôr do sol de sexta-feira até o pôr do sol de sábado) ou qualquer outro feriado judaico. Escoravam seu pedido na proteção ao princípio da igualdade e ao direito fundamental à liberdade religiosa.

Em primeira instância, o pedido de liminar foi indeferido, o que ensejou interposição do Agravo de Instrumento nº 2009.03.00.034848-0, distribuído ao Desembargador Relator Mairan Maia, do Tribunal Regional Federal da 3ª Região – TRF3, que deferiu o pleito em antecipação de tutela. Escorou-se no fundamento de que a realização das provas do Enem em data alternativa se constituiria meio de efetivação do direito fundamental à liberdade de crença previsto no art. 5º, VI, da Constituição Federal.

Em face desta decisão, a União interpôs Pedido de Suspensão de Tutela Antecipada diretamente ao Supremo Tribunal Federal – STF, distribuído sob o número 389. Em decisão monocrática, seguindo seu Regimento Interno, o Ministro Gilmar Mendes, então presidente, deferiu o pleito e determinou a suspensão da decisão do TRF3, permitindo o prosseguimento normal do Enem daquele ano.

Em sua decisão, o Ministro Gilmar Mendes assentou que o direito fundamental à liberdade religiosa impõe ao Estado o dever de neutralidade axiológica (princípio da laicidade), respeitando as escolhas religiosas dos cidadãos e não se imiscuindo na organização interna das entidades religiosas. Esta neutralidade não pode se confundir com indiferença estatal, sendo necessário, às vezes, intervenção positiva do Estado para a proteção à liberdade de crença. Porém, a realização de provas diferentes e em dias diferentes dos demais estudantes para estes alunos, ainda que respeitado o mesmo grau de dificuldade, é atividade praticamente impossível de realização. Primeiro porque não há como se afirmar que uma prova possua, objetivamente, o mesmo grau de dificuldade de outra, o que comprometeria a igualdade de seleção exigida em certames classificatórios.

Além desta dificuldade, pontuou, não se pode deixar de reconhecer a existência de confissões religiosas que possuem dias de guarda diversos da religião judaica, sendo que a fixação de data alternativa apenas ao *Shabat* violaria o dever de neutralidade do Estado diante do fenômeno religioso. Para estes casos dos praticantes da fé judaica, assim como aos Adventistas do Sétimo Dia, a prova do Enem poderia ser realizada no sábado, após o pôr do sol, devendo os alunos ficarem isolados desde o início da prova dos demais, evitando a violação ao sigilo do conteúdo.

Após a decisão monocrática, os autores interpuseram agravo regimental que foi julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 03.12.2009, por maioria, mantendo o entendimento do Ministro Presidente.

Em seu voto, o Ministro Presidente reafirmou os argumentos levantados por ocasião de sua decisão monocrática e aprofundou algumas considerações.

No que tange à afirmação de que neutralidade estatal não se confunde com indiferença, o Ministro Gilmar Mendes ratificou com as palavras do Professor Jorge Miranda, para quem “o silêncio sobre religião, na prática, redundaria em posição contra a religião”. Assim, não seria inconstitucional o relacionamento do Estado com as diversas manifestações religiosas, até porque elas auxiliam grandemente no desenvolvimento social. Para o Ministro Relator, o que o Direito brasileiro não admite é a assunção de uma religião como a oficial pelo Estado, benefícios a um grupo religioso em detrimento de outros.

Ao contrário, deveria o Estado promover a livre atuação dos diversos credos e, nesta atuação, surge a possibilidade de ações positivas para impedir influências indevidas nesta seara. Desta forma, ações positivas estatais em

matéria de fé somente seriam legítimas com a finalidade de “manutenção do livre fluxo de ideias religiosas” e apenas acaso não exista nenhum meio menos gravoso de se alcançar este objetivo.

Dentro deste contexto, a designação de dia alternativo para a realização da prova do Enem por grupo de alunos que respeitam a tradição do *Shabat* poderia ser considerada uma acomodação que garantisse a liberdade de culto. Porém, existem diversas dificuldades práticas acaso fosse adotada esta solução, que poderiam inclusive inviabilizar o Enem. Isto porque a aplicação de provas distintas a candidatos que disputam a mesma vaga parece ferir o princípio da isonomia.

A opção adotada pelo Ministério da Educação – MEC – para garantir o respeito ao dia de guarda foi que estes alunos façam a prova após o pôr do sol. Mesmo que esta solução acabe por trazer maior cansaço aos alunos (pois ficariam confinados por mais de 7 horas até o início das provas ao final do dia, que durariam outras 4 horas), parece ser a mais consentânea com o dever do Estado de neutralidade diante do fenômeno religioso.

