

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 417

(ano VII)

(12/08/2015)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2015

Conselho Editorial

**COORDENADOR GERAL (DF/GO) -
VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:**
*Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em
Direito Penal Internacional.*

*Coordenador do Direito Internacional
(AM/DF):* **SERGIMAR MARTINS DE
ARAÚJO** - *Advogado com mais de 10 anos
de experiência. Especialista em Direito
Processual Civil Internacional. Professor
universitário*

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

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

Coordenador de Direito Penal - **RODRIGO
LARIZZATTI (DF):** *Doutor em Ciências
Jurídicas e Sociais pela Universidad del
Museo Social Argentino - UMSA.*

País: *Brasil*. Cidade: *Brasília – DF*.
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DO DIA



12/08/2015 Leonardo Sarmento

» [STF pondera sobre o crime de bagatela e a reincidência - Interessante!](#)

ARTIGOS

12/08/2015 Maria da Silva Azevedo Bezerra

» [Usucapião especial urbana: uma das conquistas da função social da propriedade](#)

12/08/2015 Caio Alexandre Guimarães Garcia

» [Limitações ao poder constituinte originário na manifestação de uma nova norma soberana](#)

12/08/2015 Bruno Sales Pereira

» [Artigo 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal: os restos a pagar e a gestão financeira pública](#)

12/08/2015 Lizarb Cilindro Cardoso

» [A descontinuidade do exercício da atividade rural à luz da Instrução Normativa nº. 77/2015](#)

12/08/2015 Frederico Magalhães Costa

» [A interpretação da imunidade tributária dos templos da Igreja Universal do Reino de Deus da cidade de Salvador](#)

12/08/2015 Tauã Lima Verdán Rangel

» [Comentários à Lei nº 13.144/2015 e a alteração no Instituto do Bem de Família: Mais uma verborragia legislativa?](#)

MONOGRAFIA

12/08/2015 Karol Pires Freitas

» [O direito à saúde e o papel da Defensoria Pública na sua efetivação: um estudo dos atendimentos feitos pela Defensoria Pública do Estado da Bahia \(de julho a novembro de 2013\)](#)

STF PONDERA SOBRE O CRIME DE BAGATELA E A REINCIDÊNCIA - INTERESSANTE!

LEONARDO SARMENTO: Advogado. Professor constitucionalista, consultor jurídico, palestrante, parecerista, colunista do jornal Brasil 247 e de diversas revistas e portais jurídicos. Pós graduado em Direito Público, Direito Processual Civil, Direito Empresarial e com MBA em Direito e Processo do Trabalho pela FGV.

Quando criticamos discussões banais em nosso “Tribunal Constitucional”, retirando o foco e o especial trato para as questões constitucionais mais relevantes, eis um dia feliz em que devemos nos curvar pela utilidade que prestou.

Em importante decisão o Supremo Tribunal Federal esteve em vias de firmar uma tese que balizasse a jurisprudência em torno da aplicação do princípio da Insignificância. Mas apesar de não chegar a uma decisão expressa, os ministros estabeleceram uma orientação de que a reincidência na prática do crime não afasta necessariamente o reconhecimento da insignificância. Firmaram ainda, que o juiz, a cada caso, poderá determinar o cumprimento da pena em regime aberto, mesmo nos casos de reincidência.

Em discussão estavam três HCs (HC 123.734, HC 123.108, HC 123.533) afetados ao plenário pelo relator, ministro Luís Roberto Barroso, na tentativa de que o tribunal estabelecesse uma regra para aplicação do princípio da insignificância.

Num dos HCs, um homem foi preso, acusado de pular o muro e retirar telhas de um mercado para furtar 15 bombons. De acordo com o dono do mercado, este homem já teria furtado seu mercado em três outras ocasiões, levando cheques, dinheiro e um GPS. No outro caso, um réu

reincidente furtou um par de chinelos no valor de R\$ 16. E no último, um casal furtou dois sabonetes – no valor de R\$ 48.

O ministro Luís Roberto Barroso propôs, ao final de seu voto, três teses:

1 – A reincidência ou a qualificadora do furto não impedem “por si sós” que o juiz da causa reconheça a insignificância penal da conduta;

2 – Se o juiz da causa entender que poderia aplicar a insignificância, mas no caso concreto decidir aplicar a pena, o regime de cumprimento poderá ser o aberto ou domiciliar;

3 – Na hipótese de pena restritiva de liberdade, por reincidência ou por qualificadora do furto, o juiz poderá ou deverá aplicar penas restritivas de direitos.

Barroso colocou-nos não ser a melhor resposta penal do Estado manter encarceradas pessoas condenadas por condutas como estas. Por isso, aplicava para os casos o princípio da insignificância.

A maioria do tribunal não concordou em referendar expressamente essas teses. Prevaleceu no julgamento a posição do ministro Teori Zavascki. Em seu voto, o ministro julgou que, nos casos concretos, por haver reincidência e em razão das condutas dos condenados, não se poderia aplicar o princípio da bagatela.

“Negar a atipicidade dessas condutas seria considerar que as condutas seriam lícitas”, afirmou o ministro Teori Zavascki. E lembrou os casos recentes de linchamento. Sem a resposta do Estado, disse o ministro, “a sociedade procurará proteger-se fazendo justiça por mão própria”.

Entretanto, o ministro admitiu a hipótese de que o juiz, caso a caso, possa aplicar a insignificância, mesmo em casos de reincidência. E concedeu habeas corpus de ofício para que um dos condenados, que cumpria pena em regime semiaberto, passasse para o aberto.

Ao final do julgamento, o ministro Barroso decidiu aderir ao voto do ministro Teori Zavascki e permanecerá como relator dos acórdãos. Ao final da sessão, ele explicou o que ficou definido.

“O tribunal entendeu que, nos casos concretos, a reincidência ou coautoria ou rompimento obstáculo impediam o reconhecimento e aplicação do princípio da insignificância”, disse. “O tribunal, no entanto, por maioria, observou que reincidência por si só não impede o reconhecimento. Mais importante: firmou entendimento de que, nessas hipóteses, é possível o cumprimento direto de pena em regime aberto”.

Devemos concordar com a tese que prevaleceu, pois de “insignificância em insignificância o caos se denota com significância”. Mas caso a caso o juiz deverá ponderar o caso concreto e agir com razoabilidade e coerência levando em consideração as consequências sociais de sua decisão.

USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA: UMA DAS CONQUISTAS DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

MARIA DA SILVA AZEVEDO BEZERRA: Técnica Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Graduada em Fundamentos Jurídicos pela Universidade do Tocantins - UNITINS / Graduada do Curso de Direito da Faculdade Guanambi.

RESUMO: O presente artigo foi elaborado com o intuito de analisar de maneira reflexiva uma das formas de concretização da função social da propriedade que, dentre outros institutos existentes, merece destaque a usucapião especial urbana. Trata-se de uma inovação constitucional de grande relevância, através da qual, quando o titular do direito de propriedade o exerce sem legítimo interesse e de forma contrária à sua destinação social, poderá ser tolhido desse direito em benefício ao possuidor que conferiu função social à propriedade. Com o desígnio de alcançar a finalidade proposta nesse estudo foi realizada, de forma descritiva e exploratória, ampla pesquisa bibliográfica, na qual foram analisadas as legislações constitucional e infraconstitucional pertinentes à usucapião, bem como os diversos posicionamentos de vários autores sobre o tema em comento. E, não obstante a inserção do instituto em textos constitucionais anteriores, este modo de aquisição da propriedade ganhou contornos mais delineados a partir da Constituição Federal de 1988, com a instituição da usucapião especial urbana, também chamada de usucapião constitucional. Este instituto, também presente no Código Civil de 2002 e no Estatuto da Cidade, sob viés constitucional, constitui primado à projeção da pessoa humana em seus valores e direitos fundamentais.

Palavras-chaves: Direito Civil. Direitos Fundamentais. Usucapião Constitucional.

INTRODUÇÃO

Posse e propriedade sempre foram institutos de discussão no âmbito jurídico e, ante a relevância temática pertinente, convém destacar o instituto da usucapião por ser um dos efeitos mais importantes da posse, pois é o caminho pelo qual a situação fática do possuidor se converte em direito de propriedade e em outros direitos reais. Apesar da possibilidade de usucapir bens móveis, o presente estudo atém-se à usucapião de bens imóveis e, especialmente, na modalidade especial urbana, pois tem como atributo basilar o caráter social, exigindo pois uma nova visão civilista pautada na legislação constitucional. Constitui uma das formas de concreção e reafirmação do direito de propriedade ligado à sua função social. É o que veremos adiante.

1 CONTEXTO HISTÓRICO

A usucapião é um instituto antiquíssimo, datada de 455 antes de Cristo e consagrada na Lei das Doze Tábuas, sendo que, inicialmente, só fazia jus a esse instituto o cidadão romano, não se estendendo, pois, a estrangeiros e a peregrinos.

Assim, conforme prelecionam Farias & Rosenvald (2013), os bens do proprietário eram mantidos pelos peregrinos, sendo que aquele podia reivindicá-los destes quando bem entendesse. Todavia, com a expansão das fronteiras do império, foi concedido ao peregrino, excepcionalmente, uma espécie de prescrição cujo elemento fundamental

se pautava na posse da coisa por longo tempo. Diferia das modalidades atuais de usucapião, pois o proprietário negligente perdia apenas a posse, mas não o domínio da coisa. Mais tarde, em 528 d.C, Justiniano convergiu essa exceção de prescrição (concedida ao peregrino) em usucapião, podendo o possuidor exercer o direito reivindicatório da propriedade. Dessa forma, a usucapião se converteu, simultaneamente, em modo de perda e aquisição da propriedade, considerada como prescrição aquisitiva – ambas tendo como elemento fundamental a ação prolongada do tempo.

Não obstante a doutrina majoritária consagrar a usucapião como prescrição aquisitiva, há quem não recomenda essa sinonímia. Nesse sentido, pontificam Farias & Rosenvald (2013) que a prescrição é forma de extinção de pretensões reais e obrigacionais pela inércia do titular no exercício do direito subjetivo pelo decurso do tempo, enquanto a usucapião é simplesmente um modo de aquisição da propriedade.

2 CONCEITUAÇÃO DE USUCAPIÃO

A usucapião pode ser definida como uma forma originária e declaratória de aquisição da propriedade e de outros direitos reais por meio da posse ininterrupta e sem oposição, com *animus domini* (intenção de possuir a coisa como se dono fosse), durante determinado lapso temporal fixado - de forma expressa – em lei, observado ainda outros requisitos legais. Esse instituto advém de uma posse mansa, pacífica e contínua, na qual o decurso de tempo é fator condicionante para a operacionalização da usucapião que, nesse sentido, houve uma redução dos prazos no Código Civil de 2002 em relação ao Código de 1916.

3 FUNDAMENTOS

Há quem considere a usucapião como uma forma de punição em face do proprietário pela sua desídia, e/ou ser o instituto um meio de conquista da paz social. Nessa seara, com bastante propriedade, expõem Farias & Rosendal (2013, p. 397) que

O fundamento da usucapião é a consolidação da propriedade. O proprietário desidioso, que não cuida de seu patrimônio, deve ser privado da coisa, em favor daquele que, unindo posse e tempo, deseja consolidar e pacificar a sua situação perante o bem e a sociedade.

Já para Gomes (2010), a ampliação das espécies de aquisição da propriedade por meio da usucapião com destinação para o trabalho ou para a moradia evidencia que, atualmente, o fundamento do instituto aponta para uma função social de posse diversa da função social da propriedade, cujo entendimento já se verificou antes mesmo da Constituição Federal de 1988.

Atualmente, também é cabível a afirmação de que o bem jurídico que alicerça o instituto da usucapião é o cumprimento da função socioeconômica da propriedade. Nesse sentido, se posicionou o próprio legislador civil infraconstitucional ao reduzir os prazos para aquisição da propriedade mediante usucapião, dando efetividade ao quanto disposto no art. 5º, incisos XXII e XXIII e no art. 170, inciso III, ambos da Carta Magna de 1988[1].

4 ESPÉCIES

As modalidades de aquisição da propriedade imóvel por intermédio da usucapião estão reguladas no Código Civil de 2002 em seus artigos 1.238 a 1.244 e também, na Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) em seus artigos 9º a 14. Além de premiar os possuidores que conferem função social à posse com a redução dos prazos para aquisição, referidas legislações abriram nova regulação jurídica às diversas formas de usucapião, seja na área urbana seja na área rural, reportadas da Carta Maior de 1988 em seus respectivos artigos 183 e 191.

São espécies de usucapião: extraordinária, ordinária e especial (rural e urbana). Presentes os elementos imprescindíveis e comuns ao instituto da usucapião como a posse *ad usucapionem*, mansa, pacífica e contínua, as modalidades de usucapião divergem entre si pela instituição de outros requisitos. Em razão da amplitude das diversas formas de usucapião, o presente estudo não tem por escopo adentrar minuciosamente a todas as modalidades do instituto, mas é de salutar importância tecer breves comentários atinentes às suas diferentes espécies, consoante exposto a seguir.

Assim, na usucapião extraordinária, prescinde prova de justo título e boa-fé, exigindo-se a comprovação da posse ininterrupta pelo prazo de 15 (quinze) anos, ou de 10 (dez) anos se o morador houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo (art. 1.238 e parágrafo único do CC/2002).

A usucapião ordinária, por sua vez, disciplinada pelo art. 1.242, *caput*, do Código Civil/02, dispõe sobre a possibilidade de aquisição da propriedade imóvel, com justo título e boa fé, possuindo-a por 10 (dez)

anos contínuos; e, no § único do aludido artigo, dispõe sobre a redução do prazo para 05 (cinco) anos, desde que o imóvel foi adquirido de forma onerosa, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico.

Já a usucapião especial rural ou *pro labore* disposta no art. 191 da Constituição Federal/88 e reproduzida, sem alterações semânticas, no art. 1.239 do Código Civil de 2002, atribui propriedade àquele que, não sendo proprietário de outro imóvel rural ou urbano, possua, com a intenção de ser dono, área de terra rural, não excedente a 50 (cinquenta) hectares, pelo prazo de 05 (cinco) anos, sem interrupção, sendo o imóvel destinado à moradia e produtivo pelo seu trabalho ou de sua família.

Merece ainda mencionar a modalidade de usucapião urbana coletiva, prevista no art. 10 do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/01), *in verbis*:

As áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.

Também a esse respeito, pontificam Farias & Rosenvald (2013) que a usucapião coletiva de imóveis particulares constitui um forte instrumento de função social da posse, permitindo uma alternativa de aquisição da propriedade em favor dos possuidores impossibilitados de adquirir a propriedade através de ações individuais de usucapião.

E, a Lei nº 12.424/2011 inseriu no Código Civil/2002, em seu artigo 1.240-A e seu parágrafo 1º, uma nova e questionável modalidade de usucapião urbana – ou *pro-família* – a qual, dentre outros critérios, requer a aferição cumulativa de três requisitos, a saber, a existência de único imóvel urbano comum, o abandono do lar por parte de um dos cônjuges ou companheiro e o transcurso do prazo de 02 (dois) anos.

Tecidas algumas considerações sobre as diversas espécies de usucapião e, não obstante a fundamental importância de cada uma delas, conforme já exposto, o presente estudo destina-se ao aprofundamento da usucapião especial urbana (com previsão no art. 183 da CF/88[2] e reproduzido no art. 1.240, *caput*, e §§ 1º e 2º do Código Civil/2002[3]). Por ser uma das mais nítidas demonstrações do princípio da função social da propriedade previsto na Constituição Federal da República de 1988 é que adrede veremos adiante mais detidamente.

5 A IMPORTÂNCIA DA POSSE PARA FINS DE AQUISIÇÃO PELO INSTITUTO DA USUCAPIÃO

Primeiramente, convém destacar a nítida distinção existente entre posse e detenção, ou seja, interessa definir se determinada pessoa é possuidora de alguma coisa ou simplesmente mera detentora desta. Assim, esclarecem Nery Jr. & Nery (2006) que, para a teoria clássica de

Savigny, a vontade de possuir a coisa para si é que origina a posse jurídica e quem possui por outrem é mero detentor. Já para Jhering, a posse é a simples exteriorização da propriedade e dos poderes a ela inerentes, havendo possibilidade de existir sem que o possuidor tenha a intenção de ser dono. Quem exerce poderes sobre a coisa sob instruções e ordens de outro tem mera detenção.

Feitas aludidas considerações, de acordo com o art. 1.196 do CC/2002 (BRASIL, 2002), “considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”. Então, sendo a usucapião um dos efeitos da posse, é extremamente importante que se tenha ciência do momento exato em que se iniciou a posse para fins de apuração do prazo legal para a sua aquisição.

Nesse diapasão, em relação à modalidade de usucapião especial urbana, prevista no art. 183 da Constituição Federal, há peculiar característica sobre o início da vigência do prazo aquisitivo da propriedade, visto que não alcança situações pretéritas. Assim, mesmo aqueles que, antes da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, preenchiam os demais requisitos inerentes à citada espécie de usucapião não poderiam adquirir a propriedade. Nesse sentido, se posicionou a Corte Superior consoante julgado *in verbis*:

Usucapião especial (CF, art. 183): firmou-se a jurisprudência do STF, a partir do julgamento do RE 145.004 (Gallotti, *DJ* de 13-2-1997), no sentido de que o tempo de posse anterior a 5-10-1988 não se

incluir na contagem do prazo quinquenal estabelecido pelo art. 183 CF (v.g. RE 206.659, Galvão, *DJ* de 6-2-1998; RE 191.603, **Marco Aurélio**, *DJ* de 28-8-1998; RE 187.913, Néri, *DJ* de 22-5-1998; RE 214.851, **Moreira Alves**, *DJ* de 8-5-1998.)” (RE 217.414, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, julgamento em 11-12-1998, Primeira Turma, *DJ* de 26-3-1999.). (A CONSTITUIÇÃO E O SUPREMO, 2014, p. 1.582).

6 REQUISITOS DA USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA

A usucapião *pro-moradia* não se trata de uma mera utilização da coisa, pois se assim fosse, restaria uma insegurança jurídica em relação ao proprietário, revelando-se uma verdadeira apreensão de seus bens.

Revela-se, dentre outras, uma forma de impulsionar o direito à moradia, previsto constitucionalmente como um direito social. As condições previstas na legislação constitucional para fins de usucapião na modalidade especial urbana refletem os mecanismos tutelados pelo Estado para a efetividade do direito fundamental à moradia e do princípio da dignidade da pessoa humana. Daí também ser chamada de usucapião constitucional. Frise-se que tais requisitos não são impostos às modalidades de usucapião extraordinária e ordinária.

Nesse sentido, a norma constitucional referente à usucapião especial urbana - prevista no art. 183 da Constituição Federal/88 - foi reproduzida pelo legislador civil no art. 1.240 do Código Civil de 2002. Aludidos dispositivos estabelecem que o possuidor, por 5 (cinco) anos ininterruptos e sem oposição, pode usucapir área urbana de até 250

(duzentos e cinquenta) metros quadrados, desde que, além da sua moradia ou com sua família, não seja o usucapiente proprietário de outro imóvel no período aquisitivo e não tenha adquirido qualquer outra área por meio da usucapião. Ademais, não se exige a presença de justo título e se presume a boa-fé. Esta modalidade de usucapião demonstra a preocupação do legislador com a função social da propriedade que veremos oportunamente. De posse da sentença declaratória de usucapião, esta somente será oponível *erga omnes*, após o registro no competente Cartório de Imóveis.

Urge expor que essa modalidade de usucapião - também chamada de *pró-moradia* - advém de uma posse pessoal, pois ninguém pode usucapir propriedade habitada por outrem e, sob outro ângulo, o proprietário não perde a sua propriedade simplesmente pelo não uso. Assim sendo, é mister que alguém esteja usando a coisa no lugar do proprietário. Além disso, essa habitação no local deve ser contínua, consoante se posicionam Farias & Rosenvald (2013) que essa exigência efetiva na coisa desqualifica a possibilidade de êxito para aqueles que numa eventualidade ocupam o imóvel, como naquelas hipóteses de utilização de bens em épocas de férias ou feriados.

Dessa forma, em relação à *accessio possessionis*, não há o que se falar em cômputo do prazo do cedente à posse daquele que pretende adquirir a propriedade pela usucapião especial urbana, uma vez que o lustro requer posse pessoal. Nesse sentido, vide Enunciado nº 317, do Conselho de Justiça Federal, editado nos seguintes termos:

A *accessio possessionis* de que trata o art. 1.243, primeira parte, do Código Civil não encontra aplicabilidade relativamente aos arts. 1.239 e 1.240 do mesmo diploma legal, em face da normatividade do usucapião constitucional urbano e rural, arts. 183 e 191, respectivamente.

Agora, noutra esteira, nada impede que se obtenha a usucapião por outra modalidade que não a especial urbana.

7 OPERACIONALIZAÇÃO DO DIREITO À MORADIA ATRAVÉS DA USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA

Inicialmente, convém destacar os direitos sociais como direitos de segunda dimensão que, conforme preleciona Lenza (2009, p. 758),

Apresentam-se como prestações positivas a serem implementadas pelo Estado (Social de Direito) e tendem a concretizar a perspectiva de uma isonomia substancial e social na busca de melhores e adequadas condições de vida, estando, ainda, consagrados como fundamentos da República Federativa do Brasil.

Não obstante o direito à moradia, considerado um dos direitos sociais, ter sido incorporado tardiamente no texto constitucional através da EC nº 26/2000, o instituto da usucapião para fins de moradia já estava amparado pela Carta Magna, em seu art. 183, cujo comando constitucional positivado foi reproduzido pela legislação civil, otimizando

a concreção desse direito assegurado constitucionalmente. Essa atuação positiva da legislação civilista a partir da Constituição diz respeito ao chamado Direito Civil Constitucionalizado.

Nesse sentido, o Direito Civil tradicional se despe do seu caráter hermético e puramente objetivo sendo substituído pela atuação positiva do legislador civilista ao compreender a estrutura interna da legislação civil a partir da legalidade constitucional, otimizando a sua concretude. Apesar de, historicamente, existir o desrespeito aos princípios constitucionais, esse panorama vem se modificando, principalmente com o advento da Constituição Federal de 1988, marcado por uma verdadeira remodelagem da dogmática jurídica, inclusive no âmbito civilista.

Assim, a partir da garantia de direitos, tidos como fundamentais, iniciou-se um redimensionamento interpretativo de conceitos e institutos jurídicos, a exemplo do direito de moradia, cujo uso está condicionado ao cumprimento de sua função social (Constituição Federal, art. 5º, XXIII e art. 170, III). Nesse sentido, há que se destacar uma aproximação entre a Magna Carta e o Direito Civil, mediante a efetivação dos direitos pautados na Constituição Federal, passando pois da abstração da norma para a sua aplicação ao caso concreto. Eis a incumbência dada ao jurista contemporâneo, no sentido de otimizar essa concreção, mediante a reinterpretação da Ciência Jurídica. E, convém destacar que, através dessa reinterpretação da norma, é que o Direito é caracterizado como uma ciência social com feição hermenêutica.

Assim, conforme Wald (2009, p. 195), no que atine à usucapião especial urbana, expõe que “é um caso de usucapião de finalidade social,

que não se caracteriza como *pro labore*, ou seja, não decorre do trabalho realizado pelo ocupante do solo”.

8 USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA: ATENDIMENTO À FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE OU À FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE?

Preliminarmente, salienta-se que o reconhecimento ao direito de propriedade estampado na Constituição Federal está atrelado ao bem comum e ao interesse coletivo. Sobre o direito de propriedade, explicam Araújo & Serrano Jr. (2006) que este é definido como o direito subjetivo que assegura ao indivíduo a exploração de um bem, fazendo valer essa faculdade contra todos que eventualmente a ela se opor.

Todavia, o direito à propriedade não é absoluto, ou seja, comporta ponderações quando não cumprida a sua função social. Nesse liame, Lacantinerie e Tissier apud Diniz (2010), no que diz respeito ao direito à usucapião, afirmam que não é uma usurpação, mas sim um instituto indispensável à estabilidade do direito, que pode e deve ser admitido sem que haja qualquer vulneração aos princípios de justiça e equidade.

Além do preenchimento dos critérios objetivos necessários à aquisição da usucapião na modalidade especial urbana, não resta dúvida de que a situação fática da posse constitui uma ponte de acesso ao direito à propriedade. E, subjetivamente, conforme prelecionam Efrem Filho & Azevedo (2010, p. 88)

Compreende-se a posse como um direito que seja meio de acesso a direitos humanos, como os direitos à moradia, ao trabalho, à educação, à

alimentação adequada etc., [...] Desse modo, a posse passa a ser encarada como a situação que decorre da utilização de um espaço ou coisa suficiente para a satisfação das necessidades vitais da pessoa humana.

Então, tanto a função social da posse quanto a função social da propriedade se complementam, pois a utilização apropriada da posse constitui um dos elementos de efetivação da função social da propriedade. A usucapião *pro moradia*, nesse contexto – enquanto medida repressiva constitucional imposta ao proprietário descumpridor da função social da propriedade – reflete crucial mecanismo para a concretização do compromisso assumido pelo Estado na ordem social.

Enquanto o Texto Maior ampara o direito à propriedade, concomitantemente este direito é condicionado ao atendimento da função social. Assim, também, não obstante o texto constitucional não mencionar de forma expressa o termo “função social da posse”, por outro lado, dispõe sobre os requisitos legais conferidos ao possuidor intencionado a adquirir a coisa por meio da usucapião especial urbana, o que não se confunde com um mero desejo de possuir determinada propriedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em síntese, percebe-se que o direito à moradia, incorporado à Constituição Federal/1988 como um dos direitos sociais, ensejou o surgimento de outros direitos, como no caso em comento, o direito à aquisição da propriedade por meio da usucapião especial urbana.

A efetividade da norma constitucional reprisada na legislação civil e no Estatuto da Cidade atinente ao instituto da usucapião na modalidade especial urbana, ao conferir função social à propriedade, não intenciona desqualificar o direito à propriedade prevista no próprio Texto Constitucional, mas se assenta no intuito de sublimar a dignidade da pessoa humana, não apenas garantindo, mas também tutelando o direito à moradia.

Portanto, em sendo a usucapião em sua modalidade especial urbana situada como um direito de segunda dimensão, ao Poder Público incumbe uma atuação positiva no sentido de prestar ao jurisdicionado a devida proteção e efetivação do direito à moradia como um dos direitos sociais, desde que, no que concerne à usucapião, sejam atendidos a todos os requisitos inerentes à aquisição da propriedade.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David de; SERRANO JR., Vidal Nunes. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. **Conselho da Justiça Federal**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf/view>>. Acesso em: 23 abr. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 24 abr. 2014.

BRASIL. Lei nº. 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10257.htm>.

Acesso em: 24 abr. 2014.

BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 24 abr. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **A Constituição e o Supremo**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp>>. Acesso em: 24 abr. 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

EFREM FILHO, Roberto; AZEVEDO, André Luiz Barreto. As teorias da posse e da propriedade e o campo jurídico sob conflito. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, v. 34, n. 02, p. 73-97, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Direitos Reais**. 9ª ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 20ª ed. atualizada / por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

WALD, Arnaldo. **Direito Civil: Direito das Coisas**. 12ª ed. reformulada. Vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2009.

NOTAS:

[1] “Art. 5º. [...]

XXII – é garantido o direito de propriedade;

XXIII – a propriedade atenderá a sua função social;”

“Art. 170. [...]

III – função social da propriedade;”

[2] “Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º - Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.”

[3] “Art. 1.240. Aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º O direito previsto no parágrafo antecedente não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.”

LIMITAÇÕES AO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO NA MANIFESTAÇÃO DE UMA NOVA NORMA SOBERANA

CAIO ALEXANDRE GUIMARÃES GARCIA:
Acadêmico de Direito na Faculdade de Ensino Superior de Marechal Cândido Rondon. Estagiário da Secretaria Municipal da Fazenda de Marechal Cândido Rondon.

RESUMO - Utilizando como base pesquisas bibliográficas, sobre a doutrina e os princípios fundamentais da ciência jurídica, este artigo propõe uma análise cuidadosa acerca das limitações em que o Poder Constituinte Originário está vinculado. De forma bastante didática, questiona-se a supremacia do direito positivo sobre o natural, onde a conclusão mostra que este é, na verdade, a base daquele e, por isso, o subordina. Também são apresentadas regras de direito internacional, consagradas de validade supralegal e inderrogáveis. Por esse motivo, conclui-se que o caráter ilimitado e incondicionado da manifestação constitucional originária se dá apenas de maneira relativa, no tocante às próprias normas positivas, estando o Poder Constituinte Originário limitado por, pelo menos, duas esferas: o Direito Natural e o Direito Supralegal Internacional.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição. Juspositivismo. Jusnaturalismo. Limitações.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1) TEORIA KELSENIANA DA NORMA FUNDAMENTAL 2) BREVE SÍNTESE SOBRE O DIREITO CONSTITUCIONAL. 2.1) CONCEITUAÇÃO ACERCA DO CONSTITUCIONALISMO. 3) O PODER CONSTITUINTE. 3.1) PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO. 4) DISPOSIÇÕES CONTRÁRIAS AO

CARÁTER ILIMITADO DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Com base na interminável discussão sobre a existência de uma manifestação constitucional desvinculada de qualquer limitação, seja material ou formal, seja positiva ou natural, este artigo traz como objetivo principal uma análise, com base na doutrina especializada e nos princípios fundamentais do Direito, da problemática abordada: o Poder Constituinte é, de fato, incondicionado e ilimitado?

A relevância de tal questionamento é facilmente compreendida: sendo ilimitado o Poder Constituinte, qualquer Estado poderia consagrar políticas internas autoritárias, violando direitos humanos e garantias naturalistas indispensáveis, poderia justificar suas ações pela escusa da previsão legal, condicionando seu povo a situações de calamidade, bastante comuns durante os séculos XIX e XX. Por tais motivos, é indispensável uma análise metódica e cuidadosa sobre as características essenciais de uma nova ordem constitucional.

1. TEORIA KELSENIANA DA NORMA FUNDAMENTAL

Para um aprofundado conhecimento acerca do que é e quais são os princípios de uma norma constitucional, é necessário, primeiramente, compreender certas lições primordiais acerca do Direito em si. Em “Teoria Pura do Direito”, o jusfilósofo austríaco Hans Kelsen questiona os motivos que proporcionariam o fundamento de validade de uma norma:

O que é que fundamenta a unidade de uma pluralidade de normas, por que é que uma norma

determinada pertence a uma determinada ordem? E esta questão está intimamente relacionada com esta outra: Por que é que uma norma vale, o que é que constitui o seu fundamento de validade? Dizer que uma norma que se refere à conduta de um indivíduo “vale” (é “vigente”), significa que ela é vinculativa, que o indivíduo se deve conduzir do modo prescrito pela norma. (KELSEN, 1999, p. 135)

Complementando seu raciocínio (p. 136), o autor então define que o fundamento dessa unidade de normas se dá pelo surgimento de uma norma fundamental que “(...) é a fonte comum de validade de todas as normas pertencentes a uma mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum”. Em outra oportunidade (p. 139), sintetiza que “uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo (...), mas porque é criada por uma forma determinada - em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta”.

A partir da conceituação sobre o que seria essa norma fundamental, que daria validade a todas as outras, Kelsen propõe que a ordem jurídica não é um sistema de normas ordenadas no mesmo plano, mas sim uma construção escalonada de diferentes níveis de normas jurídicas (p. 155). No topo desta, servindo como fundamento essencial de validade e poder soberano às demais, encontra-se a Constituição.

Com base nesse entendimento, a fundamentação teórica do poder soberano de uma norma sobre as demais é justificada pela ótica positivista. Um ordenamento jurídico precisa, além de disposições naturalistas, de uma própria base positiva, onde a validade e efetividade das demais normas -

subsequentes ou anteriores, quando se enquadram – poderá ser averiguada por meio de uma hierarquia contemplada.

A teoria escalonada apresenta utilidade, também, no tocante à resolução de conflitos entre normas jurídicas contraditórias. É possível que duas normas infraconstitucionais, que não contrariem a Norma Superior, possuam redações contraditórias entre si, ocasionando um problema: qual delas deverá ser obedecida? Nesse sentido, é correto o entendimento de que a hierarquicamente superior se sobreporia à inferior, deixando-a sem eficácia.

2. BREVE SÍNTESE SOBRE O DIREITO CONSTITUCIONAL

Com a enorme influência que a definição escalonada de Kelsen afeta o direito contemporâneo, surge, a necessidade de um estudo sobre a tal norma básica e fundamental, que daria validade a todos os demais institutos jurídicos.

Aumenta-se o foco, então, sobre o Direito Constitucional, que é definido por Paulo Gustavo Gonet Branco (2014), como “o ramo do estudo jurídico dedicado à estrutura básica do ordenamento normativo”. Em posição similar, Jorge Miranda (1990) sintetiza-o como a parcela do ordenamento jurídico que rege o Estado enquanto comunidade e poder.

De fato, o Direito Constitucional deve ser entendido como uma força que, mais do que o ordenamento jurídico, rege também – e principalmente – a formulação e organização do Estado em que está inserido. Tal concepção foi consagrada pela Constituição Federal Brasileira de 1988, que dispõe, dentre suas subdivisões, os títulos de Organização do Estado e dos Poderes, além da Ordem Social e dos Direitos Fundamentais.

2.1 CONCEITUAÇÃO ACERCA DO CONSTITUCIONALISMO

Apesar da teoria do escalonamento normativo datar do século 19, a origem do constitucionalismo é bem anterior. As primeiras constituições rígidas e escritas conhecidas datam de 1787, nos Estados Unidos da América, e 1791, com o advento da Revolução Francesa. Ainda assim, manuscritos coloniais do século XVII já imprimiam normas e princípios básicos a serem seguidos.

O constitucionalismo tem por objeto a construção política, estrutural e organizacional do Estado, além de propor a aquisição e limitação de poderes por parte do ente soberano e proporcionar a previsão de direitos e garantias fundamentais a seu povo (MORAES, p. 1)

Como demonstrado, a ideia de constitucionalismo existe, justamente, para dar o amparo jurídico necessário à consagração de ideais propostos por um Estado, garantindo segurança nestas aplicações. É imprescindível para a consagração de uma forma de Estado e regime de governo, por exemplo, que um mecanismo jurídico rígido lhe dê sustentação.

3. O PODER CONSTITUINTE

Com a função de instaurar, prover validade e modificar a norma jurídica soberana, o Poder Constituinte emana do povo, que também detém sua titularidade. Esse entendimento histórico foi consagrado em nosso ordenamento pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, parágrafo único.

De maneira geral, conforme aponta Pedro Lenza (2010, p. 153), o Poder Constituinte é subdividido em quatro ramificações distintas, tanto conceitualmente, como em aplicação prática: poder constituinte originário, derivado, difuso e supranacional. O foco principal deste artigo ficará com

o primeiro, que também possui dois outros subgrupos: o histórico e o revolucionário.

3.1. O PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

Conforme explica Paulo Gustavo Gonet Branco, em exemplar lição, o poder constituinte originário nada mais é do que uma força política capaz de sustentar a autoridade máxima do texto constitucional. Desvencilhando-se das superadas normas constitucionais anteriores, ou sendo o real poder pioneiro, possui a tarefa de instaurar uma nova concepção jurídica em determinada sociedade, não sendo subordinado – em teoria – a nenhuma outra norma vigente.

Ainda sobre sua conceituação e objetivo, dispõe Pedro Lenza (2010) que o poder constituinte originário “é aquele que instaura uma nova ordem jurídica, rompendo por completo com a ordem jurídica precedente (...). O objetivo fundamental do poder constituinte originário, portanto, é criar um novo Estado, diverso do que vigorava em decorrência da manifestação do poder constituinte precedente”.

O poder constituinte originário subdivide-se em duas classificações: histórico e revolucionário. Neste ponto, define-se como histórica aquela verdadeira força política original, pioneira, que propõe a primeira estruturação do Estado, enquanto revolucionárias seriam todas as outras manifestações originárias subsequentes, que rompem com a primeira e promovem modificações naquele Estado. Esse é o entendimento majoritário na doutrina, explicitado por Lenza, que define:

O poder constituinte originário pode ser subdividido em histórico e revolucionário. Histórico seria o verdadeiro poder constituinte originário,

estruturando, pela primeira vez, o Estado. Revolucionários seriam todos os posteriores ao histórico, rompendo por completo com a antiga ordem e instaurando uma nova ordem, um novo Estado. (LENZA, 2010, p. 154).

Em geral, entende-se que o poder constituinte originário se expressa, em regra, de duas maneiras: por promulgação, pela instituição de uma Assembleia Nacional Constituinte, na maioria dos casos; ou por outorga, a partir de um ato revolucionário unilateral e não democrático. Tal entendimento é corroborado por Alexandre de Moraes (2014, p. 26), Gonet Branco (2014, p. 107) e Lenza (2010, p. 156). O Brasil já proporcionou as duas possibilidades, tendo na Constituição Brasileira de 1967 e na Constituição Federal de 1988 os mais recentes exemplares de outorga e promulgação, respectivamente.

No tocante às características básicas, Lenza (p. 154-155) enumera quatro como principais, sendo elas: a) é um poder inicial, já que instaura uma nova ordem jurídica; b) autônomo, pois a estruturação do novo Estado será determinada autonomamente por quem exerce o poder; c) ilimitado, no sentido de não obedecer a limites anteriormente impostos; d) incondicionado, por não se submeter a nenhuma outra forma de manifestação já existente.

Os pontos de maior discordância, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência e nas próprias discussões políticas, se dão exatamente nestas duas últimas qualidades essenciais do poder originário, tendo a corrente positivista adotado a ideia de completa insubordinação deste aos conceitos

de direitos humanos fundamentais, a moral e ao direito natural, enquanto os naturalistas primam pela inferioridade da lei escrita sobre esses.

4. DISPOSIÇÕES CONTRÁRIAS AO CARÁTER ILIMITADO DO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

De fato, não há como prosseguir no entendimento de que o poder originário é completamente desvinculado de qualquer limitação. Uma vez definido como mecanismo de exercício de poder por parte do povo, não seria razoável a manifestação de uma força constitucional que lesasse a condição humana deste. Logo, pressupõe-se que o direito positivo está, sim, vinculado a princípios gerais do direito natural, sendo este a base daquele. Dispõe o professor Meirelles Teixeira (2011), acerca deste entendimento, que:

(...) tanto quanto a soberania nacional, da qual é apenas expressão máxima e primeira, está o Poder Constituinte limitado pelos grandes princípios do bem comum, do Direito Natural, da moral e da razão. Todos estes grandes princípios, estas exigências ideais, que não são jurídico-positivas, devem ser respeitadas pelo Poder Constituinte, para que este não se exerça ilegalmente. (TEIXEIRA, p. 213)

A ideia de direito natural como fundamento básico da lei positiva foi consolidada por Viktor Catherin, conceituado expoente da concepção tomista do jusnaturalismo. Ao fazer um contraponto com a proposta idealista de direito natural, defendida por Hugo Grócio e os demais jusnaturalistas do século XVIII, o autor propõe um ponto de vista onde o direito natural “(...) não constitui simplesmente um preenchedor de

possíveis lacunas do direito positivo, porque é antes a base indispensável, ou seja, o terreno sobre o qual repousa e do qual provém todo o direito positivo” (REALE apud CATHERIN, 1996, p. 484).

Ainda nesse sentido, é também imprescindível a lição de Aristóteles, representada por Norberto Bobbio (1999, p. 17): “o direito natural é aquele que tem em toda parte (*pantachou*) a mesma eficácia (o filósofo emprega o exemplo do fogo que queima em qualquer parte), enquanto o direito positivo tem eficácia apenas nas comunidades políticas singulares em que é posto.” (BOBBIO, 1999). Por esse entendimento, o caráter geral do Direito Natural se mostra mais sólido, em contraste à razoável flexibilidade que dispõe o Direito Positivo.

Também não é coerente especular que uma ordem normativa infrinja princípios consagrados no direito internacional, como a observância e consagração dos direitos humanos e os mecanismos supraleais que formam os princípios e o conceito da justiça. Em entendimento inequívoco, Canotilho (1993, p. 81) dispõe que “o poder constituinte é estruturado e obedece a padrões e modelos de conduta espirituais, culturais, éticos e sociais radicados na consciência jurídica geral da comunidade e, nesta medida, considerados como vontade do povo”.

Nesse sentido, Kildare Gonçalves Carvalho (2008, p. 253), citando o renomado português Jorge Miranda, propõe a classificação de tais limites supranacionais como heterônomos. Nesse caso, seguiram o princípio do direito cogente, consagrado pela Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados, de 1969, onde tais normas internacionais teriam caráter imperativo, sendo aceitas e reconhecidas integralmente pela comunidade internacional, possuindo condição de inderrogáveis. A Declaração

Universal de Direitos Humanos, proclamada pela ONU, em 1948, é um reconhecido expoente do *jus cogens*, tratado aqui.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base nas informações obtidas, fica claro que o Poder Constituinte Originário não pode ser considerado completamente ilimitado e incondicionado. Tais condições operam de maneira relativa; uma manifestação originária de força constitucional possui, sim, autonomia para reger suas bases, mas o caráter ilimitado e incondicional funciona apenas na esfera positiva do ordenamento jurídico.

Tais normas escritas estão condicionadas à, pelo menos, duas esferas diferentes: as normas de Direito Natural e o princípio do direito cogente, deflagrado pelas normas de Direito Internacional. Desse modo, não há o que falar em Poder Constituinte ilimitado, sendo tal concepção ultrapassada e considerada inconsistente pela doutrina majoritária.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, N. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Cone, 1999. p. 17.

BRANCO, P.G.G. **Noções introdutórias**. In: MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 37.

BRANCO, P.G.G. **Poder constituinte**. In: MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 103-104.

BRANCO, P.G.G. **Poder constituinte**. In: MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 103-107.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 81.

CARVALHO, K. G. **Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição**. Direito Constitucional Positivo. 14 ed. Minas Gerais: Del Rey, 2008. p. 253.

KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito** (tradução: João Baptista Machado). 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LENZA, P. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 153.

LENZA, P. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 154-155.

LENZA, P. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 156.

MIRANDA, J. **Manual de Direito Constitucional**. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1990. P. 13-14

MORAES, A. **Direito Constitucional**. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p 1.

MORAES, A. **Direito Constitucional**. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p 26.

REALE, M. **Filosofia do Direito**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 484.

TEIXEIRA, J. H. M. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. Porto Alegre: Conceito, 2011. p. 213.

ARTIGO 42 DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL: OS RESTOS A PAGAR E A GESTÃO FINANCEIRA PÚBLICA

BRUNO SALES PEREIRA: Contador, Analista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Pós-graduado em Administração Pública, Gestão Pública e Direito Administrativo.

Resumo: Com a promulgação da Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal, várias e profundas modificações foram implementadas no controle das finanças públicas. Dentre estas modificações, o artigo 42 ainda é motivo de discussão quanto à sua forma de aplicação. O presente trabalho trata da avaliação do comportamento da gestão financeira pública, evidenciando a necessidade do equilíbrio financeiro preconizado pela Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF). Mecanismos como a limitação de despesas e movimentação financeira são exemplos de instrumentais que os gestores públicos dispõem para dosar o ritmo de execução orçamentária. O estudo foi realizado analisando-se tais mecanismos, em especial o artigo 42 da LRF, relacionado à inscrição de Restos a Pagar.

Palavras-chave: Gestão Pública. Lei de Responsabilidade Fiscal. Restos a pagar. Equilíbrio das contas.

1 INTRODUÇÃO

Até o final da década de 90, o administrador público tinha em mente o precípuo objetivo de atender aos anseios da população, não se importando com os meios de que utilizaria para executar suas ações que levariam benefícios ao cidadão. As promessas de governo eram baseadas,

muitas vezes, apenas na vontade daqueles que as proferiam, sem, no entanto, se importarem com a legitimidade e moralidade de tais ações ou, ainda, se estas estariam acobertadas pelo amparo legal que, até aquele momento, só se manifestava especificamente por meio da Lei Federal nº 4.320/64 e da Constituição Federal de 1988 num sentido mais amplo, no que diz respeito ao amparo contábil e financeiro.

A partir do ano 2000, a administração pública vem sofrendo radicais mudanças no que concerne à gestão fiscal responsável. Tais alterações são o reflexo positivo do advento da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF).

Criada com o objetivo de nortear o administrador público na gestão dos recursos, a LRF, que regulamentou o art. 163 da Constituição Federal, determinou limites de gastos e da dívida pública, bem como adotou medidas para o constante equilíbrio das finanças e a gestão transparente e responsável, o que constitui um de seus pilares.

Com a publicação da LRF em 14 de maio de 2000, as administrações das três esferas de governo passaram a ter a obrigação de se adequarem às suas determinações, no que se refere ao equilíbrio orçamentário-financeiro entre receitas e despesas, ao atendimento aos limites impostos e aos mecanismos de gestão fiscal responsável e transparente; sob pena de responderem criminalmente, caso contrariem as disposições contidas na referida lei.

Entretanto, apesar de a LRF já ter sido publicada há mais de quinze anos, parte da administração pública ainda não se adequou completamente a todas as suas exigências. É um processo complexo e de difícil controle, uma vez que a fiscalização dos recursos públicos, que deve

ser feita pelo Legislativo – com o auxílio do Tribunal de Contas – e pelos órgãos de controle interno de cada poder, ainda é realizada superficialmente ou às vezes nem existe, face às dificuldades que os gestores, principalmente municipais, têm de se desvincular das questões meramente políticas, em prol da construção e manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos recursos em sua administração.

Por outro lado, percebe-se uma melhora gradativa na gestão das finanças públicas. A LRF trouxe inovação e impôs responsabilidades aos gestores no trato da coisa pública. Em decorrência disso, é importante frisar que os órgãos de controle precisam estar engajados na busca da eficiência e do cumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal, a fim de fiscalizar o cumprimento de um dos seus principais objetivos: o equilíbrio das contas públicas.

Dentro do contexto apresentado, o presente artigo tem o objetivo de analisar e demonstrar o comportamento da gestão financeira pública em relação ao pagamento das despesas do último ano de mandato dos chefes do executivo, frente à necessidade de pagamento dos restos a pagar e demais despesas advindas de exercícios anteriores e uma eventual indisponibilidade de caixa.

O referido assunto, por ser foco de muita polêmica, requer uma interpretação técnico-contábil, com base em mandamentos legais, que demonstre orçamentária e financeiramente as diferentes situações que podem ser causadas pela má gestão dos recursos, haja vista que as despesas inscritas em restos a pagar de exercícios anteriores impactam na disponibilidade de financeira no último ano de mandato para fins de

atendimento ao artigo 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal, fato que pode comprometer o equilíbrio das contas públicas, mesmo que haja o atendimento à disposição do referido artigo.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 Breve histórico do endividamento público

A fim de compreender a origem do endividamento público, que culminou com a necessidade do controle e limitação dos gastos, objetivado pela Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), há que se observar que a economia brasileira passou por uma fase de imensa instabilidade entre o início da década de 1980 e a metade da década de 1990. Os índices inflacionários desses períodos eram tão expressivos a ponto de requerer o controle por meio de planos econômicos que não lograram êxito. A administração das finanças públicas sofreu desequilíbrios relevantes, dificultando a gestão nos três níveis de governo.

Contudo, não se pode atribuir tais desequilíbrios fiscais da época apenas ao fracasso dos planos econômicos. Na verdade, o cenário político nacional daquele período impulsionou o crescimento das demandas da sociedade frente aos gastos públicos, notadamente após a Constituição de 1988 que promoveu a autonomia dos gastos aos Estados e Municípios por meio da repartição dos recursos.

Com o aumento das demandas sociais relevantes, provocadas por mecanismos de manifestação da sociedade, o financiamento das despesas não podia ser mais contido somente pela arrecadação tributária de cada ente. Para suportar o crescimento das despesas, o Estado iniciou a utilização de processos que permitiam a execução de gastos acima da sua

capacidade de pagamento, por meio do comprometimento de suas receitas futuras, como:

- Endividamento junto ao setor financeiro, por intermédio das operações de antecipação de receita orçamentária (ARO) ou de contratação de empréstimos;
- Realização de despesas acima dos limites orçamentários autorizados, gerando atrasos de pagamento;
- Aumento das despesas de caráter continuado sem os devidos ajustes permanentes de receita;
- Inscrição de despesas em Restos a Pagar.

Com o conseqüente colapso das finanças públicas, iniciativas tiveram que ser tomadas buscando melhorar os mecanismos de gestão das contas e estabelecer estruturas que permitissem prevenir futuros desajustes. Dentre elas, foram editadas a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) e a Lei de Crimes Fiscais (Lei nº 10.028/2000).

2.2 A inscrição de despesas em restos a pagar

A princípio, as inscrições de despesas em restos a pagar são assim realizadas única e exclusivamente quando não puderem ser pagas no exercício em que foram contraídas. Ou seja, entende-se que o ente público possui o correspondente recurso para pagá-la, entretanto, não o fez por algum motivo de ordem administrativa ou se a despesa, no momento da inscrição, não fora liquidada, com a respectiva entrega do material ou serviço.

O conceito desse termo é trazido pela Lei nº 4.320/64, em seu art. 36:

Art. 36. Consideram-se Restos a Pagar as despesas empenhadas e não pagas até o dia 31 de dezembro, distinguindo-se as processadas das não processadas (BRASIL, Lei Federal nº 4.320 de 17 de março de 1964).

A fim de definir seu conceito sobre Restos a Pagar, Kohama (2003) afirma:

Finalizando, podemos dizer que os “Restos a Pagar” são resíduos passivos, oriundos da despesa orçamentária empenhada, mas não paga até o dia 31 de dezembro, assim, considerados em virtude do regime de competência imposto para a escrituração contábil (KOHAMA, 2003, p. 151).

Portanto, todas as despesas não pagas até o fim do exercício financeiro, tendo alcançado a fase de liquidação (denominada de processamento) realizada ou não, estarão, inicialmente, submetidas à inscrição em Restos a Pagar, sendo separados entre processados e não processados.

Nesse sentido, Mota (2009) define que é condição para o surgimento de restos a pagar que os valores tenham sido: empenhados e liquidados (processados) ou apenas empenhados (não processados).

Na mesma linha de raciocínio, somente poderá ser lançada em restos a pagar a despesa cuja execução tenha alcançado a fase de emissão do empenho, ou seja, aquela que já se encontre legalmente empenhada. Do contrário, não se terá observado o preceito legal segundo o qual

somente “pertence ao exercício financeiro a despesa nele legalmente empenhada”.

Uma observação importante é que, considerados exclusivamente os preceitos da Lei nº 4.320/64, a execução das etapas restantes da despesa inscrita em restos a pagar poderá se estender aos exercícios futuros indefinidamente. Esse princípio geral, entretanto, por motivos ou conjunturas específicas, é objeto de interpretações e regulamentações distintas ao longo dos anos.

Nunes^[1], (*apud* Nascimento, 2011, p. 39) afirma: que a inscrição em Restos a Pagar, inicialmente, destinava-se a compatibilizar o término do exercício financeiro com a continuidade da administração pública, porque nem todas as despesas podem ser pagas dentro do exercício financeiro e é normal que algumas despesas venham a ser pagas no exercício seguinte.

Na mesma linha, Nascimento (2011) afirma que “com o passar do tempo, os Restos a Pagar foram sendo utilizados como instrumento de rolagem de dívidas. Complementarmente, Nunes (citado por Nascimento, 2011, p. 39) registra que “essa prática decorria, em grande medida, de deficiências do processo orçamentário como instrumento de planejamento”.

2.3 As limitações da LRF quanto à inscrição de restos a pagar

Até a edição da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), era comum os administradores públicos inscreverem despesas em restos a pagar, mesmo sem o cumprimento das receitas previstas na Lei Orçamentária Anual, promovendo a já citada rolagem da dívida. Com isso, ao longo dos

anos, os governos acumularam dívidas junto aos fornecedores, comprometendo as receitas futuras e aumentando as dificuldades para a gestão das finanças públicas.

Procurando combater esse tipo de prática, a LRF veio estabelecer que, nos últimos oito meses de cada mandato, o governante só poderá contrair obrigações de despesas que possam ser pagas integralmente no próprio exercício ou, quando havendo parcelas a serem pagas no exercício futuro, houver também disponibilidade financeira que suporte tais parcelas, conforme determina o caput de seu artigo 42:

Art. 42 - É vedado ao titular de Poder ou órgão referido no art. 20, nos últimos dois quadrimestres do seu mandato, contrair obrigação de despesa que não possa ser cumprida integralmente dentro dele, ou que tenha parcelas a serem pagas no exercício seguinte sem que haja suficiente disponibilidade de caixa para este efeito (BRASIL, Lei Complementar 101 de 4 de maio de 2000).

Com essa determinação, a inscrição de restos a pagar tornou-se restrita à disponibilidade de caixa que o ente possua no momento da inscrição.

Todavia, há um fato a se considerar a respeito da disponibilidade de caixa no momento da constituição dos restos a pagar, que não deve ser entendida como o valor financeiro real disponível, mas sim este valor deduzido de todas as obrigações financeiras de curto prazo que se encontram pendentes de pagamento, incluindo dentre elas o saldo de

restos a pagar de exercícios anteriores. Portanto, não resta dúvida de que o saldo disponível em Caixa/Bancos/Aplicações Financeiras deve ser considerado comprometido com todo o Passivo Financeiro da entidade no momento de se apurar a disponibilidade financeira para fins de atendimento do artigo 42 da Lei Complementar 101/2000. Nesse sentido, estabeleceu a LRF em seu parágrafo único:

Parágrafo único. Na determinação da disponibilidade de caixa serão considerados os encargos e despesas compromissadas a pagar até o final do exercício (BRASIL, Lei Complementar 101 de 4 de maio de 2000).

Diante do dispositivo legal, analisa Cruz (2002):

O parágrafo único desse artigo alerta para a necessidade de, antes de serem assumidos novos compromissos, serem considerados os encargos e despesas já compromissadas a pagar até o final do ano, pois estas consumirão parte das receitas futuras, dentro do exercício, que poderiam vir a se constituir em disponibilidade de caixa ao final do ano (CRUZ, 2002, p.170).

Fica evidente, portanto, que a LRF definiu parâmetros para os gastos da gestão no último ano de mandato, com o intuito de que o gestor não faça uso da “rolagem da dívida”. Entretanto, a regra só se aplica ao último ano de mandato, não impedindo que essa rolagem seja realizada durante a gestão. Nesse sentido, Nascimento (2011) opina:

O art. 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal foi concebido com o espírito de, por um lado, evitar que, em último ano da administração, sejam irresponsavelmente contraídas novas despesas que não possam ser pagas no mesmo exercício, sob pressão do próprio pleito. Por outro lado, o fim do mandato serviria também como ponto de corte para equacionamento de todos os estoques. Em outras palavras, eventuais dívidas poderiam ser roladas ao longo de um mesmo mandato, mas jamais transferidas para o sucessor. A regra visa obrigar o governante a “deixar a casa arrumada para o sucessor”.

Nesse quesito, podemos fazer uma breve relação com a determinação dada pelo artigo 42 da LRF. Com a vedação imposta pela lei, a saída muitas vezes encontrada ao final do exercício, é o pagamento das despesas contraídas no período, em detrimento daquelas de pessoal e das contraídas no período de janeiro a abril, ocasionando a postergação de tais despesas para o exercício seguinte. Quando isso ocorre, a inconsistência verificada é a transgressão à ordem cronológica dos pagamentos, preconizada pelo artigo 5º da Lei nº 8.666/93 [\[2\]](#). Assim, não deve ser dada prioridade à liquidação dos débitos dos últimos oito meses do mandato em detrimento dos anteriores.

Aspecto importante a ser abordado nesse estudo é que a disponibilidade de caixa seja analisada em confronto com todas as dívidas

de curto prazo já assumidas e que constam do saldo do Passivo Financeiro. Isso porque não faz sentido que haja uma disponibilidade de caixa vultosa, mas ao mesmo tempo existam dívidas passivas de curto prazo num montante superior àquela. Nessa linha de raciocínio, comentam Júnior e Rossi (2002):

De todo modo, importante salientar, só quando dirimido aquele passivo residual é que haverá coincidência entre Restos a Pagar e os haveres financeiros. Mesmo aqui, se isso ainda não acontecer, é porque as receitas continuam sendo superestimadas e tal desvio não foi retificado pela limitação de empenho (art. 9º), o que, como dito, remete ao dirigente governamental a pesada multa. (JÚNIOR; ROSSI, 2002, p. 230)

O parágrafo único do artigo 42 prevê tal situação, determinando que na apuração da disponibilidade financeira sejam deduzidos todas as despesas e encargos já compromissados até o final do exercício. Para o seu efetivo cumprimento, portanto, faz-se valer o mesmo entendimento já externado. Vale lembrar que mesmo que o gestor venha a cumprir a regra do artigo 42 da LRF, não estará descartada a possibilidade de um eventual desequilíbrio na gestão financeira, contrariando os moldes que pretende a referida lei.

2.4 As despesas inscritas em restos a pagar nos três primeiros anos de mandato e a limitação de empenhos e movimentação financeira

De acordo com o disposto no artigo 42 da Lei Complementar nº 101/2000, a vedação refere-se apenas aos dois últimos quadrimestres do último ano de mandato do titular de Poder ou órgão referido no artigo 20.

Assim, como os três exercícios anteriores ao último ano de mandato do titular de Poder ou órgão não foram abrangidos pela Lei, essa disposição, a princípio, não pode ser aplicada a tais exercícios. Com isso, é comum encontrar administrações com enormes saldos de dívidas de curto prazo, que foram se acumulando durante os exercícios da gestão. O efeito é como o de uma “bola de neve”, aonde as despesas não pagas vão sendo repassadas aos exercícios seguintes, acumulando-se no último ano de mandato e sendo transferidas aos próximos governantes.

No intuito de evitar tal feito, a LRF exigindo o cumprimento de um de seus pilares – o equilíbrio das contas públicas – determinou em seu artigo 9º:

Art. 9º - Se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subseqüentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias (BRASIL, Lei Complementar 101 de 4 de maio de 2000).

Nota-se, portanto, pelo disposto no artigo 9º da LRF, que o controle pela Administração Pública sobre a contração de despesas sem suficiente disponibilidade de caixa não é necessária somente no último ano de mandato, em vista do cumprimento do artigo 42 da LRF, mas em todos os

exercícios da gestão, pois, caso não haja arrecadação suficiente para cumprir as metas de resultado primário e nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais da Lei de Diretrizes Orçamentárias, esta deve determinar que o gestor estabeleça critérios para a limitação de empenhos e movimentação financeira nos 30 dias subseqüentes ao bimestre em que se constatar o desequilíbrio.

Um importante instrumento que auxilia no controle das metas fiscais é a programação financeira e o cronograma mensal de desembolso, citado pelo artigo 8º da LRF [3]. Por meio deles, o ente tem condições de estabelecer previsões de dispêndios mensais, dentro das reais possibilidades de arrecadação. Assim, tal controle permite à administração averiguar as possibilidades de redução do gasto e, caso necessário, realizar o corte orçamentário-financeiro mediante a limitação de empenhos e movimentação financeira.

É evidente, portanto, que a intenção da LRF é a de determinar o controle permanente do gasto público e proporcionar o constante equilíbrio das contas, eliminando a possibilidade de que metas de resultado previstas não sejam alcançadas em função da queda de arrecadação e/ou aumento de despesas. Por esse motivo, atenção especial deve ser dada ao controle das metas que devem ser concomitantemente acompanhadas e avaliadas ao final de cada bimestre, conforme determina a LRF.

3 CONCLUSÃO

Pode-se dizer, sem dúvida, que o principal fator que impulsiona o crescimento da dívida de curto prazo são os Restos a Pagar. O seu

crescimento desordenado em relação ao Passivo Financeiro é confirmado na maioria dos entes. Tal fato justifica-se, claramente, pelo aumento do volume de despesa nos exercícios, haja vista que os gestores estão iniciando seus mandatos e o ímpeto em realizar as ações que foram objeto de campanhas políticas é presente. Por esse motivo, o resultado negativo apresentado nesse período retrata um panorama onde há a necessidade de pagamento dos Restos a Pagar e, concomitantemente, a manutenção das atividades do exercício em curso, o que ocasiona o comprometimento dos recursos financeiros que estariam disponíveis para arcar com as despesas daquele exercício. Essa situação, se a princípio, parece não prejudicar o andamento da gestão, ao fim do mandato faz com que as contas sejam seriamente comprometidas, resultando em déficit causado pelo desequilíbrio financeiro que não foi combatido ao longo dos anos.

Resta ressaltar que o equilíbrio das contas requer o acompanhamento mediante os instrumentos de programação financeira que permitem ao gestor realizar a previsão dos gastos – inclusive daqueles que se caracterizam pela continuidade e permanecerão por vários exercícios – frente às efetivas metas de arrecadação. Isso porque, quando não alcançadas as metas, cabe ao gestor limitar despesas na medida em que a arrecadação é realizada, valendo-se do instituto obrigatório da limitação de empenhos e movimentação financeira, até que a arrecadação volte à normalidade e o equilíbrio seja estabelecido.

Nesse particular, perdura a ausência de um planejamento financeiro eficiente por parte dos entes, pois situações deficitárias são comuns em Estados e principalmente em diversos municípios brasileiros.

Portanto, considerando que a Lei de Responsabilidade Fiscal determina as regras para a gestão eficiente dos recursos públicos, buscando o equilíbrio das contas, é necessário que os gestores atuais e futuros conscientizem-se da importância da correta utilização dos mecanismos de controle orçamentário e financeiro impostos pela lei. Somente assim, administração de forma responsável, demonstrando sua preocupação constante com o equilíbrio das contas públicas, tão difundido pela LRF.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Claudiano; MEDEIROS, Márcio; FEIJÓ, Paulo Henrique. **Gestão de Finanças Públicas: Fundamentos e Práticas de Planejamento, Orçamento e Administração Financeira com Responsabilidade Fiscal**. 2ª ed. Brasília: Gestão Pública, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: Constituição de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

BRASIL. **Lei Federal nº 4.320**, de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos “e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

BRASIL. **Lei Complementar nº 101**, de 04 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal). Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

CRUZ, Flávio da (Coord.); JÚNIOR, Aduino Vicari, *et al.* **Lei de Responsabilidade Fiscal Comentada**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

JÚNIOR, Flávio C. de Toledo; ROSSI, Sérgio Cerqueira. **Lei de Responsabilidade Fiscal. Comentada artigo por artigo.** 2ª ed. São Paulo: NDJ, 2002.

KOHAMA, Heilio. **Balanços Públicos: Teoria e Prática.** 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

KOHAMA, Heilio. **Contabilidade Pública: Teoria e Prática.** 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOTA, Francisco Glauder. **Contabilidade Aplicada ao Setor Público.** Brasília: Gestão Pública, 2009.

NASCIMENTO, Edson Ronaldo. **Regras de final de mandato: orientações aos governos estaduais e municipais.** Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Edição Especial – ano XXIX. Belo Horizonte: 2011.

Notas:

[1] NUNES, Selene Peres Peres. Manual de Treinamento Municipal. BNDES, 2003.

[2] Art 5º - [...] devendo cada unidade da Administração, [...] obedecer, para cada fonte diferenciada de recursos, a estrita ordem cronológica das datas de suas exigibilidades, salvo quando presentes relevantes razões de interesse público e mediante prévia justificativa da autoridade competente, devidamente publicada.

[3] Art. 8º Até trinta dias após a publicação dos orçamentos, nos termos em que dispuser a lei de diretrizes orçamentárias e observado o disposto na alínea c do inciso I do art. 4º, o Poder Executivo estabelecerá a programação financeira e o cronograma de execução mensal de desembolso.

A DESCONTINUIDADE DO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE RURAL À LUZ DA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº. 77/2015

LIZARB CILINDRO CARDOSO: Advogada. Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Univiçosa - MG. Bacharel em Direito pela Fundação Universidade Federal do Rio Grande (FURG) - RS.

Resumo: Breve análise acerca da descontinuidade do exercício da atividade rural para fins de concessão do benefício de Aposentadoria por Idade Rural à luz da Instrução Normativa INSS/PRES nº. 77 de 21 de janeiro de 2015.

Palavras-chave: Descontinuidade, atividade rural, Aposentadoria por Idade rural e IN 77/2015.

Sumário: 1. Considerações iniciais. 2. Novos parâmetros para a análise da descontinuidade no exercício de atividade rural. 3. Considerações Finais. 4. Referências.

1. Considerações Iniciais

O debate acerca da descontinuidade merece destaque em vista da patente controvérsia estabelecida acerca da melhor interpretação conferida ao termo, sobretudo quando da concretização de direitos fundamentais em favor dos trabalhadores rurais.

Como ponto de partida para este estudo, destaca-se que para fins de concessão do benefício de aposentadoria por idade em favor do segurado urbano admite-se, tranquilamente, a soma de períodos de trabalho, independentemente da perda da qualidade de segurado.

Por outro lado, no tocante ao trabalhador rural, em qualquer das categorias (segurado especial, empregado, contribuinte individual ou avulso), a concessão de aposentadoria rural por idade rural, prevista pela Lei n. 8.213/91, demanda a comprovação do efetivo exercício de atividade rural, por tempo equivalente ao da carência, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício[1].

Nesse sentido, estabelece a Lei de Benefícios:

Art. 39. Para os segurados especiais, referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, fica garantida a concessão:

I - de aposentadoria por idade ou por invalidez, de auxílio-doença, de auxílio-reclusão ou de pensão, no valor de 1 (um) salário mínimo, desde que comprove o exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período, imediatamente anterior ao requerimento do benefício, igual ao número de meses correspondentes à carência do benefício requerido; ou

II - dos benefícios especificados nesta Lei, observados os critérios e a forma de cálculo estabelecidos, desde que contribuam facultativamente para a Previdência Social, na forma estipulada no Plano de Custeio da Seguridade Social.

Parágrafo único. Para a segurada especial fica garantida a concessão do salário-maternidade no valor de 1 (um) salário mínimo, desde que comprove

o exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, nos 12 (doze) meses imediatamente anteriores ao do início do benefício.

Art. 48. A aposentadoria por idade será devida ao segurado que, cumprida a carência exigida nesta Lei, completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta), se mulher.

§ 2º Para os efeitos do disposto no § 1º deste artigo, o trabalhador rural deve comprovar o efetivo exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, por tempo igual ao número de meses de contribuição correspondente à carência do benefício pretendido, computado o período a que se referem os incisos III a VIII do § 9º do art. 11 desta Lei.

Art. 143. O trabalhador rural ora enquadrado como segurado obrigatório no Regime Geral de Previdência Social, na forma da alínea "a" do inciso I, ou do inciso IV ou VII do art. 11 desta Lei, pode requerer aposentadoria por idade, no valor de um salário mínimo, durante quinze anos, contados a partir da data de vigência desta Lei, desde que comprove o exercício de atividade rural, ainda que descontínua, no período imediatamente anterior ao

requerimento do benefício, em número de meses idêntico à carência do referido benefício.

Ponto crítico, portanto, reside no alcance e na escorreita interpretação do termo “descontinuidade”, presente em ambos os dispositivos; sendo certo, porém, que por largo período prevaleceu o entendimento no sentido de que a locução "descontinuidade" não poderia abarcar as situações em que o segurado deixasse de desempenhar a atividade rural por largo período, inviabilizando-se, assim, a soma de períodos mais remotos de exercício de atividade rural a períodos recentes, quando intercalados por expressivo lapso de exercício de atividade urbana.

2. Novos parâmetros para a análise da descontinuidade do exercício de atividade rural.

Em vista do solene alvoroço instaurado por ocasião da paradoxal interpretação atribuída à redação do artigo 48, § 2º da Lei de Benefícios, importa observar que a limitação do alcance da descontinuidade, estabelecida em relação aos trabalhadores rurais não encontra abrigo na Lei de Benefícios e viola flagrantemente a orientação constante da Instrução Normativa nº. 77/2015.

Nesse sentido, ademais da inexistência de expressa vedação legal (circunstância que, por si, denota a impossibilidade de o interprete estabelecer restrição em face de direito social quando o legislador não o fez), observa-se que o próprio regramento interno do INSS autoriza a admissão de períodos de trabalho rural intercalados com períodos de atividade urbana para fins dos benefícios previstos no inciso I do artigo 39 e artigo 143, da Lei de Benefícios, desde que a carência seja preenchida exclusivamente com tempo de exercício de labor rural. |

Nesse sentido, a literalidade dos dispositivos constantes da novel Instrução Normativa INSS/PRES 77/2015, cuja compreensão dispensa exercício exegético:

Art. 157. No caso de comprovação de desempenho de atividade urbana entre períodos de atividade rural, com ou sem perda da qualidade de segurado, poderá ser concedido benefício previsto no inciso I do art. 39 e caput e § 2º do art. 48, ambos da Lei nº 8.213 de 1991, desde que cumpra o número de meses de trabalho idêntico à carência relativa ao benefício, exclusivamente em atividade rural.

Art. 158. Para fins de concessão dos benefícios devidos ao trabalhador rural previstos no inciso I do art. 39 e caput e § 2º do art. 48, ambos da Lei nº 8.213 de 24 de julho de 1991, considera-se como período de carência o tempo de efetivo exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, correspondente ao número de meses necessários à concessão do benefício requerido, computados os períodos a que se referem as alíneas "d" e "i" do inciso VIII do art. 42 observando-se que:

I - para a aposentadoria por idade prevista no art. 230 do trabalhador rural empregado, contribuinte individual e especial será apurada mediante a comprovação de atividade rural no período imediatamente anterior ao requerimento do

benefício ou, conforme o caso, no mês em que cumprir o requisito etário, computando-se exclusivamente, o período de natureza rural; e

Parágrafo único. Entendem-se como forma descontínua os períodos intercalados de exercício de atividades rurais, ou urbana e rural, com ou sem a ocorrência da perda da qualidade de segurado, observado o disposto no art. 157.

Art. 230. A aposentadoria por idade dos trabalhadores rurais referidos na alínea "a" do inciso I, na alínea "g" do inciso V e nos incisos VI e VII do art. 11, todos da Lei nº 8.213, de 1991, será devida para o segurado que, cumprida a carência exigida, completar sessenta anos de idade, se homem, e 55 (cinquenta e cinco) anos, se mulher.

§ 1º Para os efeitos do disposto no caput, o trabalhador rural deverá comprovar o efetivo exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, ou, conforme o caso, ao mês em que cumpriu o requisito etário, por tempo igual ao número de meses de contribuição correspondente à carência exigida.

Art. 231. Para fins de aposentadoria por idade prevista no inciso I do art. 39 e caput e § 2º do art. 48, ambos da Lei nº 8.213, de 1991 dos segurados

empregados, contribuintes individuais e especiais, referidos na alínea "a" do inciso I, na alínea "g" do inciso V e no inciso VII do art. 11, todos do mesmo diploma legal, não será considerada a perda da qualidade de segurado nos intervalos entre as atividades rurícolas, devendo, entretanto, estar o segurado exercendo a atividade rural ou em período de graça na DER ou na data em que implementou todas as condições exigidas para o benefício.

Verifica-se, pois, que deslinde da controvérsia instaurada pela jurisprudência não comporta maiores digressões, uma vez que o literalidade estritos termos constantes da IN 77/2015 estabelece que as interrupções das atividades rurais, com ou sem perda da qualidade de segurado, não são causa impeditiva do aproveitamento de períodos de labor rural intercalados, exigindo-se, tão somente que o exercício de atividade rural, na condição de segurado especial se dê no período imediatamente anterior ao requerimento administrativo ou na data do implemento do requisito etário.

Depreende-se, portanto, que diante de interrupções no exercício do labor rural, com ou sem a perda da qualidade de segurado (seja em virtude de vínculo urbano ou em decorrência da inatividade), permanece incólume o aproveitamento aos períodos intercalados para fins de concessão do benefício de aposentadoria por idade rural.

3. Considerações finais

Em face dos argumentos ora alinhados, observa-se que para além da ausência de vedação legal à admissão de períodos intercalados de labor rural para fins de concessão de aposentadoria por idade, retumba

irrefragável o novel ato normativo, expedido pela própria Autarquia Previdenciária, contemplando a descontinuidade do trabalho rural independentemente da perda da qualidade de segurado.

Diante deste pano de fundo, verifica-se que o deslinde da controvérsia dispensa esforço mental, sendo certa e clarividente, à luz da Instrução Normativa nº. 77/2015, a instrução no sentido de admitir a concessão do benefício de Aposentadoria por Idade rural ao trabalhador que comprovar o exercício de atividade rural no lapso imediatamente anterior ao requerimento administrativo ou na data do implemento do requisito etário, em número de meses idêntico à carência relativa ao benefício, ainda que de maneira descontínua, com ou sem a perda da qualidade de segurado.

4. Referências

BRASIL. Lei n.º 8.213 de 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm>. Acesso em: 07 de agosto de 2015.

BRASIL. INSTRUÇÃO NORMATIVA INSS/PRES Nº. 77 de 21 de janeiro de 2015. Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/inss-pres/2015/77.htm>>.

Acesso em: 07 de agosto de 2015.

Nota:

[1] Exceto nas hipóteses de direito adquirido, nas quais o implemento do requisito etário é considerado como marco inicial da contagem retroativa do período de labor rural.

A INTERPRETAÇÃO DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DOS TEMPLOS DA IGREJA UNIVERSAL DO REINO DE DEUS DA CIDADE DE SALVADOR

FREDERICO MAGALHÃES COSTA: Assessor jurídico do Ministério Público de Contas da Bahia, especialista em Direito Civil, formado pela Universidade Federal da Bahia

RESUMO: O presente artigo destina-se a investigar a constitucionalidade da interpretação-aplicação da imunidade tributária dos templos religiosos delineada pelo Supremo Tribunal Federal na Súmula nº 724, na Súmula Vinculante nº 52 e no Recurso Extraordinário 325.822/SP no contexto das igrejas evangélicas existentes na região metropolitana de Salvador. Para tanto, foram investigados os fundamentos constitucionais da regra que garante a imunidade tributária dos templos religiosos de qualquer culto, prevista no artigo 150, inciso VI, alínea 'b', da Constituição Federal vigente de acordo com o sentido das atividades relacionadas com as “finalidades essenciais” de tais entidades, com vistas a verificar situações que (não) são abarcadas por tal baliza hermenêutica, sempre levando em consideração a necessidade de equilibrar os propósitos dos direitos fundamentais atinentes à liberdade religiosa que guardam relação com a liberdade econômica.

Palavras-chave: Imunidade Tributária; Direitos Fundamentais; Liberdade Religiosa; Liberdade Econômica.

ABSTRACT: The present essay aims to investigate the constitutionality of the interpretation - application of tax exemption to religious temples delineated by the Supreme Court in Súmula nº 724, Súmula Vinculante nº 52 and the Extraordinary Appeal 325.822/SP in the

context of existing evangelical churches in the metropolitan region of Salvador. To achieve this goal, we investigated the constitutional foundations of the rule ensures that the tax immunity of religious temples of worship anyone , provided for in Article 150 , section VI , paragraph b, of the current Constitution in accordance with the direction of related activities " essential purposes " such entities , in order to verify situations that are (not) embraced by such hermeneutic goal , taking into account the need to balance the purposes of fundamental rights relating to religious freedom and basic rights that are related to freedom economic .

Keywords: Tax immunity; Fundamental Rights; Religious Freedom; Economic Freedom.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO 2. DA LIBERDADE RELIGIOSA À IMUNIDADE TRIBUTÁRIA PARA TEMPLOS DE QUALQUER CULTO 3. O ENTENDIMENTO DO STF POR MEIO DO RE 325.822/SP E DA SÚMULA Nº 724 E SÚMULA VINCULANTE Nº 52 4. A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA PARA OS TEMPLOS DA IGREJA UNIVERSAL DO REINO DE DEUS NO ÂMBITO DA CIDADE DE SALVADOR: ENTRE LIBERDADE ECONÔMICA E LIBERDADE RELIGIOSA 5. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho é balizado por uma temática genérica: imunidade tributária para os templos de qualquer culto na circunscrição da cidade de Salvador. E também possui um foco, qual seja, objetiva investigar a incidência da imunidade tributária sobre as atividades da Igreja Universal do Reino de Deus cujo exercício desborda daquelas estritamente vinculadas

à manifestação do culto religioso, embora sejam consideradas atividades imunes à tributação pelo Constituição e por entendimento do STF.

Com efeito, o exame de tais garantias será pautado no estudo do âmbito jurídico de aplicação do § 4º do art. 150 da Constituição Federal vigente, ou seja, na interpretação das situações que compreendem e ultrapassam os limites de incidência da citada regra no que se refere às atividades que (não) guardam vínculo direto com a prática do culto religioso na Igreja Universal do município de Salvador.

A construção do presente objetos de estudo fez-se a partir da coleta de dados e informações obtidas em pesquisa documental junto a entidades vinculadas à Prefeitura do Município de Salvador, à Receita Federal, à Imprensa, bem como a órgãos públicos e privados de pesquisa e estatística. Outrossim, frise-se que a doutrina e jurisprudência ocuparam um papel não menos importante na realização desta pesquisa.

Registre-se que a tutela desses direitos, dotados de status constitucional, representa um avanço na promoção da liberdade de crença, posto que a Lei Maior coíbe a imposição de obstáculos ao livre exercício de qualquer religião, bem como à liberdade de consciência.

Mais uma vez urge destacar o valor jurídico da presente polêmica vez que se trata de uma garantia que até décadas atrás não compunha o invólucro constitucional intransponível dos direitos fundamentais. Guindada ao patamar de cláusula pétrea, o direito relativo à liberdade de crença nada mais reclama que seu efetivo cumprimento tanto por parte do Poder Público, quanto dos cidadãos e das instituições religiosas.

Nesse sentido, com vistas a desvelar^[1] o sentido da imunidade tributária para os templos de qualquer culto no âmbito da cidade de

Salvador no que toca às atividades da Igreja Universal do Reino de Deus, o presente estudo propõe-se a responder as questões que seguem abaixo:

I) Quais os fundamentos constitucionais que sustentam a imunidade tributária para templos religiosos?

II) Quais os parâmetros de interpretação adotados pelo Supremo Tribunal Federal do atual sistema constitucional de imunidade tributária para os templos de qualquer culto, mais especificamente no que toca aos “serviços voltados à finalidade essenciais de tais instituições”?

III) O que as informações coletadas sugerem para a presente pesquisa no que toca à aplicação da imunidade tributária dos templos da Igreja Universal do Reino de Deus no âmbito da cidade de Salvador?

IV) Quais implicações decorrem da posição do Supremo Tribunal Federal notadamente no que toca à liberdade econômica e à liberdade religiosa?

2. DA LIBERDADE RELIGIOSA À IMUNIDADE TRIBUTÁRIA PARA TEMPLOS DE QUALQUER CULTO

Com a proclamação da República, o Estado brasileiro deixou de possuir uma religião oficial para tornar-se um Estado laico o que implicou na separação definitiva entre a Igreja e o Estado. Tal acontecimento repercutiu diretamente na Constituição Federal de 1988, a qual trouxe em seu bojo, mais precisamente no art. 5º, inciso VI a VIII da CF, garantias fundamentais, tais como a igualdade de crenças e a liberdade religiosa. Além disso, assegurou a imunidade tributária para templos de qualquer culto, mantendo o quanto disposto na alínea “b”, do inciso V, do art. 31 da Constituição de 1946.

Desde a época da República, marco histórico em que o Catolicismo deixou de ser a religião oficial do Brasil, não se vislumbra qualquer destinação de prerrogativas a uma religião em detrimento de outra, ou mesmo qualquer espécie de favorecimento por meio de relações jurídicas especiais[2].

Atualmente a República Federativa do Brasil se consagra como um país laico, ou seja, não adota nenhuma religião oficial. Isso não quer dizer, contudo, que a separação entre as instituições ‘Estado’ e ‘Igreja’ represente uma despreocupação ou mesmo uma forma de censura por parte da Constituição Federal de 1988 no que tange ao exercício das variedades de crenças e rituais religiosos, muito pelo contrário.

Com o fito de assegurar o direito fundamental à inviolabilidade da liberdade de crença, a Constituição Federal de 1988 reconhece a diversidade de crenças nas mais variadas formas de manifestação, na medida em que contém em seu texto previsões que garantem o livre exercício dos cultos religiosos e protegem os espaços a estes destinados.

Nesta senda, imperativa é a menção ao art. 5º, inciso VIII, da Lei Maior, o qual dispõe que “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”, confirmando a noção de que a laicização do Estado não implicou na restrição a qualquer espécie de manifestação de cunho religioso.

Além disso, a Carta Magna de 1988 consagra a imunidade tributária, uma das formas escolhidas pelo Constituinte Originário para garantir a efetiva liberdade à celebração de qualquer culto. Daí se dizer que o caráter

inviolável da liberdade de consciência e crença, previsto no art. 5º, inciso VI, da Lei Maior, deve ser analisado conjuntamente ao dispositivo que normatiza a imunidade tributária de que gozam os templos religiosos.^[3] Nesse contexto, a Constituição vigente prevê em seu art. 150, inciso VI alínea “b”, que aos templos religiosos de qualquer culto assistirá direito à imunidade tributária:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.

(...)

III – cobrar tributos

(...)

b) templos de qualquer culto;

Com efeito, verifica-se que os fundamentos constitucionais para a instituição da imunidade tributária dos templos de qualquer culto encontra assento na liberdade de crenças, mas especificamente na liberdade religiosa, de modo que o Estado, ao instituir tal garantia, visou resguardar ampla participação no seio da sociedade das entidades que promovem seus cultos e, com isso, arrebanha fiéis das mais diversas manifestações de fé, seja ela católica, protestante, israelita, maometana, evangélica, budista, do candomblé, etc.

Delineados os fundamentos constitucionais da imunidade tributária para os templos de qualquer culto, importa compreender qual a sua natureza jurídica e de que maneira ela otimiza a liberdade religiosa.

Conforme clássica lição de Pontes de Miranda, o instituto jurídico da imunidade tributária pode ser definido com uma restrição constitucional ao

poder de tributar do Estado[4]. No entanto tal posição não é unânime, afinal como atesta a professora Regina Helena Costa, a concepção ponteana se revela imprecisa, na medida em que se constata que as hipóteses de restrição ao poder de tributar nem sempre apresentam identidade com a garantia de imunidade tributária.[5] Isso se deve ao fato de que as situações abrangidas pela imunidade tributária já estão previamente estabelecidas na Constituição Federal de 1988.

Com efeito, a imunidade tributária, nos dizeres de Regina Helena quer significar a incompetência das pessoas políticas de Direito Interno para editar normas que instituem tributos que tenham incidência sobre as situações tipificadas na Constituição Federal como imunes à tributação.[6]

Partindo dessa premissa, insta destacar que ao assegurar a imunidade tributária, a Lei Maior o faz em benefício dos “templos religiosos de qualquer culto”, sendo imperativo compreender que se deve aplicar uma interpretação abrangente à semântica de tal expressão, que compreenda toda e qualquer espécie de culto religioso, por mais exótico que seja, afinal, só assim restaria aplicado o princípio da liberdade religiosa.[7]

Atente-se, ainda, para o fato de que a imunidade tributária assegurada pelo Texto Constitucional diz respeito tão-somente aos impostos e não aos tributos em geral, sendo relevante destacar que o §4º do referido dispositivo (art. 150 da CRFB) que garante imunidade religiosa afirma que esta se restringe ao “patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas”:[8]

§ 4º - As vedações expressas no inciso IV, alíneas “b” e “c”, compreendem somente o patrimônio, a

renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas.

Dessa forma, é plausível inferir que o culto não pode se desvirtuar de seus propósitos meramente religiosos, isto é, estar imbuído de finalidade lucrativa sob pena de restar afastada a garantia imunidade tributária, conforme será visto no tópico 04. Isso porque a finalidade primordial da Constituição Federal de 1988 ao inserir a imunidade em seu conteúdo, como direito fundamental, se traduz na efetivação das liberdades de crença, notadamente, nos valores da igualdade e liberdade, bem assim com fulcro na plena realização dos desígnios da dignidade da pessoa humana.

A este respeito, o professor José Eduardo Soares de Melo, afirma que os valores auferidos em decorrência de casamentos, batizados, missas e atividades correlatas não tipificam rendas e serviços tributáveis. Nem mesmo os imóveis, acrescenta ele, onde são celebrados os ofícios religiosos estão sujeitos ao imposto territorial predial urbano – IPTU. Até mesmo, diz o professor, os veículos (carros, barco, caminhões) utilizados nas atividades religiosas devem ficar fora da incidência de imposto sobre propriedade, desde que as receitas auferidas tenham origem na prática litúrgica, de modo que, por exemplo, a venda de imagens de santos, desde que sejam integrantes do ritual de oração, bem como a venda de velas de sétimo dia, ambas operações estão sob o abrigo da imunidade, porquanto integram o ritual de orações^[9].

Nesse contexto, pertinente se faz analisar também a exegese dos termos “templo”, “patrimônio, renda e serviços relacionados com as finalidades essenciais”, inerente ao dispositivo constante do art. 150, inciso VI, alínea “b” e do seu §4º, aduzindo, para isso, que a interpretação está

lastreada no princípio da liberdade de crença, o que conforma um sentido amplo às expressões “templo”, “patrimônio, renda e serviços” no intuito de abarcar não somente os edifícios e construções onde os cultos religiosos se manifestam como também todos os lugares em que se oportuniza o culto, ou seja, seus anexos, além dos serviços, rendas e patrimônios cuja origem se vincula à prática litúrgica[10]. É este, pois, o propósito da interpretação esboçada do Supremo Tribunal Federal que será melhor delineada no tópico a seguir.

3. O ENTENDIMENTO DO STF POR MEIO DO RE 325.822/SP E DA SÚMULA Nº 724 E SÚMULA VINCULANTE Nº 52.

Para compreender quais os parâmetros de interpretação adotados pelo Supremo Tribunal Federal no que toca ao atual sistema constitucional de imunidade tributária para os templos de qualquer culto, é necessário apreender o significado da Súmula nº 724, da Súmula Vinculante nº 52 do STF e do acórdão que julgou o Recurso Extraordinário 325.822/SP.

Como pressuposto para a análise da Súmula nº 724 e da Súmula Vinculante nº 52 do STF, é imprescindível analisar o Recurso Extraordinário 325.822/SP, tendo em vista que foi por meio dele que o STF estabeleceu as premissas que amparam o enunciado das referidas súmulas.

Consoante relatório extraído do *sítio eletrônico* do Supremo, o RE 325.822/SP foi interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que entendeu não ser extensiva a todos os bens da Mitra Diocesana do Município de Jales (Diocese e Paróquia) a imunidade prevista no art. 150, inciso VI, letra b, e §4º da Constituição Federal, limitando o benefício, na esfera municipal, aos templos em que são feitas as celebrações religiosas e às dependências que servem diretamente a tal fim.