Acompanharam o Relator os Ministros Ricardo Lewandowski, Carlos Ayres Britto e Cezar Peluso. Manifestou posição contrária o Ministro Marco Aurélio. Ausentes os Ministros Celso de Mello e Ellen Gracie. A ementa do julgado ficou assentada da seguinte forma:

1. Agravo regimental em suspensão de tutela antecipada.
2. Pedido de restabelecimento dos efeitos da decisão do Tribunal *a quo* que possibilitaria a participação de estudantes judeus no Exame Nacional do Ensino Médio (Enem) em data alternativa ao *Shabat*.
3. Alegação de inobservância ao direito fundamental de liberdade religiosa e ao direito à educação.
4. Medida acautelatória que configura grave lesão à ordem jurídico-administrativa.
5. Em mero juízo de delibação, pode-se afirmar que *a designação de data alternativa para a realização dos exames não se revela em sintonia com o princípio da isonomia, convolvando-se em privilégio para um determinado grupo religioso*.
6. Decisão da Presidência, proferida em sede de contracautela, sob a ótica dos riscos que a tutela antecipada é capaz de acarretar à ordem pública.
7. Pendência de julgamento das Ações

Diretas de Inconstitucionalidade nº 391 e nº 3.714, nas quais esta Corte poderá analisar o tema com maior profundidade. 8. Agravo regimental conhecido e não provido.

Como se observa, considerou o STF, ainda que em juízo preliminar, a impossibilidade de realização de provas em datas alternativas para proteção de credos. Preponderou a questão da isonomia, pois permitir que fossem feitas duas provas para candidatos que disputam a mesma seleção (mesma vaga) feriria o postulado da igualdade. Não se vislumbrou possível a elaboração de duas provas distintas com grau de dificuldade igual.

## 1 DEBATE ANALÍTICO

O debate jurídico existente em um pedido de suspensão de tutela antecipada é realizado em juízo de estrita deliberação, o que significa que os Ministros do STF não adentram com profundidade na discussão da matéria. Mas as teses fixadas neste julgamento, além de contribuírem para o debate da intrincada questão, demonstram a posição que aquela Corte seguirá em casos futuros.

O caso da STA 389/MG levou ao Supremo Tribunal Federal debate, ainda que preambular, do *conflito* entre o *direito fundamental à liberdade religiosa* (que se insere no conteúdo geral do princípio da liberdade e também traz debate sobre o princípio da laicidade estatal) e o *princípio da isonomia*.

Os *direitos de liberdade* estão previstos no sistema jurídico brasileiro na forma de direitos especiais de liberdade (liberdade de expressão, liberdade de reunião, liberdade de locomoção, liberdade de pensamento, liberdade religiosa, entre outros) e também na forma de um direito geral de liberdade (previsto no *caput* do art. 5º da CF). Essa característica do direito de liberdade reforça a importância que esta espécie tem para o direito constitucional brasileiro, estando ao lado dos direitos à vida, igualdade, propriedade e segurança.

Para Robert Alexy, o conceito de liberdade é, ao mesmo tempo, um dos conceitos mais fundamentais e menos claros, tendo âmbito de aplicação quase ilimitado. Para este autor, quando alguém pretender induzir outrem a realizar uma determinada ação pode tentar fazê-lo informando que a prática desta ação é a definição de liberdade. Essa seria, assim, uma das razões para a permanente polêmica sobre seu conceito e explicaria a popularidade de seu



uso<sup>2</sup>. Acrescentaríamos que estes são argumentos que apontam a necessidade de adequada definição de seu conteúdo como princípio jurídico constitucional.

Esse direito geral de liberdade acaba também por conferir amparo jurídico para identificação material de outros direitos jurídicos fundamentais dele decorrentes. Quando tratar de direito especial de liberdade já clausulado em nosso texto constitucional, o intérprete não precisará recorrer à cláusula geral do art. 5º, *caput*. Porém, quando não existir previsão específica de um direito de liberdade como cláusula constitucional positivada, havendo conexão material, o intérprete poderá utilizar-se da previsão geral como fundamento para o reconhecimento de seu direito.

O direito de liberdade pode ser definido como historicamente decorrente da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que estabelecia ser liberdade poder fazer tudo o que não prejudicar outrem. Essa ideia original do direito de liberdade traduz o pensamento dos autores liberais, no sentido de que o homem possui uma área de liberdade pessoal resguardada, na qual pode exercer suas atividades livre de interferências externas.

A noção de liberdade tem íntima relação com a noção de legalidade, como previsto no próprio art. 5º, II, da CF, que atesta que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão quando previsto em lei. Desta forma, a lei é o mecanismo utilizado pelo Estado para garantir e regular a liberdade.

Afeto ao direito de liberdade, possuímos os direitos de liberdade de expressão, liberdade de locomoção e, especialmente para o presente estudo, a liberdade de consciência e de crença (liberdade religiosa).

Neste ponto, cumpre ressaltar que a *liberdade de consciência* tem uma abrangência maior do que a liberdade religiosa (ou de crença), pelo que podemos afirmar que a liberdade de crença é uma espécie do direito fundamental à liberdade de consciência.

A *liberdade religiosa* (que abrange a liberdade de crença e culto) foi uma das primeiras a serem elencadas nas declarações de direitos como direitos fundamentais, sendo posteriormente abrangidas pelas ordens constitucionais interiores. Isto porque, ao longo dos anos, cometeram-se diversas perseguições e desrespeito aos direitos humanos em nome de uma suposta proteção à religião

---

<sup>2</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 218.

e, desde cedo, observou-se a importância de eleger tais direitos como essenciais à proteção do ser humano.