Com efeito, as recorrentes alegaram que ao exercerem subsidiariamente funções de Estado, todos os seus bens são utilizados em suas finalidades institucionais, tais como centros pastorais ou de formação humano-religiosa, locais de reunião e administração, residência de padres e religiosos encarregados dos trabalhos da Igreja, incluindo-se aí os imóveis alugados para arrecadar fundos para ajudar a garantir a sustentação da sua missão, de modo que a imunidade relativa ao IPTU deveria abranger todos os seus 61 imóveis e não apenas os prédios destinados à celebração dos cultos religiosos.

A princípio, o Relator Ministro Ilmar Galvão, acompanhado pela ministra Ellen Gracie e pelos ministros Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence, observou que o STF tem reconhecido o benefício da imunidade com relação ao IPTU, ainda que sobre imóveis locados (RE 257.700) ou utilizados como escritório e residência de membros de entidades (RE 221.395), e com relação ao ISS, ainda que sobre o preço cobrado em estacionamento de veículos (RE 144.900) ou sobre a renda obtida pelo SESC na prestação de serviços de diversão pública (AGREG 155.822), todos, porém, abarcados sob a alínea “c” do dispositivo que veda a instituição de impostos sobre “patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos”.

Dessa forma, entendeu o Ministro-relator que não socorria às recorrentes a interpretação ampliativa que o Supremo Tribunal Federal vinha imprimindo à matéria sob o pálio da alínea c, já que seria difícil identificar no conceito de templo a noção de lotes vagos e prédios

comerciais dados em locação. Para tanto invocou as lições de Hely Lopes Meirelles[11], Hugo Machado de Brito[12] e Aliomar Baleeiro[13] e concluiu pelo não conhecimento do recurso, com a manutenção do acórdão do tribunal *a quo*, excluindo os lotes vagos e prédios comerciais dados em locação do benefício constitucional.

No entanto, o ministro Gilmar Mendes, em voto dissidente, com amparo na opinião divergente do ministro Moreira Alves, travada quando dos debates orais, e na lição de a lição de Ives Gandra[14] sustentou que o Constituinte Originário quis fazer uma equiparação entre as alíneas “b” e “c”, porque não precisava repetir “patrimônio, renda ou serviços” já existentes na alínea “c” e o fez justamente para abarcar na alínea “b”, em que não se falava em patrimônio, renda ou serviços.

Dessa forma, entendeu que o dispositivo do art. 150, VI, b, há de ser lido com o vetor interpretativo do §4º deste mesmo artigo da Constituição, de modo que tal dispositivo alcança o patrimônio, a renda ou os serviços dos templos de qualquer culto, motivo pelo qual se equiparam as alíneas “b” e “c” do referido dispositivo. Este entendimento divergente foi seguido pelos ministros Nelson Jobim, Maurício Corrêa e Marco Aurélio.

Dessa forma, o STF alterou sua jurisprudência, equiparando os efeitos da imunidade da alínea “c” para alínea “b”. Além disso, consolidou seu entendimento com a súmula 724 do STF com a seguinte redação, “ainda quando alugado a terceiros, permanece imune ao IPTU o imóvel pertencente a qualquer das entidades referidas pelo art. 150, vi, “c”, da constituição, desde que o valor dos aluguéis seja aplicado nas atividades essenciais de tais entidades”.

Já nos idos de 2015, consolidando o entendimento supracitado, o Supremo veio a publicar a Súmula Vinculante nº 52, cujo teor é semelhante ao da Súmula 724, senão vejamos:

Súmula Vinculante nº 52 - Ainda quando alugado a terceiros, permanece imune ao IPTU o imóvel pertencente a qualquer das entidades referidas pelo art. 150, vi, "c", da constituição, desde que o valor dos aluguéis seja aplicado nas atividades para as quais tais entidades foram constituídas.

Dito isto, importa compreender as implicações que tal interpretação implicam no âmbito da cidade de Salvador, o que será feito no próximo tópico.

4. A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA PARA OS TEMPLOS DA IGREJA UNIVERSAL DO REINO DE DEUS NO ÂMBITO DA CIDADE DE SALVADOR: ENTRE LIBERDADE ECONÔMICA E LIBERDADE RELIGIOSA.

Consoante os dados extraídos do relatório do Censo Demográfico, realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, no Brasil, no ano de 2010, o número de adeptos da religião evangélica passou de 15,4%, no ano de 2000, para 22,2%. Apurou-se ainda que dentre os indivíduos que se declararam evangélicos, 60% eram de origem pentecostal, 18,5% eram de missão e 21,8% eram evangélicos não determinados. Além disso, conforme dados da Atlas da Filiação Religiosa, dessa porcentagem, verifica-se que a Igreja Universal do Reino de Deus, cuja fundação ocorreu em 1977, conta com 2,1 milhões de fiéis.

Como demonstram as estatísticas, trata-se de vultoso agrupamento de pessoas que propagam a fé e prestam serviços sociais de extrema relevância para a manutenção da sociedade, em meio ao maior país católico do mundo. Nesse contexto, fez-se imperioso pesquisar como se verifica a aplicação da imunidade tributária dos templos da igreja evangélica.

A presente pesquisa fez o recorte na Igreja Universal do Reino de Deus e suas filiais na cidade de Salvador, notadamente quanto as atividades econômicas e serviços prestados nas lojas de artigos religiosos, na cantina, nos estacionamentos e aluguéis de imóveis.

Conforme demonstrado no tópico anterior, é pacífico, que ao adotar a ampla exegese na interpretação da expressão “templos de qualquer culto” é possível concluir que as igrejas que professam o culto evangélico estão abarcadas pela garantia constitucional, fazendo jus, portanto, à imunidade tributária.

Corroborando tal raciocínio Gilmar Mendes afirma que:

Será inequivocamente religião o sistema de crenças que se vincula a uma divindade, que professa uma vida além da morte, que possui um texto sagrado, que envolve uma organização e que apresenta rituais de oração e de adoração. Não será um culto religioso uma atividade comercial ou de ensino qualquer, apenas porque se inicia uma oração.^[15]

Ainda de acordo com a lição de Gilmar Mendes, no âmbito da liberdade religiosa está inserida a liberdade de organização religiosa, não podendo as igrejas sofrerem ingerências estatais acerca da economia interna das associações religiosas.^[16]

Nesse particular é indubitável a incidência da garantia de imunidade tributária, relativamente aos impostos, no âmbito das igrejas evangélicas, notadamente a Igreja Universal do Reino de Deus. Contudo, este entendimento era restrito, até o julgamento do RE 325.822/SP acerca da constitucionalidade de se aplicar a imunidade tributária às situações que implicavam favorecimento econômico da entidade religiosa.

Com efeito, a doutrina se dividia em duas posições. A corrente *restritiva* representada por Sacha Calmon, Paulo de Barros e Pontes de Miranda, que entendia que a imunidade se dirige ao templo, considerado como conjunto de bens vinculados ao culto (o imóvel ou mesmo o móvel em que se oficia o culto, com os bens móveis nele contidos), enquanto que para Baleeiro, Carrazza e Hugo de Brito, representantes da corrente *abrangente*, a imunidade se dirigiria a um conjunto de bens e atividades vinculados ao culto, ou seja, um conjunto de relações jurídicas de direitos e deveres que podem ter por objeto as coisas^[17].

Como vimos, tal questão foi levada à apreciação pelo Supremo Tribunal Federal e, em sede de recurso extraordinário (RE 325.822/SP), o entendimento se orientou pela extensão da imunidade tributária endereçada aos “templos religiosos de qualquer culto” pela Constituição Federal de 1988, aos terrenos desocupados, aos empregados em estacionamentos e demais imóveis destinados ao aluguel, porém cuja renda serve diretamente aos propósitos da religião evangélica. Dessa forma, consagrou-se a segunda corrente, mais abrangente.

Pode-se dizer que esta segunda corrente encontra ampla aplicação no âmbito da cidade de Salvador. Com efeito, as informações coletadas no âmbito da pesquisa desenvolvida sugerem, no que toca à aplicação da

imunidade tributária dos templos da Igreja Universal do Reino de Deus no âmbito da cidade de Salvador, que os recursos, renda e patrimônio amealhados com estacionamento, cantina e aluguel de imóveis vêm sendo, de fato, revertidos para a população através da prestação de serviços de sociais cuja competência para prestar é do Estado através de políticas públicas.

Nesse sentido, é possível afirmar que a posição do Supremo Tribunal Federal, notadamente no que toca ao tema da imunidade tributária dos templos de qualquer culto, favorece a prestação dos serviços sociais desempenhados pela Igreja Universal do Reino de Deus na cidade de Salvador, sem implicar, todavia, ofensa à liberdade econômica, já que, dos casos analisados na pesquisa nenhum implicou dominação de mercado ou eliminação de concorrência, sendo todos imunes de ISSQN, IPTU e IR pessoa jurídica.

Ademais, verificou-se que nas proximidades das Igrejas pesquisadas, havia lojas de atributos religiosos, bem como estacionamento e pessoas vendendo lanches, inclusive na porta de Igreja. Quanto aos aluguéis de imóveis, não foi possível obter maiores dados a respeito da localização dos mesmos.

Por este motivo compreende-se que não resta maculada a liberdade econômica ao se conceder imunidade tributária à Igreja Universal do Reino de Deus por desempenhar atividade de natureza econômica e amealhar patrimônio, sobretudo, porque tais rendas são reinvestidas na prestação de serviços sociais cuja competência recairia, em tese, primordialmente para o Estado, que infelizmente, não consegue prestar tais serviços em quantidade e qualidade quando comparados com as entidades religiosas.

5. CONCLUSÃO

A interpretação extensiva da imunidade tributária dos templos de qualquer culto prevista no artigo 150, VI, 'b', da Constituição Federal vigente, propalada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tomando como parâmetro o § 4º deste dispositivo e tendo em vista a promoção do exercício livre das crenças de qualquer culto - direito fundamental à liberdade religiosa – não implica em restrição à liberdade econômica, especialmente, no que se refere à livre iniciativa.

Conquanto o precedente julgado pelo referido tribunal superior RE 325.822/SP aproxime fundamentos diversos para justificar imunidades tributárias distintas, quais sejam, a imunidade em função da prática religiosa e a imunidade para instituições educacionais e assistenciais sem fins lucrativos que exercem, sem finalidade econômica, atividades supletivas à atuação do Estado na prestação de serviços relevantes para a sociedade, não se vislumbra maiores dificuldades em aplicar o mesmo efeito, já que os serviços sociais prestados pela Igreja Universal do Reino de Deus, no âmbito da cidade de Salvador, em muito se aproxima ao prestado pelas entidades filantrópicas e de educação.

Por outro lado, imperioso compreender que a interpretação-aplicação conforme a constituição dos casos que envolvam o conflito/diálogo de mais de um direito fundamental importará em alguma medida na restrição de um ou de outro. Nesse sentido, deve-se atentar *in casu* para o fato de que o Estado não tem a pretensão de prestar serviços religiosos à semelhança do dever de prestar serviços educacionais e assistenciais, o que, a priori, nos leva a compreender que a imunidade tributária dos templos religiosos deve

ser interpretada restritivamente perante a livre iniciativa - corolário dos direitos fundamentais à liberdade econômica, à igualdade e à propriedade.

Nesse sentido, a Lei nº 9.532/97, em seus artigos 12, §2º, e 15, §2º, estatui que os rendimentos e os ganhos auferidos em aplicações financeiras de renda fixa e variável não gozam da prerrogativa imunizante, sendo tributadas tal e qual como qualquer outro sujeito passivo da obrigação tributária. Pareceres normativos da lavra da Receita Federal do Brasil atribuem robustez administrativa a já aclamada imunidade constitucional (consulte PN CST 162, de 1974, e PN CST 5, de 1992).

Todavia, impende compreender que somente nos casos em que haja efetiva dominação do mercado, ou seja, quando se vislumbrar ofensa direta à liberdade econômica por eliminação de concorrência ao gerar lucros não tributáveis exagerados se comparados com os de seu concorrente. Daí porque é necessário se vislumbrar caso a acaso quando uma medida importará tais efeitos e quando não implicará, para que não se ameace o pleno exercício da liberdade de crença, notadamente pela aplicação correta da imunidade tributária ao templos de qualquer culto.

Ademais, embora a atividade religiosa não seja prestada pelo Estado, é comum que pastorais, agremiações evangélicas, budistas, etc, estejam engajadas com a prestação de serviços sociais ao prestar alimentação, abrigo, segurança, oportunidade de emprego, alfabetização e tantas outras atividades que, normalmente, deveria ser prestado pelos diversos entes componentes da Federação na qualidade de serviço público.

Com efeito, tais atividades só podem ser prestadas, porque os fiéis e a administração da entidade religiosa tem a capacidade de arrecadar fundos das mais diversas fontes, sendo que o estacionamento, a cantina, os prédios

alugados, constituem verdadeiras fontes de potencialização da renda e patrimônio que serão reinvestidos na prestação dos serviços sociais retrocitados. Por tais motivos, compreendemos correta a interpretação esboçada pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do RE 325.822/SP.

Nada obstante, foi possível verificar *in loco*, por meio das pesquisas de campo realizadas, que de fato tais rendas e patrimônios são revestidos para a prestação dos serviços sociais, de modo que diversas igrejas de fato destinam à sociedade a renda dos estacionamento, cantina, lojas, aluguel de imóveis que têm potencializado um retorno para a população que necessita da ajuda destas entidades.

Por todos os motivos apresentados, compreendemos correta a interpretação-aplicação feita pelo Supremo acerca da imunidade tributária dos templos de qualquer culto e verificamos na prática que traz enormes benefícios para os cidadãos que tem a oportunidade de serem educados, alimentados, abrigados e retirados da violência e das drogas pela atividade desempenhada pela Igreja Universal do Reino de Deus no âmbito da cidade de Salvador.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Washington Carlos de. A aplicação Hodierna das Imunidades Tributárias aos Templos de Todos Cultos. *In Revista de Estudos Tributários*. Porto Alegre: v.13, n.78, mar/abr., p. 61-72, 2011.

BALEEIRO, Aliomar. **Limitações Constitucionais ao poder de tributar**. Atualizada por Mizabel Abreu Machado Derzi.7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

_____. **Direito Tributário Brasileiro**. 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no RE 325.822/SP Tribunal Pleno. Min. Ilmar Galvão. Decisão: 14.05.2004. Disponível em <<<http://www.stf.jus.br>>> Acesso em 21 de Agosto de 2013.

CAMPOS, Flávio. Imunidade Tributária na Prestação de Serviço por Templos de Qualquer Culto. *In Revista Dialética de Direito Tributário*, v. 454, n.54, março, p.44-53, 2000.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 16ª. ed. Malheiros Editores, 2001

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, Linguagem e Método**. 3ª ed. São Paulo: Noeses, 2009.

CASSONE, Vittorio. **Sistema tributário nacional da nova Constituição**. São Pauço: Atlas, 1989.

COSTA, Regina Helena. **Imunidades Tributárias**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

ICHIHARA, Yoshiaki. **Imunidades Tributárias**. São Paulo: Atlas, 2000.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **O Sistema Tributário na Constituição**. 6.ed. São Paulo: Saraiva,2007

_____. **Imunidades Tributárias**. Pesquisas Tributárias. Nova Série. Coord. Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: RT, nº 4, 2001.

MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. 3.ed. São Paulo:Saraiva,2008

PESTANA, Marcio. **O princípio da Imunidade Tributária**. São Paulo: RT, 2001.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969. 2ª ed., tomo II, São Paulo: RT, 1970.

PORTELLA, André Alves. Imunidade Tributária dos Templos Religiosos: extensão e limites do artigo 150, VI, „b", da Constituição Federal *IN Diké* - revista jurídica da UESC, ilhéus, v. 1, p. 120-142, 1999.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SABBAG, Eduardo De Moraes. **Elementos de Direito Tributário**. 9ed. São Paulo: Premier Maxima, 2008.

Notas:

[1] Trata-se aqui de desvelamento ínsito à hermenêutica filosófica, matriz teórica que fundamenta os pensamentos do autor. Para melhor compreensão: STEIN, Ernildo. *Seis ensaios sobre ser e tempo*. Petrópolis: Vozes, 1990, p. 10-11. HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. 5.ed. Petrópolis:Vozes, 2011, p. 202-214. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Petrópolis: Vozes. 2002, p. 231 e ss.

[2] MARTINS, Ives Gandra. **O Sistema Tributário na Constituição**. 6.ed. São Paulo: Saraiva,2007.p.298

[3] CASSONE, Vittorio. **Sistema tributário nacional da nova Constituição**. Atlas, 1989, p.45. *apud*. MARTINS, Ives Gandra. **O**

Sistema Tributário na Constituição. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.299.

[4] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969.** 2ª ed., Tomo II, São Paulo: RT, 1970, p.407-408.

[5] COSTA, Regina Helena. **Imunidades Tributárias.** São Paulo: Malheiros Editores, 2006.p.33.

[6] Idem, **ibidem.** p.49.

[7] CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário.** 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

[8] COSTA, Regina Helena.**Imunidades Tributárias.** São Paulo: Malheiros Editores, 2006.p.125.

[9] SOARES MELO, José Eduardo. **Curso de Direito Tributário.** 17ª ed. São Paulo: Dialética, 2007, p. 161-162.

[10] CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário.** 16ª. ed. Malheiros Editores, 2001, p. 620.

[11] “As imunidades tributárias devem ser interpretadas e aplicadas nos estritos termos da Constituição porque constituem exceção ao princípio da igualdade fiscal. Assim, quando a Constituição da República declara imunes de impostos os templos de qualquer culto (art. 150, VI, “b”), não há que se estender essa imunidade às taxas e contribuições (que não são impostos), **nem aplica-las aos demais bens da Igreja que não sejam recintos de culto (templos) e seus anexos (casas paroquiais, sede de congregação religiosa, e outras dependências institucionais dos cultos), sem abranger, todavia, as casas para locação, os terrenos aforados e outros bens não destinados a práticas religiosas, embora pertencentes**

à administração das seitas e cultos “ (grifo nosso) (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal**, 11ª ed., São Paulo: Malheiros, p. 172).

[12] “Nenhum imposto incide sobre os templos de qualquer culto. Templo não significa apenas a edificação, mas tudo quanto seja ligado ao exercício da atividade religiosa. Não pode haver imposto sobre missas, batizados ou qualquer outro ato religioso. Nem sobre qualquer bem que esteja a serviço do culto. **Mas pode incidir imposto sobre bens pertencentes à Igreja, desde que não sejam instrumentos desta. Prédios alugados, por exemplo, assim como os respectivos rendimentos, podem ser tributados.** Não a casa paroquial, ou o convento, ou qualquer outro edifício utilizado para atividades religiosas, ou para residência dos religiosos” (grifo nosso) (MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 245-246).

[13] “O templo não deve ser apenas a igreja, sinagoga ou edifício paroquial, onde se celebra a cerimônia pública, mas também a dependência acaso contígua, o convento, os anexos por força de compreensão, inclusive a casa ou residência especial, do pároco ou pastor, pertencentes à comunidade religiosa, desde que não empregados em fins econômicos (...) **Mas não se incluem na imunidade as casas de aluguel, terrenos, bens e rendas do Bispado ou da paróquia, etc**”. (grifo nosso) (BALEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 137).

[14] Em suas palavras “se uma entidade imune explorasse atividade pertinente apenas ao setor privado, não haveria a barreira e ela teria condições de dominar mercados e eliminar a concorrência ou pelo menos obter lucros arbitrários, na medida em que adotasse idênticos preços de

concorrência, mas livre de impostos. Ora, o texto constitucional atual objetivou eliminar definitivamente tal possibilidade sendo que a junção do princípio estatuído nos arts. 173, §4º, e 150, §4º, impõe a exegese de que as atividades, mesmo que relacionadas indiretamente com aquelas essenciais das entidades imunes enunciadas nos incisos **b** e **c** do art. 150, VI, se forem idênticas ou análogas às de outras empresas privadas, não gozariam da proteção imunitória. Exemplificando: se uma entidade imune tem um imóvel e o aluga. Tal locação não constitui atividade econômica desrelacionada de seu objetivo nem fere o mercado ou representa uma concorrência desleal. Tal locação do imóvel não atrai, pois, a incidência do IPTU sobre gozar a entidade de imunidade para não pagar imposto de renda. A mesma entidade, todavia, para obter recursos para suas finalidade decide montar uma fábrica de sapatos, porque o mercado da região está sendo explorado por outras fábricas de fins lucrativos, com sucesso. Nessa hipótese, a nova atividade, embora indiretamente referenciada, não é imune, porque poderia ensejar a dominação de mercado ou eliminação de concorrência sobre gerar lucros não tributáveis exagerados se comparados com os de seu concorrente” (MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Imunidades Tributárias**. São Paulo: RT, 1998, p. 45-48).

[15] MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. 3.ed. SãoPaulo:Saraiva,2008.p.417.

[16] Idem, *Ibidem*, 2008.

[17] CAMPOS, Flávio. Imunidade Tributária na Prestação de Serviço por Templos de Qualquer Culto. *In Revista Dialética de Direito Tributário*, v. 454, n.54, março, p.44-53, 2000, p.49.

COMENTÁRIOS À LEI Nº 13.144/2015 E A ALTERAÇÃO NO INSTITUTO DO BEM DE FAMÍLIA:
MAIS UMA VERBORRAGIA LEGISLATIVA?

TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL: Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), linha de Pesquisa Conflitos Urbanos, Rurais e Socioambientais. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especializando em Práticas Processuais - Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental.

Resumo: *In primo loco*, ao se examinar o instituto do bem de família, infere-se que o seu surgimento ocorreu no ano de 1845 no Texas, nos Estados Unidos da América, por meio da *Homestead Exemptio Act*, que tinha como escopo a proteção das famílias que se encontravam instaladas na, então, República do Texas. A origem do instituto do bem de família se cinge em razões humanitárias, que buscavam resguardar o mínimo existencial para que os núcleos familiares pudessem viver com o mínimo indispensável a uma existência digna. Nesta senda, o Código de Processo Civil pátrio, desfraldando a tábua de valores em que o instituto em comento foi edificado, trouxe à baila que eram absolutamente impenhoráveis as provisões de alimentos e de combustível, os quais exerciam função imprescindível à manutenção do devedor e de sua família durante um mês. Outrossim, o Estatuto da Terra agasalhou de impenhorabilidade o imóvel rural que contasse com tamanho de até um módulo, desde que fosse o único de que dispusesse o devedor, ficando,

contudo, resguardada a possibilidade de hipoteca para fins de financiamento. Ambos os exemplos, com efeito, buscam salvaguardar a garantia de subsistência do devedor, tendo o propósito essencialmente humanitário, o qual é afastado tão somente diante das exceções consagradas no artigo 650 do Estatuto de Ritos Civis, maiormente a satisfação de obrigação alimentar em relação a pessoa incapaz.

Palavras-chaves: Bem de Família. Patrimônio Mínimo. Direito Civil

Sumário: 1 Bem de Família: Substrato Histórico; 2 Bem de Família: A Substancialização do Patrimônio Mínimo da Pessoa Humana; 3 Abordagem Conceitual do Bem de Família; 4 Bem de Família Convencional: 4.1 Ponderações Introdutórias; 4.2 Extensão da Proteção; 4.3 Exceções à Regra da Impenhorabilidade do Bem de Família Voluntário; 4.4 Legitimação para a instituição do Bem de Família Convencional; 4.5 Extinção do Bem de Família Voluntário; 5 Bem de Família Legal: 5.1 Noções Conceituais; 5.2 Alargamento do Objeto; 5.3 Exceções à Regra de Impenhorabilidade do Bem de Família Legal; 6 Comentários à Lei nº 13.144/2015 e a alteração no Instituto do Bem de Família: Mais uma verborragia legislativa?

1 Bem de Família: Substrato Histórico

In primo loco, ao se examinar o instituto do bem de família, infere-se que o seu surgimento ocorreu no ano de 1845 no Texas, nos Estados Unidos da América, por meio da *Homestead Exemptio Act*, que tinha como escopo a proteção das famílias que se encontravam instaladas na, então, República do Texas. Como bem pontua Rolf Madaleno, ao

dispor acerca da gênese do instituto do bem de família, o ato supramencionado apresentava como fito *“livrar de qualquer execução judicial até 50 acres de terra rural, ou lote de terreno na cidade, compreendendo a habitação até 500 dólares, os móveis e utensílios de cozinha, no limite de 200 dólares”* [1], assim como arados, instrumentos e livros destinados ao comércio e ao exercício da profissão. O ato em comento ainda livrava da execução determinado número de animais e todas as provisões indispensáveis a um ano de consumo.

Como se infere, a origem do instituto do bem de família se cinge em razões humanitárias, que buscavam resguardar o mínimo existencial para que os núcleos familiares pudessem viver com o mínimo indispensável a uma existência digna. Nesta senda, o Código de Processo Civil pátrio, desfraldando a tábua de valores em que o instituto em comento foi edificado, trouxe à baila que eram absolutamente impenhoráveis as provisões de alimentos e de combustível, os quais exerciam função imprescindível à manutenção do devedor e de sua família durante um mês. Outrossim, o Estatuto da Terra agasalhou de impenhorabilidade o imóvel rural que contasse com tamanho de até um módulo, desde que fosse o único de que dispusesse o devedor, ficando, contudo, resguardada a possibilidade de hipoteca para fins de financiamento. Ambos os exemplos, com efeito, buscam salvaguardar a garantia de subsistência do devedor, tendo o propósito essencialmente humanitário, o qual é afastado tão somente diante das exceções consagradas no artigo 650 do Estatuto de Ritos Civis, maiormente a satisfação de obrigação alimentar em relação a pessoa incapaz.

Ao lado disso, com a construção de uma tábua principiológica mais rotunda pela Constituição Federal de 1988, desfraldando como flâmulas os valores sociais, há que se dispensar uma análise dos institutos do Direito Civil, notadamente os associados ao patrimônio, a partir de uma ótica alicerçada na promoção da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, expressamente consagrados no artigos da Carta de Outubro, em seus artigos 1º, 3º e 5º. *“Em outras palavras, vem se empreendendo elevado esforço no sentido de recuperar a preponderância da pessoa em relação ao patrimônio, abandonando o caráter neutro e despreocupado do ordenamento jurídico”* [2], aproximando-se, por conseguinte, à realidade social vigente.

Nessa ótica, salta aos olhos a necessidade de dispensar proteção ao patrimônio do indivíduo, uma vez que é fundamental, para a promoção da dignidade da pessoa humana, valorar o indivíduo e suas carências fundamentais. Tal premissa tem amplo assento, notadamente quando se considera que a pessoa humana é o fito a que se destina, maiormente, a tutela jurídica. Deste modo, ao se resguardar o mínimo existencial, a Constituição Federal de 1988 tem atendida um dos seus fitos mais substanciais, a saber: a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais, assegurando ao patrimônio uma atuação como instrumento de potencialização da cidadania.

2 Bem de Família: A Substancialização do Patrimônio Mínimo da Pessoa Humana

Cuida destacar que o ser humano nasce inserido em um seio familiar, que dá início a uma moldagem de suas potencialidades com o

escopo de promover a convivência em sociedade e da busca de sua realização pessoal. Ao lado disso, há que se reconhecer que na célula familiar em que os fatos essenciais à vida do ser humano se desdobram, desde o seu nascimento até seu óbito. Nesta ambientação primária é que o homem se distingue dos demais animais, em razão da possibilidade de escolhas de caminhos a serem trilhados e orientações a serem empregadas, constituindo grupamento em que a personalidade do indivíduo se desenvolverá.

O direito à moradia foi citado inicialmente na Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada, em 1948, pela Assembleia Geral da ONU, tendo o Brasil como um dos seus signatários. A citada Declaração, em seu artigo 25, §1º, estabelece que toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, moradia, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis. O principal instrumento legal internacional que trata do direito à moradia, ratificado pelo Brasil e por mais 138 países, é o Pacto Internacional de Direitos Econômicos e Sociais e Culturais - PIDESC, adotado pela Organização das Nações Unidas, em 1966.

O artigo 11, §1º, do mencionado Pacto, dispõe que os Estados partes reconhecem o direito de toda pessoa à moradia adequada e comprometem-se a adotar medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito. Faz-se mister ressaltar que tratado internacional que versa sobre direitos humanos assume o *status* de norma supralegal, situando-se abaixo da Constituição, porém acima da legislação

ordinária, de modo que o ordenamento jurídico interno deve contemplar formas para implementação dos seus mandamentos.

Mister faz-se realçar que os novos valores e dogmas que inspiram a sociedade contemporânea suplantam e afastam, de modo definitivo, com a acepção tradicionalista da célula familiar. Ressoando os axiomas adotados pela Carta de Outubro, a família passa a ser norteadada por aspectos de solidariedade social, assim como um sucedâneo de características inerentes ao desenvolvimento e aperfeiçoamento do ser humano. Assim, o afeto passar a gozar de especial substrato, sendo considerada imprescindível a proteção do núcleo familiar, a partir dos princípios gerais, rotundamente expressados na *Lex Fundamentalis*, que colocam sob tutela a pessoa humana. Neste sentido, inclusive, colhe-se o entendimento jurisprudencial ventilado pelo Superior Tribunal de Justiça que, altos alaridos, pontua que:

Ementa: Recurso Especial. Ação Anulatória. Acordo Homologado Judicialmente. Oferecimento de Bem em Garantia. Pequena Propriedade Rural. Impenhorabilidade. Equiparação à Garantia Real Hipotecária. Descabimento. 1.- A proteção legal assegurada ao bem de família pela Lei 8.009/90 não pode ser afastada por renúncia, por tratar-se de princípio de ordem pública, que visa a garantia da entidade familiar. [...]. (Superior Tribunal de Justiça – Terceira Turma/ REsp 1115265/RS/ Relator Ministro

Sidnei Beneti/ Julgado em 24.04.2012/ Publicado no DJe em 10.05.2012) (realcei)

Compreende-se, desta sorte, a evolução da concepção que se refere à família-instituição, sendo sua proteção justificada em razão da necessidade de resguardar, de maneira substancial, o desenvolvimento da pessoa humana. Para tanto, há que se acautelar qualquer interferência que atente contra os interesses de seus membros, na medida em que promove e potencializa a dignidade das pessoas de seus membros, assim como a igualdade e a solidariedade entre seus integrantes.

3 Abordagem Conceitual do Bem de Família

Em uma acepção inaugural, o bem de família instituído no Ordenamento Pátrio, por meio da Lei Nº. 8.009, de 29 de Março de 1990[3], que dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família, isenta o imóvel destinado ao domicílio da família do devedor, isentando-o das consequências de execução por dívidas de natureza civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de qualquer outra natureza, como bem entalha o artigo 1º do Diploma supra. Cuida anotar que a impenhorabilidade será afastada quando incidir uma das exceções albergadas no artigo 3º da referida lei, porquanto a *“finalidade do instituto do bem de família proteger o direito de propriedade que serve de abrigo para a família, não no propósito de abrigar o mal pagador”*[4], equilibrando, por conseguinte, o processo executivo.

Nesse passo, há que ponderar que a impenhorabilidade compreende, o imóvel sobre o qual é erigida a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, incluindo-

se em tal acepção os profissionais, ou ainda os móveis que integram a residência, desde que se encontrem devidamente quitados. Conforme lecionam os doutrinadores Tartuce e Simão, *“o bem de família pode ser conceituado como o imóvel utilizado como residência da entidade familiar, decorrente de casamento, união estável, entidade monoparental ou outra manifestação familiar”* [5], recebendo, em razão de sua essência, proteção legal específica. Nesta esteira, cuida anotar que o instituto em tela compreende duas espécies, a saber: o bem de família convencional ou voluntário, cuja previsão se encontra positivada no Código Civil, e o bem de família legal, que encontra descanso na Lei Nº. 8.009/1990.

No que concerne à natureza jurídica, o bem de família é considerada como uma forma de afetação de bens a um destino especial, tal seja: assegurar a dignidade humana dos integrantes do núcleo familiar. Deste modo, *“protege-se o bem que abriga a família com o escopo de garantir a sua sobrevivência digna, reconhecida a necessidade de um mínimo existencial de patrimônio, para a realização da justiça social”* [6]. Assim, a natureza jurídica do bem de família se deita, justamente, em assegurar a promoção da dignidade da pessoa humana, por meio da manutenção do mínimo patrimonial inerente ao desenvolvimento de seus integrantes.

4 Bem de Família Convencional

4.1 Ponderações Introdutórias

Inicialmente, cuida anotar que o denominado bem de família convencional, também denominado pela doutrina de voluntário, decorre da manifestação das partes, que é instituído por meio da vontade do casal

ou da entidade familiar, mediante registro. Álvaro Villaça Azevedo obtempera que o bem de família é *“um meio de garantir um asilo à família, tornando-se o imóvel onde a mesma se instala domicílio impenhorável e inalienável, enquanto forem vivos os cônjuges e até que os filhos completem sua maioridade”* [7]^[8]. Verifica-se, desta sorte, que a modalidade do bem de família convencional, também denominado de voluntário, apresenta como fito assegurar um asilo para os cônjuges ou ainda até os filhos atingirem sua maioridade civil, como assinala expressamente a redação do artigo 1.716 do Código Civil[9].

Desse modo, infere-se que o bem de família consistirá em prédio, tanto urbano como rural, compreendendo, também, suas pertenças e acessórios, destinando-se, em ambos os casos, ao domicílio do núcleo familiar. Igualmente, poderá o bem de família abranger *quantum* mobiliário, a fim de que a renda alcançada seja revertida na conservação do imóvel e no sustento da família, sendo o importe limitado a 1/3 (um terço) do patrimônio líquido. Ao lado disso, a partir do substrato estruturado por meio da concepção acerca do instituto em tela, verifica-se que a modalidade em comento reúne os seguintes aspectos característicos: **a)** decorre de ato voluntário do titular, por meio de escritura pública, doação ou cédula testamentária; **b)** acarreta a inalienabilidade e impenhorabilidade; **c)** atina ao bem imóvel em que o núcleo familiar está residindo; **d)** está limitado à vida dos instituidores ou ainda até a maioridade civil da prole. A fim de subsidiar os argumentos arvorados alhures, cuida transcrever a precisa lição estruturada por Gagliano e Pamplona Filho:

Devidamente instituído, o bem de família voluntário tem por efeito determinar a: a) impenhorabilidade (limitada) do imóvel residencial – isentando-o de dívidas futuras, salvo as que provierem de impostos relativos ao mesmo prédio (IPTU, ITR, v.g.) ou de despesas de condomínio [...]; b) inalienabilidade (relativa) do imóvel residencial – uma vez que, após instituído, não poderá ter outro destino ou ser alienado, senão com o expresse consentimento dos interessados e seus representantes legais (mediante alvará judicial, ouvido o MP, havendo participação de incapazes)[10]

O Estatuto Civilista vigente, em consonância com a novel interpretação conferida pelos ditames albergados na Constituição Federal de 1988, permitiu que a modalidade em apreço seja instituída não apenas pelo marido, conquanto tenha mantido sua voluntariedade na constituição. Ao lado disso, gize-se, por oportuno, que a Lei Substantiva Civil promoveu inovação, ao passo que deslocou o instituto em comento para o livro que versa acerca do direito de família. Deste modo, *“o conceito de família para os fins de constituição do bem de família abrange, também, a união estável, a família monoparental e outras formas de constituição de núcleos básicos”* [11], em razão da nova órbita em que o conceito de entidade familiar foi alçado, notadamente a partir da tábua principiológica emanada pelo artigo 226 da Carta de 1988. Caminham,

inclusive, nesta trilha, as lições de Pablo Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho[12], precipuamente quando evidenciam que o Código de 2002 consagrou a possibilidade do bem de família voluntário não ser instituído apenas pelo casal, mas também pela entidade familiar, compreendendo-se em tal locução a união estável e família monoparental, e por terceiro, por meio de doação ou ato de disposição de última vontade. Com efeito, nesta última possibilidade, para que o ato de disposição produza eficácia necessária de revela a expressa aceitação do casal ou da entidade familiar beneficiada, como obtempera o parágrafo único do artigo 1.711 do Código Civil[13].

No mais, não se pode perder de vista que a espécie em exposição usufrui de utilidade, porquanto se apresenta como instrumento de proteção ao núcleo familiar. *“Até mesmo porque as hipóteses (excepcionais e taxativas) em que se permite a penhora do bem são mais restritas do que em relação ao bem de família legal”* [14]. Neste passo, quadra anotar que a penhora do bem de família convencional só terá assento, exclusivamente, em casos de tributos devido em decorrência do próprio bem, como IPTU e ITR, ou ainda dívidas de condomínio, como dicciona, com clareza solar, o artigo 1.715, *caput*, do Código Civil: *“O bem de família é isento de execução por dívidas posteriores à sua instituição, salvo as que provierem de tributos relativos ao prédio, ou de despesa de condomínio”* [15].

Prima pontuar, ainda, em harmonia com as informações ventiladas até o momento, que o prédio, considerado como bem de família, não pode ter destino outro além de servir de domicílio da célula

familiar nem ser alienado sem o consentimento de todos os interessados, incluindo-se os filhos. Outrossim, a instituição se dá mediante cédula testamentária ou escritura, que se constituirá mediante o registro de seu título no competente Cartório de Imóveis. Ao lado disso, o imóvel não pode corresponder a fração superior de um terço do patrimônio líquido do instituidor, existente ao tempo do fato.

4.2 Extensão da Proteção

É possível afirmar que os efeitos produzidos pelo bem de família voluntário é a impenhorabilidade e a inalienabilidade, *id est*, ao se instituir o bem de família, por meio do procedimento público no Cartório Imobiliário, há a restrição da comercialidade do bem, em razão da impenhorabilidade e da inalienabilidade. *“A impenhorabilidade e a inalienabilidade decorrentes da vontade do instituidor atingem não apenas o imóvel, rural ou urbano, que serve de residência, mas, por igual, suas pertenças e acessórios”* [16]. Deste modo, os aparelhos considerados como essenciais à manutenção do lar, a exemplo do telefone, televisão e outros utensílios, serão recobertos pelos característicos esposados acima, sendo tal visão expressada no Código de 2002.

Ao lado disso, há que se realçar a inovação entalhada na Lei Substantiva Civil no que pertine à possibilidade de inserir na constituição do bem de família, cláusula que engloba também valores mobiliários, devendo a renda ser direcionada na conservação do imóvel e no sustento da família. *“Ocorre, portanto, uma mescla de bem de família imóvel e outro móvel, de montantes que podem ser equiparados até o limite do valor do prédio instituído com bem de família”* [17], não sendo possível,

contudo, que os valores mobiliários ultrapassem o valor do prédio instituído. Por necessário, o montante reclama individualização quando do instrumento da instituição, sendo possível confiar a administração dos valores pecuniários à instituição financeira, além de disciplinar a forma de renda aos beneficiários.

Nesse passo, a preocupação tem em mira assegurar a manutenção e conservação do bem de família, motivo pelo qual aprouve ao legislador limitar a instituição do bem de família convencional a um terço (1/3) do patrimônio líquido do instituidor. Para tanto, é imperioso que seja observado aludido patrimônio quando da instituição no caso de doação e verificado quando da abertura da sucessão, se, porventura, a instituição decorrer de cédula testamentária. Verificado que houve excesso, quando da estipulação, o excedente não produzirá efeitos.

4.3 Exceções à Regra da Impenhorabilidade do Bem de Família Voluntário

A Codificação Reale traz à baila, em seu artigo 1.715, exceção à regra de impenhorabilidade do bem de família, sendo possível sua penhora para pagar dívidas decorrentes de tributos relativos ao próprio prédio, como é o caso do IPTU e do ITR, ou ainda de despesas condominiais. *“Quanto ao eventual saldo resultante da execução pelas dívidas mencionadas acima, é intuitivo notar de será aplicado em outro prédio”* [18], a título de bem de família, ou ainda em título da dívida pública, a fim de resguardar o sustento da família, excetuando-se situações peculiares que reclamarem outra solução a ser adotada pelo Juízo competente.

Objetiva a legislação em vigor salvaguardar não apenas os impostos predial e territorial, bem como as taxas e contribuições decorrentes de título de remuneração por serviços públicos prestados em benefício do imóvel e as despesas de condomínio incidentes sobre a economia instituída como bem de família. *“Não faria sentido isentar o bem imóvel destes custos, pois isto representaria um verdadeiro incentivo à inadimplência, porque qualquer um poderia deixar de atender aos encargos próprios da moradia”*[19], pois seria caótico considerar o inaceitável enriquecimento sem causa, uma vez que a dívida relativa ao imóvel não poderia ser objeto de execução. No mais, os incidentes no regime do bem de família legal, proveniente do conteúdo na Lei Nº. 8.009/90[20], não tem aplicação na sistemática referente ao instituto em tela.

4.4 Legitimação para a instituição do Bem de Família Convencional

Tendo em conta que a Constituição Federal hasteou como pavilhão a igualdade entre os cônjuges e companheiros, com clareza, pode-se constatar que a instituição do bem de família convencional não está atrelado, unicamente, ao marido, mas sim ao casal, conforme reza o artigo 1.711 do Estatuto de 2002. Nesta trilha, ao espancar acerca do dispositivo legal retro, Rolf Madaleno anota que há exigência de *“escritura pública de doação ou de testamento como pressuposto de constituição válido e regular do bem de família, e na hipótese do testamento”*[21], produzindo efeitos tão somente depois da morte daquele que o instituiu.

Por imperioso, impende afirmar que é desnecessária a outorga do cônjuge para a estipulação do bem de família, uma vez que o instituto

em comento não se afigura como gravame ou alienação, contudo, ao reverso, é tido como um benefício estruturado em prol da célula familiar. *“Elastecendo a legitimidade para a instituição do bem de família convencional, veio a legislação a permitir que também o terceiro possa instituí-lo”* [22], como espanca o parágrafo único do artigo 1.711 do Código Civil. Ao lado disso, de intelecção meridiana, a constituição do bem de família só passa a produzir efeitos a partir de sua efetiva inscrição no Registro Imobiliário, nos termos em que verbaliza o artigo 1.714 do Diploma de 2002, ou ainda desde a data da prenotação da respectiva escritura pública, com o escopo de se assegurar a carecida publicidade ao ato.

4.5 Extinção do Bem de Família Voluntário

O Código Civil, em seu artigo 1.722, estabelece que a extinção da modalidade de bem de família em apreço só se dará em razão da morte de ambos os cônjuges, devendo-se, ainda, estender tal interpretação aos companheiros, que são igualmente salvaguardados pelas disposições constitucionais. *“Embora ocorra a morte dos cônjuges ou conviventes, segue o bem de família enquanto não suceder a maioria de seus filhos, exceto se sujeitos à curatela”* [23]. Destarte, percebe-se que a afetação persistirá enquanto um dos cônjuges ou companheiros estiver vivo; porém, se ambos os cônjuges/companheiros forem mortos, enquanto houver filhos menores e incapazes, não se extinguirá o bem de família, ou ainda se maior, pelo período que perdurar a incapacidade. Com efeito, preciosas são as lições de Tartuce e Simão, em especial quando explicitam que:

A instituição dura até que ambos os cônjuges faleçam, sendo que, se restarem filhos menores de 18 anos, mesmo falecendo os pais, a instituição perdura até que todos os filhos atinjam a maioridade [...] Mais uma vez se percebe a intenção do legislador de proteger a célula familiar[24].

Nessa senda, como obtempera o parágrafo único do artigo 1.721 do Código Civil, a dissolução da entidade familiar não tem o condão de acarretar a extinção do bem de família, todavia, se for em caso de morte de um dos cônjuges/companheiros, o supérstite poderá vindicar a extinção do bem de família, caso seja o único bem do casal. Com efeito, Gagliano e Pamplona Filho assinalam que *“a dissolução da sociedade conjugal não extingue o bem de família, ressalvada a hipótese de morte de um dos cônjuges, eis que, nesse caso, poderá o sobrevivente requerer a extinção do bem de família”* [25], em se tratando do único bem do casal, situação em que este será levado a inventário e partilha entre os herdeiros.

5 Bem de Família Legal

5.1 Noções Conceituais

A Constituição Cidadã cuidou de salvaguardar especial proteção estatal à família, erigindo pilares robustos a serem observados, notadamente os constantes do artigo 226. Ainda neste sedimento, a moradia passou afigurar como um direito social considerado como prioritário e de dignificação mínima do indivíduo, vez que a casa é descrita como asilo inviolável do cidadão. *“A moradia como expressão e garantia*

constitucional da dignidade humana, passou a ter valor maior e sobreposto ao direito meramente patrimonial” [26]. A Lei Nº. 8.009/1990 trouxe a lume o bem de família legal, cuja proteção estatuída é a impenhorabilidade, independente da vontade do titular. Ao lado disso, há que se colacionar o seguinte aresto:

Ementa: Processo Civil. Direito Civil. Execução. Lei 8.009/90. Penhora de Bem de Família. Devedor não residente em virtude de usufruto vitalício do imóvel em benefício de sua genitora. Direito à moradia como direito fundamental. Dignidade da Pessoa Humana. Estatuto do Idoso. Impenhorabilidade do Imóvel. 1. A Lei 8.009/1990 institui a impenhorabilidade do bem de família como um dos instrumentos de tutela do direito constitucional fundamental à moradia e, portanto, indispensável à composição de um mínimo existencial para vida digna, sendo certo que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui-se em um dos baluartes da República Federativa do Brasil (art. 1º da CF/1988), razão pela qual deve nortear a exegese das normas jurídicas, mormente aquelas relacionadas a direito fundamental. 2. A Carta Política, no capítulo VII, intitulado "Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso", preconizou especial proteção ao idoso, incumbindo

desse mister a sociedade, o Estado e a própria família, o que foi regulamentado pela Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), que consagra ao idoso a condição de sujeito de todos os direitos fundamentais, conferindo-lhe expectativa de moradia digna no seio da família natural, e situando o idoso, por conseguinte, como parte integrante dessa família. 3. O caso sob análise encarta a peculiaridade de a genitora do proprietário residir no imóvel, na condição de usufrutuária vitalícia, e aquele, por tal razão, habita com sua família imóvel alugado. Forçoso concluir, então, que a Constituição Federal alçou o direito à moradia à condição de desdobramento da própria dignidade humana, razão pela qual, quer por considerar que a genitora do recorrido é membro dessa entidade familiar, quer por vislumbrar que o amparo à mãe idosa é razão mais do que suficiente para justificar o fato de que o nu-proprietário habita imóvel alugado com sua família direta, ressoa estreme de dúvidas que o seu único bem imóvel faz jus à proteção conferida pela Lei 8.009/1990. 4. Ademais, no caso ora sob análise, o Tribunal de origem, com ampla cognição fático-probatória, entendeu pela impenhorabilidade do bem litigioso, consignando a inexistência de

propriedade sobre outros imóveis. Infirmar tal decisão implicaria o revolvimento de fatos e provas, o que é defeso a esta Corte ante o teor da Súmula 7 do STJ. 5. Recurso especial não provido. (Superior Tribunal de Justiça – Quarta Turma/ REsp 950.663/SC/ Relator Ministro Luis Felipe Salomão/ Julgado em 10.04.2012/ Publicado no DJe em 23.04.2012)

Neste compasso, o artigo 1º do referido texto legal, seguindo a esteira da nova ordem jurídica inaugurada pela Carta da República de 1988, passou a conferir proteção à moradia da célula familiar, que compreende o casamento, união estável e família monoparental. Neste sentido, inclusive, *“se a proteção do bem visa atender à família, e não apenas ao devedor, deve-se concluir que este não poderá, por ato processual individual e isolado, renunciar à proteção, outorgada por lei em norma de ordem pública, a toda a entidade familiar”*^[27]. Em ocorrendo a situação de possuir o proprietário mais de um imóvel, será considerado como bem de família aquele de menor valor, ainda que o núcleo familiar resida no imóvel mais valioso. O bem de família, enquanto uma propriedade destinada à moradia da pessoa ou de um grupo familiar, tem sua origem na função social, conquanto não se trate de um direito absoluto, eis que pode conflitar com outros direitos que orbitem em mesmo dimensão existencial. Além disso, a proteção de impenhorabilidade acinzelada no Diploma aludido algures amplia o rol de bens apresentados nos artigos 649 e 650, ambos do Código de Processo

Civil, com o fito de salvaguardar a moradia familiar. *“A lei deve ser entendida de forma consentânea com a realidade viva, presente, obstando interpretações dissonantes do nosso tempo e espaços atuais”* [28].

Há que se salientar, neste giro, que a realidade social é a mola propulsora da constante mutabilidade das normas jurídicas, tendo por elementos valoradores o processo histórico e cultural, como também os fatos concretos, decorrente da evolução da sociedade, que ofertam o fértil substrato e contribuem para a sua formulação. Nesta trilha, cogente se faz lançar mão das prodigiosas ponderações apresentadas por Eros Grau, em especial, quando destaca que *“o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza”* [29].

5.2 Alargamento do Objeto

Conforme espanta o artigo 1º da Lei Nº 8.009, de 29 de março de 1990 [30], a impenhorabilidade legal do bem de família não alcança apenas o imóvel, mas também contempla suas construções, plantações, benfeitorias de qualquer natureza e os equipamentos, incluindo-se os profissionais, além de encampar os móveis e utensílios que guarnecem o lar, desde que estejam devidamente quitados. De outra banda, não usufruem do véu da impenhorabilidade, em consonância com as disposições emanadas pelo artigo 2º do referido diploma, os veículos destinados ao transporte, obras de arte e adornos suntuosos, os quais serão passíveis de penhora, a fim de assegurar o pagamento das dívidas

do titular. Neste sentido, cuida trazer à colação o aresto proveniente do Superior Tribunal de Justiça que firmou entendimento que:

[...] sob a cobertura de precedentes desta Corte que consideram bem de família aparelho de televisão, videocassete e aparelhos de som, tidos como equipamentos que podem ser mantidos usualmente por suas características. A bicicleta, porém, não é bem de família, sendo meio de transporte, mais bem situado na vedação do art. 2º da Lei Nº. 8.009/90 [...] (Superior Tribunal de Justiça – Terceira Turma/ REsp Nº 82.067/SP/ Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito/ Julgado em 26.06.1997) (sublinhei).

No que concerne à locução “adornos suntuosos”, realçar se faz necessário que a impenhorabilidade alcança tão-somente os bens indispensáveis à moradia, bem como aqueles que, hodiernamente, integram uma residência. Farias e Rosenvald^[31] apregoam que o entendimento jurisprudencial empregou uma interpretação elástica ao analisar o alcance do véu da impenhorabilidade, notadamente em relação aos objetos imprescindíveis à promoção da dignidade da pessoa humana na contemporaneidade, de maneira a adequar a vida humana às novas exigências sociais. Quadra anotar que, em havendo diversos utilitários da mesma espécie, a impenhorabilidade incidirá apenas em uma unidade de cada bem, sendo plenamente possível a penhora sobre os que excederem.

Doutra forma, obstado será a extensão do manto da impenhorabilidade sobre os bens que não guarneçam a residência, cuja destinação se assenta na exploração econômica. Igualmente, com o advento da Lei Nº. 11.382/2006, que introduziu maciças alterações no Código de Processo Civil, tornou-se possível a promoção da penhora dos utensílios e bens que guarneçam o imóvel, desde que sejam de elevado valor ou ainda exasperem o que é tido como necessário para a manutenção de um padrão médio de vida. Ora, neste ponto, há que se reconhecer a substancialização do patrimônio mínimo, tendo a lei desfraldado o pavilhão de que tão somente o que é necessário para viver de forma digna deve ser resguardado por meio da impenhorabilidade. Logo, afiguraria como verdadeiro contrassenso legal admitir que o manto constante da Lei Nº. 8.009/1990[32], com fito rotundo, se destine a acampar bens supérfluos.

Nesse almiré, fato é que se a pessoa humana do devedor reclama proteção mínima, capital para assegurar a sua dignidade, não menos certo é que o credor também merece proteção, de maneira a resguardar a sua própria dignidade. Ao lado do expendido, há se anotar que o fito primevo do Ordenamento Pátrio é dispensar proteção aos bens do devedor naquilo que se apresentar como imprescindível para resguardar sua vida digna, não estando, por consequência, abarcado aquilo que exasperar a um padrão médio de vida. Por óbvio, tão só diante do caso concreto é que poderá aferir o padrão médio de cada indivíduo, havendo, naturalmente, variações de um devedor para o outro, assim como de um lugar para o outro. Ademais, exige ponderação algumas

situações específicas que também serão agasalhadas pela impenhorabilidade legal, a saber: a) a posse do imóvel residencial, na situação em que o possuidor revelar que o bem possuído é bem de família, estando, igualmente, acobertado pela proteção; b) o imóvel em construção, cômpar, é impenhorável, uma vez que é considerado antecipadamente bem de família, seguindo a trilha de precedentes jurisprudenciais consolidados pelos Tribunais pátrios; c) *“a garagem, uma vez que integra – como qualquer outra parte, a unidade habitacional, salvo quando considerada autonomamente”* [33], consoante interpretação dada pelo Superior Tribunal de Justiça, sendo admissível sua penhora quando individualizada, como unidade autônoma, no competente Registro de Imóveis. Outrossim, os apartamentos unificados deverão ser considerados como bem de família, desde que haja prévia demonstração da utilização conjunta por um único grupamento familiar, como bem assinalou Credie [34].

5.3 Exceções à Regra de Impenhorabilidade do Bem de Família Legal

Tal como ocorre com o bem de família convencional, também denominado de voluntário, há exceções em relação ao bem de família legal que afastam a incidência da impenhorabilidade, *“temperando a impossibilidade de submeter à execução o imóvel que serve de lar e os objetos que o guarnecem”* [35]. Com sulcos profundos, acinzela o artigo 3º da Lei Nº. 8.009/1990 [36] que não poderá o devedor lançar mão da impenhorabilidade quando a cobrança manejada versar acerca de: a) créditos de natureza trabalhista ou previdenciária de trabalhadores da própria residência; b) créditos financeiros empregados na construção ou

aquisição do próprio imóvel, salvo aqueles contraídos para fins de reforma do bem; c) pensão alimentícia oriunda das hipóteses contempladas no Direito de Família, afastando-se, por consequência, a verba alimentar de natureza indenizatória; d) impostos, taxas e contribuições devidas em razão do imóvel; e) execução de hipoteca que recai sobre o próprio bem, dado, de maneira voluntária, em garantia pelos titulares, independentemente de estar, ou não, constituída uma célula familiar; f) valores decorrentes da aquisição do imóvel com o produto do crime ou ainda para a execução de sentença criminal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens; g) dívida de fiança concedida em contrato de locação. De bom alvitre se faz trazer à colação o entendimento jurisprudencial consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça que ventila no sentido que:

Ementa: Recurso Especial. Ação de Indenização por Ato Ilícito. Furto Qualificado. Execução de Sentença. Embargos do Devedor. Penhora Bem de Família. Exceção do art. 3º, VI, da Lei Nº 8009/90. Possibilidade. 1. O art. 3º, VI, da Lei 8.009/90 prevê que a impenhorabilidade do bem de família é oponible em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo quanto tiver "sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens". 2. Entre os bens jurídicos em

discussão, de um lado a preservação da moradia do devedor inadimplente, e de outro o dever de ressarcir os prejuízos sofridos indevidamente por alguém em virtude de conduta ilícita criminalmente apurada, preferiu o legislador privilegiar o ofendido, em detrimento do infrator, criando esta exceção à impenhorabilidade do bem de família. 3. No caso, faz-se possível a penhora do bem de família, haja vista que a execução é oriunda de título judicial decorrente de ação de indenização por ato ilícito, proveniente de condenação do embargante na esfera penal com trânsito em julgado, por subtração de coisa alheia móvel (furto qualificado). [...] (Superior Tribunal de Justiça – Quarta Turma/ REsp 947.518/PR/ Relator Ministro Luis Felipe Salomão/ Julgado em 08.11.2011/ Publicado no DJe em 01/02/2012) (realcei)

O rol trazido à baila pela lei protetiva, com efeito, é considerado taxativo, devendo ser interpretado restritivamente, não sendo possível a sua ampliação a fim de contemplar hipóteses não albergadas pelo legislador infraconstitucional. Fato é que algumas situações apresentadas alhures merecem uma análise mais profunda, dada o sucedâneo de peculiaridades albergado. Dentre tais, pode-se arrazoar que a penhorabilidade do bem de família exclusivamente quando a dívida for decorrente de garantia real hipotecária, não sendo possível dispensar

aplicabilidade a exceção para execuções fundadas em outras dívidas. Isto é, a lei não torna penhorável o imóvel dado em garantia real, mas sim preserva tão somente a execução do crédito garantido, não nas demais hipóteses além da hipotecária.

Outra questão rotunda a ser esmiuçada tange à penhorabilidade do bem de família para assegurar o pagamento de cotas condominiais. O Supremo Tribunal Federal consolidou ótica na qual a penhorabilidade se revela plenamente possível, quando a execução se deitar em dívidas condominiais a ele atinentes. *“A interpretação da citada norma tem de estar atenta na ideia de dignidade humana não somente do titular do imóvel, mas, por igual, de todos os demais condôminos que residem no mesmo condomínio”* [37], que restarão prejudicados pela falta de pagamento reiterada de uma de suas unidades. Outrossim, há que se considerar que os créditos trabalhistas de empregados do condomínio não estão encampados na hipótese contida no inciso I da referida norma, porquanto tais créditos são devidos pelo próprio condomínio, o qual arrecada de todas as unidades valores para o pagamento.

Questão considerada alvo de calorosos embates está adstrita acerca da redação do inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/1990, atinente à dívida proveniente do contrato de fiança, sendo considerado como inconstitucional, uma vez que trataria de modo desigual duas obrigações que possuem o mesmo fundamento. Aliás, tal entendimento foi explicitado pelo Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Recurso Extraordinário Nº. 352.940-4, de relatoria do Ministro Carlos Velloso, o qual dicionou que a norma contida no inciso acrescido pela Lei do

Inquilinato não foi recepcionada pelo artigo 6º da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional Nº 26/2000, por expressa afronta ao princípio da isonomia e os princípios de hermenêutica empregados na interpretação das normas.

6 Comentários à Lei nº 13.144/2015 e a alteração no Instituto do Bem de Família: Mais uma verborragia legislativa?

Em 06 de julho de 2015, foi promulgada a Lei nº 13.144[38], que altera o inciso III do art. 3º da Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990, que disciplina o instituto do bem de família, para assegurar proteção ao patrimônio do novo cônjuge ou companheiro do devedor de pensão alimentícia. Com destaque, o texto modifica a Lei [8.009/1990](#), que traz as hipóteses de impenhorabilidade do bem de família, definido como o imóvel residencial do casal, com suas benfeitorias, equipamentos e móveis. Entre as exceções a essa proteção, estão os casos de dívidas alimentícias, ou seja, de valores referentes a pagamento de pensão. É interessante anotar que a novel legislação objetivou consolidar o entendimento já adotado pelos Tribunais e salvaguardar o novo cônjuge do devedor. Insta explicitar que a novel legislação representa verdadeira verborragia legislativa, porquanto apenas introduziu no ordenamento jurídico visão que já era consagrada na jurisprudência. Ora, mesmo antes da legislação em comento, o cônjuge ou companheiro que não possuísse responsabilidade sobre o adimplemento da verba alimentar já podia invocar a intangibilidade de sua parte no bem de família. Neste sentido, é possível colacionar:

Ementa: Processo Civil - Recurso Especial - Execução de alimentos - Arresto efetuado sobre imóvel pertencente ao devedor e sua esposa - Embargos de terceiro opostos por esta - Improcedência - Possibilidade da constrição - Execução movida por credor de pensão alimentícia - Penhorabilidade do bem de família - Excepcionalidade - Art. 3º, III, da Lei Nº 8.009/90 - Bem indivisível de propriedade comum do casal - Reserva da metade do valor obtido em hasta pública para a cônjuge-meeira - Dissídio pretoriano não comprovado. [...] 2 - Impossível alegar a impenhorabilidade do bem de família nas execuções de pensão alimentícia no âmbito do Direito de Família, nos termos do art. 3º, III, da Lei nº 8.009/90. Sendo penhorável, é válido o arresto efetuado sobre o referido bem, que, em caso do não pagamento do débito alimentar, será convertido em penhora, de acordo com o art. 654 do CPC. Necessário, no entanto, resguardar a meação da esposa do alimentante, que não é devedora dos alimentos devidos ao filho deste, nascido fora do casamento. Note-se que este Tribunal de Uniformização Infraconstitucional já firmou entendimento no sentido da possibilidade do bem indivisível de

propriedade comum do casal, em razão do regime de casamento adotado, ser penhorado e levado à hasta pública em sua totalidade, desde que reservada à cônjuge-meeira a metade do valor obtido. [...] (Superior Tribunal de Justiça – Quarta Turma/ REsp 697.893/MS/ Relator: Ministro Jorge Scartezini/ Julgado em 21 jun. 2005/ Publicado no DJ em 01 ago. 2005, p. 470)

Ementa: Processo Civil. Execução. Embargos de terceiro. Mulher casada. Lei 4.121/62, art. 3º. Bens indivisíveis. Hasta pública. Possibilidade. Meação. Aferição no produto da alienação. Recurso desacolhido. I – Os bens indivisíveis, de propriedade comum decorrente do regime de comunhão no casamento, na execução podem ser levados à hasta pública por inteiro, reservando-se à esposa a metade do preço alcançado. II – Tem-se entendido na Corte que a exclusão da meação deve ser considerada em cada bem do casal e não na indiscriminada totalidade do patrimônio. (Superior Tribunal de Justiça – Corte Especial/ REsp 200.251/SP/ Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira/ Julgado em 06 ago. 2001/ Publicado no DJ em 29 abr. 2002, p. 152)

Ementa: Recurso em mandado de segurança. Execução de débito alimentício. Embargos de

terceiro julgados improcedentes. Coisa julgada. [...]
2. Resguardada a meação da impetrante, inviável se mostra a pretensão de afastar da penhora a totalidade do imóvel, vez que, no presente caso, tratando-se de débito alimentício, impertinente a alegação impenhorabilidade do bem de família, em face da aplicação do artigo 3º, inciso III, da Lei nº 8.009/90. 3. Inviável o exame aprofundado de provas em mandado de segurança. 4. Recurso ordinário improvido. (Superior Tribunal de Justiça – Terceira Turma/ RMS 9.316/MG/ Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito/ Julgado em 15 out. 1998/ Publicado no DJe em 14 dez. 1998, p. 226)

Rolf Madaleno[39] sustenta que a hipótese prevista na Lei nº 13.144, de 06 de julho de 2015[40], que altera o inciso III do art. 3º da Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990, que disciplina o instituto do bem de família, para assegurar proteção ao patrimônio do novo cônjuge ou companheiro do devedor de pensão alimentícia, já estava assegurada na interpretação dos diplomas normativos já em vigor. *“Ele [Rolf Madaleno] destaca que a pensão alimentícia é um direito personalíssimo e, portanto, é também uma obrigação personalíssima, isto porque só é devida pelo parente, cônjuge ou convivente diretamente obrigado à prestação alimentar”*[41]. Denota-se, portanto, que se quem deve alimentos é apenas um dos cônjuges ou companheiros, evidentemente que apenas a sua meação existente sobre o domicílio conjugar poderá ser penhorada,

resguardada a meação daquele coproprietário ou meeiro, que não é devedor dos alimentos. Assim, o texto contido no novel diploma nada acrescenta na realidade jurídica. Ao reverso, por mais uma vez, o legislador brasileiro, em seu característico mister de tratar, por diversas leis, situações já contidas e, por vezes, pacificadas no entendimento jurisprudencial, produziu mais uma legislação que nada acrescenta.

Referências:

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de Família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. **Lei N.º 3.071, de 1º de Janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 11 jul. 2015

_____. **Lei N.º 5.869, de 11 de Janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 11 jul. 2015.

_____. **Lei N.º 8.009, de 29 de Março de 1990**. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 11 jul. 2015.

_____. **Lei N.º 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 11 jul. 2015.

_____. **Lei nº 13.144, de 06 de Julho de 2015**. Altera o inciso III do art. 3º da Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990, que disciplina o instituto do bem de família, para assegurar proteção ao patrimônio do novo cônjuge ou companheiro do devedor de pensão alimentícia. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 11 jul. 2015.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Acórdão proferido em Recurso Especial Nº. 526.460/RS. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 08.10.2003. Publicado em 18.10.2004. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 11 jul. 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 46-DF. Relator Ministro Eros Grau. Publicado em 25.02.2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 11 jul. 2015.

CREDIE, Ricardo Arcoverde. **Bem de Família: teoria e prática**. 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Direito de Família: A Família em Perspectiva Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012

IBDFAM. **Alteração na lei da impenhorabilidade do bem de família não acrescenta nada, diz especialista**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br>. Acesso em 11 jul. 2015.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: Direito de Família**. v. 05. São Paulo: Editora Método, 2012.

NOTAS:

[1] MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 751.

[2] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 697.

[3] BRASIL. **Lei Nº. 8.009, de 29 de Março de 1990**. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 11 jul. 2015.

[4] MADALENO, 2008, p. 752.

[5] TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: Direito de Família**. v. 05. São Paulo: Editora Método, 2012, p. 478.

[6] FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 703.

[7] AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de Família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 93.

[8] Neste sentido: MADALENO, 2008, p. 757.

[9] BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 11 jul. 2015: “**Art. 1.716**. *A isenção de que trata o artigo antecedente durará enquanto viver um dos cônjuges, ou, na falta destes, até que os filhos completem a maioridade*”.

[10] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Direito de Família: A Família em Perspectiva Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 399.

[11] FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 703.

[12] GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 399-400.

[13] BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 11 jul. 2015: “**Art. 1.711**. [omissis] **Parágrafo único**. *O terceiro poderá igualmente instituir bem de família por testamento ou doação, dependendo*

a eficácia do ato da aceitação expressa de ambos os cônjuges beneficiados ou da entidade familiar beneficiada”.

[14] FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 703-704.

[15] BRASIL. **Lei N.º. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 11 jul. 2015.

[16] FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 704.

[17] MADALENO, 2008, p. 758.

[18] FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 705.

[19] MADALENO, 2008, p. 760.

[20] BRASIL. **Lei N.º. 8.009, de 29 de Março de 1990.** Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 11 jul. 2015.

[21] MADALENO, 2008, p. 759.

[22] FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 706.

[23] MADALENO, 2008, p. 760.

[24] TARTUCE; SIMÃO, 2012, p. 481.

[25] GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 402.

[26] MADALENO, 2008, p. 752.

[27] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Acórdão proferido em Recurso Especial N.º. 526.460/RS. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 08.10.2003. Publicado em 18.10.2004. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 11 jul. 2015.

[28] FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 709.

[29] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Acórdão proferido em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental N.º 46-DF. Relator

Ministro Eros Grau. Publicado em 25.02.2010. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 11 jul. 2015.

[30] Idem. **Lei Nº. 8.009, de 29 de Março de 1990**. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 11 jul. 2015.

[31] FARIAS; ROSENVOLD, 2008, p. 710.

[32] BRASIL. **Lei Nº. 8.009, de 29 de Março de 1990**. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 11 jul. 2015.

[33] FARIAS; ROSENVOLD, 2008, p. 712.

[34] CREDIE, Ricardo Arcoverde. **Bem de Família: teoria e prática**, 2º ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 61

[35] FARIAS; ROSENVOLD, 2008, p. 714.

[36] BRASIL. **Lei Nº. 8.009, de 29 de Março de 1990**. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 11 jul. 2015.

[37] FARIAS; ROSENVOLD, 2008, p. 715.

[38] BRASIL. **Lei nº 13.144, de 06 de Julho de 2015**. Altera o inciso III do art. 3º da Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990, que disciplina o instituto do bem de família, para assegurar proteção ao patrimônio do novo cônjuge ou companheiro do devedor de pensão alimentícia. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 11 jul. 2015.

[39] IBDFAM. **Alteração na lei da impenhorabilidade do bem de família não acrescenta nada, diz especialista**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em 11 jul. 2015.

[40] BRASIL. **Lei nº 13.144, de 06 de Julho de 2015**. Altera o inciso III do art. 3º da Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990, que disciplina o instituto do bem de família, para assegurar proteção ao patrimônio do novo cônjuge ou companheiro do devedor de pensão alimentícia. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 11 jul. 2015.

[41] IBDFAM. **Alteração na lei da impenhorabilidade do bem de família não acrescenta nada, diz especialista**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em 11 jul. 2015.



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

KAROL PIRES FREITAS

**O DIREITO À SAÚDE E O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA NA
SUA EFETIVAÇÃO: UM ESTUDO DOS ATENDIMENTOS FEITOS
PELA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA
(DE JULHO A NOVEMBRO DE 2013)**

Salvador
2015

KAROL PIRES FREITAS

**O DIREITO À SAÚDE E O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA NA
SUA EFETIVAÇÃO: UM ESTUDO DOS ATENDIMENTOS FEITOS
PELA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA
(DE JULHO A NOVEMBRO DE 2013)**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

Orientador: Prof. Me. André Luiz Batista Neves

Salvador
2015

KAROL PIRES FREITAS

**O DIREITO À SAÚDE E O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA NA
SUA EFETIVAÇÃO: UM ESTUDO DOS ATENDIMENTOS FEITOS
PELA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA
(DE JULHO A NOVEMBRO DE 2013)**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

Versão final aprovada com nota 10, em 13 de Julho de 2015.

Banca Examinadora

André Luiz Batista Neves – Orientador _____

Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).
Universidade Federal da Bahia

Júlio César de Sá da Rocha _____

Pós-doutor em Antropologia pela Universidade Federal da Bahia, doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e pela Tullane University.
Universidade Federal da Bahia

Rodrigo Andres Jopia Salazar _____

Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal da Bahia e pela Faculdade Jorge Amado.
Universidade do Estado da Bahia (UNEB)

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus e aos seres superiores de luz, que, apesar dos meus frequentes momentos de descrença, continuam me regendo, guardando e protegendo.

A toda minha família que me apoiou de forma constante e incondicional: em especial, a meu pai, Josevan Miranda Freitas, que sempre acreditou em mim até quando eu perdia a fé em mim mesma e na vida, independentemente do meu destempero; a minha mãe, Sandra de Oliveira Pires, por todo amor, cuidado e dedicação incessante, apesar de nossas diferenças; a minha pequena irmã Maria Clara, por compreender as minhas ausências; às minhas avós, Antônia Bárbara Marinho Miranda Vaz e Regina de Oliveira Pires, e todos os meus tios e tias, por todas as orações em meu favor; e principalmente a minha tia, segunda mãe e confidente, Josiney Miranda Freitas, que esteve ao meu lado desde o início da vida escolar e acadêmica de forma contínua e acompanhou de perto a realização deste trabalho, sempre tentando me acalmar quando eu achava que nada daria certo.

A todos os professores e servidores que passaram por minha vida, da escola à Universidade. Em especial, a Margarete Dias Souza; Alaíde Almeida; Luís Alberto de Oliveira; Lívia Aragão; Déa Freitas e Denise Chaves, que sempre acreditaram num potencial que eu, até então, desconhecia. Aos juristas que fazem parte dos motivos pelos quais não abandonei o curso, em particular, André Batista Neves; Helcônio Almeida; Johnson Meira e José Ponciano de Carvalho Júnior, alguns dos poucos docentes sensíveis ao bem-estar de seus alunos e que sempre me ouviram e aconselharam nas situações de crise.

Agradeço a todos meus colegas do extinto Núcleo de Saúde da Defensoria Pública do Estado da Bahia, sem os quais esta pesquisa não teria acontecido. Especialmente a Dra. Paula Pereira de Almeida pelo aprendizado e companheirismo a mim dispensados.

A Lucas Nascimento e seus descontos maravilhosos nos livros que fizeram parte desse processo. Por fim, a todos os amigos que me suportaram nos momentos de desespero, sobretudo Raisa Couto; Natália Petersen; Lucas de Castro; Thamires Casali; Glória; Luã Lessa; Letícia Sampaio e os “Rangers do Amor”.

[...] Valeu a pena? Tudo vale a pena

Se a alma não é pequena.

Quem quer passar além do Bojador

Tem que passar além da dor.

Fernando Pessoa

FREITAS, Karol Pires. **O direito à saúde o papel da defensoria pública na sua efetivação**: um estudo dos atendimentos feitos pela Defensoria Pública do Estado da Bahia (de julho a novembro de 2013). 2015. 97 f. Monografia (Bacharelado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015.

RESUMO

Estudo sobre os atendimentos feitos pela Defensoria Pública do Estado da Bahia no âmbito do direito à saúde, com o fito de investigar se o Poder Público tem falhado no cumprimento de suas promessas constitucionais, embora tenha o dever de garantir a concretização deste direito fundamental a seus cidadãos, sobretudo quanto à obrigação de oferecer a todos um serviço verdadeiramente gratuito e de qualidade. Para tanto, examinar-se-á, sem pretensão de exaustão, o direito à saúde em seus aspectos mais relevantes, tais como a sua conceituação e a do bem jurídico tutelado, sempre tentando fornecer noções acerca de sua eficácia e efetividade. Posteriormente, faz-se um demonstrativo das informações coletadas em campo, nas reivindicações atendidas pela 3ª Defensora Pública Extrajudicial de Fazenda Pública Especializada na Tutela da Saúde, sempre procurando enriquecê-la com a experiência pessoal de estágio da autora no extinto Núcleo de Saúde da referida instituição. Além do exame quantitativo dos dados apurados, foram trazidas à baila, em análise por amostragem, algumas decisões liminares concernentes ao pedido de tutela antecipada nas urgências médicas. Conclui-se que, diante da omissão dos poderes legislativo e executivo na promoção da saúde e da escassez de recursos destinados às políticas públicas, a população tem visto no judiciário a expectativa para efetivação do seu direito, razão pela qual tem havido um crescente movimento de judicialização deste direito constitucional. Contudo, a efetividade do direito à saúde impõe um conjunto de respostas políticas e ações governamentais mais amplas, e não somente formais e restritas às ordens judiciais.

Palavras-Chave: Eficácia dos direitos fundamentais. Sistema Único de Saúde. Judicialização da saúde. Urgências médicas. Defensoria Pública do Estado da Bahia.

FREITAS, Karol Pires. **The right to health and the role of the Public Defense in its assurance:** a study of the attendances made by the Public Defense of the State of Bahia (July to November 2013). 2015. 97 pp. Bachelor Monograph – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015.

ABSTRACT

Study about attendances made by the Public Defense of the State of Bahia under the right to health, in order to investigate that Government has failed to fulfil its constitutional promises, although it has a duty to ensure the achievement of this fundamental right to its citizens, especially the obligation to offer everyone a truly free service and quality. To do so, will be examined, without pretense of exhaustion, the right to health in its most important aspects, such as its conceptualization and the trust legal right, always trying to provide notions about their efficiency and effectiveness. Subsequently, it is a demonstration of the information collected in the field, in the claims met the 3rd Public Defender Extrajudicial Public Finance Specialist in the Health Ministry, always looking to enrich it with the stage of personal experience of the author in the defunct Health Center said institution. In addition to the quantitative analysis of the data gathered, they were brought to the fore in testing by sampling some preliminary decisions concerning the application for injunctive relief in medical emergencies. We conclude that because of the lack of legislative and executive powers to promote health and lack of resources for public policies, people have seen the judiciary expectations for realization of their rights, which is why there has been a growing movement of legalization of this constitutional right. However, the effectiveness of the right to health imposes a set of policy responses and broader government action, not just formal and restricted to court orders.

Keywords: Effectiveness of the fundamental rights. Unique Health System. Health Judicialization. Medical urgencies. Public Defense of the State of Bahia.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Gráfico 1: Casos resolvidos extrajudicialmente.....	77
Gráfico 2: Classificação etária.....	77
Gráfico 3: Casos judicializados	78
Gráfico 4: Classificação etária.....	78
Gráfico 5: Casos em andamento.....	79
Gráfico 6: Classificação etária.....	79
Gráfico 7: Número de óbitos em demandas não ajuizadas.....	80
Gráfico 8: Classificação etária.....	80
Gráfico 9: Número de óbitos em demandas ajuizadas.....	81
Gráfico 10: Classificação etária.....	81

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
Arts.	Artigos
CAJ	Coordenação de Assistência Judiciária
CF	Constituição Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
DP	Defensora Pública
DPE	Defensoria Pública do Estado
DPE-BA	Defensoria Pública do Estado da Bahia
EC	Emenda Constitucional
LC	Lei Complementar
MP	Ministério Público
NOA-SUS	Norma Operacional da Assistência à Saúde
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
OMS	Organização Mundial da Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
SAJ	Sistema de Automação da Justiça
SIGAD	Sistema Integrado de Gestão de Atendimento da Defensoria
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
SUS	Sistema Único de Saúde
TJ-BA	Tribunal de Justiça do Estado da Bahia
UPA	Unidade de Pronto Atendimento
UTI	Unidade de Terapia Intensiva

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE	13
2.1 CONCEITO DE SAÚDE	14
2.2 A CONSTRUÇÃO SOCIAL DO DIREITO À SAÚDE: CONCEITUAÇÃO	18
2.2.1 Direito à Saúde e Direito da Saúde Pública: Direito Sanitário	18
2.2.2 Natureza Jurídica e Características do Direito à Saúde	20
3 EFICÁCIA E EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE	25
3.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE EFICÁCIA E EFETIVIDADE.....	25
3.2 EFICÁCIA, EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE E SEUS LIMITES	28
3.2.1 Financiamento do SUS	31
3.2.2 Alguns limites à efetivação do direito à saúde	34
4 A TUTELA DO DIREITO À SAÚDE E O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA ...	39
4.1 CRIAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NO BRASIL E NO ESTADO DA BAHIA	40
4.2 ATUAÇÃO DA DPE-BA NA TUTELA DA SAÚDE NA UNIDADE DE SALVADOR	43
5 ATENDIMENTOS DA 3ª DP ESPECIALIZADA NA TUTELA DA SAÚDE – DE 1º DE JULHO A 05 DE NOVEMBRO DE 2013	47
5.2 A TUTELA ANTECIPADA NO ÂMBITO DAS DEMANDAS DE URGÊNCIA PROPOSTAS PELA DPE-BA.....	48
5.2.1 Plantão Judiciário	51
5.2.2 Análise quantitativa	52
6 ARGUMENTOS UTILIZADOS PELOS MAGISTRADOS NA APRECIÇÃO DOS PEDIDOS DE TUTELA ANTECIPADA	54
6.1 CASO I	54
6.2 CASO II	56

6.3 CASO III	58
6.4 CASO IV	60
6.5 CASO V	61
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS	63
REFERÊNCIAS	67
ANEXOS	77

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, exatamente quarenta anos após a Declaração Universal dos Direitos do Homem, reservou lugar de destaque para o Direito à Saúde, reconhecendo sua fundamentalidade e se mostrando em sintonia com as principais declarações internacionais de direitos humanos.

Todavia, embora se reconheça o potencial da norma constitucional para produzir efeitos e a sua máxima eficácia, existem normas que, por sua natureza, reclamam uma materialização por parte dos poderes Legislativo e Executivo, seja através da regulamentação da matéria ou da implementação de políticas públicas no Sistema Único de Saúde, de caráter preventivo ou assistencial.

Distante de uma satisfação minimamente razoável, o Estado não vem cumprindo com seu dever de realização das promessas constitucionais, sob alegações diversas, a exemplo de restrições orçamentárias; da reserva do possível; da separação de poderes e sua legitimidade; bem como o caráter programático das normas instituidoras dos direitos sociais, carecedoras de regulamentação infraconstitucional.

Ante essa omissão na efetivação da referida política pública, temos verificado o crescente movimento de judicialização do direito à saúde, que nada mais é do que a obtenção de medicamentos, atendimento médico e de procedimentos diagnósticos ou cirúrgicos pela via judicial.

Embora possa se reconhecer que as ações específicas sejam idôneas para a tutela jurisdicional do direito à saúde e se acredite na suposta sensibilidade do Poder Judiciário, no que tange a tais demandas, por força de sua pretensa proximidade com o contexto social; muitas delas são descumpridas pela Fazenda Pública.

Com o objetivo de abordar o papel da Defensoria Pública na concretização do direito à saúde do cidadão hipossuficiente, esta pesquisa teve como base o relatório de atendimentos feitos pela 3ª DP Extrajudicial de Fazenda Pública Especializada na Tutela da Saúde, no período de 1º de Julho a 05 de Novembro de 2013, elaborado durante o estágio na Instituição, por esta pesquisadora.

Primeiramente, o trabalho analisa, sem pretensão de exaustão, o direito à saúde e a conceituação do bem jurídico tutelado, ao passo em que pondera sobre sua eficácia e efetividade, a partir do reconhecimento dos direitos humanos em âmbito internacional e da sua positivação no ordenamento jurídico constitucional brasileiro, em que foi erigido à condição de direito fundamental.

Posteriormente, procede-se à reflexão acerca do papel da Defensoria Pública, enquanto instituição essencial na efetivação dos direitos sociais e, especialmente, do direito à saúde, a fim de compreender como se dá a sua atuação, no âmbito do Estado da Bahia, na tutela desse direito. Apresenta-se, para tanto, uma análise quantitativa das informações coletadas em campo, nas demandas atendidas pela instituição, que se prestou basicamente a observar o andamento das demandas judicialmente propostas e a diferença qualitativa e quantitativa dos casos resolvidos extrajudicialmente, observando a faixa etária da população atendida e os tipos de procedimentos médicos requeridos.

Além do diagnóstico quantitativo dos dados apurados, foram trazidas à baila, em análise por amostragem, algumas decisões liminares concernentes ao pedido de tutela antecipada nas urgências médicas, que propiciaram a análise de alguns argumentos utilizados pelos magistrados na sua apreciação.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Tratar da saúde como um direito fundamental impõe, primeiramente, a necessidade de esclarecimento desta opção vocabular.

É cediço que não há um consenso doutrinário na seara terminológica e conceitual dos direitos fundamentais. Por isso, não é raro o uso de variadas expressões, com diferentes sentidos, para identificar os direitos da pessoa, enquanto homem e cidadão (muito embora a doutrina atual venha rechaçando, progressivamente, a utilização de termos como “liberdades públicas”; “liberdades fundamentais”; “direitos individuais”; “direitos públicos subjetivos”; “direitos naturais”; “direitos civis”, dentre outros; empregados, conforme assevera o autor Dirley da Cunha Júnior, de forma indistinta e sem a mínima delimitação científica¹).

Importante salientar, também, que não se pretende, aqui, esgotar o exame do significado específico de tais nomenclaturas, mas justificar, sucintamente, a opção pelo termo “direito fundamental”. Neste ponto, surge, no entanto, a necessidade de diferenciar as expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais” que, corriqueiramente, têm sido utilizadas como sinônimas.

Como bem acentua Ingo Wolfgang Sarlet, a expressão “direitos humanos” guarda muito mais uma relação com os documentos de direito internacional, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional e, portanto, aspiram à validade “universal, para todos os povos e tempos”, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional. O termo “direitos fundamentais”, por sua vez, refere-se àqueles direitos inerentes ao ser humano que, contudo, foram reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado². Em razão disto, é que, no caso em tela, adotaremos esta denominação, tendo em vista que trataremos, especificamente, do direito à saúde positivado no ordenamento jurídico brasileiro.

Sendo assim, o direito fundamental à saúde, a ser abordado ao longo deste trabalho, é aquele reconhecido e assegurado, desde 1988, pela nossa atual Constituição Federal.

¹ Cf. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 548.

² Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 29.

2.1 CONCEITO DE SAÚDE

Para se falar de direito à saúde, há que se delimitar, inicialmente, o que podemos entender por “saúde”. Ao contrário da “doença”, em relação ao termo “saúde”, há uma grande dificuldade de se promover uma definição de senso comum – por isso é que não se propõe, neste trabalho, a adoção de um conceito estanque sobre o que seja saúde, mas perceber como tem sido abordado ao longo da história.

Nas civilizações mais antigas, como a egípcia, a saúde era considerada como o estado natural do ser humano; as doenças, quando desconhecidas, eram vistas como influências de fenômenos sobrenaturais e ganhavam explicações mágico-religiosas. Em suma, enquanto as doenças eram vistas como decorrentes de causas externas, a saúde era vista como espécie de recompensa pelo bom comportamento do indivíduo³.

A primeira tentativa de conceituação mais racional de saúde (procurando desvencilhar-se de elementos mágicos e religiosos, muito mais baseada na observação empírica), que se tem conhecimento, partiu dos pensadores da Grécia Antiga, sobretudo a partir do entendimento de que a saúde estava relacionada com o meio ambiente e a condição de vida dos homens.

Para o médico e filósofo Alcmeón de Crotona (VI a. C.), precursor da teoria humoral também sustentada por Hipócrates (IV a.C.)⁴, a saúde era o equilíbrio entre os quatro fluidos existentes no corpo humano, que ele chamava de bile amarela, bile negra, fleuma e sangue. De modo que enxergava no homem uma unidade

³ Cf. SARMIENTO, Francisco Javier Puerto. **El mito de Panacea**: Compendio de Historia de la Terapéutica y de la Farmacia. Madrid: Doce Calles, 1997.

⁴ Segundo José Marques Filho, do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, a obra do médico e filósofo Alcmeón de Crotona (VI a. C.), ligado à doutrina pitagórica, foi fundamental para a teoria defendida por Hipócrates. Alcmeón é considerado autor da primeira doutrina médica ocidental sobre o binômio saúde-doença. Cf. MARQUES FILHO, José. Alcmeón de Crotona, o avô da medicina. **Revista Ser Médico do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 39, abr/mai/jun/ 2007. Disponível em: <<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Revista&id=307>> Acesso em: 19 mai. 2015.

Entendimento corroborado pela autora Karyna Rocha Mendes: “A teoria humoral das doenças, enunciada pelo médico e filósofo Alcmeón de Crotona, reflete a influência da doutrina pitagórica sobre a complementariedade dos opostos e também de Empédocles de Agrigento”. (MENDES, Karyna Rocha. **Curso de Direito da Saúde**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 47).

organizada, sendo a doença uma desorganização desse estado⁵.

Na Idade Média, tais noções eram fortemente influenciadas pelo Cristianismo, pois a presença ou ausência de doença era constantemente relacionada às situações de pecado. Entre os cristãos, segundo afirma o médico sanitarista Lindemberg Medeiros de Araújo, a doença era explorada como uma forma de purificação da alma e expiação dos pecados; e tratada pelo arrependimento, pela mortificação e penitência. E, como na época, a prática médica ficou a cargo da igreja e dos sacerdotes, confundindo-se, em muitos momentos, com práticas religiosas; para o autor⁶, houve, no período, uma estagnação do conceito de saúde-doença.

Entretanto, de acordo com Sueli Dallari, embora o saber culto privilegiasse o equilíbrio na definição de saúde (com publicações de tratados de ginástica e dietéticas, como receitas de saúde para os não-médicos⁷), foi na Idade Média que surgiram os primeiros contornos da ideia de afastamento dos contatos impuros para a prevenção, a partir das reações coletivas às epidemias⁸.