No plano internacional, diversas declarações de direitos humanos previram a liberdade religiosa como direito essencial ao ser humano. São exemplos: a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948 (art. 18: “toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção, assim como a liberdade de manifestar a religião ou convicção, sozinho ou em comum, tanto em público como em privado, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pelos ritos”), o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966 (art. 18, de forma um pouco mais extensa e completa) e a Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica, de 1969 - em seu art. 13.

No âmbito de proteção interno, desde muito tempo antes as constituições já previam o direito à liberdade religiosa. Cite-se, por ser a mais antiga em vigor, a Constituição dos Estados Unidos da América, primeira emenda de 1791, que dispunha que o Congresso não poderia editar ato tratando dos estabelecimentos religiosos nem proibindo o livre exercício da liberdade religiosa (*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof*).

No Brasil, a liberdade religiosa está prevista em todas as constituições, desde a Carta Constitucional de 1824 (art. 179), passando pela Constituição de 1891 (art. 72), Constituição de 1934 (art. 113), Constituição de 1937 (art. 122), Constituição de 1946 (art. 141), Constituição de 1967 (art. 150) e Emenda Constitucional nº 1/1969 (art. 153).

Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, podemos prever vários dispositivos que tratam do direito de liberdade religiosa. Especialmente no art. 5º, temos o inciso VI (“é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”), VII (“é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva”), VIII (“ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa fixada em lei”). Também há previsão de proteção à liberdade religiosa

<sup>3</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 460.

nos seguintes dispositivos constitucionais: art. 15, IV; art. 19; art. 143, § 1º; art. 210, § 1º; art. 226, § 2º.

Como bem sintetizado pelo Professor Ingo Sarlet, a liberdade de crença, em sua dupla dimensão subjetiva/objetiva, assegura a liberdade de confessar uma fé e gera direito à proteção contra perturbações ou qualquer tipo de coação do Estado ou de particulares (dimensão subjetiva) e também fundamenta a neutralidade religiosa e ideológica do Estado (dimensão objetiva)<sup>4</sup>. A liberdade religiosa, na sua condição de direito negativo, exprime a faculdade de optar por uma religião ou mudar quando bem entender. A liberdade de culto protege os ritos, cerimônias, locais e outros aspectos necessários ao seu exercício, sendo vedado ao Estado interferir na órbita interna das entidades religiosas. Na sua condição de direito positivo, pode ser citado o direito de ser assegurada a assistência religiosa nas entidades de internação coletiva.

Veja que a neutralidade estatal não impõe uma postura hostil em relação à religião, como bem ponderou o Ministro Gilmar Mendes em seu voto no julgamento do Agravo Regimental na STA nº 389/STF, pois é recomendável que o Estado estimule a existência de credos e se relacione adequadamente com eles, já que as diversas espécies de religião contribuem com o aperfeiçoamento da sociedade, trazendo ao seu seio ensinamentos positivos e realizando obras de caráter social.

Como todo direito fundamental, o direito de liberdade religiosa possui limites. O Supremo Tribunal Federal encontrou, neste caso, um limite ao exercício deste direito no princípio da isonomia, entendendo que o Estado não poderia ser obrigado a elaborar duas provas diferentes (mesmo que com a impraticável cláusula do mesmo nível de dificuldade) para candidatos que concorressem a um mesmo objetivo (Enem) em virtude de alguns deles não poderem realizar prova no sábado em decorrência de seu credo (respeito ao *Shabat*).

Este caso trata, naturalmente, de um limite ao princípio da liberdade religiosa. Mas, embora seja limitado este direito, ficou garantida a realização da mesma prova aos alunos da religião judaica desde que ficassem sem acesso ao exterior até o pôr do sol de sábado, quando teria início a prova para tais alunos. Foi uma forma prática de tentar conformar, ainda que com um certo prejuízo aos alunos que professam aquela fé religiosa, o direito de liberdade religiosa.

---

<sup>4</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 464.

O *direito de igualdade* é um dos pilares da construção de todas as teorias sobre justiça e, considerado como princípio, é um dos fundamentos da existência do Estado Democrático de Direito. Previsto na maioria das Cartas Constitucionais de todo o mundo, sempre figurou como direito previsto nas diversas constituições brasileiras.

Na Constituição de 1988, a igualdade como valor, princípio e direito foi alçada a lugar de destaque, estando prevista em seu preâmbulo, sendo um dos objetivos fundamentais da República (art. 3º), e consta no *caput* do art. 5º, que inaugura o rol dos direitos e garantias fundamentais. Além disto, não se pode descuidar que a menção à igualdade se encontra espalhada por diversos dispositivos do texto constitucional.

Para o Professor Ingo Sarlet, o princípio (ou direito) da igualdade abrange pelo menos três dimensões: (a) proibição do arbítrio, sendo vedadas tanto as diferenciações destituídas de justificação razoável quanto sendo proibido o tratamento igual para situações manifestamente desiguais; (b) proibição de discriminação, ou seja, diferenciações com base em critérios meramente subjetivos; (c) obrigação de tratamento diferenciado para compensação de desigualdade de oportunidades (eliminação, pelo Poder Público, de desigualdades de natureza social, econômica e cultural)<sup>5</sup>.

Em sua dimensão objetiva, a igualdade constitui o valor estruturante do Estado Constitucional.

Em sua dimensão subjetiva, a igualdade pode operar sob duas perspectivas: (a) na perspectiva negativa ou defensiva trata-se da proibição de tratamentos discriminatórios; (b) na perspectiva positiva, a igualdade é fundamento dos direitos derivados às prestações, de medidas que afastem desigualdades fáticas e promovam a compensação (ações afirmativas).

A presente discussão entre liberdade religiosa e princípio da igualdade ainda não foi muito bem debatida em nossos órgãos julgadores. Além desta decisão do STF (que, reitera-se, decorre de juízo de estrita delibação, pois proferida em sede de pedido de suspensão de tutela antecipada), pesquisando em nossos tribunais, encontramos apenas uma decisão mais antiga do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que negou o pedido de candidata em concurso público a realizar prova em data diferente:

<sup>5</sup> Idem, p. 531/532.

CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO PARA A ESCOLA DE MÚSICA DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO - CANDIDATO QUE PROFESSA RELIGIÃO - IMPEDIMENTO DE REALIZAR O CONCURSO NO DIA DE SÁBADO - PRIVAÇÃO DE DIREITOS POR MOTIVO DE CRENÇA RELIGIOSA - INEXISTÊNCIA - FIXAÇÃO DO DIA DA PROVA SOB PENA DE APLICAÇÃO DE MULTA DIÁRIA - AGRAVO RETIDO - PENALIDADE AFASTADA - I - Não se pode imputar a Administração Pública privação de direitos face a impedimento do Impetrante em realizar o concurso público em dia diverso do sábado, eis que o obstáculo não é ato criado pela Universidade Federal do Rio de Janeiro e sim pelo próprio Impetrante. II - Inexistente a obrigação de marcar a prova em data diversa do estabelecido no Edital, conseqüentemente, fica afastada qualquer possibilita da aplicação da penalidade. III - Apelação e remessa necessária providas e agravo retido provido. (TRF2, AMS 200151010216792, Des. Fed. Franca Neto, 5ª T., DJU Data: 13.10.2004, p. 186)

A decisão, embora datada do ano de 2004, trilhou a mesma conclusão da decisão do Supremo Tribunal Federal, apenas sob uma perspectiva diferente. Aqui, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo) entendeu que não havia obrigação ao Poder Público de marcar prova em data diversa da estabelecida no edital para candidata ter respeitado o seu direito religioso de guarda do sábado.

## CONCLUSÃO

Concluimos, após analisarmos a decisão do Supremo Tribunal Federal e o que dispõe a doutrina a respeito destes direitos fundamentais de liberdade religiosa e da isonomia, que a decisão proferida na STA 389 foi a melhor ao caso concreto.

De fato, o Estado tem o dever de respeitar o livre exercício do culto e de crença. Não pode interferir na estrutura interna das entidades religiosas,

não pode embaraçar o funcionamento dos locais de culto, deve criar terreno favorável à livre manifestação da crença, permitindo a filiação e desfiliação de qualquer de seus cidadãos a quaisquer das religiões existentes.

Também não pode se dissociar, se afastar peremptoriamente das diferentes espécies de religião, devendo, ao contrário, andar ao seu lado, sem qualquer espécie de privilégio.

Este direito de liberdade religiosa, assim como qualquer outro, possui limites ao seu exercício.

A convivência em sociedade exige de seus cidadãos a submissão a determinadas situações que podem tornar impraticáveis o respeito a determinadas tradições religiosas. A maioria das provas de concursos, vestibulares e, agora, do Exame Nacional do Ensino Médio, são realizadas nos finais de semana, período em que a maioria das pessoas estão livres de trabalho e estudo.

Por outro lado, a milenar e tradicional fé judaica prega que seus súditos guardem o *Shabat*, período que se estende do pôr do sol da sexta feira até o pôr do sol de sábado.

Porém, retirar a prova do sábado e colocá-la em outra data acabaria por gerar uma quebra da isonomia às demais religiões. E aqueles súditos de religiões que guardam outros dias da semana, como a fé católica que guarda os domingos? Como compatibilizar toda esta gama de interesses?

Também não nos parece adequada a solução pretendida pelos autores da ação no sentido de que fosse realizada outra prova (diferente da ministrada aos demais candidatos do Enem) em data diferente do sábado, desde que com o mesmo nível de dificuldade. E não nos soa adequada esta solução pelo simples fato de que não há como se garantir um igual nível de dificuldade em duas provas diferentes, aplicadas em dias diferentes, para candidatos que disputam uma mesma vaga.