No século XVI, Paracelso, médico e alquimista suíço-alemão, já tratava da importância do mundo exterior para a compreensão do organismo humano, ao relacionar certas patologias com o ambiente de trabalho – conclusões corroboradas, mais tarde, pelo posicionamento do filósofo alemão Friedrich Engels, no século XIX⁹.

Por volta do século XVII, René Descartes introduziu a ideia de que o corpo humano age como máquina e funciona de acordo com as leis universais (o que o diferia de outras máquinas seria a capacidade de pensar e raciocinar¹⁰). A partir dessa concepção, no século XIX, auge da industrialização, houve uma ênfase no caráter mecanicista da doença, que passou a ser enxergada como uma espécie de

⁵ Cf. DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. **Rev. Saúde Pública**, São Paulo, v. 22, n. 1, p. 57-63, Feb. 1988. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-89101988000100008&script=sci_arttext> Acesso em: 12 mai. 2015.

⁶ Cf. ARAÚJO, Lindemberg Medeiros de. **Saúde-Doença: conhecimento, poder, cultura, ciência e história**. João Pessoa: 2006. Disponível em: <<http://psaudecoletiva.blogspot.com.br/2009/04/saude-doenca-conhecimento-poder-cultura.html>> Acesso em: 13 mai. 2015.

⁷ Cf. RAUCH, Andre. Histoire de la santé. Paris: PUF, 1995 apud DALLARI, Sueli Gandolfi. Direito Sanitário. In: ARANHA, Márcio Iorio (Org). **Direito Sanitário e Saúde Pública: Coletânea de Textos**. Brasília: Ministério da Saúde, 2003, p. 39. Disponível em: <http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/direito_san_v1.pdf> Acesso em 19 mai 2015.

⁸ Cf. DALLARI, op. cit., loc. cit.

⁹ Cf. DALLARI, 1988, p. 58.

¹⁰ ROCHA, Ethel Menezes. Animais, homens e sensações segundo Descartes. **Kriterion: Revista de Filosofia da UFMG**, Belo Horizonte, v. 45, n. 110, p. 350-364, Dec. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-512X2004000200008&script=sci_arttext> Acesso em: 12 mai. 2015.

“defeito na linha de montagem”, que exigia reparo especializado; momento que coincidiu com o ápice da teoria da unicausalidade, defendida por cientistas como Robert Koch e Louis Pasteur, para os quais, para cada doença havia uma única causa¹¹.

O ambiente em que se desenvolveu a Revolução Industrial, segundo Dallari, propiciou o debate entre as duas correntes que buscaram conceituar a saúde.

De um lado, grupos marginais ao processo de produção que viviam em condições de vida miseráveis, enfatizavam a compreensão da saúde como diretamente dependente de variáveis relacionadas ao meio ambiente, ao trabalho, à alimentação e à moradia. A incidência de tuberculose, por exemplo, era acentuadamente mais elevada nas camadas sociais com menos renda. Por outro lado, a descoberta dos germes causadores de doença e seu subsequente isolamento, que possibilitou o desenvolvimento de remédios específicos, falava a favor da conceituação da saúde como ausência de doenças. Com efeito, as drogas aperfeiçoadas, adequadamente empregadas, resultaram na cura de várias doenças, salvando muitas vidas.¹²

Nesse cenário, a influência de fatores políticos, como as duas grandes guerras ocorridas, foi decisiva. Com o surgimento da Organização das Nações Unidas (ONU) que culminou na própria Declaração Universal dos Direitos do Homem, houve uma maior preocupação com os direitos considerados essenciais ao ser humano. E a saúde, reconhecida como direito humano, passou a ser objeto da Organização Mundial da Saúde (OMS).

No preâmbulo de sua Constituição, de 1946, a organização já conceituava que a saúde representa¹³ “o completo bem-estar físico, mental e social, e não a simples ausência de doença”¹⁴.

Todavia, o subjetivismo que envolve as noções de “bem-estar físico, mental e social” já sinaliza que a saúde não representa a mesma coisa para todos os

¹¹ Cf. OLIVEIRA, Maria Amélia de Campos; EGRY, Emiko Yoshikawa. A Historicidade das Teorias Interpretativas do Processo Saúde-Doença. **Revista da Escola de Enfermagem da USP**. São Paulo, v. 34, n. 1, p. 9-15, mar.2000. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/reeusp/v34n1/v34n1a02>> Acesso em 12 mai. 2015.

¹² DALLARI, op. cit., loc. cit.

¹³ SEGRE, Marco; FERRAZ, Flávio Carvalho. O conceito de saúde. **Revista de Saúde Pública**. 1997, vol.31, n.5, p. 538-542. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101997000600016> Acesso em 11 mai. 2015.

¹⁴ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Constituição da Organização Mundial da Saúde**. 1946. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>> Acesso em: 11 mai. 2015.

indivíduos, mas dependerá do contexto histórico e social, de valores individuais; ou, até mesmo, de concepções científicas, religiosas e filosóficas, como destaca o médico Moacyr Scliar¹⁵.

Há uma grande dificuldade em definir o que seja o “estado de bem-estar”, expressão vaga e imprecisa, uma vez que pode representar significados distintos para pessoas que se encontram em situações fáticas diferentes; ou, até mesmo, para indivíduos que se encontrem em situações de vida semelhantes, pois nem sempre o bem estar de cada um representará o mesmo estado de bem estar para todos.

Aliás, é esta a crítica mais incisiva feita pelo médico especialista em Psicopatologia do Trabalho, Christophe Dejours, que destaca a saúde num entendimento de permanente processo vivido pelas pessoas (de diferentes formas), em nível orgânico e psíquico. Movimento este que pode ser evidenciado, por exemplo, no seu crescimento, envelhecimento ou demais estágios da vida:

O estado de saúde não é certamente um estado de calma, de ausência de movimento, de conforto, de bem-estar e de ociosidade. É algo que muda constantemente e é muito importante que se compreenda esse ponto. Cremos que isso muda por completo o modo como vamos tentar definir saúde e trabalhar para melhorá-la. Isto significa que, se quisermos trabalhar pela saúde deveremos deixar livres os movimentos do corpo, não os fixando de modo rígido ou estabelecido de uma vez por todas. ¹⁶

Dejours conclui que, embora o estado de completo bem-estar não exista, faticamente, a saúde deve ser entendida como a busca constante por ele.

Semelhante é o entendimento do autor Julio César de Sá da Rocha. Consoante o autor, embora a noção da OMS tenha aceitação geral, o completo bem-estar do ser humano é um processo¹⁷.

Para o filósofo e médico francês, Georges Canguilhem, a saúde implica em poder adoecer e sair do estado patológico. Em outras palavras, para ele, a saúde é

¹⁵ Cf. SCLIAR, Moacyr. História do Conceito de Saúde. **Physis: Revista Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro. 2007.

¹⁶ Cf. DEJOURS, Christophe. Por um novo conceito de saúde. **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional**. São Paulo, v.14, n.54, p.7-11, abr./ jun.1986. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/61279749/Dejours-1986-POR-UM-NOVO-CONCEITO-DE-SAUDE#scribd>> Acesso em 12 mai. 2015.

¹⁷ ROCHA, Julio Cesar de Sá da. **Direito da Saúde: Direito Sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p.16.

entendida como a possibilidade de enfrentar situações novas, pela margem de tolerância ou de segurança que cada indivíduo possui para enfrentar e superar as infidelidades do meio.

Destarte, percebe-se que a saúde vai muito além da definição imprecisa apresentada pela OMS. No entanto, para fins didáticos, nos apoiaremos na descrição apresentada pelo médico parasitologista brasileiro Luís Rey, segundo o qual a saúde é um estado de equilíbrio entre os seres humanos e o meio físico, biológico e social, compatível com plena atividade funcional, que dependerá da habilidade que se tem ou não para lidar com eventuais tensões físicas, biológicas, psicológicas ou mesmo sociais¹⁸.

2.2 A CONSTRUÇÃO SOCIAL DO DIREITO À SAÚDE: CONCEITUAÇÃO

2.2.1 Direito à Saúde e Direito da Saúde Pública: Direito Sanitário

Para compreender o conceito de direito à saúde, há que se partir, necessariamente, da noção geral do Direito, do qual derivam todos os demais ramos da ciência jurídica.

Na conceituação clássica de Jhering, conforme pontua Hely Lopes Meirelles, o Direito é o complexo das condições existenciais da sociedade, asseguradas pelo Poder Público¹⁹.

Segundo Hans Kelsen, maior expoente do pensamento positivista, o Direito é uma “ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano”²⁰. Assim, o Direito funciona como um sistema de normas que regulamentam o comportamento dos homens em sociedade.

Para entendermos o conceito de “direito sanitário”, todavia, temos que considerar que, apesar do grande conteúdo abrigado na expressão “direito à saúde”,

¹⁸ Cf. REY, Luís. **Dicionário de termos técnicos de medicina e saúde**. 2. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2000.

¹⁹ Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 37.

²⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**: introdução à problemática científica do Direito. Tradução: J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. 2. ed. rev. da trad. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

enquanto direito humano, nos tratados internacionais²¹, foi necessária a sua gradual positivação nos ordenamentos jurídicos constitucionais dos Estados para torná-lo eficaz²². Sendo assim, o direito à saúde, enquanto reivindicação de um direito humano, permitiu a ascensão do direito fundamental da saúde pública – os quais, juntos, interessam ao Direito Sanitário²³.

O direito da saúde pública pode ser entendido como:

um conjunto de normas jurídicas que têm por objeto a promoção, prevenção e recuperação da saúde de todos os indivíduos que compõem o povo de determinado Estado, compreendendo, portanto, ambos os ramos tradicionais em que se convencionou dividir o direito: o público e o privado²⁴.

Como cediço, tradicionalmente²⁵, o Direito é dividido, inicialmente, em dois

²¹ O direito à saúde é internacionalmente protegido, uma vez que os mecanismos internacionais estão voltados à salvaguarda dos direitos humanos. Assim, existe uma série de tratados e resoluções, a serem aplicados tanto no plano global (Nações Unidas), quanto no plano regional (instando os Estados à sua implementação e efetivação). Desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que garante a toda pessoa e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, vestuário, habitação e assistência médica; ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, que determina que os Estados nacionais devam contribuir na diminuição da mortalidade e mortalidade infantil; no desenvolvimento das crianças; na melhoria da higiene do trabalho; na prevenção e tratamento de doenças endêmicas, epidêmicas, profissionais e outras.

O direito à saúde também se estende aos refugiados e vítimas potenciais de violações dos direitos pactuados – uma vez que o legislador internacional visa a contemplar a saúde tanto em tempos de paz quanto de guerra, também garantindo, em caso de conflitos armados, a assistência médica nacional e/ou internacional. A Compilação de Instrumentos Internacionais de Direitos Humanos da ONU contém, por exemplo, 13 documentos internacionais de caráter preventivo: três Convenções contra a Tortura (Européia, 1987; Interamericana, 1985; e a das Nações Unidas, 1984), assim como a definição de refugiado e dos critérios para sua acolhida, previstos na Convenção de Genebra de 1951 e no Protocolo de 1967. (Cf. BATISTA, Vanessa Oliveira. **A proteção internacional o direito à saúde**. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/Prod_Docente_Ano2.html>. Acesso em: 30 jun. 2015).

²² A própria Resolução 30.44, de 1977, da Assembleia Mundial da Saúde (principal órgão decisório da OMS), já reconhecia a necessidade de uma legislação sanitária adaptada aos imperativos nacionais, a fim de proteger e melhorar a saúde do indivíduo e da coletividade. (Cf. WORLD HEALTH ASSEMBLY, 30th, Geneva, May, 1977. [Resolution] WHA 30.44. In: **World Health Organization: Handbook of resolution and decisions of the World Health Assembly and the Executive Board: 1973-1984**. Geneva, 1985. v.2).

²³ Sueli Dallari preceitua que o direito à saúde (enquanto reivindicação de um direito humano) e o direito da saúde pública (enquanto conjunto de normas jurídicas estatais) integram e interessam ao Direito Sanitário (categoria mais ampla). Cf. DALLARI, 2003, p. 48.

Todavia, para autores como Júlio Rocha, por exemplo, as expressões “Direito sanitário” e “Direito da saúde” têm sido utilizadas como sinônimas, enquanto consideradas “o conjunto de normas jurídicas reguladoras da atividade do Poder Público destinada a ordenar a proteção, promoção e recuperação da saúde e a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e asseguradores deste direito”. (ROCHA, Julio Cesar de Sá da. **Direito da Saúde: Direito Sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos**. São Paulo: LTr, 1999. p.49).

²⁴ Cf. DALLARI, op. cit., loc. cit.

²⁵ Apesar de clássica, tal distinção carece de base científica e decorre, segundo Hans Kelsen, da jurisprudência tradicional. Cf. KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.289.

grandes ramos: o Direito Público e o Direito Privado. O Direito Público, muito além de reger as relações entre estados soberanos no plano internacional (Direito Público Externo); visa a regular, precipuamente, os interesses estatais e sociais, cuidando de maneira reflexa da conduta individual (Direito Público Interno). Enquanto o Direito Privado, por sua vez, tutela, predominantemente, os interesses individuais, a fim de assegurar a coexistência das pessoas em sociedade e a fruição de seus bens²⁶.

Tendo em vista que, além de se tratar de um direito de interesse social, a saúde é tida pela Constituição brasileira como “direito de todos e dever do Estado”, a ser garantido por meio de políticas sociais e econômicas, que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, bem como ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação; podemos inferir que a saúde não tem apenas um aspecto individual, mas social.

Não basta que se disponibilizem os meios para que os indivíduos, por si mesmos, promovam, protejam ou recuperem a saúde: o Estado deve atuar positivamente, por disposição constitucional, na proteção da saúde pública; controlando os cidadãos, a fim de impedir ações nocivas à saúde de todo o povo, através das leis a serem cumpridas e exigidas pela Administração Pública.

Pelo fato de as políticas públicas de saúde estarem contidas nos planos de desenvolvimento do Estado, com atuações orientadas, é que o direito da saúde pública passou a ser tratado como parte do Direito Administrativo, ou como uma aplicação especializada dele²⁷. E por isso, poderíamos enquadrá-lo como ramo de Direito Público.

2.2.2 Natureza Jurídica e Características do Direito à Saúde

Em conformidade com a Teoria da Geração de Direitos, preconizada por Karel Vasak²⁸ e bastante difundida por Norberto Bobbio²⁹, o direito à saúde pertence à

²⁶ Cf. MEIRELLES, 2012, p.38.

²⁷ Cf. DALLARI, op. cit.,loc. cit.

²⁸ Cf. LIMA, George Marmelstein. Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 173, 26 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4666>>. Acesso em: 28 jun. 2015.

²⁹ Cf. BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 9.

segunda geração³⁰ ou dimensão³¹ de direitos e tem natureza jurídica de direito social ou coletivo, uma vez que exige do Estado o dever de criar pressupostos materiais, indispensáveis ao seu exercício efetivo³², através de prestações.

No Brasil, foi a partir de 1934 que o direito à saúde passou a ser reconhecido como direito constitucional social, mas estava intimamente relacionado ao direito do trabalho. Somente com a CF de 1988 é que foi erigido à categoria de direito social, “visto de forma isolada e ainda criando ao legislador infraconstitucional a incumbência na elaboração de leis para que se tornasse viável”³³ a sua implementação na sociedade.

Enquanto direito público subjetivo, o direito à saúde deve, inevitavelmente, conter aspectos sociais e individuais. No aspecto individual, deve privilegiar a liberdade das pessoas para escolherem qual o tipo de relação que terão com o meio ambiente; suas condições de trabalho; e, quando doentes, o recurso médico-sanitário que procurarão; o tipo de tratamento, dentre outros.

Em seu aspecto social, deve impulsionar a igualdade, de forma que a ninguém seja dado impedir o bem estar de outrem ou induzi-lo a adoecer; obrigar o Estado a fomentar políticas públicas como a vacinação; notificação; tratamento; distribuição de medicações; controle de alimentos, do meio ambiente e das condições de trabalho – faceta que revela, também, o seu caráter difuso, em razão da pluralidade de titulares indeterminados e da indivisibilidade do objeto de interesse, ante à impossibilidade de mensuração exata do que cabe a cada um dos sujeitos desse

³⁰ Para alguns autores, a expressão “gerações de direitos” é equívoca, pois poderia dar a falsa impressão de que uma substitui, gradativamente, a outra, quando, na verdade, tais direitos se complementam ou se cumulam. (Cf SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 49).

³¹ Segundo Willis Santiago Guerra Filho, é mais adequado o uso do termo “dimensões”, considerando que as gerações anteriores não se extinguem pelo advento de novas, mas assumem uma outra dimensão com relação aos direitos reconhecidos posteriormente. (Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 2. ed. rev. e amp. São Paulo: Celso Bastos, 2001. p. 39).

³² Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 554.

³³ PAULA, Ana Hercília Renosto. **O Direito Constitucional Sanitário e as ações judiciais para obtenção de medicamentos na área oncológica**. Dissertação apresentada no Mestrado em Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011. p. 14. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/handle/1884/26209/Dissertacao%20Mestrado%20Ana%20Hercilia%20Renosto%20Paula.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 30 jun. 2015.

direito³⁴.

De acordo com os autores José e Miguel Carbonell³⁵, o caráter prestacional do direito à saúde se revela na medida em que acarreta uma série de obrigações positivas (de fazer), por parte dos poderes públicos, a exemplo do dever de prestar assistência médica. E também gera para o Estado, assim como todos os direitos sociais, a obrigação de preservar este bem jurídico protegido constitucionalmente, ao passo em que se abstém de causar danos à saúde da população, uma obrigação negativa; da mesma maneira que deve evitar, positivamente, que particulares, grupos ou empresas o façam.

Observamos que há, atualmente, uma pluritutela normativa do direito à saúde – com normas que podem ser encontradas em diversas legislações, como o Estatuto da Criança e do Adolescente³⁶ ou o Estatuto do Idoso³⁷. Sendo perceptível que o Direito Sanitário, antes compreendido como mero integrante do Direito Administrativo, tem ganhado elementos das mais variadas disciplinas jurídicas³⁸,

³⁴ Cf. ALVES, Cândice Lisboa. A saúde como direito fundamental difuso. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 111, abr 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13091&revista_caderno=9>. Acesso em 20 mai. 2015.

³⁵ CARBONELL, José; CARBONELL, Miguel. **El derecho a la salud**: una propuesta para México. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2013. p. 1-2. Disponível em: <http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Cap__tulo_Primer.pdf> Acesso em: 30 jun. 2015.

³⁶ “Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”.

“Art. 14 O Sistema Único de Saúde promoverá programas de assistência médica e odontológica para a prevenção das enfermidades que ordinariamente afetam a população infantil, e campanhas de educação sanitária para pais, educadores e alunos.

Parágrafo único. É obrigatória a vacinação das crianças nos casos recomendados pelas autoridades sanitárias”.

³⁷ “Art. 9º É obrigação do Estado, garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade”.

³⁸ Já existem correntes doutrinárias que defendem a autonomia do direito à saúde, enquanto disciplina jurídica. Contudo, segundo autores tradicionais como Feijó Coimbra, para que seja reconhecido um novo ramo do direito, deve haver *doutrina homogênea*, dominada por *conceitos comuns e distintos, com método e princípios próprios* (Cf. COIMBRA, J. R. Feijó. **Direito previdenciário brasileiro**. 7. ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1997). Nesta perspectiva, não se trataria de uma disciplina autônoma. Por isso, defendemos que, muito embora exista uma unidade interna normativa acerca da temática da saúde pública, e não se trate mais de mero integrante do Direito Administrativo, tendo em vista o reconhecimento de normas disciplinando as ações de saúde que objetivem a sua tutela; o Direito Sanitário ainda não dispõe de princípios e técnicas jurídicas próprias ou diversas das disciplinas que o constituem. Ou seja: há, por ora, apenas uma autonomia didática, que possibilita o estudo sistematizado do direito da saúde – o que não impede que, no

seja na tutela processual coletiva, na criminalização de condutas que atentam contra a saúde pública ou nos dispositivos constantes do Código de Defesa do Consumidor (o que revela sua horizontalidade) ³⁹.

Segundo Carbonell, para a realização do direito fundamental à saúde, o sistema de prestações deve ser pautado nas seguintes características: universalidade, equidade e qualidade. Deve ser garantido a todos os cidadãos de forma igualitária, com financiamento por meio dos impostos, e não pelo pagamento de taxas pelos usuários (exceto daqueles que têm capacidade econômica suficiente). Bem como a prestação de um serviço de qualidade, uma vez que de nada serve um sistema sanitário que opere com péssimas condições de qualidade, que não proteja, mas agrave o quadro de saúde dos indivíduos⁴⁰.

Por isso é que, em nosso ordenamento jurídico, as ações e serviços de saúde são considerados de relevância pública⁴¹. Nossa Constituição, além de prezar pela universalidade no acesso aos serviços, pregando pela igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie; prevê uma série de exigências de acordo com os níveis de complexidade de cada caso, conferindo aos poderes públicos a responsabilidade de coordenar tais ações e recursos financeiros para tanto⁴², bem como de fiscalizar a prestação desse serviço.

Ante o exposto, percebemos que o direito da saúde pública é cheio de peculiaridades:

(...) ora são as atuações decorrentes do poder de polícia, ora a prestação de um serviço público, ora, ainda, um imbricamento de ambos, como no caso da vacinação obrigatória realizada pelos serviços de saúde pública, que visam, principal ou exclusivamente, promover, proteger ou recuperar a saúde do povo. ⁴³

futuro, à vista desse contínuo crescimento da normatização sanitária, a legislação venha a conter princípios específicos e implante, de fato, um Direito cientificamente autônomo. (Ver também DIAS, Hélio Pereira. **Direito Sanitário**. Brasília: ANVISA, 2013. Disponível em <http://www.anvisa.gov.br/divulga/artigos/artigo_direito_sanitario.pdf> Acesso em 24 mai. 2015. p. 4. MENDES, 2013, p. 20).

³⁹ Cf. ROCHA, op. cit., p. 51.

⁴⁰ CARBONELL, 2013, p. 3 e 4.

⁴¹ “Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”.

⁴² ROCHA, op. cit., p. 54.

⁴³ Cf. DALLARI, op. cit.,loc. cit..

Consoante assevera o doutrinador Julio Rocha, o Direito Sanitário rompe com a clássica dicotomia entre o Direito Público e o Privado, situando-se como *tertium genus*, pertencente, assim, aos Direitos Difusos e Coletivos⁴⁴.

⁴⁴ Cf. ROCHA, op. cit., p.51.

3 EFICÁCIA E EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE

3.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE EFICÁCIA E EFETIVIDADE

Em razão da polissemia e da vasta gama de aspectos passíveis de problematização e análise⁴⁵ que cercam o termo “eficácia”, cumpre-nos distingui-la no sentido jurídico-dogmático da eficácia em sentido “sociológico”, que muito mais se assemelha à noção que temos de efetividade, conforme explicaremos mais adiante.

Enquanto a eficácia social (efetividade) diz respeito à conformidade das condutas dos destinatários à norma⁴⁶, na medida em que os indivíduos observam ou executam aquilo previsto pelo diploma normativo por uma imposição vinculada a uma atitude sancionatória; a eficácia em seu sentido jurídico-dogmático se refere à possibilidade jurídica de aplicação da norma: ou seja, à sua aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade.

Segundo José Afonso da Silva, a eficácia jurídica

designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados; nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade⁴⁷, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica. Possibilidade, e não efetividade.⁴⁸

Assim como André Ramos Tavares, também perfilhamo-nos à ideia de que todas as normas constitucionais possuem força normativa⁴⁹, ou seja, “que todo e

⁴⁵ Cf. SARLET, op. cit., p. 235.

⁴⁶ Cf. NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p. 43.

⁴⁷ Urge salientar que, para a corrente doutrinária que adota esta concepção já clássica de José Afonso da Silva, não há como dissociar a noção de eficácia jurídica da noção de aplicabilidade das normas jurídicas, à medida que aquela consiste justamente na possibilidade de aplicação da norma aos casos concretos, com a conseqüente geração dos efeitos jurídicos que lhe são inerentes. Por isso, também trataremos, aqui, da eficácia como uma noção conexas à noção de aplicabilidade, tendo em vista que não se pode falar de norma eficaz destituída de aplicabilidade. Cf. SARLET, op. cit., p. 237-238.

⁴⁸ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 2. ed. São Paulo: RT, 1982. p.55-56.

⁴⁹ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 114.

qualquer preceito da Constituição (mesmo sendo de cunho programático) é dotado de certo grau de eficácia jurídica e aplicabilidade, consoante a normatividade que lhe tenha sido outorgada pelo Constituinte”⁵⁰.

Até mesmo porque todas as normas de uma Constituição dita rígida⁵¹ (como a Constituição brasileira de 1988) são providas de juridicidade, sendo imperativas e impondo uma obrigatoriedade de comportamento⁵². Destarte, as normas constitucionais são criadas para serem aplicadas, sendo considerada aplicável a norma que, cumulativamente, estiver em vigor, for válida e dotada de eficácia⁵³.

Partindo do pressuposto de que determinados critérios classificatórios só se prestam quando úteis à finalidade perseguida⁵⁴, é interessante destacar a distinção feita pelo autor José Horácio Meirelles Teixeira⁵⁵, que sugeriu uma classificação das normas constitucionais pautada em seu maior ou menor grau de eficácia⁵⁶.

Para este autor, as normas de eficácia plena

produzem, desde o momento de sua promulgação, todos os seus efeitos essenciais, isto é, todos os objetivos especialmente visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes

⁵⁰ SARLET, op. cit., p. 257.

⁵¹ Conforme afirma Dirley da Cunha Júnior, rígida é a constituição que não pode ser alterada com a mesma simplicidade com que se modifica uma lei; caracterizada “por estabelecer e exigir procedimentos especiais, solenes e formais, necessários para a reforma de suas normas, distintos e mais difíceis, portanto, daqueles previstos para a elaboração ou alteração das leis”. (CUNHA JÚNIOR, op. cit., p.120-121).

⁵² Id., **Controle judicial das omissões do poder público**: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 78.

⁵³ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 51-52.

⁵⁴ TAVARES, op. cit., loc. cit.

⁵⁵ Embora também tenha sido inspirada na doutrina de Vezio Crisafulli, não será utilizada, neste trabalho, a classificação proposta por José Afonso da Silva, pelo fato de que, conforme pontua Virgílio Afonso da Silva, tanto as normas de eficácia plena quanto de eficácia contida tratam-se de espécies do mesmo gênero, visto que ambas têm aplicabilidade imediata e eficácia plena, embora esta última seja restringível. (Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 222).

⁵⁶ As “normas de direitos fundamentais não podem mais ser consideradas meros enunciados sem força normativa”. Em razão do princípio da máxima eficácia e efetividade das normas constitucionais, não há que se admitir, em nosso ordenamento, a existência de normas constitucionais condicionadas à edição de lei nela prevista. Como pontua Herbert Krüger, não cabe mais se falar em direitos fundamentais na medida da lei, mas sim em leis na medida dos direitos fundamentais. (Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 11 set/out/nov 2007. p. 8. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31953-37383-1-PB.pdf>> Acesso em: 20 jun. 2015).

constitui objeto⁵⁷.

Já as normas de eficácia limitada seriam aquelas normas que “não produzem, logo ao serem promulgadas, todos os seus efeitos essenciais, porque não se estabeleceu sobre a matéria uma normatividade para isso suficiente, deixando total ou parcialmente essa tarefa ao legislador ordinário⁵⁸”. As normas de eficácia limitada, para ele, se subdividem, ainda, em dois grupos: as normas programáticas e as normas de legislação.

As normas programáticas seriam aquelas que versam sobre matéria de natureza eminentemente ética e social, constituindo verdadeiros programas de ação destinados ao legislador ordinário. As normas de legislação, por sua vez, seriam destituídas desse caráter ético-social das normas programáticas, mas também dependeriam, para alcançar sua eficácia plena, de uma legislação concretizadora⁵⁹, em virtude de uma necessidade de natureza técnico-instrumental.

De forma geral, a eficácia jurídica refere-se ao potencial da norma para gerar efeitos a partir de sua aplicação. Todavia, embora o § 1º do art. 5º de nossa Constituição disponha que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, isto em nada altera o fato de que existem, em nosso texto constitucional, normas que, em virtude de sua natureza, reclamam uma materialização por parte dos órgãos estatais, sobretudo do legislador⁶⁰. Daí a necessidade de falarmos sobre efetividade.

Derivada do latim *effectivus*, de *efficere* (executar, cumprir, satisfazer), a expressão “efetividade” indica a qualidade ou o caráter de tudo o que se mostra efetivo ou está em atividade⁶¹. Segundo Leib Soibelman, é aquilo que está em vigência, está sendo cumprido ou em atual exercício, e realizando seus próprios efeitos⁶².

Desse modo, podemos entender a efetividade como a conformidade dos comportamentos ao conteúdo (alternativo) da norma, como a implementação do que

⁵⁷ TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 317 e ss.

⁵⁸ Idem.

⁵⁹ SARLET, 2012, p. 247.

⁶⁰ Cf. Ibid., p. 266.

⁶¹ Cf. SOIBELMAN, Leib. **Enciclopédia do advogado**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1983. p. 142.

⁶² Idem.

o doutrinador Marcelo Neves chama de “programa finalístico”⁶³ da norma constitucional, que orientou a atividade legislativa e atingiu seus objetivos (em maior ou menor grau)⁶⁴.

Enfim, falar de efetividade é falar da realização, do desempenho concreto da função social⁶⁵ do direito. Para Luiz Roberto Barroso, “ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social”.⁶⁶

Em rápida síntese, é viável se definir a eficácia jurídica como a possibilidade ou aptidão que tem a norma vigente (juridicamente existente)⁶⁷ para ser aplicada aos casos concretos “e de – na medida de sua aplicabilidade – gerar efeitos jurídicos”⁶⁸; na medida em que a efetividade engloba “tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma (juridicamente eficaz), quanto o resultado concreto decorrente – ou não – desta aplicação”⁶⁹.

3.2 EFICÁCIA, EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE E SEUS LIMITES

Antes de tudo, é importante destacar que, como todo direito social, o direito à saúde apresenta duas dimensões: de cunho defensivo e prestacional. Enquanto direito de defesa, não impõe a necessidade de uma *interpositio legislatoris*, tendo a lei somente para eventuais restrições ou regulamentações⁷⁰, uma vez que se manifesta, principalmente, no sentido de impedir ingerências indevidas por parte do

⁶³ Cf. NEVES, 2011, p. 48.

⁶⁴ Neste aspecto, o autor Marcelo Neves nos adverte para o fato de que tanto “eficácia” quanto “efetividade” tratam-se de conceitos relativos e graduais. Acrescenta, ainda, que “nos casos em que a ineficácia e a inefetividade atingem um grau muito elevado, implicando que as expectativas normativas das pessoas e dos órgãos estatais, de forma generalizada, não se orientem pelos dispositivos legais, encontramos-nos diante de falta de vigência social da lei ou de carência de normatividade do texto legal” (NEVES, op. cit., loc. cit.)

⁶⁵ Cf. BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 6. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 85.

⁶⁶ Idem.

⁶⁷ Cf. SARLET, op. cit., p. 240.

⁶⁸ Idem.

⁶⁹ Idem.

⁷⁰ Cf. Ibid., p. 291.

Estado e terceiros na saúde do titular⁷¹.

No que tange ao seu cunho prestacional, o direito à saúde depende, na maioria das vezes, além da concretização legislativa e/ou judiciária, de circunstâncias de natureza socioeconômica. Trata-se, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, de uma dimensão mais problemática, visto que impõe ao Estado a realização de políticas públicas que busquem sua efetivação para a população, tornando o particular, para além disso, o “credor de prestações materiais que dizem com a saúde, tais como atendimento médico hospitalar, fornecimento de medicamentos, realização de exames da mais variada natureza”⁷², dentre outras medidas.

Existem elementos diversos que impõem limites à eficácia plena e imediata do direito à saúde, uma vez que, na posição de direito social, tem por objeto prestações do Estado diretamente vinculadas à destinação e distribuição de recursos⁷³ – que desvelam sua relevância econômica. A exemplo da reserva do possível⁷⁴ e da suposta escassez de recursos, que nos relembram, a todo o momento, dos custos financeiros públicos inerentes ao exercício deste direito – razão pela qual tende a ser positivado de forma vaga e aberta⁷⁵; deixando não somente a cabo do legislador a sua concretização, mas do Poder Executivo e do Judiciário⁷⁶, cuja atuação está

⁷¹ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 11 set/out/nov 2007. p. 8. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31953-37383-1-PB.pdf>> Acesso em: 20 jun. 2015.

⁷² SARLET, op. cit., loc. cit.

⁷³ Cf. SARLET, 2012, p. 285.

⁷⁴ Embora a jurisprudência e, muitas vezes, parte da doutrina, referiram-se à reserva do possível como parte integrante dos direitos fundamentais, autores como Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo discordam desse posicionamento. Para eles, a reserva do possível constitui, em verdade, “espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflito de direitos, quando se cuidar da invocação – desde que observados os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos fundamentais – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental”. (SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html> Acesso em: 30 jun. 2015).

⁷⁵ Cf. Ibid., p. 289.

⁷⁶ Nesse sentido, SARLET, 2007, p. 12: “quem vai definir o que é o direito à saúde, quem vai, neste sentido, concretizar esse direito é o legislador Federal, Estadual e/ou Municipal, dependendo da competência legislativa prevista na própria Constituição⁷⁶. Da mesma forma, será o Poder Judiciário (ao menos, assim o sustentamos), quando acionado, quem irá interpretar as normas da Constituição e as normas infraconstitucionais que a concretizarem”.

condicionada à existência de recursos públicos disponíveis⁷⁷ para sua efetivação.

Aliás, foi a própria CF que, além de enquadrar a saúde como um direito social (art. 6º) e criar o Sistema Único de Saúde (art. 198 e ss.), incumbiu ao Poder Público, em seu art. 197, o papel de regulamentar, fiscalizar e controlar as ações e serviços de saúde.

Podemos inferir que, do ponto de vista federativo, a Constituição atribuiu competência para legislar sobre proteção e defesa da saúde, concorrentemente, à União, aos Estados e aos Municípios (cabendo à União o estabelecimento de normas gerais; aos Estados, suplementar a legislação federal; e aos Municípios, legislar sobre os assuntos de interesse local, podendo igualmente suplementar a legislação federal e estadual, no que couber).⁷⁸

Em seu artigo 7º, a CF ainda determina que o salário mínimo deve ser capaz de atender às necessidades básicas do trabalhador e sua família, inclusive a saúde, assim como impõe a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meios de normas saúde, higiene e segurança.

Do ponto de vista administrativo, a CF atribuiu competência comum à União, Estados e Municípios (art. 23, II). Assim, os três entes têm a possibilidade de formular e executar políticas públicas de saúde. Isso impõe, contudo, que haja cooperação entre as três esferas de governo, a fim de alcançar o “equilíbrio do desenvolvimento e do bem estar em âmbito nacional” (art. 23, parágrafo único). Conforme acentua Barroso:

A atribuição de competência comum não significa, porém, que o propósito da Constituição seja a superposição entre a atuação dos entes federados, como se todos detivessem competência irrestrita em relação a todas as questões. Isso, inevitavelmente, acarretaria a ineficiência na prestação dos serviços de saúde, com a mobilização de recursos federais, estaduais e municipais para realizar as mesmas tarefas⁷⁹.

No que tange à defesa da saúde, a União, os Estados e o Distrito Federal

⁷⁷ Cf. SILVA, Leny Pereira da. **Direito à saúde e o princípio da reserva do possível**. Monografia apresentada no âmbito do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu, do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. p. 26. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf> Acesso em: 20 jun. 2015.

⁷⁸ Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. p. 14-15. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf> Acesso em: 20 jun. 2015.

⁷⁹ Ibid., p. 15.

possuem competência concorrente para legislar (inciso XII do art. 24). E os Municípios, por força do inciso I, art. 30, também podem fazê-lo, visto que se trata de assunto de inegável interesse local, até porque a execução dos serviços de saúde, atualmente, está, em grande parte, municipalizada – os municípios devem prestar serviços de atendimento à saúde da população, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado (art. 30, inciso VII).

O art. 198, por sua vez, formulou a estrutura geral do sistema único de saúde, considerando-o uma rede regionalizada e hierarquizada, com a descentralização dos serviços em cada esfera de governo, visando ao atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, a ser financiado com recursos da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes (§1º), ficando previstos recursos mínimos a serem aplicados, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde (§§ 2º e 3º).

Para melhor entendermos o funcionamento do SUS faz-se necessário explanar, ainda que em linhas breves, como se dá o seu financiamento, a partir das diversas iniciativas jurídico-institucionais que foram criando condições propícias à efetivação do direito fundamental à saúde.

3.2.1 Financiamento do SUS

Em virtude dessa tomada de responsabilidade do Estado, através da CF, no que tange à efetivação do direito à saúde, o Sistema Único de Saúde passou a ser estruturado pela Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990 (conhecida como Lei Orgânica da Saúde), que dispõe sobre condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento do SUS⁸⁰.

⁸⁰ Insta salientar que a responsabilidade pela saúde, enquanto dever do Estado, é solidária entre a União, os estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios. De forma que os gestores do SUS são o Ministro da Saúde, em nível nacional, o Secretário de Estado da Saúde, em nível regional, e o Secretário Municipal de Saúde. Eles podem dividir funções e competências, mas todos devem ser parceiros para garantir a saúde da população (Cf. BRASIL. Governo. **União, estados e municípios têm papéis diferentes na gestão do SUS**. Brasília, DF, 03 out. 2014. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/governo/2014/10/o-papel-de-cada-ente-da-federacao-na-gestao-da-saude-publica>> Acesso em: 20 jun.. 2015). Em decorrência da solidariedade, o cidadão necessitado pode acionar qualquer ente federativo para garantir o seu direito constitucional à saúde. O STF reconhece que “constitui obrigação solidária dos entes federativos o dever de fornecimento gratuito de tratamentos e de medicamentos necessários à saúde de pessoas hipossuficientes (RE 855.178-RG,

Além de outras normas infraconstitucionais que influenciam no andamento do SUS, destaca-se a Lei nº 8.142 de 28 de dezembro de 1990, que trata da participação da comunidade em sua gestão e das transferências intergovernamentais de recursos financeiros – que em muito influenciam na efetivação do direito à saúde.

Ainda, a Portaria nº 3.916 de 30 de outubro de 1988, do Ministério da Saúde, foi responsável por inaugurar a Política Nacional de Medicamentos, que, além de tratar da responsabilidade dos gestores do SUS na sua efetivação, tem como principais diretrizes a reorientação da assistência farmacêutica; o estímulo à produção de medicamentos e sua regulamentação sanitária; o estabelecimento de medicamentos considerados essenciais, com o propósito de garantir o acesso da população a eles.

Foi também de grande importância na construção do SUS, a implementação de um conjunto de decisões consubstanciadas nas Normas Operacionais Básicas nº 01/1991, 01/1993 e 01/1996, instituídas através de portarias ministeriais. Tais normas operacionais definem, em suma, as condições necessárias para que os estados e municípios assumam as responsabilidades e prerrogativas dentro do SUS, a fim de regular a relação entre seus gestores.

Houve, ainda, a Norma Operacional da Assistência à Saúde, nº 01/2001 (NOAS-SUS 01/01), que assumiu o processo de regionalização da assistência⁸¹ à saúde, tendo sido revogada pela NOAS-SUS 01/02, que, de forma mais esmiuçada, amplia as responsabilidades dos municípios na atenção Básica; estabelece o processo de regionalização como estratégia de hierarquização dos serviços de saúde e de busca de maior equidade; cria mecanismos para o fortalecimento da capacidade de gestão do Sistema Único de Saúde. Tem como objetivo otimizar os recursos disponíveis e reorganizar a assistência, buscando a melhor alternativa em termos de impacto na saúde da população.

Observamos, então, que a implantação destas normas, além de promover uma integração de ações entre as três esferas de governo, provocou um processo de

Rel. Min. Luiz Fux). Diante disso, infere-se que qualquer ente da federação é parte legítima para figurar no polo passivo de ações voltadas a esse fim, independentemente de eventual inserção dos demais entes federativos como litisconsortes passivos da demanda". (ARE: 870174. Relator: Min. Roberto Barroso, julgamento em 13/03/2015, DJE de 19/03/2015, publicado em 20 mar. 2015).

⁸¹ BAHIA. Secretaria de Saúde. **Plano Diretor de Regionalização da Assistência à Saúde**. Bahia, jan. 2004. Disponível em: <www1.saude.ba.gov.br/mapa_bahia/docs/PDR%202004.doc> Acesso em: 20 jun. 2015.

descentralização intenso, transferindo para os estados e, principalmente, para os municípios, um conjunto de responsabilidades e recursos para a operacionalização do Sistema Único de Saúde, antes concentradas no nível federal.

Vale frisar também o advento da Emenda Constitucional nº 29, a chamada EC da Saúde, que alterou os artigos relativos a este direito, com o objetivo de assegurar os recursos mínimos para financiamento das ações e serviços públicos de saúde.

Em razão desta emenda, foi acrescentada a alínea “e” ao inciso VII do art. 34, possibilitando a intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal no caso de não ser aplicado o mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde. E previu, ainda, a possibilidade de intervenção dos Estados nos Municípios, em hipótese semelhante (art. 35, inciso III).

A emenda foi regulamentada, recentemente, pela Lei Complementar nº 141 de 13 de janeiro de 2012⁸². Este diploma normativo dispõe sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, estados-membros, Distrito Federal e município em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências regulares, por meio dos fundos de saúde para custeio e investimento; e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas três esferas de governo. Com isso, define o que pode ser considerado como despesas em ações e serviços públicos de saúde e dá ênfase aos processos de planejamento e controle social⁸³.

Em rápida análise, podemos perceber que, do ponto de vista jurídico-dogmático, o direito fundamental à saúde, no Brasil, é, em certa medida, eficaz, se considerarmos a sua regulamentação legislativa, sobretudo pelos exemplos supracitados: normas em vigor, válidas, dotadas de eficácia e, portanto, aplicáveis (ressalvadas as situações de omissão do legislador na elaboração de normas outras, capazes de lhe atribuir maior grau de eficiência e eficácia).

Contudo, não se pode negar a existência de uma crise assistencial nos serviços de saúde de nosso país, que exclui milhões de brasileiros do acesso às

⁸² A disciplina foi novamente alterada, no início deste ano, pela Emenda Constitucional nº 86, que alterou os arts. 165, 166 e 198 da Constituição Federal, para tornar obrigatória a execução da programação orçamentária que específica.

⁸³ Cf. BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **A Lei nº 141/2012 e os Fundos de Saúde**. Brasília: CONASS, 2013. p. 11 Disponível em: <http://www.conass.org.br/conassdocumenta/conassdocumenta_26.pdf> Acesso em: 21 jun. 2015.

ações e serviços de saúde e nos faz questionar se esse direito fundamental seria, de fato, efetivo (ou eficaz em sua acepção sociológica).

3.2.2 Alguns limites à efetivação do direito à saúde

Embora o Estado tenha a obrigação de garantir a seus cidadãos o mínimo existencial, aqui entendido como o conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna⁸⁴ (sobretudo no que tange à sobrevivência e manutenção da integridade física e intelectual), o Poder Público tem falhado no cumprimento dessa promessa constitucional.

As políticas públicas para efetivação de direitos sociais demandam, invariavelmente, o gasto de recursos públicos. E, quando os recursos públicos disponíveis são aquém do necessário para oferecer a todos os cidadãos um serviço de saúde de qualidade, deparamo-nos com a escassez de recursos – um dos limites fáticos do agir estatal para conferir a plenitude deste direito.

Apesar de dispor sobre valores mínimos a serem aplicados anualmente pelos entes estatais e de estabelecer critérios de rateio dos recursos entre eles, a LC nº 141 não vinculou a destinação dos recursos federais para as ações e serviços

⁸⁴ Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 197 e ss.

Neste sentido, podemos constatar, em julgamentos do Supremo Tribunal Federal, precedentes que definem o mínimo existencial, com a inclusão do direito à saúde. Vejamos: A questão da reserva do possível não pode comprometer o “núcleo básico que qualifica o mínimo existencial”. O controle jurisdicional na fiscalização do poder público se “justifica pela necessidade de observância de certos parâmetros constitucionais (proibição de retrocesso social, proteção ao mínimo existencial, vedação da proteção insuficiente e proibição do excesso)”. (**ARE 745745 AgR**. Relator: Min. Celso de Mello, julgamento em 02/12/2014, Segunda Turma, DJE de 18/12/2014, publicado em 19 dez. 2014); (**ARE 727864 AgR**. Relator: Min. Celso de Mello, julgamento em 04/11/2014, Segunda Turma, DJE de 12/11/2014, publicado em 13 nov. 2014); (**RE 581352**. Relator: Min. Celso de Mello, julgamento em 29/10/2013, Segunda Turma, DJE de 21/11/2013, publicado em 22 nov. 2013); (**STA 223 AgR**. Relatora originária: Min. Ellen Gracie, Relator para o acórdão: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgamento em 14/04/2008, DJE de 08/04/2014, publicado em 09 abr. 2014).

E mais: “A controvérsia objeto destes autos – possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública – foi submetida à apreciação do Pleno do Supremo Tribunal Federal na SL 47-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 30.4.10. 3. Naquele julgamento, esta Corte, ponderando os princípios do ‘mínimo existencial’ e da ‘reserva do possível’, decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas”. (**RE 642536**. Relator: Min. Luiz Fux, julgamento em 05/02/2013, Primeira Turma, DJE de 26/02/2013, publicado em 27 fev. 2013).

públicos de saúde, o que frustrou a grande expectativa de ampliação de recursos para o setor⁸⁵.

Opõem-se ao atendimento desse mínimo existencial, além da insuficiência dos recursos financeiros do Estado, a falta de uma efetiva política de pessoal e a má distribuição dos médicos no Sistema Único de Saúde.

Embora a relação de profissionais de saúde, por mil habitantes, venha crescendo no país (de 1970 a 2012 houve um crescimento de cerca de 500%⁸⁶), ainda persistem acentuadas desigualdades na sua distribuição entre as regiões, estados e municípios.

Não existe, no país, quantidade suficiente de médicos para atender a toda população, sobretudo aquela que vive em regiões mais desassistidas. E, de acordo com a pesquisa Demografia Médica no Brasil (realizada pelo Conselho Federal de Medicina), em 2020, se mantida a atual taxa de crescimento, existirão 500 mil médicos no país – média de 2,4 profissionais por mil habitantes, marca ainda inferior ao registrado, atualmente, na Argentina (3,2), no Reino Unido (2,7) e no Uruguai (3,7)⁸⁷.

O processo de aquisição de insumos e medicamentos para o SUS também se mostra como um desafio à efetivação do direito à saúde. Com as inovações tecnológicas e o surgimento de diversos produtos de alta qualidade, o gerenciamento nesse segmento deve ser realizado por pessoal qualificado, com conhecimento técnico na gestão e controle do fluxo de materiais hospitalares.

Ademais, a compra de materiais e equipamentos nos serviços de saúde pública se dá através de licitação, em que deveriam vencer as propostas mais vantajosas para a Administração Pública. Todavia, isso nem sempre ocorre, devido à falta de

⁸⁵ Idem.

⁸⁶ FALTA de política de pessoa e distribuição de médicos agravam problemas no SUS. **Jornal da Unicamp**, Campinas, 29 jul. a 04 ago. 2013, ano 2013, nº 568. Disponível em: <<http://www.unicamp.br/unicamp/ju/568/falta-de-politica-de-pessoal-e-distribuicao-de-medicos-agravam-problemas-no-sus>> Acesso em: 30 jun. 2015.

⁸⁷ Idem. Para solucionar tais problemáticas, há necessidade de uma mudança geral de comportamento, desde a ampliação de vagas nos cursos de Medicina e contratação de mais professores para ensino e supervisão, à necessidade de ampliação e manutenção de condições mínimas de atendimento nos hospitais universitários. São demandas também interligadas à necessidade de se pensar numa carreira para o servidor público médico, a fim de evitar a concentração nas regiões em que há possibilidade de duplo vínculo (profissionais que atuam no SUS e na iniciativa privada), também como uma forma de fixar mais profissionais de saúde em regiões isoladas e periferias – ao invés de se utilizar de programas paliativos como o “Mais Médicos”.

preparo dos gestores de saúde que, muitas vezes, não têm o conhecimento técnico ou jurídico necessário ou o devido assessoramento por profissionais da área⁸⁸.

A deficiência na estrutura física das Unidades Básicas de Saúde e dos hospitais é lastimável – muitas vezes funcionam em prédios improvisados e inadequados; com instalações elétricas, sanitárias e hidráulicas precarizadas, pondo em risco a vida daqueles que os frequentam.

Instituições de “saúde” incapazes de fornecer condições mínimas de atendimento ao cidadão carente, em razão da falta de equipamentos médicos, mobílias e da carência de recursos humanos; da ausência de meios para a execução de procedimentos simples como exame laboratoriais e de medicamentos básicos para doenças crônicas como diabetes e hipertensão, de grande incidência na população.

Verifica-se o subfinanciamento do SUS como sendo o principal fator desencadeador da precariedade de acesso e até da exclusão da população hipossuficiente da atenção básica à saúde⁸⁹.

Em análise promovida pelo Conselho Federal de Medicina, relativa ao ano de 2013⁹⁰, as despesas com saúde não atingiram a cifra de R\$ 220,9 bilhões – que representa um gasto, na melhor das hipóteses, de R\$ 3,05 por dia em saúde, para cobrir as despesas dos mais de 200 milhões de brasileiros usuários –. Valor este que, além de estar abaixo dos parâmetros internacionais, representa apenas metade do que gastaram os beneficiários de planos de saúde do Brasil no mesmo período⁹¹.

Cumpra-se destacar, ainda, a recente emenda constitucional nº 86, de 17 de março de 2015, que marca o fenômeno que tem sido chamado de “constitucionalização do subfinanciamento do sistema de saúde”. Apesar de ter aprovado um novo piso para o gasto mínimo federal na área, esta emenda, que

⁸⁸ Cf. CASTRO, Graciely Maria de Oliveira. O processo licitatório e os serviços de saúde. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 09 out. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.39897&seo=1>>. Acesso em: 30 jun. 2015.

⁸⁹ Cf. RESSURREIÇÃO, Felipe Boeira da. A eficácia do direito à saúde como condição para uma existência digna. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2174, 14 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12985>>. Acesso em: 21 jun. 2015.

⁹⁰ Cf. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Governo gasta em médica R\$ 3,05 ao dia na saúde de cada habitante**. Publicado em: 07 jul. 2014. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=24847:governo-gasta-em-media-r-305-ao-dia-na-saude-de-cada-habitante&catid=3> Acesso em: 22 jun. 2015.

⁹¹ Idem.

dispõe sobre o orçamento impositivo, estabelece como percentual de recursos da União vinculados à saúde, 15% das receitas correntes líquidas (em cinco anos), ao invés do equivalente a 10% de suas receitas correntes brutas como proposto pelo projeto de lei de iniciativa popular nº 321/2013.

Com isso, além de retirar da saúde o que deveria ser transferido automaticamente para os orçamentos municipais e estaduais, dá aos parlamentares o poder de devolvê-los de acordo com seus interesses políticos⁹².

Segundo Élidea Graziane Pinto e Ingo Wolfgang Sarlet, isso representa um “justificado sentimento de perda entre aqueles que defendem histórica e consistentemente a máxima eficácia e efetividade do direito à saúde no Brasil”⁹³, tal como estabelece a CF de 88 (art. 5º, §1º, combinado com o art. 6º e art. 196 e subsequentes) e os tratados internacionais de direitos humanos, a exemplo do Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, que estabelece um dever de progressividade na realização, pelos Estados signatários, dos direitos consagrados no Pacto, incluindo o direito à saúde⁹⁴.

Além da EC nº 86, foi aprovada em 19 de janeiro de 2015, a lei nº 13.097 de 19 de janeiro de 2015, que permite a participação de empresas e do capital estrangeiro, direta ou indiretamente, nas ações e cuidados à saúde. Embora exista ressalva que abre esta possibilidade no § 3º do art. 199 da CF de 88, segundo entidades como o Conselho Regional de Medicina de São Paulo e o Conselho Nacional de Saúde, que pretende arguir a inconstitucionalidade do art. 142 da referida lei⁹⁵, tal abertura é antagônica à definição da saúde como direito público⁹⁶.

Estas políticas implicam, de fato, a má qualidade da gestão dos recursos, que tem impacto direto na assistência da população e na atuação dos profissionais – o

⁹² Cf. CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Em defesa do SUS universal e igualitário**: A PEC 451 viola o direito à saúde e promove a segmentação do SUS. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/pdfs/manifesto_pelo_sus.pdf> Acesso em: 30 jun. 2015.

⁹³ PINTO, Élidea Graziane; SARLET, Ingo Wolfgang. Regime previsto na EC 86/2015 deve ser piso e não o teto de gasto em saúde. **Revista Consultor Jurídico**, 24 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-24/gasto-saude-previsto-ec-862015-piso-nao-teto>> Acesso em 30 jun. 2015.

⁹⁴ Idem.

⁹⁵ SOCIEDADE BRASILEIRA DE BIOÉTICA. **Nota da SBB sobre o Capital Estrangeiro na Saúde Brasileira**. 22 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.sbbioetica.org.br/noticia/nota-da-sbb-sobre-o-capital-estrangeiro-na-saude-brasileira/>> Acesso em: 30 jun. 2015.

⁹⁶ CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO, op. cit., loc. cit.

que evidencia que a saúde pública no Brasil não é uma prioridade do governo⁹⁷.

Ademais, o aumento exorbitante dos gastos na esfera privada⁹⁸, o segmento complementar conveniado (contratado e/ou credenciado do SUS) tem acumulado dívidas, estando marcado pela precarização das relações de trabalho. E, na busca pela manutenção das atividades, tem descredenciado médicos, fomentando o desemprego, restrições de oferta assistencial e perda da qualidade assistencial pelos beneficiários – quando não se cumula no fechamento de instituições hospitalares.

Consoante pontua Daniel Wei Liang Wang, “a escassez de recursos exige que o Estado faça escolhas, o que pressupõe preferências e que, por sua vez, pressupõe preteridos”⁹⁹. Sem sombra de dúvidas, a falta de oferta ou deficiência dos serviços de saúde e assistência farmacêutica prestados pelo Estado ameaça e é capaz de produzir lesão irreparável ao direito à saúde e à vida digna dos indivíduos.

Dentro desse contexto, em razão da omissão ou de condutas outras e abusivas dos demais poderes e por força do inciso XXXV do art. 5º da CF, o Poder Judiciário está autorizado a atender essas demandas e conceder aos particulares, via ação judicial, o direito à saúde como prestação positiva estatal. Sendo assim, é legítima a intervenção judicial que visa a afastar lesão ou ameaça a esse direito – não excluída, por óbvio, a possibilidade de intervenção extrajudicial, principalmente, por meio da Defensoria ou Ministério Público.

⁹⁷ Idem.

⁹⁸ Cf. RESSUREIÇÃO, op. cit., loc. cit.

⁹⁹ WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. **Rev. Direito GV**, vol. 4, nº 2, São Paulo, jul-dez de 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322008000200009&script=sci_arttext> Acesso em: 22 jun. 2015.

4 A TUTELA DO DIREITO À SAÚDE E O PAPEL DA DEFENSORIA PÚBLICA

Diante de alguns limites já tratados e que inviabilizam uma efetivação plena do direito à saúde, deparamo-nos, diariamente, com uma série de conflitos de interesses. Principalmente quando o cidadão, que tem o direito constitucional à assistência médica ou farmacêutica, dela necessita, mas o sistema público de saúde não a proporciona, seja pela observância da reserva do possível, seja pela omissão do poder público na gestão do SUS, pela situação de subfinanciamento e precarização do sistema, que obrigam as instituições e órgãos de saúde públicos a priorizarem determinados casos em detrimento de outros.

Mesmo com a existência de um direito fundamental à saúde, o seu simples reconhecimento não gera, de pronto, a sua efetivação, tampouco elimina o surgimento de possíveis conflitos – que impõem a necessidade de resolução.

A resolução de conflitos é necessária a qualquer sociedade, desde os tempos em que predominavam a autotutela e a vingança privada¹⁰⁰, à autocomposição, ainda presente nos dias atuais, em que as partes podem transacionar (o que não garante que o resultado da negociação será benéfico para ambas), ou uma delas pode se submeter ao interesse da outra ou desistir de seu próprio interesse¹⁰¹.

No entanto, com o fortalecimento dos Estados nacionais, para a manutenção de seu poder, o próprio Estado passou a exercer uma função pacificadora, a fim de dirimir os conflitos e garantir a sua unidade, através da jurisdição. Com o advento do Estado Social Democrático de Direito, ao Estado se reconhece o papel fundamental de promover a plena realização dos valores humanos e o processo como um meio efetivo para realização da justiça¹⁰².

Muito embora exista um intenso crescimento da resolução de conflitos por meios alternativos (que rompem com o formalismo processual e tendem a ser mais céleres¹⁰³), verifica-se, ainda, uma judicialização da tutela do direito à saúde

¹⁰⁰ Cf. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; PELLEGRINI, Ada Grinover; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 29.

¹⁰¹ Idem.

¹⁰² Idem.

¹⁰³ Cf. Ibid, p. 34.

*pública*¹⁰⁴, primordialmente em face de sua indisponibilidade¹⁰⁵ e dos limites estatais para a sua prestação – que impõe a intervenção do Poder Judiciário, sobretudo nos casos mais urgentes.

A CF de 1988, além de consagrar como direito fundamental o acesso à Justiça (princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição), também apresenta a expressão “ameaça a direito”, em seu art. 5º, inciso XXXV, que abrange as tutelas de urgência. “Exatamente por se tratar de direito à saúde – que não pode esperar – impõe-se a utilização das denominadas medidas de urgência, aí incluídas a tutela cautelar e a antecipação dos efeitos da tutela”¹⁰⁶.

Entretanto, para que o cidadão hipossuficiente possa exigir do Estado a prestação de urgência relativa ao seu direito à saúde e da impossibilidade, nesta circunstância, de *jus postulandi*¹⁰⁷, faz-se necessária uma reflexão acerca do papel da Defensoria Pública, enquanto instrumento fundamental na efetivação dos direitos, judicial ou extrajudicialmente; e de como, no particular caso, a Defensoria Pública do Estado da Bahia atua na tutela da saúde.

4.1 CRIAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA NO BRASIL E NO ESTADO DA BAHIA

O surgimento da Defensoria Pública está diretamente ligado à evolução histórica do modelo de assistência jurídica gratuita prestada aos necessitados pelo Estado: uma vez que este último tem o dever de garantir o acesso à justiça e o benefício de isenção de taxas e custas (para quem não pode arcar com elas), ele também deve garantir a orientação e a defesa dos direitos da população carente.

¹⁰⁴ Importante ressaltar que este trabalho se restringirá a abordar a tutela do direito à saúde nos processos em face da Fazenda Pública, sob gestão direta do Sistema Único de Saúde.

¹⁰⁵ Os Métodos Extrajudiciais de Resolução de Controvérsias, apesar de apresentarem soluções rápidas e eficazes, permitindo uma alternativa plausível à opção legal, não podem ser utilizados na tutela de direitos indisponíveis, irrenunciáveis e intransigíveis ou que contrariem lei específica e princípios de ordem pública.

¹⁰⁶ SLAIBI, Maria Cristina Barros Gutiérrez. **Direito Fundamental à saúde - Tutela de Urgência**. Artigo publicado no Portado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. p. 8. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_const/direito_fundamental_saude_tutela_urgencia.pdf> Acesso em: 22 jun. 2015.

¹⁰⁷ Na abordagem das tutelas de urgência, por limitações metodológicas, não trataremos sobre casos sujeitos aos Juizados Especiais. De modo que nestes processos a serem aqui analisados, a parte, por si própria, não é capaz de demandar em juízo sem a interposição de um advogado ou defensor público.

Embora já houvesse uma preocupação em institucionalizar um serviço público de assistência jurídica no Brasil desde 1897 (quando foi instituído oficialmente o serviço de Assistência Judiciária na capital do país, na época, Rio de Janeiro), ou das Constituições como a de 1934 e de legislações estaduais (inclusive na Bahia) que impunham a obrigação de existirem órgãos para oferecer Assistência Judiciária aos necessitados¹⁰⁸ – foi a Constituição Federal de 1988 que erigiu, no plano nacional, a Defensoria Pública à condição de função essencial à justiça, no artigo 134.

Havia a necessidade de se criar uma instituição incumbida de ser a voz dos desfavorecidos perante governantes, legisladores, o Judiciário e terceiros, tendo em vista que de nada adiantaria assegurar tantos direitos civis, políticos, econômicos ou sociais, por exemplo, sem conferir a legitimidade para postulá-los a quem deles necessitasse – visto que nem todos os direitos previstos, salvaguardados pela proteção constitucional, são garantidos, voluntariamente, pelo poder público.

Nesse cenário, a Defensoria Pública foi criada com a missão de oferecer orientação jurídica, promover os direitos humanos e a defesa, em todos os graus (judicial ou extrajudicialmente), dos direitos individuais¹⁰⁹ e coletivos¹¹⁰, de forma

¹⁰⁸ Ver mais em: BORGE, Felipe Dezorzi. Defensoria Pública: uma breve história. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2480, 16 abr. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14699>>. Acesso em: 22 jun. 2015.

¹⁰⁹ O STF também reconheceu a legitimidade do Ministério Público para atuar em defesa de direito individual indisponível, em decisão proferida no julgamento do Recurso Extraordinário 394820, proposto pelo MP do estado de São Paulo contra decisão do TJ/SP. “O Tribunal entendeu que o MP não poderia entrar com Ação Cautelar para garantir a uma criança o direito de ser removida da UTI para tratamento de saúde em casa (o chamado home care, um procedimento que não estava coberto pelo plano de saúde da criança). Para o TJ/SP, o caso se tratava de direito individual disponível. O MP paulista entrou com recurso no Supremo contra a decisão. O STF concluiu que o direito à saúde é direito individual indisponível e que o MP pode atuar nessas causas”. (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **STF: MP pode atuar em defesa de direito individual indisponível**. Disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_geral/geral-2006/stf--mp-pode-atuar-em-defesa-de-direito-individual-indisponivel-20050614> Acesso em: 23 jun. 2015).

¹¹⁰ Segundo Denise Cândido Lima e Silva Santos, o processo de legitimação da Defensoria Pública para a atuação na esfera coletiva se desenvolveu em três momentos. Primeiramente, alegava-se (negando a aplicabilidade do inciso III do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor) que a Defensoria não tinha legitimidade para promover ações coletivas, por não se tratar de um ente público especificamente destinado à defesa dos direitos do consumidor. Com a LC nº 80 de 1994, contudo, a Defensoria Pública já podia patrocinar ação civil pública, na qualidade de ente despersonalizado legitimado para proteger direitos transindividuais de consumidores vítimas, hipossuficientes. Em seguida, com a alteração da lei nº 7.347/85 pela lei nº 11.448/2006, a Defensoria Pública foi arrolada, de forma expressa, na lei da ação civil pública como ente dotado de legitimidade ativa coletiva em sentido amplo, para a propositura da demanda. (Cf. SANTOS, Denise Cândido Lima e Silva. **Defensoria Pública e Tutela Coletiva**: a atuação da Defensoria Pública na defesa de direitos coletivos no cenário pós-Emenda Constitucional nº 80/2015 - Uma nova perspectiva. Dissertação apresentada no Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna, 2014. p. 85-86. Disponível em:

integral e gratuita aos necessitados (Art. 134 da CF), na forma do inciso LXXIV do art. 5º da carta magna, que impõe ao Estado o dever de prestar assistência jurídica àqueles que comprovarem a hipossuficiência.

A fim de concretizar a previsão do parágrafo primeiro do art. 134, em 12 de Janeiro de 1994 foi editada a LC nº 80, que se incumbiu de organizar a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e Territórios, bem como de prescrever normas gerais para sua organização nos Estados.

No Estado da Bahia, também já havia, antes da CF de 88, uma preocupação com as atividades relacionadas à assistência jurídica integral e gratuita. Iniciou-se com a Coordenação de Assistência Judiciária (CAJ), criada por iniciativa da Procuradoria do Estado, como órgão vinculado à Secretaria de Estado de Trabalho e Bem-Estar (SETRABES), em 28 de outubro de 1975¹¹¹.

Em 25 de dezembro de 1985, a Lei nº 4.856 criou uma Defensoria Pública atuante na área criminal, mas incoerentemente vinculada ao Ministério Público e à Procuradoria do Estado. Nesta época, a DPE-BA passou a ter o objetivo de atender à população carente do estado nas áreas cível, trabalhista e na Justiça Federal. (Posteriormente, em 1986, os membros que prestavam serviço à CAJ foram empossados como defensores públicos).

Com promulgação da CF de 1988, que passou a reconhecer a Defensoria como órgão essencial à Justiça, a instituição, já existente na Bahia, em 1989 passou a integrar o Programa de Assistência Jurídica da Secretaria de Justiça e Direitos Humanos, ganhando o primeiro posto fixo do Programa de Descentralização da

<<http://www.uit.br/mestrado/images/dissertacoes/2-2014/denise-candido-lima-e-silva-santos.pdf>>
Acesso em: 30 jun. 2015).

Em 2007, a Associação Nacional do Ministério Público (CONAMP) ajuizou, perante o STF, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3943, pleiteando a declaração de inconstitucionalidade do inciso II do art. 5º da Lei 7.347/85, de 24 de julho de 1985 (com redação alterada pela Lei 11.448/07), sob o fundamento de que a inclusão da Defensoria Pública no rol dos legitimados à propositura da ação civil pública, sem o estabelecimento de "limites" à sua atuação coletiva, viola as disposições do art. 5º, inciso LXXIV, e art. 134, ambos da CF de 1988. Todavia, em 07 de maio de 2015, o Plenário da suprema corte brasileira, por unanimidade, julgou a ADI improcedente, considerando constitucional a atribuição da Defensoria Pública em propor ação civil pública. Seguindo o voto da relatora, Min. Cármen Lúcia, os ministros entenderam que o aumento de atribuições da instituição "amplia o acesso à justiça e é perfeitamente compatível com a LC nº 132/2009 e com as alterações à CF de 88, promovidas pela EC nº 80". (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Plenário julga constitucional legitimidade da Defensoria Pública para propor ação civil pública**. 07 mai. 2015. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=291085>. Acesso em: 30 jun. 2015).

¹¹¹ Cf. DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA. **Histórico**. Disponível em: <http://www.defensoria.ba.gov.br/portal/index.php?site=1&modulo=eva_conteudo&co_cod=402>
Acesso em: 22 jun. 2015. Este foi o modelo também foi adotado por outros estados, como São Paulo.

Assistência Jurídica Gratuita, visando o acesso à justiça pela população¹¹².

Mesmo após a CF/88, também havia, no âmbito da seccional baiana da OAB, uma Comissão de Assistência Judiciária Gratuita, idealizada pela Comissão do Advogado Iniciante, que desempenhava funções análogas à de uma defensoria, ao oferecer assistência judiciária gratuita à população e promover palestras de esclarecimento de dúvidas nas áreas Cível, Trabalhista, Consumidor e Penal¹¹³.

Em 1993, foi inaugurada efetivamente a Defensoria Pública do Estado da Bahia, com sede no bairro do Canela, em Salvador. Em 1994, com a LC nº 80, concentrou sua atuação nas áreas cível e criminal.

Com a LC nº 26/98, a EC nº 45 e a emenda nº 11/2005 à Constituição da Bahia, houve a inserção da instituição na Lei de Diretrizes Orçamentárias como 5º órgão na estrutura de governo; um reforço de sua autonomia funcional e administrativa; e a desvinculação da DPE-BA da Secretaria de Justiça, Cidadania e Direitos Humanos a partir de 2006.

A LC nº 26 de 21 de junho de 2006, por sua vez, regulamentou a Lei Orgânica e o Estatuto da Instituição, permitindo que a DPE pudesse adequar sua própria estrutura e funcionamento, bem como implantar núcleos especializados de atendimento.

Hoje, a DPE é um órgão autônomo e atuante, funcionando em vários postos distribuídos ao longo do Estado da Bahia, todavia, os seus serviços carecem de maior publicização, a fim de que todos os cidadãos hipossuficientes tomem ciência de sua existência e possam tê-la como instrumento na efetivação de seus direitos¹¹⁴.

4.2 ATUAÇÃO DA DPE-BA NA TUTELA DA SAÚDE NA UNIDADE DE SALVADOR

De acordo com a Lei Orgânica da DPE-BA, está entre as funções da instituição

¹¹² DALLEFI, Nayara Maria Silvério da Costa; FUNES, Gilmara Pesquero Fernandes Mohr. A Defensoria Pública. **Revistas Eletrônicas da Toledo Presidente Prudente**. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1842/1748>> Acesso em: 22 jun. 2015.

¹¹³ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **OAB-BA: 332 atendimentos de assistência judiciária gratuita**, 12 jan. 2006. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/5969/oab-ba-332-atendimentos-de-assistencia-judiciaria-gratuita>> Acesso em 30 jun. 2015.

¹¹⁴ Cf. DALLEFI, op. cit., loc. cit.

prestar assistência e orientação jurídica integral e gratuita aos necessitados, priorizando a solução extrajudicial de litígios, promovendo a composição entre os sujeitos em conflito, seja através da formalização do Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (com força executiva de lei) ou da adoção de outras funções atribuídas por lei¹¹⁵.

Ademais o art. 9º, inciso II, alínea “g” da mesma lei prevê que os membros e servidores da defensoria devem zelar pelo direito dos seus assistidos no que tange à “adoção de medidas de proteção à saúde e à segurança”.

Recentemente, foi editada a Portaria nº 355/2015 de 14 de Maio de 2015, que instituiu um Grupo de Trabalho para a Análise das Demandas Individuais e Coletivas em Tutela à Saúde Pública no âmbito da DPE-BA. A norma, além de resolver que o grupo é vinculado às Defensorias Públicas Especializadas Cível e Fazenda Pública, define a sua composição¹¹⁶.

Todavia, nem sempre foi assim. Antes, as demandas em saúde (em face da Fazenda Pública, não de planos de saúde privados) estavam sob responsabilidade da Defensoria Especializada na Proteção dos Direitos Humanos, que, na época, além de atuar na promoção do direito à saúde, já trabalhava na defesa dos direitos humanos e da cidadania, lidava com pessoas em situação de rua, direito à moradia, violência em razão de raça, credo ou condição sexual, entre outros direitos.

No período em que o relatório de pesquisa deste trabalho foi feito (de 1º de julho a 05 de novembro de 2013), começava a ocorrer um processo de consolidação de um Núcleo Especializado em Fazenda Pública, voltado para a Tutela à Saúde – em que a 3ª Defensora Especializada em Fazenda Pública era titular, com a cooperação de uma defensora que atuava na proteção dos Direitos da Pessoa Idosa

¹¹⁵ BAHIA. Lei Complementar nº 26 de 28 de junho de 2006. Lei Orgânica e Estatuto da Defensoria Pública do Estado da Bahia. **Diário Oficial do Estado da Bahia**, Salvador, BA, ano XC, n. 19159, 29 jun. 2006. Art. 9º. Disponível em: <http://www.defensoria.ba.gov.br/portal/arquivos/downloads/lei_organica%20dpe.pdf> Acesso em: 22 jun. 2015.

¹¹⁶ “Art. 2º. O Grupo de Trabalho para a Análise das Demandas Individuais e Coletivas em Tutela à Saúde é vinculado às Defensorias Públicas Especializadas Cível e de Fazenda Pública e terá a seguinte composição:

I - 03 (três) Defensores Públicos integrantes da Defensoria Especializada Cível de Fazenda Pública da Capital, com atuação extrajudicial em tutela à saúde;

II - 02 (dois) Defensores Públicos integrantes da Defensoria Especializada Cível e de Fazenda Pública, com atuação judicial em Fazenda Pública;

III - 01 (um) Defensor Público da Defensoria Especializada da Infância e Juventude;

IV - 03 Defensores Públicos com atuação em Fazenda Pública no Interior do Estado”.

(que mais tarde viria a ser a Defensoria Especializada do Idoso). Contudo, em razão de políticas institucionais questionáveis, o embrionário Núcleo de Saúde foi dissolvido.

Com o advento da Resolução nº 13 de 14 de agosto de 2014, houve a modificação da área de atuação do quadro de defensores públicos. Com isso, dois defensores públicos especializados em Fazenda Pública passaram a atuar apenas de forma preferencial na tutela da saúde. Significa dizer que esses defensores não se dedicarão apenas à tutela do direito à saúde, mas também a outras matérias relacionadas à cobrança de impostos; direito de vizinhança; indenizações; danos morais e materiais envolvendo entes públicos, dentre outras.

O padrão de atendimento, entretanto, continua o mesmo. Depois de passar pela triagem, composta por servidores e estagiários, onde há o cadastramento do assistido, é marcado o atendimento inicial com o Defensor encarregado para ouvir o seu problema e para entrega dos documentos necessários ao seu pleito, se não se tratar de uma situação de urgência.

Nos casos de urgência, logo após, ou antes mesmo da triagem, o assistido ou seu responsável é encaminhado para o Defensor, que toma ciência da situação, a fim de tomar as providências cabíveis.

Em ambos os casos, a Defensoria, antes de mais nada, tenta estabelecer o contato com os órgãos vinculados à Secretaria de Saúde do Estado da Bahia ou do Município de Salvador (como as Centrais de Regulação ou a Diretoria de Assistência Farmacêutica), a fim de solucionar o problema do assistido, sem provocar a tutela jurisdicional.

Em situações normais, são expedidos ofícios aos responsáveis por esses órgãos e lhes é dado um prazo para resposta. Em caso de negativa ou ausência de resposta dentro do prazo, as demandas são judicializadas.

No caso das urgências, como há necessidade de uma resposta imediata (ante o grande risco de morte ou de lesão irreparável ao usuário do serviço), o contato normalmente é feito através de fax ou por telefone. Se não houver previsão de atendimento ou negativa do ente estatal em atender a demanda, a petição é encaminhada, de logo, ao Plantão Judiciário de 1º grau.

As demandas ajuizadas, na esmagadora maioria das vezes, são formuladas

com pedidos de obrigação de fazer, cumuladas com o pedido de antecipação da tutela jurisdicional. Depois de protocolado o processo, a numeração é passada para o assistido ou seu familiar e ele é encaminhado para um novo defensor (visto que o processo passa a ser acompanhado por outros defensores, que já são designados para atuarem nas varas de Fazenda Pública) ¹¹⁷.

¹¹⁷ Informações narradas com base na experiência pessoal desta autora como estagiária da Especializada em Saúde da DPE-BA.

5 ATENDIMENTOS DA 3ª DP ESPECIALIZADA NA TUTELA DA SAÚDE – DE 1º DE JULHO A 05 DE NOVEMBRO DE 2013

5.1 ANÁLISE QUANTITATIVA DOS ATENDIMENTOS DO PERÍODO

A pesquisa de campo foi realizada no âmbito da extinta Defensoria Especializada em Saúde e contou com o auxílio da técnica administrativa na Maria Bispo da Conceição e dos estagiários de nível médio Gicélia da Silva Araújo e Rafael Luís Araújo Santos.

Os dados foram coletados a partir de consultas ao Sistema Integrado de Gestão de Atendimento da Defensoria, o SIGAD. Este sistema funciona como um banco de dados único da instituição, permitindo que os defensores, servidores e estagiários possam consultar, a qualquer momento, a triagem e o cadastro dos assistidos; o histórico de atendimento; o acompanhamento do assistido nas áreas de atuação do defensor e processos judiciais; agendamentos; a entrega de documentação; solicitações, entre outras ferramentas. O SIGAD apresenta várias funcionalidades de gestão como a formulação de relatórios com a média de atendimentos e gera dados estatísticos mais consistentes para acompanhamento dos defensores em suas respectivas ações¹¹⁸.

No período de 1º de Julho a 05 de Novembro de 2013 foram atendidas, oficialmente, 1047 pessoas. Dentre elas, 51 eram crianças ou adolescentes, 568 adultos, 418 idosos e 10 assistidos não tiveram a classificação etária identificada por insuficiência de dados no sistema.

Destes casos, 445 foram resolvidos extrajudicialmente, 248 foram ajuizados, 350 ainda estavam em andamento e 4 deles não chegaram a ser ajuizados pois os assistidos vieram a óbito antes mesmo da propositura da demanda (fosse porque os assistidos faleceram durante a elaboração da inicial; antes da emissão de relatório médico atualizado ou da apresentação da documentação necessária para propositura da ação – Anexo IV, p. 80).

¹¹⁸ ASSOCIAÇÃO DOS DEFENSORES PÚBLICOS DA BAHIA. **DPE de Itabuna já cadastrou mais de 50 pessoas no Sigad.** Publicada em 13 jan. 2011. Disponível em: <<http://www.adepbahia.com.br/noticia.php?id=1803>> Acesso em 22 jun. 2015.

Nos casos resolvidos extrajudicialmente, como podemos observar no Gráfico 1 (Anexo I, p. 77), a maioria das demandas eram referentes a exames, consultas, fornecimento de medicamentos e realização de cirurgias.

Nos casos judicializados (Anexo II, p. 78), a maior parte era relativa a transferências hospitalares, fornecimento de medicações, realização de cirurgias e exames. Dos casos em andamento (Anexo III, p. 79), a maioria dos pedidos estavam relacionados a exames médicos, solicitação de medicamentos, consultas e cirurgias.

Posteriormente à propositura das demandas em juízo, chegou formalmente ao conhecimento da DPE-BA a informação de que oito assistidos vieram a falecer (Anexo V, p. 81).

Em todos os casos, a maior parte dos assistidos integrava a população adulta. Com exceção dos óbitos de litigantes em demandas já ajuizadas, em que houve descumprimento da tutela antecipada pelo Estado ou o ente não chegou a agir em tempo hábil – cuja maioria se tratava de idosos (anexo V, p. 81).

5.2 A TUTELA ANTECIPADA NO ÂMBITO DAS DEMANDAS DE URGÊNCIA PROPOSTAS PELA DPE-BA

Considerando que esta pesquisa foi realizada no âmbito das demandas sob responsabilidade da 3ª Defensora Pública Extrajudicial de Fazenda Pública Especializada na Tutela da Saúde, cuja incumbência (ressalvadas as hipóteses de solução extrajudicial) era a de propor a petição inicial e comunicar ao usuário do serviço sobre a decisão acerca do pedido de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, não analisaremos os processos como um todo. Focaremos no exame de alguns pedidos liminares de antecipação da tutela jurisdicional, no que tange a internações e transferências hospitalares de urgência.

No sistema processual brasileiro, a entrega da prestação jurisdicional dificilmente se dá com a celeridade esperada entre o momento da propositura da demanda e aquele em que a tutela é efetivamente obtida. E, a depender da situação, pode haver o risco de dano irreparável ou de difícil reparação (como a

necessidade realização de um procedimento médico de urgência) ou mesmo a ocorrência de eventos que coloquem em risco a futura realização do direito já certificado. Para tanto, o Direito Processual Civil prevê tutelas jurisdicionais diferenciadas, urgentes e acautelatórias dos direitos¹¹⁹. Entre elas, está a tutela antecipada.

Segundo os doutrinadores Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, “a tutela antecipada satisfaz/realiza o direito provisoriamente, e com base em uma cognição sumária, sendo insusceptível, pois, de imunizar-se pela coisa julgada material”¹²⁰. Ela satisfaz antecipadamente o direito deduzido, desde que haja *prova inequívoca* (robusta e consistente), que conduza o magistrado a um juízo de probabilidade, de *verossimilhança das alegações*, que é perfeitamente viável no contexto de cognição sumária¹²¹.

Em suas demandas judiciais de urgência na seara da saúde, pôde-se observar que a DPE-BA sempre se utiliza de ações de obrigação de fazer cumuladas com o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, em lugar do mandado de segurança – mesmo se tratando de um direito líquido e certo.

Isso se justifica porque no Mandado de Segurança, além de não se admitir dilação probatória, há necessidade de se demonstrar, por meio de prova pré-constituída o direito líquido e certo¹²² de plano; indicar a autoridade coatora em cada caso e ter uma maior preocupação com a prova documental.

¹¹⁹ Cf. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil, vol. 2**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 518.

¹²⁰ Ibid., p.539.

¹²¹ Embora o CPC exija como pressuposto a reversibilidade dos efeitos do provimento, a sua observância não é inexorável. Diante do fundamental direito à saúde, mesmo se tratando de uma medida antecipatória irreversível no plano dos fatos (como uma cirurgia em paciente em estado grave), o seu deferimento é essencial, a fim de que se evite um prejuízo maior para o requerente. “Se o seu deferimento é fadado à produção de efeitos irreversíveis para o requerido, o seu indeferimento também implica consequências irreversíveis para o requerente. Nesse contexto, existe, pois, o perigo da irreversibilidade decorrente da não concessão da medida. Não conceder a tutela antecipada para a efetivação do direito à saúde pode, por exemplo, muitas vezes, implicar a consequência irreversível da morte do demandante”. (Cf. Ibid, p. 554).

¹²² Aliás, esse é o entendimento do STF: O mandado de segurança, por não admitir dilação probatória, reclama a prova preconstituída do direito líquido e certo. (Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mando de Segurança nº 25.552- AgR-AgR**. Relator: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ de 16 out. 2009).

São exigências, que, segundo o ex-servidor da Especializada em Saúde, Tiago Silva de Oliveira¹²³, a Defensoria não pode atender plenamente, por não dispor de estrutura suficiente, ainda, para lidar com a quantidade expressiva de assistidos e a urgência dos casos, sendo que na ação ordinária também se pode alcançar a decisão com rapidez, ao passo em que não se exclui a possibilidade de uma eventual perícia ou outra espécie de prova que se faça necessária no decorrer do processo.

Assim, quando da ausência ou negativa de atuação da Central Estadual de Regulação¹²⁴ em oferecer o atendimento ou transferência médica necessária à manutenção da vida e integridade física do usuário do SUS, uma ação de obrigação de fazer cumulada com o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, com base no art. 273¹²⁵ do CPC¹²⁶, é enviada para o Plantão Judiciário.

¹²³ Entrevista no Anexo VI, p. 82.

¹²⁴ Central de Regulação é o órgão responsável pelo acompanhamento da alocação de leitos hospitalares nos estabelecimentos de saúde vinculados ao SUS. Com a regulação, tem-se a capacidade de dimensionar a oferta e a procura por vagas, de forma a possibilitar a priorização de casos mais graves por meio dos protocolos existentes. Diferentemente da Central de Regulação Municipal, que tem responsabilidade pela organização do acesso dos usuários do SUS a consultas, exames e/ou procedimentos especializados; a Central Estadual de Regulação, além de lidar com procedimentos de maior complexidade, regula as transferências hospitalares em situações de urgência e emergência, a nível do município de Salvador e alguns outros municípios do Estado vinculados à sua rede; administra leitos do município de Salvador, exames mais complexos e também regula alguns procedimentos simples. (Cf. SECRETARIA DE SAÚDE DO ESTADO DA BAHIA. **Módulo de Regulação**. Salvador: DIREG, 2011. Disponível em: <http://www.saude.ba.gov.br/direg/images/arquivos/modulo_de_Regulacao_20.01.12.pdf> Acesso em 23 jun 2015.)

¹²⁵ “Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação;

[...]

§ 6o A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”.

¹²⁶ Os pedidos eram formulados, conforme se pôde analisar em petições iniciais da instituição, com base na antecipação da tutela genérica, apesar de ser o art. 461, § 3º, do CPC de 73, que trate da antecipação da tutela específica da obrigação de fazer. Tais fundamentações, entretanto, devem se modificar com advento do CPC de 2015, que estrutura a tutela provisória em três títulos, abarcando a tutela de urgência e a tutela de evidência. Na tutela de urgência, encontraremos a tutela antecipada, de natureza satisfativa, e a cautelar, que está muito mais adaptada ao sincretismo processual, visto que antes girava em torno de um processo autônomo. (Cf. CONSELHO FEDERAL DA OAB. **Tutelas de urgência e de evidência são explicadas à luz do Novo CPC**. 15 abr. 2015. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/28278/tutelas-de-urgencia-e-de-evidencia-sao-explicadas-a-luz-do-novo-cpc>> Acesso em: 30 jun. 2015).

5.2.1 Plantão Judiciário

Em observância ao inciso XII, do art. 93 da CF, que dispõe que “a atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedado férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal, juíze em plantão permanente”, foi pensado o modelo de plantão judiciário baiano – como um mecanismo para assegurar ao cidadão a prestação jurisdicional em tempo integral, sobretudo pelo entendimento de que existem situações emergenciais que, caso não analisadas, tornam ineficaz a providência jurisdicional.

O Plantão da Capital existe desde 1995, quando foi instituído através do Provimento nº 02/95, ainda sob o nome de “Plantão Justiça 24h”, e foi reestruturado pelo Provimento nº 16/96, passando a ser denominado de “Serviço de Atendimento Extraordinário (SAE). Só com Provimento nº 010/2000 é que passou a se chamar de “Plantão Judiciário”.

Após o serviço ter passado por diversas modificações, o Tribunal Pleno editou a Resolução nº 06/2011, dispondo sobre o regime de Plantão Judiciário de 1º grau no âmbito do Estado da Bahia e a competência¹²⁷ dos magistrados que nele atuam. Utiliza-se, na elaboração da escala, o critério da antiguidade (regulamentado pelo Provimento nº 07/2011)¹²⁸.

¹²⁷ “Art. 2º Caberá ao magistrado plantonista avaliar a admissibilidade do pedido, mediante verificação da urgência da medida pleiteada, a merecer atendimento imediato e extraordinário, restringindo-se ao exame das seguintes matérias:

I – pedidos de Habeas-Corpus e mandados de segurança impetrados contra ato de autoridade submetida à competência jurisdicional do magistrado plantonista;

II – comunicação de prisão em flagrante;

III – pedido de concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança;

IV – pedido de relaxamento de prisão;

V – representação da autoridade policial ou requisição do Ministério Público pela decretação de prisão temporária ou preventiva;

VI – pedido de antecipação de tutela, havendo grave risco à saúde de enfermos;

VII – medidas cautelares, de natureza cível ou criminal, havendo fundado receio de lesão irreparável ou de difícil reparação;

VIII – medidas urgentes, cíveis ou criminais, da competência dos Juizados Especiais”. (grifo nosso)

¹²⁸ BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. **Cartilha do Plantão Judiciário de 1º Grau**. Salvador: Corregedoria-Geral da Justiça, 2011. Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/corregedoria/images/pdf/cartilha_plantao_1_grau.pdf> Acesso em: 23 jun. 2015.

Atualmente, o Plantão tem funcionado no andar térreo do Fórum da Família, situado no bairro Nazaré, na Capital. Nos dias úteis, opera das 18 (dezoito) horas às 08 (oito) horas do dia seguinte e, aos sábados, domingos e feriados, em período integral¹²⁹.