O direito fundamental de igualdade, que é a razão de ser das disputas por provas, ao nosso sentir, estaria violado quando duas provas diferentes fossem aplicadas a candidatos diferentes que disputam a mesma vaga. Também estaria violado este direito fundamental acaso uma mesma prova fosse aplicada em dias diferentes, pois as condições de tempo de estudo e outros fatores acabariam por comprometer a razão de ser da disputa.

Desta forma, a nosso sentir, a decisão do Supremo Tribunal Federal foi acertada. Mas é importante assentar, mais uma vez, que esta decisão foi

proferida em grau inicial (cognição de estrita delibação), pois a urgência da medida e o prazo de aplicação das provas que se avizinhava não permitiram um aprofundamento do debate, que poderá ser retomado logo que a matéria seja novamente submetida a seu jugo.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. (Coord.). *Tratado de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

\_\_\_\_\_. (Org.). *Jurisdição constitucional*. Brasília: IDP, 2012.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

## NOVAS FORMAS DE “REGULAÇÃO” DE CONFLITOS NA ERA DA MUNDIALIZAÇÃO

*NEW FORMS OF REGULATION OF CONFLICTS IN GLOBALISATION ERA*

Jânia Maria Lopes Saldanha<sup>1</sup>

Doutora em Direito

**Autor:** Antoine Garapon e Pierre Servan-Schreiber (Dir.).

**Obra:** *Deals de justice. Le marché américain de l'obéissance mondialisée*. Paris: Puf, 2013, 199 p.

O livro organizado por Antoine Garapon e Pierre Servan-Schreiber reúne textos de sete autores, incluídos textos dos dois organizadores.

Antoine Garapon, Magistrado francês e Secretário-Geral do IHEJ – Institut des Hautes Études sur la Justice, possui uma larga trajetória intelectual comprometida com a análise crítica do direito e da justiça. Sua refinada verve de jurista é resultado da sua abertura ao conhecimento transdisciplinar, para além das fronteiras e das interdições que o tão só conhecimento da dogmática jurídica teria impedido fosse construída e lapidada.

A obra aqui resenhada representa a continuidade dessa trajetória comprometida em revolver o chão dos clichês jurídicos. Escrita em parceria com Pierre Servan-Schreiber, advogado com sofisticada militância em questões internacionais, o livro propõe uma séria reflexão acerca da influência dos inúmeros movimentos da mundialização, não somente sobre as novas formas de resolver litígios, mas também, mais significativamente, sobre os modelos de prestação de justiça de tradição civil, como o francês, que, a despeito do rompimento de fronteiras que a economia provoca, ainda se encontra fortemente atrelado ao modelo soberano de Estado.

<sup>1</sup> Realiza estudos de pós-doutorado junto ao IHEJ – Institut des Hautes Études sur la Justice e também junto à Université Sorbonne Paris II – Panthéon-Assas, Bolsista Capes Proc-Bex 2417146, Professora Associada do PPG em Direito da UFSM, Advogada.



Mais particularmente, a introdução da obra *Deals de Justice. Le marché américain de l'obéissance mondialisée* desenha o propósito dos organizadores: propiciar que os inúmeros autores apresentassem temas que evidenciam, de um lado, as profundas transformações pelas quais a justiça passa nos dias atuais e, de outro, os novos modelos de regulação de conflitos que existem fora dos modelos tradicionais. O que chama a atenção é justamente a demonstração dos caminhos diversos que se construíram, a partir das práticas do direito americano, para solucionar conflitos que envolvem interesses de grandes empresas. Ausência de processo, ausência de juiz, ausência de defesa e de decisão. O que se apresenta são as transações e a dúvida do que teria acontecido se o conflito tivesse sido submetido à jurisdição do Estado.

O que há de surpreendente nesse novo cenário é a novidade dessa forma de solução de conflitos que conduzem os juristas – e os organizadores da obra – a perguntar: a) para que lado olhar? b) quais obras consultar?; c) o que refletir?.

Esses questionamentos estão vinculados a outros, de conteúdo mais profundo, justamente porque dizem respeito à necessidade da regulação da mundialização, aos desafios que essa apresenta e que remetem à necessidade de equilíbrios fundamentais entre direito, filosofia e política. Alguns campos específicos e nevrálgicos a qualquer jurista são desde logo destacados, pois, afinal, a mundialização suscita novos modos de solucionar os conflitos que estão sendo produzidos em seu vasto universo.

Os organizadores chamam a atenção, desde logo, para a situação de empresas que tenham algum vínculo com os Estados Unidos, por exemplo, que sejam titulares de ações cotadas nas bolsas americanas. Se estiverem em dificuldade por terem descumprido as leis americanas, serão convidadas a participar de um procedimento de investigação extrajudicial sobre sua situação. Constatadas irregularidades, tudo se passa fora da justiça e, muitas vezes, as empresas são levadas a fazer acordos e a pagar multas. Esses acordos são realizados entre as empresas e as autoridades administrativas americanas.

Mediante notícias de corrupção, a empresa se submete à investigação interna para depois fazer o acordo, como ocorreu no célebre caso “Siemens”. Mas por que essa empresa concordou com tal situação? Para não se submeter a três jurisdições, no mínimo: a alemã, a americana e a dos estados onde os atos de corrupção foram praticados. E submeteu-se, outrossim, porque não pretendia ficar esperando por muito tempo a resposta da justiça, mesmo que os custos das investigações internas fossem elevados. Um *deal* para as empresas é rápido

e acaba sendo uma escolha razoável. E as investigações internas elas confiam aos escritórios de advogados. Esse parece ser, segundo os autores, um caminho sedutor, na medida em que a investigação que se faz não está ligada a nenhum poder centralizado.

Na percepção dos organizadores, esse cenário trata de uma nova forma de governar, como referiu Foucault. Ele ultrapassa os pilares do paradigma jurídico: soberania; autoridade do direito e territorialidade. É um novo tipo de governo: indireto; desterritorializado, pois se aplica às operações comerciais globais e; universal, porque é endereçado a todas as empresas, sejam americanas ou não. Esse perfil produz novas práticas não desconectadas da cultura. Com efeito, elas derivam mesmo da cultura americana e também das empresas, as quais encontram interlocutores capazes de resolver rapidamente seus litígios. Ora, essa estratégia americana repousa sobre os mercados, justamente porque são desterritorializados. Nessa ótica, nem o direito internacional público tampouco o direito internacional privado conseguem dar as respostas a esses novos desenhos dos litígios. O que é verdadeiramente curioso, na visão dos autores, é o quanto essas práticas mostram no que se transforma o direito quando a economia se transforma no último lugar de verificação.

A relação hoje ocorre entre entidades calculantes – estados, empresas, ONGs, grupos de pressão – e é por meio delas que se efetua a regulação. Combinando com os princípios neoliberais, as decisões não se orientam mais pela política, mas sim pelo cálculo. A nova forma de governar é fazer convergir interesse e cálculo. Assim, o Estado economiza, deixando as empresas investigarem a condição de que são acusadas. E há um fenômeno curioso, isto é, a mundialização acusa a dissimetria entre as forças não estatais, por exemplo, para praticar corrupção – empresas, organizações criminais ou associações terroristas – e as forças estatais para investigar e punir.

Dizem os autores que o Estado não pode estar em todos os lugares e os custos são imensos contra resultados ainda modestos. Essas dificuldades são acrescidas quando se percebe os novos tipos de crimes: corrupção, acordos ilícitos, violação de embargos. Eles não só violam frontalmente o direito, mas também o falseiam. Abandonada a ingenuidade, então, a luta contra a criminalidade global também deve se mostrar astuciosa e inventiva. Nessa análise, o que se tem é uma justiça dos acordos – sem que haja processo, o momento da verdade, que é aquele em que os cidadãos poderiam vir a conhecer o que se passa no interior das empresas multinacionais, jamais chega a ocorrer.

Os capítulos da obra mantêm uma íntima coerência com essa percepção. Hubert de Vauplane, ao tratar de uma nova geopolítica da norma, mostra com competência um duplo fenômeno, visível, mas silencioso. Ele indica que as grandes empresas conduzem a diplomacia dos estados e que, por outro lado, existe em curso uma politização do comércio. O que há, então, é uma “diplomacia” das empresas, o que faz testemunhar o alargamento das fronteiras da governança econômica. Essa percepção ajuda a entender bem o que segue no segundo capítulo da obra.

Com efeito, sobre a existência de “uma justiça negociada”, Olivier Boulon refere que ela possui como pressuposto impertinente a própria ausência do juiz. Grandes empresas europeias têm negociado com as autoridades americanas a fim de escapar do processo judicial. Assim, nenhum juiz americano condenou essas empresas. Trata-se de submissão às leis americanas que, segundo os Estados Unidos, possuem efeitos extraterritoriais e que, por isso, submeteriam as empresas aos seus efeitos. Os Estados Unidos abriram numerosas investigações contra essas empresas ao argumento de que elas violaram os programas americanos de sanção econômica, seu direito aduaneiro e sua legislação anticorrupção. Um novo paradigma toma forma nesse cenário: é o relativo à emergência da justiça negociada, no qual, paradoxalmente, o juiz está ausente. Significa dizer que, nesse modelo de justiça, as empresas participam de sua própria incriminação para escapar do juiz. Como resultado, o que se vê é uma enorme multiplicação de acordos transnacionais em que tais empresas concordam em pagar elevadas multas, geralmente de muitos milhões de dólares.

Essas práticas, ao contrário do que se pode imaginar, interessam a essas empresas. A atitude colaborativa com as autoridades americanas, no quadro de um processo informal, permite que tais empresas façam economia e evitem publicidades negativas em torno de seu nome, o que seria efeito imediato da abertura de um processo judicial, cuja publicidade é uma garantia constitucional na maioria dos estados. Mas, antes disso, o que essas empresas buscam evitar adotando essa postura de concordância é o risco de um processo nos Estados Unidos, o que prejudicaria, a toda evidência, o seu direito de contratar com as autoridades públicas americanas. O preço a pagar, então, é submeter-se a esse processo informal e caro, que se desenvolve fora dos quadros legais da jurisdição e que é sigiloso.