De acordo com a Juíza de Direito, Dra. Márcia Gottschald Ferreira Adil¹³⁰, que atua no Plantão Judiciário do TJ-BA, as exigências nos casos que envolvem o direito à saúde, tanto no expediente ordinário quanto no plantão, são as mesmas. Segundo ela, para que haja deferimento da antecipação da tutela, a prova inequívoca dos fatos e a verossimilhança das alegações devem estar corroboradas por uma documentação (relatório e/ou solicitação médica) atualizada – uma vez que não se justificaria a utilização do plantão para qualquer caso. O requerente deve demonstrar a urgência e a necessidade da medida.

Em seus provimentos, a juíza costuma fixar as astreintes com base no caso concreto e sua gravidade, como forma de instar a Fazenda Pública a cumprir o determinado. Todavia, no caso de descumprimento, geralmente a parte interessada é que deve noticiar ao juízo para que as devidas providências sejam adotadas, visando à concretização da decisão.

5.2.2 Análise quantitativa

Dos 248 casos judicializados pela Especializada em Saúde da DPE-BA, no período de 1º de julho a 05 de novembro de 2013, 104 eram referentes a urgências médicas e tiveram os pedidos de antecipação dos efeitos da tutela apreciados pelo poder Judiciário.

Nesta fase da pesquisa, foram consultados os dados públicos veiculados pelo portal do SAJ, Sistema de Automação da Justiça, que disponibiliza o acesso às informações relativas à situação e tramitação dos processos de primeiro e segundo

¹²⁹ BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Escalda do Plantão Judiciário de 1º grau de 21 a 30 jun. 2015. **Portaria nº CGJ – 477/2015-GSEC**. Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/index.php?option=com_content&view=category&id=95> Acesso em: 23 jun. 2015.

¹³⁰ Entrevista no Anexo VI, p. 82.

grau¹³¹.

A partir das informações disponíveis, do universo de 104 urgências médicas, foi possível obter acesso à íntegra de apenas 71 decisões, tendo em vista que 33 delas tramitavam em segredo de justiça ou não tinham todos os dados da movimentação processual publicizados pelas varas para as quais foram distribuídos posteriormente, após apreciação pelo Plantão Judiciário.

Das decisões acessadas, 69 concederam o pedido de antecipação dos efeitos da tutela e duas negaram.

¹³¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA. **SAJ - Portal de Serviços**. Disponível em: <<http://esaj.tjba.jus.br/esaj/portal.do?servico=190100>> Acesso em: 27 jun. 2015

6 ARGUMENTOS UTILIZADOS PELOS MAGISTRADOS NA APRECIÇÃO DOS PEDIDOS DE TUTELA ANTECIPADA

No exame das decisões liminares relativas ao pedido de tutela antecipada, devido aos limites inerentes ao tipo de trabalho desenvolvido em nível de graduação e ao tempo disponível para tanto, optou-se pela análise por amostragem de cinco decisões sobre urgência médica, escolhidas aleatoriamente.

6.1 CASO I¹³²

No primeiro caso estudado, a parte autora era uma idosa de 78 anos, hipertensa e diabética; e estava numa Unidade de Pronto Atendimento (UPA) com hemiparesia (paralisia de um só lado do corpo), dislalia (distúrbio de fala) e disartria (incapacidade de articular as palavras de maneira correta). Como havia suspeita de Acidente Vascular Cerebral (AVC), a idosa tinha necessidade de realizar tomografia computadorizada e avaliação neurológica em um hospital (uma vez que as unidades de pronto atendimento não possuem esse suporte).

Contudo, a paciente já aguardava a transferência, por meio da Central Estadual de Regulação, há mais de 23 dias e, sem o devido tratamento, começou a apresentar rebaixamento de consciência. Então, seus familiares procuraram a DPE-BA, que peticionou para o Plantão Judiciário no mesmo dia, solicitando a sua remoção, através do SUS, para uma unidade hospitalar com suporte em clínica médica, a fim de realizar tomografia computadorizada, avaliação neurológica e o adequado tratamento – nos termos do relatório médico anexado.

Ao analisar o pedido de antecipação da tutela, o magistrado, fez uma diferenciação entre “liminar” e “antecipação de tutela”, tratando como se fossem institutos processuais distintos. O juiz alega que, embora ambos tenham por escopo assegurar a efetividade da tutela jurisdicional, a “liminar” exige a satisfação dos requisitos *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, sendo de natureza precária e

¹³² Decisão no anexo VII, p. 84.

provisória, visto que é possível haver completa reversibilidade da decisão.

Entretanto o magistrado entendeu que estavam presentes os requisitos necessários para antecipação da tutela (a prova inequívoca dos fatos e a verossimilhança das alegações). E, diante do perigo da demora, concedeu a tutela antecipada, determinando que o Estado da Bahia transferisse a autora, em 24 horas, para unidade hospitalar com todo o suporte necessário ao seu tratamento, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais).

Analisando a decisão conforme a doutrina de Didier Jr., Braga e Oliveira, o magistrado comete um erro, tendo em vista que uma “liminar” não se trata de um instituto jurídico, mas de um conceito meramente cronológico¹³³. Trata-se apenas de um adjetivo, para indicar qualquer medida concedida *in limine litis*, ou seja, no início da lide, sem que tenha havido oitiva da parte contrária.

Mesma linha de raciocínio é adotada em nossos Códigos de Processo Civil de 1973 e de 2015¹³⁴ e por outros doutrinadores de renome, como Humberto Theodoro Júnior.¹³⁵ e José Joaquim Calmon de Passos. Para este, é liminar “toda providência judicial determinada ou deferida initio litis”¹³⁶, antes de ser efetivado o contraditório, “o que pode ocorrer com exigência da citação que possibilita a participação em o contradizer (justificação prévia) ou sem a citação daquele contra quem se efetivará a medida”.

Em verdade, talvez o magistrado quisesse fazer referência à tutela cautelar, que se trata de uma decisão definitiva (malgrado com eficácia temporária), com a

¹³³ Cf. DIDIER JR e outros., 2013, p. 538.

¹³⁴ CPC de 73: “Art. 461. (...) § 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada”.

“Art. 928. Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração; no caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada.

Parágrafo único. Contra as pessoas jurídicas de direito público não será deferida a manutenção ou a reintegração liminar sem prévia audiência dos respectivos representantes judiciais”.

CPC de 2015: “Art. 300 (...) § 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia”.

“Art. 562. Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração, caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada”.

¹³⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O processo civil no limiar do novo século**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 119.

¹³⁶ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil, v.3**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 18).

finalidade de resguardar os futuros efeitos da tutela definitiva satisfativa¹³⁷. No entanto, ainda assim incorreria em erro, pois ambos são marcados pela precariedade e se diferenciam, segundo Theodoro Júnior, pelo fato de que a tutela cautelar apenas preserva a utilidade e eficiência do futuro e eventual provimento, enquanto a tutela antecipada permite à parte, provisoriamente, usufruir do direito subjetivo resistido pelo adversário¹³⁸.

Na decisão, o juiz, ao invocar o art. 196 da CF de 1988, ressalta que é obrigação do Estado, no sentido genérico (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), assegurar às pessoas financeiramente hipossuficientes o acesso à medicação ou serviços necessários para o devido tratamento das doenças que lhes padecem, principalmente as mais graves como o caso em apreço.

Percebe-se, nesta situação, que o Judiciário assume uma postura de garantidor da Constituição Federal, ao repreender o descumprimento das normas constitucionais em tela pela Administração Pública, na busca pela efetivação do direito à saúde

6.2 CASO II¹³⁹

Nesta demanda (em face do Estado da Bahia), um homem de 57 anos, que caiu de própria altura, desenvolveu traumatismo crânio-encefálico e, por isso, precisava realizar tomografia de crânio e consulta com neurologista. No entanto, segundo a *ficha de referência* anexada, o autor já aguardava a transferência há quatro dias e apresentava quadro de desorientação, vômitos e crises convulsivas.

O magistrado, entretanto, não concedeu a antecipação da tutela, por entender que, da análise sumária dos fatos e das provas acostadas, poderia se perceber, “de forma inequívoca, o NÃO preenchimento simultâneo dos referidos requisitos ensejadores da medida” (prova inequívoca dos fatos e verossimilhança das alegações).

¹³⁷ Cf. DIDIER JR., op. cit., p. 519.

¹³⁸ Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil, vol. I.** 55. ed. rev. e atual. Forense: Rio de Janeiro, 2014.p. 311 e 312.

¹³⁹ Decisão no anexo VIII, p. 87.

O juiz argumentou que o autor não demonstrou a necessidade de urgência na transferência hospitalar, pois faltava, nos documentos acostados, relatório médico que descrevesse seu quadro clínico e reforçasse a necessidade de também urgente efetivação do referido exame de tomografia computadorizada.

Primeiramente, vale ressaltar que a ficha de referência faz parte do mecanismo administrativo que possibilita o acesso do paciente a serviços de maior complexidade, as chamadas “Unidades de Referência”. O usuário atendido na unidade básica, através da ficha enviada para a Central de Regulação, pode ser “referenciado” (encaminhado) para a unidade capaz de oferecer o atendimento que necessita¹⁴⁰.

A ficha de referência normalmente é cedida a alguns pacientes quando o médico não se encontra na unidade, e não há outro que possa fazer o relatório ou quando o profissional se recusa a fornecê-lo – prática que, embora vá de encontro ao disposto no art. 86 do Novo Código de Ética Médica¹⁴¹, é bastante comum no sistema público de saúde.

Todavia, como se trata de um documento médico de comunicação interna, nem sempre a linguagem é acessível ao magistrado. Além do fato de que as fichas de referência também podem ser preenchidas por outros profissionais de saúde¹⁴², e por isso não se enquadra como um relatório médico.

Ainda que a DPE-BA tenha feito a interpretação dos termos constantes da ficha de referência, em razão do conhecimento obtido diariamente por seus servidores nas demandas de saúde, nem sempre o juiz a considera – como ocorreu no caso em tela, em que foi reputada insuficiente para comprovar os fatos e a verossimilhança das alegações.

Verifica-se, nesta circunstância, uma das limitações do Poder Judiciário, ante a ausência de maiores esclarecimentos por parte dos profissionais de saúde

¹⁴⁰ Cf. CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE SÃO PAULO. **Parecer COREN-SP 50/2013 - CT**. Encaminhamento de paciente para outros profissionais pelo enfermeiro. Disponível em: <http://www.coren-sp.gov.br/sites/default/files/parecer_coren_sp_2013_50.pdf> Acesso em: 28 jun. 2015.

¹⁴¹ “É vedado ao médico: Art. 86. Deixar de fornecer laudo médico ao paciente ou a seu representante legal quando aquele for encaminhado ou transferido para continuação do tratamento ou em caso de solicitação de alta”.

¹⁴² Cf. Idem.

responsáveis pela emissão da ficha de referência. Tendo em vista que o magistrado não tem amplo conhecimento dos termos médicos, ele necessita, de fato, de um documento que respalde a urgência da medida.

Talvez, no caso em comento, a melhor opção para o defensor público, em lugar de promover a propositura da demanda sem o relatório, seria forçar a resolução pela via extrajudicial, considerando que, diferentemente do Judiciário, a Central de Regulação é também integrada por profissionais médicos a que se tem maior facilidade de acesso.

No entanto, a Defensoria ainda apresenta diversas limitações em sua atuação, no sentido de poder acompanhar de forma mais abrangente a atuação dos órgãos do Estado, pressioná-los para a satisfação da urgência e, ainda, de manter uma ação coordenada com os hospitais/profissionais que requerem o tratamento de urgência, mas muitas vezes não instruem os relatórios ou fichas com informações essenciais à compreensão pelo magistrado – sobretudo pelo fato de não dispor, também, de funcionários disponíveis em tempo integral para atuar nessas demandas, não possuindo, conforme já pontuado pelo ex-servidor Tiago Silva de Oliveira, estrutura suficiente para tanto.

6.3 CASO III¹⁴³

Uma criança de seis meses foi admitida em um hospital estadual com febre, desconforto respiratório e pneumonia, e evoluiu para um quadro de desidratação (devido à diarreia e vômitos) e insuficiência respiratória. Diante disto, a menor necessitava de transferência para UTI pediátrica com suporte respiratório, porque a unidade em que estava não oferecia o serviço.

Como a Central Estadual de Regulação não tinha previsão para o atendimento do pleito, a DPE-BA propôs a demanda em face do Estado da Bahia.

Da análise dos elementos acostados à inicial, a magistrada verificou que a Autora, equivocadamente, requereu a antecipação de tutela genérica, com

¹⁴³ Decisão no anexo IX, p. 89.

fundamento no art. 273 do Código de Processo Civil, “para o que necessita de prova inequívoca e da verossimilhança da alegação”, razão pela qual, segundo ela, não poderia ser acolhida nos termos propostos.

Contudo, por entender que os argumentos levados à consideração do Juízo tinham fundamentos relevantes, de modo que a menor necessitava de intervenção médica, e não podia aguardar o resultado do mérito da demanda, a magistrada concedeu a antecipação da tutela específica com fulcro no parágrafo 3º do artigo 461 do CPC.

Ao final, determinou que o Estado da Bahia transferisse a autora para UTI pediátrica da rede SUS ou mesmo para hospital particular com igual suporte, no prazo de 24 (vinte e quatro), sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais) na hipótese de descumprimento.

Percebe-se, nesta decisão, uma maior sensibilidade por parte da juíza com relação ao pleito, diante do uso da ficha de referência em lugar do relatório médico. De fato, neste caso, a ficha de referência, por si só, não pode ser considerada uma prova inequívoca do direito da autora, visto que não “apresenta um grau de convencimento tal que, a seu respeito, não possa ser oposta qualquer dúvida razoável”¹⁴⁴.

Por isso, a antecipação da tutela específica prevista no § 3º do artigo 461 é a mais adequada, considerando que se trata de uma obrigação de fazer e esta somente exige a relevância do fundamento e o justificável receio de ineficácia do provimento final – exigências mais brandas do que a antecipação da tutela genérica.

Na fundamentação, a juíza observou, ainda, que não existia razão aparente que legitimasse uma possível negativa do Estado da Bahia quanto ao pleito da requerente, uma vez que a saúde, nos termos do art. 196 da CF, é direito de todos e dever do Estado. Sendo assim, o réu não poderia negar a sua efetivação, por se estar diante de um bem maior, “a vida do cidadão, que, ao lado de outros princípios norteadores do direito como a dignidade da pessoa humana e o direito à vida,

¹⁴⁴ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Ação Monitória e Temas Polêmicos da Reforma Processual**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 115.

devem ser priorizados; e as medidas necessárias para que sejam assegurados devem ser, de imediato, tomadas”.

Nesse contexto, a judicialização se mostra como um importante fator para que o direito à saúde venha a ser efetivado, salvaguardando, de forma direta, o bem pretendido pelo indivíduo enfermo e instando o Estado a cumprir as diretrizes constitucionais e legislativas, assim como as políticas públicas de saúde já existentes.

6.4 CASO IV¹⁴⁵

Um idoso de 65 anos foi admitido em um Centro de Saúde com falta de ar, cansaço a esforços e edema de membros inferiores, com quadro sugestivo de Infarto Agudo do Miocárdio.

Assim, o autor tinha necessidade de ser avaliado para a realização de cateterismo cardíaco, pois a unidade em que estava não oferecia o serviço. E, em razão da omissão da Central Estadual de Regulação em atender às necessidades de tratamento do requerente, foi proposta demanda contra o Estado da Bahia.

Com efeito, o juiz entendeu que foram satisfeitas as exigências que caracterizavam o direito do autor e ele deveria ser transferido e internado em Hospital com o serviço cardiológico necessário, pois, uma vez cerceado o seu direito, o idoso correria risco de não mais poder exercê-lo, em razão do seu estado de saúde.

Então, reconhecendo o *periculum in mora*, visto que os bens jurídicos a serem protegidos (saúde, integridade física e dignidade humana) corriam grande risco de sofrerem danos de difícil reparação, o magistrado concedeu a tutela antecipada, com fulcro no art. 461, parágrafo 3º do CPC. Obrigando o Estado da Bahia, no prazo de 05 (cinco) dias, a transferi-lo, sob pena de multa diária no valor de R\$ 1.000 (mil reais). Apesar de o juiz plantonista ter concedido, acertadamente, a tutela

¹⁴⁵ Decisão no anexo X, p. 91.

antecipada, com base no art. 461, curiosamente, utilizou a fundamentação do inciso I do art. 273 do CPC.

6.5 CASO V¹⁴⁶

Uma mulher de 43 anos, com histórico de cardiopatia, foi admitida, com relato de enterorragia (hemorragia intestinal), em uma UPA onde foi feita intubação orotraqueal e ventilação mecânica. Considerando o seu quadro clínico, com edema em membros inferiores e sangramento da mucosa oral, sem resposta ao uso de sedação e rebaixamento de consciência, o médico atendente solicitou sua transferência para hospital com suporte em Unidade de Terapia Intensiva e realização de transfusão de sangue.

Apesar do quadro grave, a Central Estadual de Regulação não tomou as devidas providências, obrigando a requerente a propor demanda em face do Estado da Bahia, por intermédio da DPE-BA.

Na análise sumária dos fatos e das provas acostadas ao feito, o magistrado verificou o preenchimento de todos os requisitos necessários à concessão da antecipação da tutela, destacando o dever do Estado de assegurar à população o acesso a medicações ou serviços necessários para o devido tratamento das doenças de que eventualmente padeça, sobretudo as mais graves.

Ao final, o juiz determinou que o Estado transferisse a autora, via SUS, para internamento em hospital com suporte em Unidade de Terapia Intensiva e custeasse todo o seu tratamento, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (um mil reais).

Como se pôde depreender da consulta da movimentação processual, embora o magistrado plantonista tenha concedido, acertadamente, a tutela antecipada, com fulcro no art. 273, ante a prova inequívoca dos fatos, a verossimilhança das alegações e o perigo da demora, a decisão foi descumprida pelo Estado da Bahia e a requerente faleceu uma semana depois, sem ter sido transferida.

O processo foi extinto sem resolução de mérito, com base no inciso VI do art. 267 do CPC, diante da perda do objeto da ação.

¹⁴⁶ Decisões no anexo XI, p. 93.

Neste caso, coloca-se em xeque a própria efetividade da tutela jurisdicional do direito à saúde, que deveria, ao menos em tese, conferir ao cidadão lesado pelo poder público resultado prático equivalente ao que obteria se a prestação fosse cumprida de forma voluntária pelo Estado. O meio de coerção deve ser minimamente capaz de instar o ente federativo a cumprir a decisão, e não que este continue indiferente à tutela judicial deferida e aos valores fundamentais por ele ofuscados. É aí que se destaca a importância do poder criativo dos magistrados, que poderiam proceder, por exemplo, com o bloqueio da verba necessária à transferência hospitalar, em razão do descumprimento.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A saúde é, sem dúvidas, um dos bens jurídicos de maior importância para a humanidade, essencial à manutenção da vida digna e imprescindível não somente à sobrevivência dos indivíduos, mas também à preservação da espécie¹⁴⁷. Tanto é que se reconhece a sua proteção em nível internacional, por meio dos tratados, resoluções e outros documentos que dispõem sobre os direitos humanos; e, ainda, a nível nacional, visto que foi erigido à qualidade de direito fundamental social de aplicabilidade imediata pela Constituição Federal de 1988.

Embora se admita o potencial da norma constitucional para produzir efeitos e a sua máxima efetividade, o caráter prestacional do direito à saúde impõe uma concretização por parte do Estado, seja por meio da regulamentação da matéria ou pela implementação de políticas públicas no SUS, de caráter preventivo ou assistencial.

Contudo, a precariedade que marca a estrutura das unidades de atendimento e o próprio acesso da população hipossuficiente à atenção básica; a insuficiência e má distribuição territorial de hospitais e profissionais de saúde; e a carência na oferta de medicamentos, insumos e tratamento médico adequado pelo Estado demonstram que o Poder Público tem falhado no cumprimento das promessas constitucionais.

Segundo levantamento do Conselho Federal de Medicina, em 2013, dos R\$ 47,3 bilhões gastos com investimentos pelo Governo Federal, o Ministério da Saúde foi responsável por apenas 8,2% dessa quantia. Dentre os órgãos do Executivo na lista de “prioridades” do chamado “gasto nobre”, a Saúde aparece em quinto lugar, atrás de setores como transportes, defesa e integração nacional. Ou seja: obras em rodovias, estádios e até gastos com armamentos militares ficaram à frente da ampliação e reforma de hospitais e de investimentos nas ações e serviços de saúde¹⁴⁸.

Ademais, no mesmo ano, do total de R\$ 9,4 bilhões disponíveis para

¹⁴⁷ PRADO, Luiz Regis. **Saúde Pública**: Verbete (Enciclopedia). Disponível em: <http://www.escoladesaude.pr.gov.br/arquivos/File/Texto_03_Saude_Publica_aula_30AGOSTO.pdf> Acesso em: 30 jun. 2015.

¹⁴⁸ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Saúde representa só 8% do total de investimentos públicos no Brasil. 21 fev. 2014.** Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=24511:saude-representa-so-8-do-total-de-investimentos-publicos-no-brasil&catid=3> Acesso em: 30 jun. 2015.

investimentos em unidades de saúde, o governo desembolsou somente R\$ 3,9 bilhões¹⁴⁹, incluindo os restos a pagar¹⁵⁰ quitados – o que evidencia a má gestão dos recursos públicos destinados à saúde e que, em verdade, tal direito não é uma prioridade do Estado.

O mínimo existencial tem sido sacrificado ante o argumento defensivo da reserva do possível, que condiciona a pretensão do indivíduo às possibilidades do Poder Público e da sociedade, frente à suposta escassez de recursos financeiros

Isto se mostra, evidentemente, como uma afronta ao compromisso constitucionalmente assumido e, em razão dessa censurável omissão do Estado, verifica-se um crescente processo de judicialização. Transfere-se para os órgãos do Judiciário o poder de decidir sobre questões de larga repercussão política e social, antes reservada exclusivamente às instâncias políticas tradicionais: os poderes Legislativo e Executivo.

Diante do crônico déficit estatal na promoção e atendimento à saúde; e da tomada de consciência da população com relação aos seus direitos, esta tem visto no judiciário a expectativa na busca pela efetivação do seu direito. O que deveria ser uma exceção, entretanto, tem se tornado cada vez mais frequente. Só em 2010, os gastos com demandas judiciais individuais somaram o equivalente a quase 2% do orçamento total da saúde, e isso prejudica a consecução das políticas públicas já previstas¹⁵¹.

Curiosamente, ao contrário do que se imaginava, no âmbito dos atendimentos feitos pela Especializada em Saúde da Defensoria Pública do Estado da Bahia, a maior parte dos casos foram resolvidos extrajudicialmente – o que nos faz constatar que a judicialização nem sempre é o melhor meio para obtenção do direito material; ao passo em que nos faz refletir sobre o porquê de o cidadão, por ele mesmo, não conseguir ter acesso à concretização do seu direito à saúde, mas o conseguir, por intermédio da Defensoria, mesmo sem a adoção de medidas judiciais.

Ainda que o envio de um ofício pelo defensor público não tenha força de ordem

¹⁴⁹ Idem.

¹⁵⁰ Compromissos assumidos em anos anteriores rolados para os exercícios seguintes.

¹⁵¹ SILVA, Liliane Coelho da. Judicialização da saúde: em busca de uma contensão saudável. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 112, maio 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13182&revista_caderno=9>. Acesso em 30 jun. 2015.

judicial, o seu papel na mediação extrajudicial é bastante expressivo¹⁵² com relação aos demais órgãos estatais e também para o próprio assistido, em razão do peso institucional e da importância que a Defensoria congrega. A instituição, contudo, necessita de mais investimentos com relação a pessoal e estrutura, a fim de ampliar sua atuação extrajudicial.

Além disso, pôde-se notar que a maior parte das demandas, ao menos aquelas propostas pela DPE-BA, são constituídas por pedidos individuais de medicamentos, insumos, exames diagnósticos, cirurgias, transferências e internações hospitalares – procedimentos considerados capazes de solucionar específicas necessidades ou problemas de saúde.

Tais pedidos, normalmente, são respaldados por relatórios, solicitações ou prescrições médicas e na suposta urgência de adoção de determinada medida, sob pena de causar dano irreparável ou de difícil reparação ao usuário do SUS. E a resposta judicial, em geral, tem se limitado a determinar o cumprimento da prestação requerida pelos gestores de saúde – o que nem sempre garante a efetiva observância do provimento constitucional pela Fazenda Pública, seja porque, de fato, não há possibilidade de atendimento imediato da demanda, ou porque as astreintes fixadas não são capazes de coibir tal prática omissiva recorrente.

Em suma, a efetivação do direito à saúde impõe um conjunto de respostas políticas e ações governamentais mais amplas, e não somente formais e restritas às ordens judiciais. O principal problema observado na descentralização dos serviços de saúde é a falta de cumprimento das disposições normativas que a preveem, havendo falta de efetividade do chamado federalismo cooperativo constitucionalmente previsto, sendo, na verdade, baixo o nível de coordenação e cooperação entre os entes públicos, que tendem a tentar se eximir da sua responsabilidade e legitimidade para atender a estas demandas da população.

Percebe-se que ainda falta a nossos poderes públicos o que Pablo Lucas Verdú concebe como sentimento constitucional¹⁵³. Isto é, que se faça presente em nossos gestores públicos não apenas a vontade do poder, mas também a vontade

¹⁵² DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL. **Defensoria Pública do Distrito Federal debate solução extrajudicial de conflitos**. Disponível em: <www.defensoria.df.gov.br/?p=3452> Acesso em: 30 jun. 2015.

¹⁵³ VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**: aproximação ao estudo do sentir constitucional como de integração política. Tradução e prefácio de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense. 2004.

da Constituição: que se compreenda a necessidade de reconhecimento do valor de uma ordem normativa inquebrantável¹⁵⁴, que proteja o Estado do arbítrio, a fim de que ele possa atuar, de fato, em benefício dos seus cidadãos, concretizando o direito fundamental à saúde.

¹⁵⁴ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.p. 19.

REFERÊNCIAS

ALVES, Cândice Lisbôa. A saúde como direito fundamental difuso. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 111, abr 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13091&revista_caderno=9>. Acesso em: 20 mai. 2015.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Ação Monitória e Temas Polêmicos da Reforma Processual**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 115.

ARAÚJO, Lindemberg Medeiros de. **Saúde-Doença: conhecimento, poder, cultura, ciência e história**. João Pessoa: 2006. Disponível em: <<http://psaudecoletiva.blogspot.com.br/2009/04/saude-doenca-conhecimento-poder-cultura.html>> Acesso em: 13 mai. 2015.

ASSOCIAÇÃO DOS DEFENSORES PÚBLICOS DA BAHIA. **DPE de Itabuna já cadastrou mais de 50 pessoas no Sigad**. Publicada em 13 jan. 2011. Disponível em: <<http://www.adepbahia.com.br/noticia.php?id=1803>> Acesso em 22 jun. 2015.

BABAGLIETTI, Giuseppe. **Diritto Sanitario**. Bologna: Patron Editore, 1973.
BAHIA. Defensoria Pública do Estado da Bahia. Dispõe sobre a organização dos órgãos de execução da Classe Final da DPE-BA. **Resolução nº 13**, de 14 ago. 2014. Disponível em: <http://www.defensoria.ba.gov.br/portal/index.php?site=1&modulo=eva_conteudo&co_cod=11570> Acesso em: 22 jun. 2015.

BAHIA. Defensoria Pública do Estado da Bahia. Institui grupo de trabalho para análise das demandas individuais e coletivas em tutela à saúde pública, na DPE-BA. **Portaria nº 355/2015**, de 14 mai. 2015. Disponível em: <http://www.defensoria.ba.gov.br/portal/index.php?site=1&modulo=eva_conteudo&co_cod=13008> Acesso em: 22 jun. 2015.

_____. Lei Complementar nº 26 de 28 de junho de 2006. Lei Orgânica e Estatuto da Defensoria Pública do Estado da Bahia. **Diário Oficial do Estado da Bahia**, Salvador, BA, ano XC, n. 19159, 29 jun. 2006. Disponível em: <http://www.defensoria.ba.gov.br/portal/arquivos/downloads/lei_organica%20dpe.pdf> Acesso em: 22 jun. 2015.

_____. Secretaria de Saúde. **Plano Diretor de Regionalização da Assistência à Saúde**. Bahia, jan. 2004. Disponível em: <www1.saude.ba.gov.br/mapa_bahia/docs/PDR%202004.doc> Acesso em: 20 jun. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Dispõe sobre o regime de plantão judiciário em 1º grau de jurisdição no âmbito do Estado da Bahia. **Resolução nº 06**, de 15 jun. 2011. Disponível em: <<http://www5.tjba.jus.br/corregedoria/images/pdf/resolucaoplenon6.pdf>> Acesso em: 23 jun. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Dispõe sobre o regime de plantão judiciário em 1º grau de jurisdição, no âmbito do Estado d Bahia. **Resolução nº 06**, de jun. 2011. Disponível em: <<http://www5.tjba.jus.br/corregedoria/images/pdf/resolucaoplenon6.pdf>> Acesso em: 22 jun. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Escalda do Plantão Judiciário de 1º grau de 21 a 30 jun. 2015. **Portaria nº CGJ – 477/2015-GSEC**. Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/index.php?option=com_content&view=category&id=95> Acesso em: 23 jun. 2015.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. p. 14-15. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf> Acesso em: 20 jun. 2015.

_____. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 6. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BATISTA, Vanessa Oliveira. **A proteção internacional o direito à saúde**. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/Prod_Docente_Ano2.html>. Acesso em: 30 jun. 2015

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BORGE, Felipe Dezorzi. Defensoria Pública: uma breve história. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2480, 16 abr. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14699>>. Acesso em: 22 jun. 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **A Lei nº 141/2012 e os Fundos de Saúde**. Brasília: CONASS, 2013. Disponível em: <http://www.conass.org.br/conassdocumenta/conassdocumenta_26.pdf> Acesso em: 21 jun. 2015.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 9 fev. 2013.

_____. Constituição (1988). **Emenda constitucional n.º 86**, de 17 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc86.htm> Acesso em: 29 jun. 2015.

_____. Governo. **União, estados e municípios têm papéis diferentes na gestão do SUS**. Brasília, DF, 03 out. 2014. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/governo/2014/10/o-papel-de-cada-ente-da-federacao-na-gestao-da-saude-publica>> Acesso em: 20 jun.. 2015.

_____. Lei nº 10.741 de 1º de outubro de 2003. **Estatuto do Idoso**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm> Acesso em: 20 mai. 2015.

_____. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8069.htm>. Acesso em: 20 mai. 2015.

_____. Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990. **Lei orgânica da saúde**. Estrutura o SUS e dispõe sobre condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento do Sistema. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 21 jun. 2015.

_____. **Lei nº 8.142 de 28 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre a participação da comunidade na Gestão do SUS e sobre as transferências intergovernamentais de recursos na área da saúde. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm>. Acesso em: 21 jun. 2015.

_____. Ministério da Saúde. Aprova a Norma Operacional Básica - SUS 01/1993 e revoga disposições em contrário. **Portaria nº 545**, de 20 mai. 1993. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html> Acesso em: 21 jun. 2015.

_____. Ministério da Saúde. Aprova a Norma Operacional Básica do Sistema Único de Saúde - 01/91. **Resolução nº 258**, de 07 jan. 1991. Disponível em: <http://siops.datasus.gov.br/Documentacao/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20258_07_01_1991.pdf> Acesso em: 21 jun. 2015.

_____. Ministério da Saúde. Aprova a Norma Operacional Básica do Sistema Único de Saúde - 01/96. **Portaria nº 2.203**, de 05 nov. 1996. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1996/prt2203_05_11_1996.html> Acesso em: 21 jun. 2015.

_____. Ministério da Saúde. Aprova a Norma Operacional de Assistência à Saúde - NOAS-SUS 01/2001. **Portaria nº 95**, de 26 jan. 2001. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2001/prt0095_26_01_2001.html> Acesso em: 21 jun. 2015.

_____. Ministério da Saúde. Aprova a Norma Operacional de Assistência à Saúde - NOAS-SUS 01/2002 e cessa os efeitos da NOA-SUS 01/2001. **Portaria nº 373**, de 27 fev. 2002. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2002/prt0373_27_02_2002.html> Acesso em: 21 jun. 2015.

_____. Ministério da Saúde. Aprova a Política Nacional de Medicamentos. **Portaria nº 3.916**, de 30 out. 1998. Disponível em:

<http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html>
Acesso em: 21 jun. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ARE 727864 AgR**. Relator: Min. Celso de Mello, julgamento em 04/11/2014, Segunda Turma, DJE de 12/11/2014, publicado em 13 nov. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ARE 745745 AgR**. Relator: Min. Celso de Mello, julgamento em 02/12/2014, Segunda Turma, DJE de 18/12/2014, publicado em 19 dez. 2014).

_____. Supremo Tribunal Federal. **ARE: 870174**. Relator: Min. Roberto Barroso, julgamento em 13/03/2015, DJE de 19/03/2015, publicado em 20 mar. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mando de Segurança nº 25.552- AgR-AgR**. Relator: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ de 16 out. 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mando de Segurança nº 25.552- AgR-AgR**. Relator: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ de 16 out. 2009

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 581352**. Relator: Min. Celso de Mello, julgamento em 29/10/2013, Segunda Turma, DJE de 21/11/2013, publicado em 22 nov. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE 642536**. Relator: Min. Luiz Fux, julgamento em 05/02/2013, Primeira Turma, DJE de 26/02/2013, publicado em 27 fev. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **STA 223 AgR**. Relatora originária: Min. Ellen Gracie, Relator para o acórdão: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgamento em 14/04/2008, DJE de 08/04/2014, publicado em 09 abr. 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 554.

CARBONELL, José; CARBONELL, Miguel. **El derecho a la salud**: una propuesta para México. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2013. Disponível em:
<http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Cap__tulo_Primer.pdf> Acesso em: 30 jun. 2015.

CASTRO, Graciely Maria de Oliveira. O processo licitatório e os serviços de saúde. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 09 out. 2012. Disponível em:
<<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.39897&seo=1>>. Acesso em: 30 jun. 2015.

CENTRAL DE REGULAÇÃO MUNICIPAL DE SALVADOR. **Manual Para Agendamento e Regulação de Consultas, Exames e Procedimentos Ambulatoriais**. Salvador: Secretaria Municipal de Saúde, dez. 2008. Disponível em:
<[http://www.saude.salvador.ba.gov.br/arquivos/cra/manual_regulacao_oftalmologia_2006/MANUAL%20GERAL%20DEZ%202008.pdf](http://www.saude.salvador.ba.gov.br/arquivos/cra/manual_regulacao Oftalmologia_2006/MANUAL%20GERAL%20DEZ%202008.pdf)> Acesso em: 23 jun. 2015.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; PELLEGRINI, Ada Grinover; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 29.

COIMBRA, J. R. Feijó. **Direito previdenciário brasileiro**. 7. ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1997.

CONSELHO FEDERAL DA OAB. **Tutelas de urgência e de evidência são explicadas à luz do Novo CPC**. 15 abr. 2015. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/28278/tutelas-de-urgencia-e-de-evidencia-sao-explicadas-a-luz-do-novo-cpc>> Acesso em: 30 jun. 2015

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Código de Ética Médica. **Resolução nº 1931/2009**. Disponível em: <http://www.cremego.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21000> Acesso em: 28 jun. 2015.

_____. **Governo gasta em média R\$ 3,05 ao dia na saúde de cada habitante**. Publicado em: 07 jul. 2014. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=24847:governo-gasta-em-media-r-305-ao-dia-na-saude-de-cada-habitante&catid=3> Acesso em: 22 jun. 2015.

_____. **Saúde representa só 8% do total de investimentos públicos no Brasil. 21 fev. 2014**. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=24511:saud-e-representa-so-8-do-total-de-investimentos-publicos-no-brasil&catid=3> Acesso em: 30 jun. 2015.

CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE SÃO PAULO. **Parecer COREN-SP 50/2013 - CT**. Encaminhamento de paciente para outros profissionais pelo enfermeiro. Disponível em: <http://www.coren-sp.gov.br/sites/default/files/parecer_coren_sp_2013_50.pdf> Acesso em: 28 jun. 2015.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Em defesa do SUS universal e igualitário: A PEC 451 viola o direito à saúde e promove a segmentação do SUS**. Disponível em: <http://www.cremesp.org.br/pdfs/manifesto_pelo_sus.pdf> Acesso em: 30 jun. 2015.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2011.
DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. **Rev. Saúde Pública**, São Paulo, v. 22, n. 1, p. 57-63, Feb. 1988. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-89101988000100008&script=sci_arttext> Acesso em: 12 mai. 2015.

DALLEFI, Nayara Maria Silvério da Costa; FUNES, Gilmara Pesquero Fernandes Mohr. A Defensoria Pública. **Revistas Eletrônicas da Toledo Presidente Prudente**. Disponível em <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1842/1748>> Acesso em: 22 jun. 2015.

DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL. **Defensoria Pública do Distrito Federal debate solução extrajudicial de conflitos**. Disponível em: <www.defensoria.df.gov.br/?p=3452> Acesso em: 30 jun. 2015.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA. **Histórico**. Disponível em: <http://www.defensoria.ba.gov.br/portal/index.php?site=1&modulo=eva_conteudo&co_cod=402> Acesso em: 22 jun. 2015.

DEJOURS, Christophe. Por um novo conceito de saúde. **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional**. São Paulo, v.14, n.54, p.7-11, abr./ jun.1986. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/61279749/Dejours-1986-POR-UM-NOVO-CONCEITO-DE-SAUDE#scribd>> Acesso em 12 mai. 2015.

DIAS, Hélio Pereira. **Direito Sanitário**. Brasília: ANVISA, 2013. Disponível em <http://www.anvisa.gov.br/divulga/artigos/artigo_direito_sanitario.pdf> Acesso em 24 mai. 2015.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil, vol. 2**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2013

FALTA de política de pessoa e distribuição de médicos agravam problemas no SUS. **Jornal da Unicamp**, Campinas, 29 jul. a 04 ago. 2013, ano 2013, nº 568. Disponível em: <<http://www.unicamp.br/unicamp/ju/568/falta-de-politica-de-pessoal-e-distribuicao-de-medicos-agravam-problemas-no-sus>> Acesso em: 30 jun. 2015.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner e SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html> Acesso em: 30 jun. 2015

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 2. ed. rev. e amp. São Paulo: Celso Bastos, 2001.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Teoria Pura do Direito**: introdução à problemática científica do Direito. Tradução: J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. 2. ed. rev. da trad. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LIMA, George Marmelstein. Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 173, 26 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4666>>. Acesso em: 28 jun. 2015.

MARQUES FILHO, José. Alcmeón de Crotona, o avô da medicina. **Revista Ser Médico do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 39, abr/mai/jun/ 2007. Disponível em: <<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Revista&id=307>> Acesso em: 19 mai. 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21^a.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, Karyna Rocha. **Curso de Direito da Saúde**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **STF: MP pode atuar em defesa de direito individual indisponível**. Disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_geral/geral-2006/stf--mp-pode-atuar-em-defesa-de-direito-individual-indisponivel-20050614> Acesso em: 23 jun. 2015.

_____. **STF: MP pode atuar em defesa de direito individual indisponível**. Disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_geral/geral-2006/stf--mp-pode-atuar-em-defesa-de-direito-individual-indisponivel-20050614> Acesso em: 23 jun. 2015

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

OLIVEIRA, Maria Amélia de Campos; EGRY, Emiko Yoshikawa. A Historicidade das Teorias Interpretativas do Processo Saúde-Doença. **Revista da Escola de Enfermagem da USP**. São Paulo, v. 34, n. 1, p. 9-15, mar.2000. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/reeusp/v34n1/v34n1a02>> Acesso em 12 mai. 2015.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **OAB-BA: 332 atendimentos de assistência judiciária gratuita**, 12 jan. 2006. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/5969/oab-ba-332-atendimentos-de-assistencia-judiciaria-gratuita>> Acesso em 30 jun. 2015.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Constituição da Organização Mundial da Saúde**. 1946. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>> Acesso em: 11 mai. 2015.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v.3. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 18).

PAULA, Ana Hercília Renosto. **O Direito Constitucional Sanitário e as ações judiciais para obtenção de medicamentos na área oncológica**. Dissertação apresentada no Mestrado em Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011. p. 14. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/handle/1884/26209/Dissertacao%20Mestrado%20Ana%20Hercilia%20Renosto%20Paula.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em: 30 jun. 2015.

PINTO, Élide Graziane; SARLET, Ingo Wolfgang. Regime previsto na EC 86/2015 deve ser piso e não o teto de gasto em saúde. **Revista Consultor Jurídico**, 24 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-24/gasto-saude-previsto-ec-862015-piso-nao-teto>> Acesso em 30 jun. 2015.

PRADO, Luiz Regis. **Saúde Pública**: Verbete (Enciclopedia). Disponível em: <http://www.escoladesaude.pr.gov.br/arquivos/File/Texto_03_Saude_Publica_aula_30AGOSTO.pdf> Acesso em: 30 jun. 2015.

RAUCH, Andre. Histoire de la santé. Paris: PUF, 1995 apud DALLARI, Sueli Gandolfi. Direito Sanitário. In: ARANHA, Márcio Iório (Org). **Direito Sanitário e Saúde Pública**: Coletânea de Textos. Brasília: Ministério da Saúde, 2003, p. 39. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/direito_san_v1.pdf> Acesso em: 19 mai. 2015.

RESSUREIÇÃO, Lucas Marques Luz da. **A Defensoria Pública na concretização dos direitos sociais pela via do ativismo judicial**. São Paulo: Baraúna, 2013.

RESSURREIÇÃO, Felipe Boeira da. A eficácia do direito à saúde como condição para uma existência digna. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2174, 14 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12985>>. Acesso em: 21 jun. 2015.

REY, Luís. **Dicionário de termos técnicos de medicina e saúde**. 2. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2000.

ROCHA, Ethel Menezes. Animais, homens e sensações segundo Descartes. **Kriterion: Revista de Filosofia da UFMG**, Belo Horizonte, v. 45, n. 110, p. 350-364, Dec. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-512X2004000200008&script=sci_arttext> Acesso em: 12 mai. 2015.

ROCHA, Júlio Cesar de Sá da. Direito Ambiental do Trabalho: Reflexo da Contemporaneidade. **Revista de Direito Sanitário da USP**. São Paulo, v. 3., n. 1, p. 118-133, mar. 2002. Disponível em <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/viewFile/81488/85046>> Acesso em 24 mai. 2015.

_____. **Direito da Saúde**: Direito Sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **Direito da Saúde:** Direito Sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos. São Paulo: LTr, 1999.

SANTOS, Denise Cândido Lima e Silva. **Defensoria Pública e Tutela Coletiva:** a atuação da Defensoria Pública na defesa de direitos coletivos no cenário pós-Emenda Constitucional nº 80/2015 - Uma nova perspectiva. Dissertação apresentada no Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna, 2014. Disponível em: <<http://www.uit.br/mestrado/images/dissertacoes/2-2014/denise-candido-lima-e-silva-santos.pdf>> Acesso em: 30 jun. 2015.

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

_____. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 11 set/out/nov 2007. p. 8. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31953-37383-1-PB.pdf>> Acesso em: 20 jun. 2015.

SARMIENTO, Francisco Javier Puerto. **El mito de Panacea:** Compendio de Historia de la Terapéutica y de la Farmacia. Madrid: Doce Calles, 1997.
SCLIAR, Moacyr. História do Conceito de Saúde. **Physis: Revista Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro. 2007.