Para além de todo quadro legal específico, o modelo do *Speed Trial Act*, adotado pelos Estados Unidos, afasta realmente o controle do Poder Judiciário. Os advogados assinam os acordos e as empresas envolvidas concordam

em pagar sanções financeiras consideráveis e reconhecem um quadro fático complexo que as submete a medidas de prevenção. É da autodefesa assumida pelas empresas que trata Astrid Mignon Colombert neste terceiro capítulo. A “norma” *self*, uma sorte de diretiva não escrita, impõe às empresas um modo único de autorregulação. Detectada uma situação reputada de ilícita, a empresa denuncia os fatos à autoridade americana – *self reporting* –, coopera com ela, reconhece os fatos, compromete-se a não os discutir, seja no solo americano ou fora dele, produz seus próprios recursos de erradicação das fontes da ilicitude, aceita ser monitorada por um terceiro – o monitor. Esse novo modo de tratar os ilícitos impõe, do ponto de vista do processo, uma radical transformação da noção de defesa, que é, em geral, associada a uma acusação formal, no quadro de um processo judiciário ou no processo de arbitragem. Ao contrário da defesa em processo, aqui no *Speed Trial Act* a defesa é concebida como uma estratégia de recuperação de iniciativa. Trata-se de uma defesa em que, essencialmente, “se trata menos de combater com dignidade que de restar vivo a qualquer preço”.

Pierre Servan-Schreiber, tomando por base a própria experiência de advogado militante, diz que nesse processo negociado a figura do advogado pode mesmo ser questionada. Mas é certo, não é de ser ignorada a existência de diferenças entre ser um advogado na Europa e nos Estados Unidos. O fato que se coloca, para os advogados do velho mundo, é que nesse modelo de solução de conflitos em que as empresas são conduzidas a cooperar, fatalmente emergirá a tensão entre a manifestação da verdade (que está ao centro do modelo do processo americano) e a satisfação do cliente. Essas questões, seguramente, brotam nesses novos modelos de processo e não são, certamente, desprezíveis.

Mesmo sob reticências iniciais com relação ao papel que deverá exercer, há boas razões para o advogado orientar seu cliente a concordar em fazer o acordo. Ele deve mesmo aceitar esse dado de realidade e cooperar, pois, do ponto de vista sistêmico, é o mal menor a correr. Outrossim, se não pode ser negado ter a empresa atividades nos Estados Unidos, parece ser hoje inevitável furtrar-se ao acordo. E após essa tomada de posição, segundo a tradição americana, não será mais possível ao advogado omitir a verdade ou fazer-se cúmplice de seu cliente, sob pena de ser acusado não só de cumplicidade, mas de obstruir a própria justiça. Ao contrário, fazer da cooperação um verdadeiro colaboracionismo é importante para convencer as autoridades americanas. É, então, defender os interesses da empresa. Seria verdadeiramente desastroso para os interesses da empresa apresentar resultados inconsistentes ou incompletos por erro ou deliberadamente. Este tipo de conduta, no sistema americano, joga uma forte

dose de descrédito, em prejuízo certo à empresa, risco que ela, no fundo, não está disposta a correr.

Reinventar a defesa é, então, tarefa irrenunciável ao advogado nesse novo cenário de resolução de conflitos. A *theory of the case*, segundo o direito americano, deverá estar ao centro da defesa. Isso significa dizer que a cooperação não dispensa, mas mantém o lugar da defesa que, no entanto, precisa ser reinventada. Não deixa de ser um poderoso desafio aos práticos da tradição civil.

A economia, para o Estado, passa a ser a marca desse modelo de resolução de controvérsias, se é possível orientar o pensamento por essa perspectiva de análise. Antoine Garapon, no quinto capítulo, afirma, ancorado em boas razões teóricas, que os *deals de justice* não se tratam de “modos alternativos de solução de conflitos”, mas sim de um novo modelo de regulação. Por isso mesmo nós hesitamos de denominá-lo de jurídico, na medida em que ele perturba os fundamentos do direito. É que, segundo ele, neste novo cenário, o direito não é mais destinado a ser aplicado, mas consiste apenas na alavanca da cooperação.

Tais práticas são coerentes com os princípios do Estado americano que, com eficiência e competência, sabe combinar bem seu poder político com seu poder econômico. No caso de descumprimento das leis americanas por parte de empresas, a aplicação estrita do direito e a possibilidade de sanções econômicas têm valor como mecanismo de pressão que, no entanto, devem ser neutralizados a qualquer preço. Assim, a novidade que está instalada é que o destino não é, no final, cumprir o direito, mas, antes, ficar fora dele, de renunciar a ele. Assim, aplicação do direito e de sanções econômicas não se destina à proteção, mas sim à “devastação”, como refere o autor. Para evitá-la, é preciso transigir. A condição, portanto, é que se o Poder Judiciário renuncia a exercer suas prerrogativas, as empresas também deverão renunciar ao processo e à oposição de seus direitos aos outros.

Com isso, bem se vê que a aceitação de uma transação não visa propriamente à ordem, e sim à cooperação com o poder, diz Garapon. Deve, então, ser aquilatada em termos políticos. Essa cooperação, nesse novo modelo de regulação, pode tomar diferentes formas: a apresentação de uma autodenúncia às autoridades (*voluntary disclosure*), aliás, contrária à Quinta Emenda da Constituição americana contra a autodiscriminação; a participação ativa em inquéritos internos etc. Mas por esse mecanismo de “solucionar conflitos” o poder resolve um dos problemas maiores quando se fala em decisões da justiça: em executá-las. Entretanto, em geral, as empresas não contestam esse método,

pois o preferem ao tempo moroso do processo que se constitui, segundo ele, “em uma penalização de fato” por terem escolhido exercer seus direitos. Mas a penalização real que não querem arriscar sofrer é a de ficarem “excluídas” do mercado.

Curiosamente ou não, esse sistema assim construído, segundo Garapon, independe do espaço público para existir. A relação que se estabelece, voltada à cooperação, não é mediatizada por uma regra, como nas relações decididas pela justiça. O ponto alto é que esse sistema de regulação pauta-se pelo alcance da eficiência, seja pela noção de controle, de supervisão e de sanção, seja pelo sucesso da execução, então são situações que podem ser associadas à palavra *enforcement*, cuja definição e tradução não são tarefas fáceis. De todo modo, o que parece emergir dessa cultura jurídica americana é um hiato, uma brecha entre a forma do direito e sua substância, entre o direito e a realidade que muito mais do que um problema cultural é, em verdade, uma questão de regulação do mercado que desembocará no mercado da virtude, com o bem posto por Daniel Soulez-Larivière.

Em seu último capítulo, a obra apresenta a perspicaz análise filosófica de Frédéric Gros, que, de certo modo, faz a síntese do pensamento dos que o antecederam. Para ele, a cooperação das empresas para, por si mesmas, resolverem os litígios de que são acusadas apresenta uma justiça com vias inéditas: justiça sem juiz, sem pronunciamento de uma pena pública, uma justiça sem garantia e negociada. Ao contrário do conhecido na tradição civil, a justiça emerge como ameaça. Trata-se de perceber que, no sistema do acordo livremente consentido à justiça americana – *deferred prosecution agreement* –, esse esquema americano é diferente. O ponto de partida é o de que a empresa violou as leis econômicas americanas e lhe é oferecida uma generosa solução de substituir o processo por meio de um acordo. Ora, como lembrado antes por Antoine Garapon, Gros diz que entrar em um processo é aceitar entrar em uma temporalidade incompatível com a urgência dos negócios. O surpreendente, desse ângulo de análise, é que a importância de uma empresa que tem ações na bolsa não é o que ela vale hoje, mas sim o que pode valer amanhã.

Confessar para não ser culpabilizado inverte a lógica da confissão que existe justamente para acarretar a culpabilidade. Assim, confessar é punir a si mesmo. Por essa razão, a confissão é considerada pelos sistemas de justiça não apenas como um meio de prova, mas a melhor prova. Nesse caso, a confissão desarma o processo. A pergunta é se, nesse cenário, os advogados nomeados pela empresa não se comportariam mais como juízes que propriamente como

advogados. Sim, porque, quando a empresa apela ao escritório dos advogados, ela já assinou um acordo concordando, por antecipação, a pagar uma multa. Essa realidade altera sensivelmente o sentido tradicional da defesa. A empresa coopera com sua própria acusação e o que faz é multiplicar os sinais de sua “boa vontade”. E o acordo que ela faz com as autoridades americanas pressupõe que ela renuncie às garantias clássicas da defesa.

Toda a política da empresa é conduzida à redução da eficácia do risco de transgressão da lei, algo que Foucault já antevira em o Nascimento da Biopolítica quando disse que o que as empresas buscam é o favorecimento de um meio que garanta a liberdade de ação, ou seja, ação essa que ela tem consciência dos riscos. O que está em destaque então não é mais a consciência moral relativa à transgressão, e sim a capacidade de percepção dos riscos.

Finalmente, o que a obra demonstra em seu conjunto é que os novos mecanismos americanos de repressão da delinquência econômica não contam mais com os meios tradicionais de solução de conflitos. Há mesmo um abandono das garantias processuais. Para isso, o procurador, os advogados e a empresa devem agir com transparência, já que é um requisito que demonstra que a empresa joga lisamente com as regras do jogo e que é confiável. No final, segundo os autores, a justiça não é mais para dizer a lei, ela também participa da regulação de fluxos.

A leitura dessa importante obra é fundamental em um tempo em que o sistema processual brasileiro sofre profunda transformação. Ela faz com que nos perguntemos, por exemplo, se o novo Código de Processo Civil contém instrumentos processuais alinhados com os problemas e com as demandas que a mundialização produz e que, inevitavelmente, reclamam a atuação das instâncias judiciais. E a leitura deste livro pode mesmo começar inspirada em Walter Benjamin: “O texto é trovão que segue ressoando por muito tempo”.

Em fevereiro de 2015, no inverno de Paris.