SECRETARIA DE SAÚDE DO ESTADO DA BAHIA. **Módulo de Regulação.** Salvador: DIREG, 2011. Disponível em: <http://www.saude.ba.gov.br/direg/images/arquivos/modulo_de_Regulacao_20.01.12.pdf> Acesso em 23 jun 2015.

SEGRE, Marco; FERRAZ, Flávio Carvalho. O conceito de saúde. **Revista de Saúde Pública.** 1997, vol.31, n.5, p. 538-542. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101997000600016> Acesso em 11 mai. 2015.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais.** 2. ed. São Paulo: RT, 1982.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 51-52.

SILVA, Leny Pereira da. **Direito à saúde e o princípio da reserva do possível.** Monografia apresentada no âmbito do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu, do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. p. 26. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudilanciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf> Acesso em: 20 jun. 2015.

SILVA, Liliane Coelho da. Judicialização da saúde: em busca de uma contenção saudável. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 112, maio 2013. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13182&revista_caderno=9>. Acesso em 30 jun. 2015.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SLAIBI, Maria Cristina Barros Gutiérrez. **Direito Fundamental à saúde - Tutela de Urgência**. Artigo publicado no Portado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. p. 8. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_const/direito_fundamental_saude_tutela_urgencia.pdf> Acesso em: 22 jun. 2015.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE BIOÉTICA. **Nota da SBB sobre o Capital Estrangeiro na Saúde Brasileira**. 22 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.sbbioetica.org.br/noticia/nota-da-sbb-sobre-o-capital-estrangeiro-na-saude-brasileira/>> Acesso em: 30 jun. 2015.

SOIBELMAN, Leib. **Enciclopédia do advogado**. 4^a. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1983.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Plenário julga constitucional legitimidade da Defensoria Pública para propor ação civil pública**. 07 mai. 2015. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=291085>. Acesso em: 30 jun. 2015.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 114. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/1913699/curso-de-direito-constitucional---10-edicao>> Acesso em: 20 jun. 2015.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O processo civil no limiar do novo século**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. **Curso de Direito Processual Civil, vol. I**. 55. ed. rev. e atual. Forense: Rio de Janeiro, 2014. p. 311 e 312.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA. **SAJ - Portal de Serviços**. Disponível em: <<http://esaj.tjba.jus.br/esaj/portal.do?servico=190100>> Acesso em: 27 jun. 2015

VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como de integração política**. Tradução e prefácio de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense. 2004.

WORLD HEALTH ASSEMBLY, 30th, Geneva, May, 1977. [Resolution] WHA 30.44. In: **World Health Organization: Handbook of resolution and decisions of the World Health Assembly and the Executive Board: 1973-1984**. Geneva, 1985. v.2.

ANEXOS

ANEXO I

CASOS RESOLVIDOS EXTRAJUDICIALMENTE

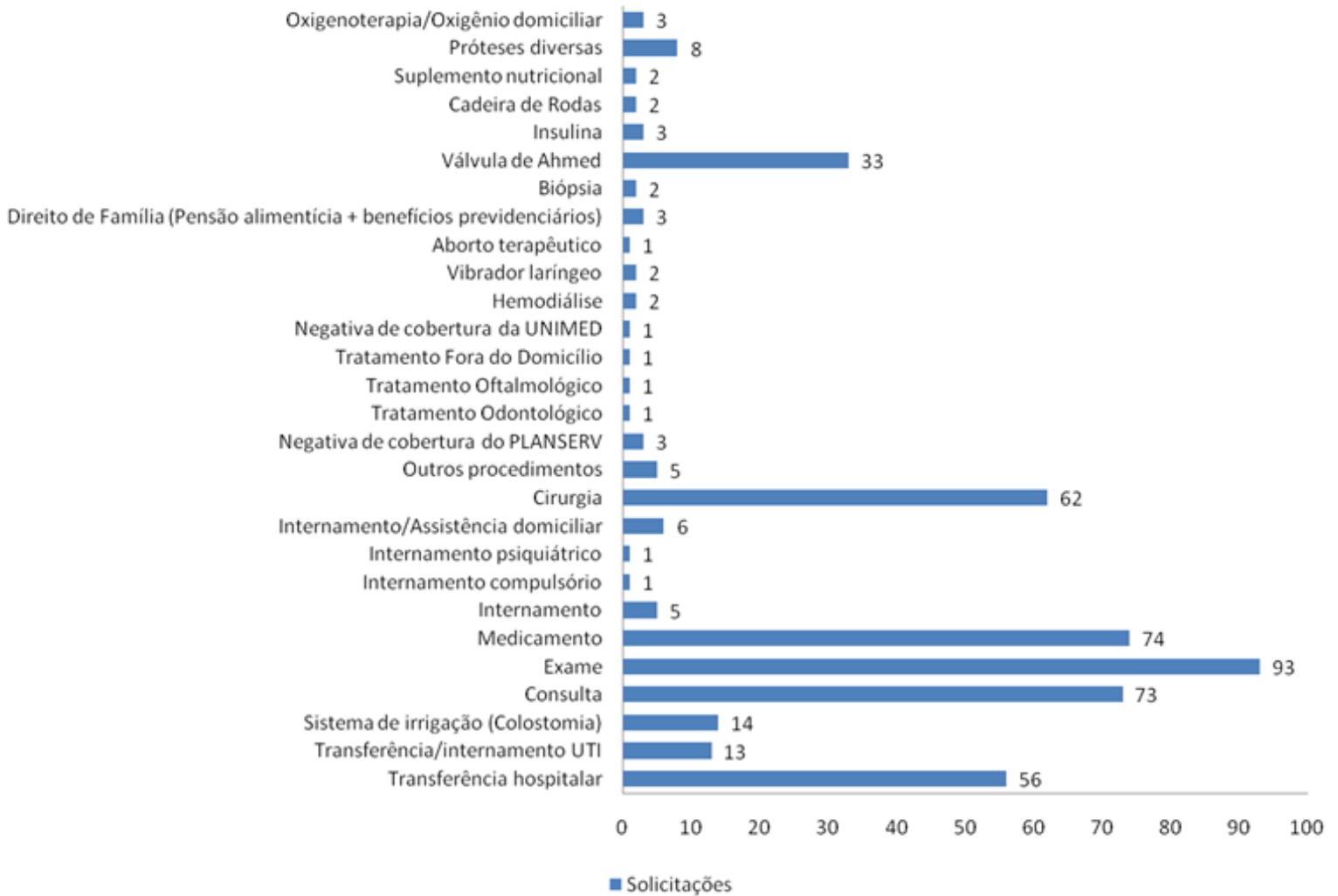


Gráfico 1: Casos resolvidos extrajudicialmente

Classificação Etária

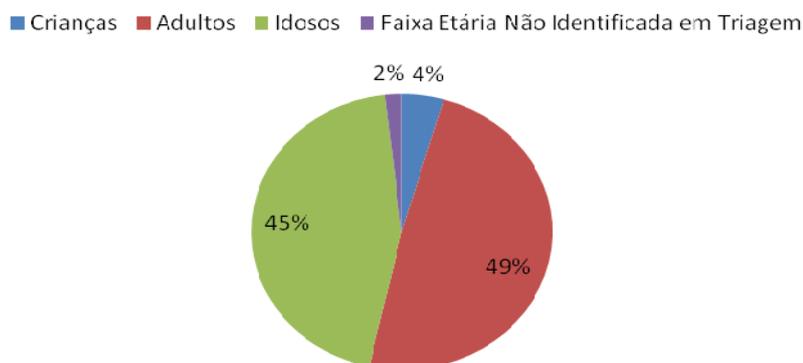


Gráfico 2: Classificação etária

ANEXO II

CASOS JUDICIALIZADOS

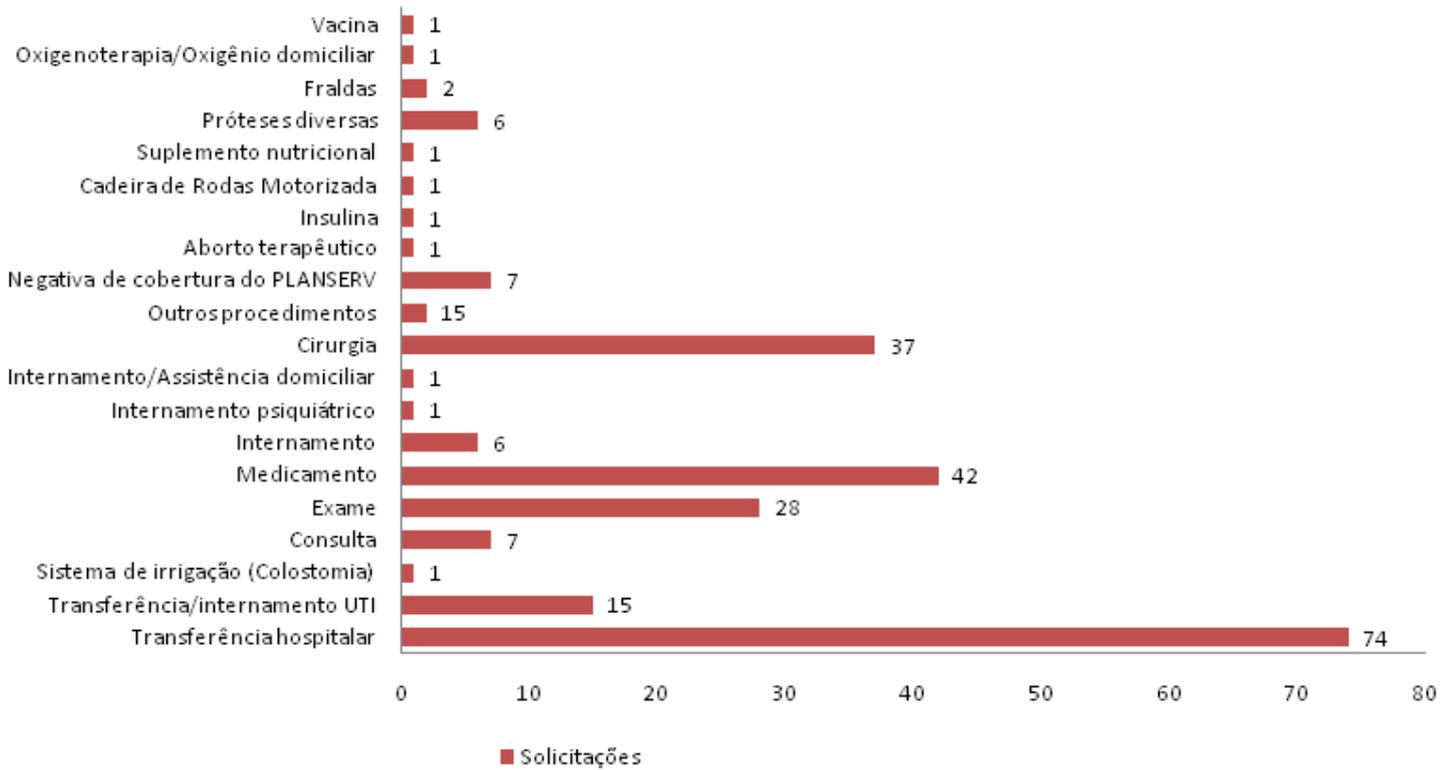


Gráfico 3: Casos judicializados

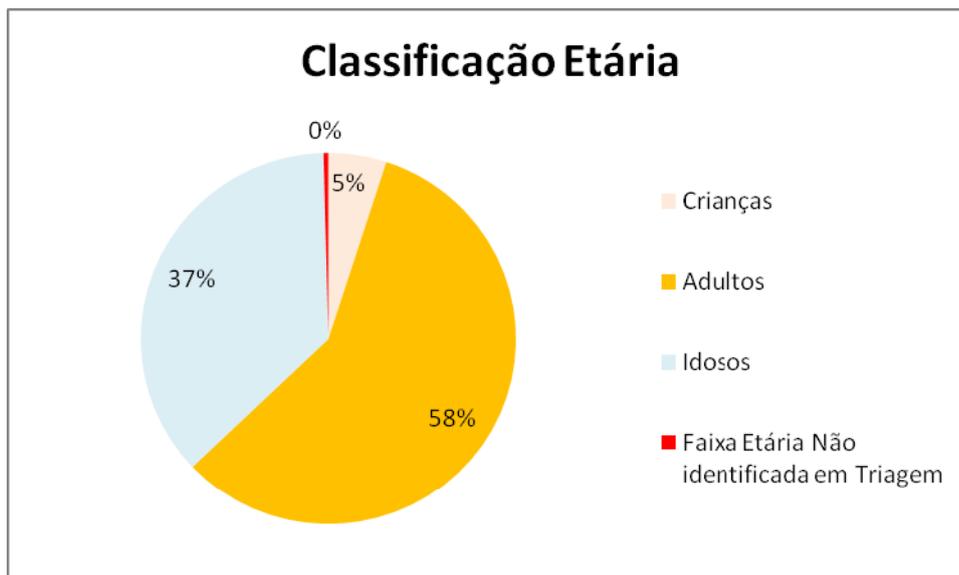


Gráfico 4: Classificação etária

ANEXO III

CASOS EM ANDAMENTO

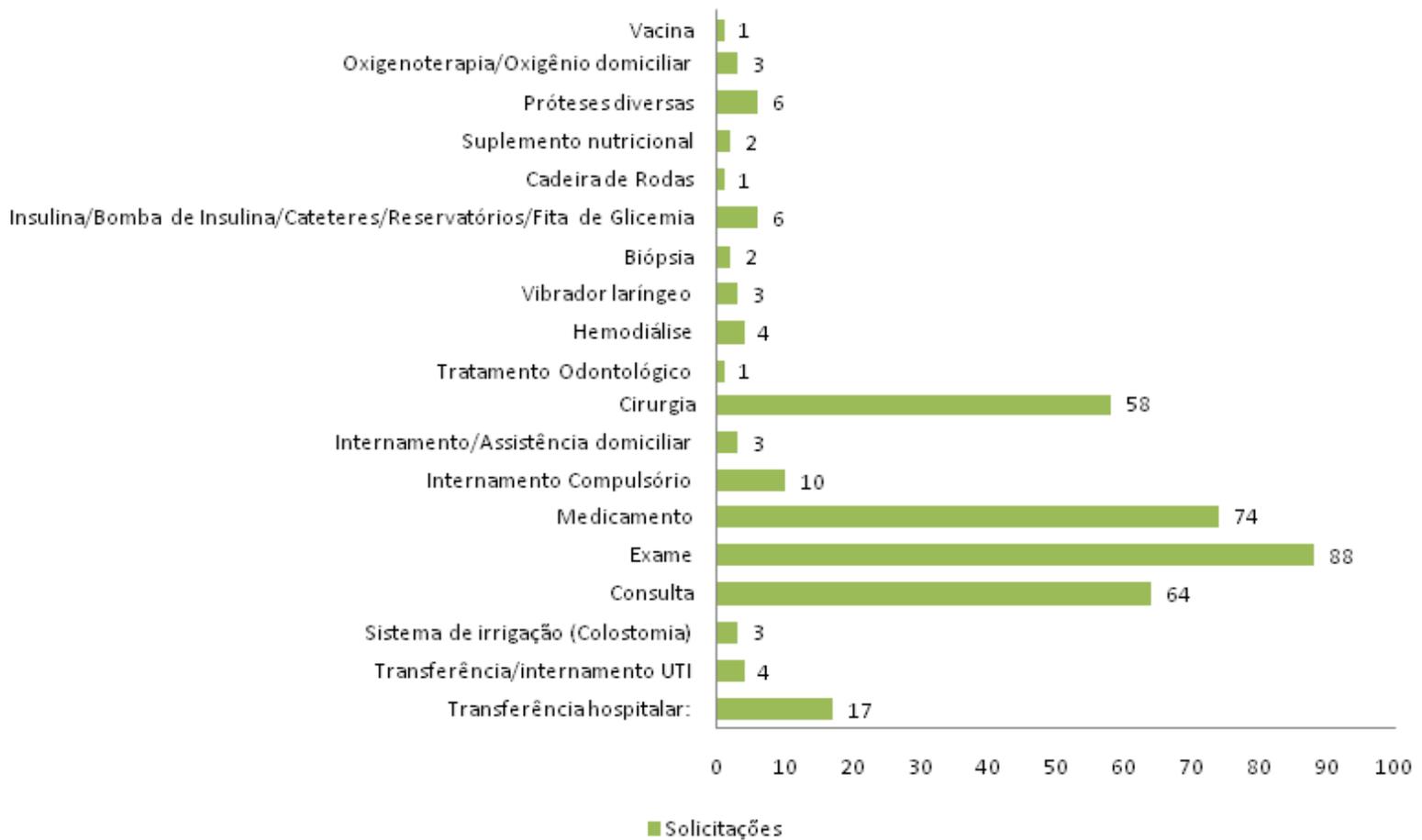


Gráfico 5: Casos em andamento

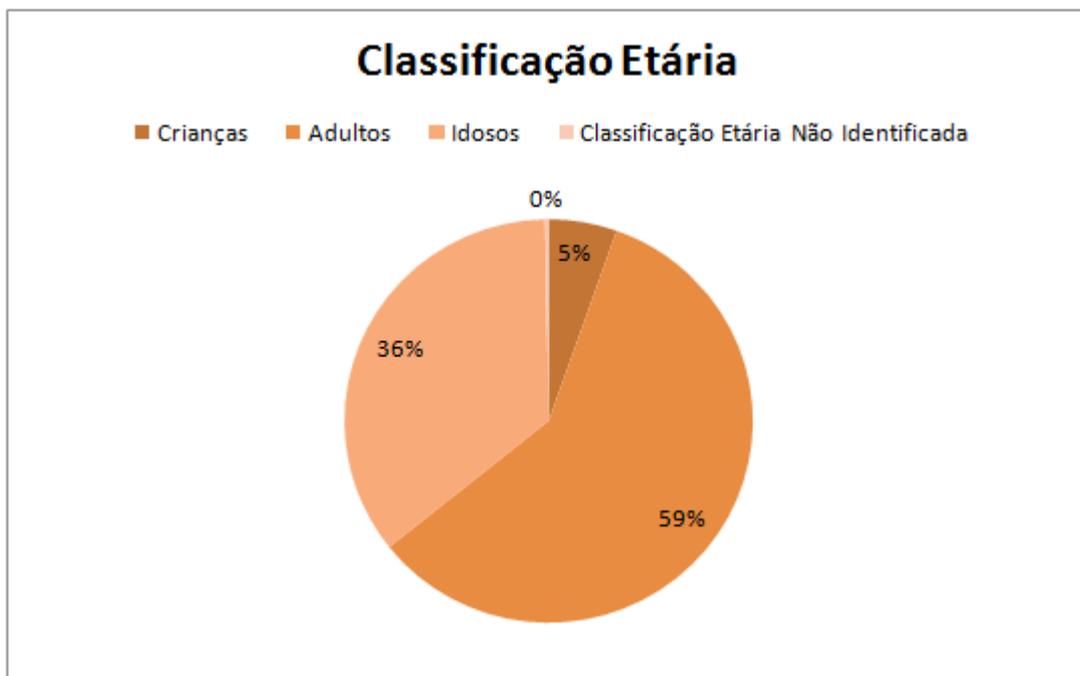


Gráfico 6: Classificação etária

ANEXO IV

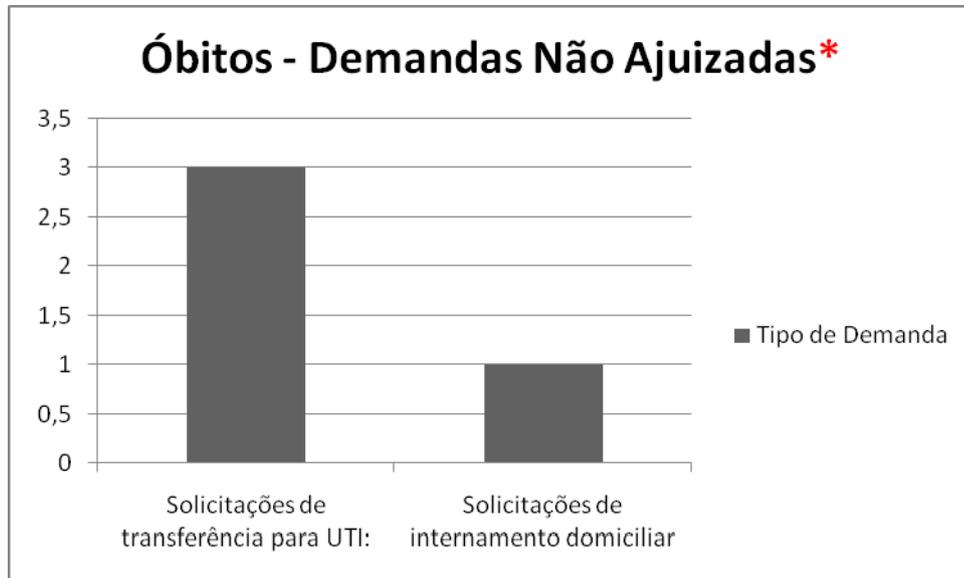


Gráfico 7: Número de óbitos em demandas não ajuizadas

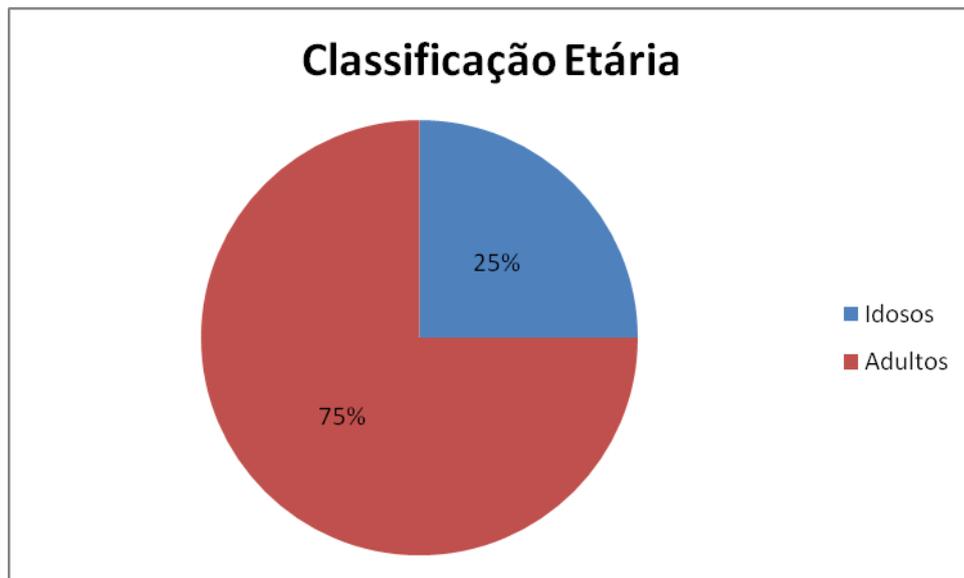


Gráfico 8: Classificação etária

ANEXO V

Óbitos - Demandas Ajuizadas

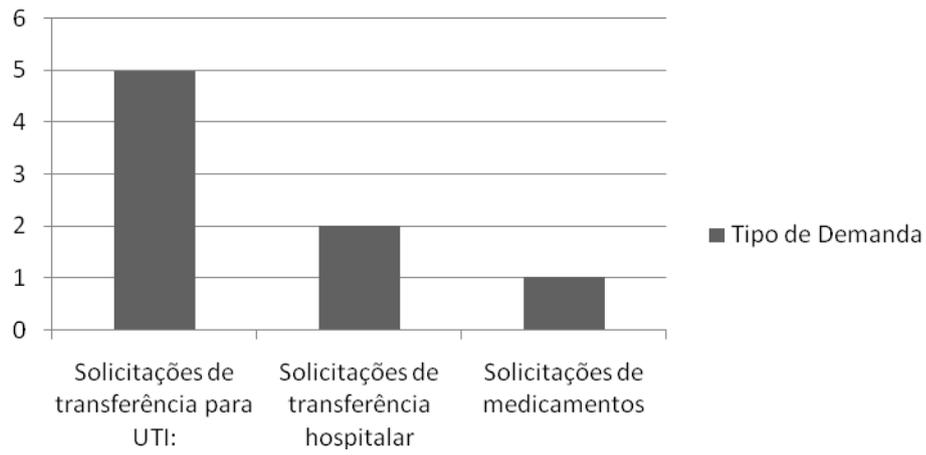


Gráfico 9: Número de óbitos em demandas ajuizadas



Gráfico 10: Classificação etária

ANEXO VI

Entrevista 1

Entrevista com Tiago Silva de Olivera, ex-servidor da Especializada em Saúde da Defensoria Pública do Estado da Bahia. Em 23 de Junho de 2015, às 11:30.

Por que utilizar obrigação de fazer em lugar do mandado de segurança nas demandas propostas pela Defensoria na área de saúde?

No Mandado de Segurança, teríamos de demonstrar o direito líquido e certo de plano; indicar a autoridade coatora em cada caso; ter uma maior preocupação com a produção da prova documental, sendo que perderia a possibilidade de uma eventual perícia ou outra espécie de prova por conta da via estreita da prova no Mandado de Segurança.

Considerando que a DPE trabalha com demandas de massa, a utilização do Mandado de Segurança, ainda que num primeiro momento pareça mais adequada, é incompatível com a quantidade de assistidos e a urgência dos casos – sendo que na ação ordinária também se alcança a decisão liminar rapidamente. No mandado de segurança, por vezes, o juiz deixa para analisar o pedido depois do parecer do Ministério Público, por exemplo.

Entrevista 2

Entrevista com Márcia Gottschald Ferreira Adil, Juíza de Direito Titular da 85ª Vara de Substituições e atuante no Plantão Judiciário de 1º grau do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Em 24 de Junho de 2015

1) Como os juízes lidam com os pedidos de antecipação da tutela em casos de urgência em saúde? Além da prova inequívoca dos fatos e da verossimilhança das alegações administrativamente existem exigências outras?

A exigência é a mesma, seja no expediente ordinário ou durante o plantão.

2) A requisição médica deve ser referente ao dia em que a demanda foi

proposta ou há alguma flexibilização quanto à atualização do relatório médico?

A documentação deve ser atualizada(pois não justifica a utilização do plantão para qualquer caso) e demonstrar a urgência e necessidade da medida.

3) Como as astreintes para cumprimento da decisão em caráter liminar são fixadas? A Fazenda Pública demora muito de cumprir a decisão?

Em se tratando de casos de saúde, dá-se a devida prioridade. Fixo astreintes com base nos casos e como forma de instar a Fazenda Pública a cumprir o quanto determinado. Não tenho notícias em retardo no cumprimento de decisões.

4) Se a Fazenda Pública não cumpre, o Judiciário faz por meio de cumpri-las ou é preciso que o advogado ou defensor da parte se movimente e pressione o juiz da vara para onde o processo será distribuído posteriormente?

No caso de descumprimento, geralmente a parte interessada noticia ao Juízo. É importante que assim seja, pois, por vezes, a parte ré não tem o costume de comunicar o atendimento das decisões. Neste caso, havendo a comunicação, costumeiramente o Juiz concede um prazo para o réu se manifestar, inclusive com juntada de documentação comprobatória do cumprimento. Caso não o faça, podem ser adotadas medidas visando a concretização do decisum, a exemplo da majoração da multa.

5) Há alguma orientação específica do TJ-BA para o plantão?

Em relação a orientação do TJ, existe apenas uma regulamentação do que é matéria de plantão. Espero ter ajudado. Atenciosamente, Márcia Gottschald



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
Comarca de Salvador
■ Vara da Fazenda Pública

Forum Ruy Barbosa, sala 505, Praça D.Pedro II s/n, Largo da
Campo da Polvora, Nazare - CEP 40040-380, Fone: 3320-6996,
Salvador-BA - E-mail: vrg@tjba.jus.br

Justiça Gratuita
Prioridade Idoso

Salienta que não possui condições financeiras para arcar com os custos decorrentes da transferência e internação em outra unidade.

Aponta como presentes a prova inequívoca, a verossimilhança de suas alegações, o *fumus boni iuris*, assentado nas provas que demonstrariam a necessidade de sua transferência hospitalar, bem como o *periculum in mora*, este em razão do comprometimento à sua saúde e integridade física decorrente da falta do tratamento médico adequado. Junta documentação às fls. 11 a 14.

2. Da Tutela Antecipada

Convém esclarecer que há diferenças técnicas entre liminar e antecipação da tutela, estes dois institutos processuais, embora tenham por escopo final assegurar a efetividade da tutela jurisdicional, se diferem completamente, principalmente porque o primeiro, havendo concomitantemente os dois requisitos – *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* – torna o processo apto ao deferimento do pleito; todavia, em estado precário e provisório, existindo a completa reversibilidade da decisão.

Noutro passo, a antecipação da tutela enseja a prova inequívoca da procedência da postulação, convencendo o julgador da verossimilhança, e deve vir acompanhada dos pressupostos legais ínsitos no artigo 273, do Código de Processo Civil – CPC.

Da análise sumária dos fatos e das provas acostadas a peça Exordial, percebe-se, de forma inequívoca, o preenchimento simultâneo dos referidos requisitos ensejadores desta medida, quais sejam:

Verossimilhança. Da análise das provas colacionadas aos autos, considerando o bem jurídico em litígio, que é o direito à saúde, amparado constitucionalmente, resta delineada a verossimilhança do direito invocado, vez que, de acordo documentos adunados aos autos, em especial o documento juntado às fls. 11 e 14,

fls. 3



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
Comarca de Salvador

Justiça Gratuita
Prioridade Idoso

■ Vara da Fazenda Pública

Fórum Ruy Barbosa, sala 505, Praça D.Pedro II s/n, Largo da
Campo da Polvora, Nazare - CEP 40040-380, Fone: 3320-6996,
Salvador-BA - E-mail: vrg@tjba.jus.br

constata-se que a Autora necessita, realmente, ser transferida para unidade hospitalar e para o seu adequado internamento em Unidade com suporte em Clínica Médica e neurológica, de acordo com prescrição médica, e por ser de imperiosa necessidade, haja vista o quadro de saúde – com hemiparesia, dislalia, disartria - em que se encontra.

Além disso, é obrigação do Estado, no sentido genérico (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) assegurar às pessoas financeiramente hipossuficientes o acesso a medicação ou serviços necessários para o devido tratamento das doenças que lhes padecem, especialmente as mais graves, como a do caso em apreço, haja vista que a atual Constituição Federal erigiu a saúde como um direito de todos e dever do Estado, de acordo com o disposto em seu artigo 196, porquanto comprovada a verossimilhança do direito invocado.

Perigo da demora. Este requisito encontra-se presente, na medida em que, diante dos relatórios médicos, fica constatado que o quadro de saúde da Autora é bastante delicado, necessitando, portanto, ser submetido ao tratamento requestado.

3. Da Conclusão

Diante da existência dos requisitos previstos no art. 273, *caput* e inciso I do CPC, quais sejam, a prova inequívoca, a verossimilhança das alegações e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, **concedo o pedido de antecipação da tutela** pretendida, e determino que o Estado da Bahia transfira a Autora ■■■■■ em 24 horas, via Sistema Único de Saúde (SUS), para unidade hospitalar para o seu adequado internamento em Unidade com suporte em Clínica Médica e neurológica, além do procedimento de tomografia computadorizada, para o tratamento de seu quadro, nos termos do relatório médico, fls.11 e 14, **SOB PENA DE MULTA DIÁRIA DE R\$ 1.000,00 (um mil reais)**, a ser revertido em favor do Hospital Martagão Gesteira, sem prejuízo da responsabilidade civil e penal, **ATÉ ULTERIOR DELIBERAÇÃO**.

Defiro os auspícios da gratuidade judiciária, uma vez que, por estar assistido



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
Comarca de Salvador

Justiça Gratuita
Prioridade Idoso

■ Vara da Fazenda Pública

Fórum Ruy Barbosa, sala 505, Praça D.Pedro II s/n, Largo da
Campo da Polvora, Nazare - CEP 40040-380, Fone: 3320-6996,
Salvador-BA - E-mail: vrg@tjba.jus.br

pela Defensoria Pública, de plano, prova-se de forma superficial a hipossuficiência financeira da parte Autora, bem como prioridade na tramitação por tratar-se de pessoa idosa.

Cite-se e intime-se o Estado da Bahia, **por meio de portal eletrônico, nos termos do art. 221, inciso IV, e art. 5º, caput e incisos, da Lei nº 11.419/2006.**

P.I. Cumpra-se, com urgência.

Salvador(BA), 28 de fevereiro de 2013.

site <http://esaj.tjba.jus.br/esaj>, informe o processo 0319378-94.2013.8.05.0001 e o código 35DBF7.

fls. 4

o 35DBF7.

ANEXO VIII

fls. 1



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA

Comarca de Salvador

Vara da Fazenda Pública

Fórum Ruy Barbosa, sala 505, Praça D.Pedro II s/n, Largo da
 Campo da Polvora, Nazare - CEP 40040-380, Fone: 3320-6996,
 Salvador-BA - E-mail: vrg@tjba.jus.br

DECISÃO INTERLOCUTÓRIA

Processo nº: 0514574-02.2013.8.05.0001
 Classe – Assunto: Procedimento Ordinário - Obrigação de Fazer / Não Fazer
 Autor: [REDACTED]
 Réu: Estado da Bahia

Vistos, examinados etc.

1. Breve Relato

Cuidam os mencionados autos de Ação Ordinária ajuizada por [REDACTED] em face do **Estado da Bahia**, com pedido de antecipação de tutela, com a pretensão de obter a transferência para Unidade Hospitalar com suporte para realização da Tomografia computadorizada de crânio e consulta com neurologista, com transporte por meio de unidade móvel com o suporte necessário.

Aduz o Autor que conforme ficha de referência em anexo, encontra-se internado no Hospital Eládio Lasserre, pelo sistema SUS de saúde, necessitando de atendimento que a referida unidade não dispõe. Alega ter sido vítima de queda de uma altura no dia 29/09/2013, resultando Traumatismo Cranioencefálico, evoluindo com desorientação, vômitos e crises convulsivas. Necessita pois de tomografia computadorizada que poderá demonstrar fraturas, hematomas intra e extra-cerebrais, áreas de contusão, edema cerebral, hidrocefalia e sinais de herniação cerebral.

Sustenta que já se encontra há mais de 04 (quatro) dias à espera do exame supracitado. Afirma que após contato com a Central Estadual de Regulação no dia 07/10/2013, verificou-se que não existe qualquer previsão quanto a execução de transferência hospitalar pleiteada.

Aponta como presentes a prova inequívoca, a verossimilhança de suas alegações, o *fumus boni iuris*, bem como o *periculum in mora*, este em razão de possível dano irreparável à vida e à saúde. Junta documentação às fls. 13 a 15.



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA

Comarca de Salvador

■ Vara da Fazenda Pública

Fórum Ruy Barbosa, sala 505, Praça D.Pedro II s/n, Largo da
Campo da Polvora, Nazare - CEP 40040-380, Fone: 3320-6996,
Salvador-BA - E-mail: vrg@tjba.jus.br

2. Da Tutela Antecipada

Convém esclarecer que há diferenças técnicas entre liminar e antecipação da tutela, estes dois institutos processuais, embora tenham por escopo final assegurar a efetividade da tutela jurisdicional, se diferem completamente, principalmente porque o primeiro, havendo concomitantemente os dois requisitos – *fumus boni iurise* e o *periculum in mora* – torna o processo apto ao deferimento do pleito; todavia, em estado precário e provisório, existindo a completa reversibilidade da decisão.

Noutro passo, a antecipação da tutela enseja a prova inequívoca da procedência da postulação, convencendo o julgador da verossimilhança, e deve vir acompanhada dos pressupostos legais ínsitos no artigo 273, do Código de Processo Civil – CPC.

Da análise sumária dos fatos e das provas acostadas a peça Exordial, percebe-se, de forma inequívoca, o **NÃO** preenchimento simultâneo dos referidos requisitos ensejadores desta medida, quais sejam:

Prova inequívoca das alegações. Da análise dos autos, Autor não demonstrou a necessidade de urgência de transferência hospitalar, faltando nos documentos acostados, relatório médico que descreva o quadro clínico do Autor, bem como a necessidade de urgente efetivação do referido exame de tomografia computadorizada.

Portanto, pela falta de preenchimento de um dos requisitos fundamentais para o deferimento da antecipação da tutela pretendida, a inexistência da verossimilhança das alegações no presente feito não autoriza este Juízo a conceder o provimento antecipatório, no sentido de determinar a transferência hospitalar do Autor.

3. Da conclusão

Diante da inexistência de um requisitos previstos no art. 273, *caput*, do CPC, qual seja, a prova inequívoca, a verossimilhança das alegações, **nego o pedido de**

antecipação da tutela pretendida.

Defiro os benefícios da Gratuidade Judiciária, uma vez que assistido pela Defensoria Pública.

Cite-se o **Estado da Bahia, por meio de portal eletrônico, nos termos do art. 221, inciso IV, e art. 5º, caput e incisos, da Lei nº 11.419/2006.**

P.I.

Salvador(BA), 15 de outubro de 2013.

Juiz de Direito

ANEXO IX

fls. 1



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA

Justiça Gratuita

Comarca de Salvador

Vara da Fazenda Pública

Fórum Ruy Barbosa, sala 427, Praça D. Pedro II s/n, Largo do
 Campo da Polvora, Nazare - CEP 40040-380, Fone: 3320-6826,
 Salvador-BA - E-mail: vrg@tjba.jus.br

DECISÃO INTERLOCUTÓRIA

Processo nº: 0361701-17.2013.8.05.0001
 Classe – Assunto: Procedimento Ordinário - Obrigação de Fazer / Não Fazer
 Autor: [REDACTED]
 Réu: Estado da Bahia

Vistos, etc...

[REDACTED] infante, assistida pelo Órgão da Defensoria Pública, representada por sua genitora [REDACTED] qualificada às fls. 02, ajuizou, pelo rito ordinário, **ação de obrigação de fazer, c/c pedido de antecipação de tutela** em face do **ESTADO DA BAHIA**, aduzindo, em síntese, que conta apenas 06 (seis) meses de vida, sendo admitida no dia 05 de julho de 2013 Setor de Emergência do Hospital Geral Ernesto Simões Filho apresentando febre, desconforto respiratório e quadro de pneumonia, e que de acordo com o profissional médico que a atendeu é cardiopata, evoluindo para diarreias, vômito e insuficiência (sic), e havendo o agravamento do padrão respiratório com desidratação necessita de suporte ventilatório. Informou que diante do grave quadro foi indicada sua transferência para UTI pediátrica com suporte respiratório, uma vez que tal serviço não existe na Unidade onde se encontra internada. Disse mais que o seu caso foi comunicado à Central de Regulação, contudo permanece internada no mesmo Hospital à espera de sua remoção para unidade adequada ao seu tratamento. Por tais razões, requereu a concessão da antecipação de tutela, para determinar que o Réu adote todas as providências para lhe encaminhar para uma Unidade de Terapia Intensiva, seja em hospital conveniado com o SUS, seja em hospital particular, arcando o Estado da Bahia com o seu tratamento, e, ao final, o julgamento procedente da demanda, confirmando os efeitos da tutela, cumulando a condenação com o pagamento de indenização a título de danos morais. Documentos de fls. 15/25.

É o relatório. Decido.

Inicialmente, defiro os benefícios da assistência judiciária gratuita.

Da análise dos elementos acostados à inicial, verifico que a Autora, equivocadamente, requereu a antecipação de tutela genérica, com fundamento no art. 273 do Código de Processo Civil, para o que necessita de prova inequívoca e da verossimilhança da alegação, razão porque não pode ser acolhida nos termos propostos. Não obstante, entendo que pelos argumentos trazidos a consideração deste Juízo existe relevância nos fundamentos elencados na exordial, não podendo assim aguardar o resultado do mérito da demanda, eis que carece de intervenção imediata, estando, assim, evidenciados a presença dos requisitos previstos no parágrafo 3º do artigo 461 do CPC, relevância e urgência da demanda, tudo a justificar, em juízo de aparência a antecipação dos efeitos da tutela específica.

Também, e como consequência da aludida análise, verifico que não existe razão aparente que legitime uma possível negativa do Estado da Bahia, diretamente ou mediante o Serviço Público de Saúde, quanto ao pleito da Requerente.

Com efeito, a Constituição Federal, fonte soberana da nossa ordem política estabelece ser dever do Estado garantir a saúde de todos os cidadãos, dispondo o artigo 196:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Ainda neste sentido, dispõe o art. 198:

Artigo 198 – As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único de saúde, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA

Justiça Gratuita

Comarca de Salvador

Vara da Fazenda Pública

Fórum Ruy Barbosa, sala 427, Praça D. Pedro II s/n, Largo do Campo da Polvora, Nazare - CEP 40040-380, Fone: 3320-6826, Salvador-BA - E-mail: vrg@tjba.jus.br

1 - descentralização, com direção única em cada esfera do governo:

§ 1º - O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. (Grifos do Julgador).

Diante do exposto, verifico que é perceptível o direito da Autora à transferência para unidade de terapia intensiva que disponha do suporte necessário ao seu atendimento, conforme consta do relatório médico às fls. 21, visto tratar-se de recém nascida com quadro de pneumonia, necessitando do tratamento adequado para alcançar melhora do seu estado clínico.

Destarte, não pode o Réu negar a sua efetivação, pois, cumpre ressaltar que é dever do Estado tutelar o bem maior, a vida do cidadão, que ao lado de outros princípios norteadores do direito como a dignidade da pessoa humana e o direito à saúde e à vida, devem ser priorizados, e as medidas necessárias para que os mesmos sejam assegurados devem ser, de imediato, tomadas.

Por outro lado, cumpre ainda destacar o que dispõem os artigos 5º e 7º da Lei 8.080/90:

Art. 5º - Dos objetivos do Sistema Único de Saúde-SUS:

I - a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde;

II - a formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a observância do disposto no art. 1º do artigo 2º desta Lei;

III - a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas.

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde - SUS são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no artigo 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;

II - integralidade de assistência, entendida como um conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema (...)

Assim, ante o exposto, **concedo a antecipação de tutela específica**, determinando que o **ESTADO DA BAHIA** adote todas as providências para encaminhar a paciente/autora [REDACTED] a uma Unidade de Terapia Intensiva, seja em hospital conveniado com o SUS, seja em hospital particular, arcando com a totalidade do seu tratamento, sendo, em razão da urgência, lhe assinado o prazo de 24 (vinte e quatro) horas contadas da intimação, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais) na hipótese de descumprimento.

Cite-se e intime-se o ESTADO DA BAHIA, mediante o Sr. Procurador Geral, pessoalmente ou via Portal, para apresentar resposta no prazo legal e adotar as medidas necessárias para o cumprimento da decisão ora proferida. Na oportunidade, oficie-se ao Sr. Coordenador da Central de Regulação, para tomar conhecimento do teor da antecipação dos efeitos da tutela ora concedida e adotar as providências na sua esfera de competência.

Publique-se e intime-se.

Salvador(BA), 23 de agosto de 2013.

[REDACTED]
Juiz de Direito

ANEXO X

fls. 1



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
Comarca de Salvador

Justiça Gratuita

Vara da Fazenda Pública

Fórum Ruy Barbosa, sala 424, Praça D.Pedro II s/n, Largo do
Campo da Polvora, Nazare - CEP 40040-380, Fone: 3320-6768,
Salvador-BA - E-mail: vrg@tjba.jus.br
vrg@tjba.jus.br

DECISÃO INTERLOCUTÓRIA

Processo nº: 0362646-04.2013.8.05.0001
Classe – Assunto: Procedimento Ordinário - Obrigação de Fazer / Não Fazer
Autor: [REDACTED]
Réu: Estado da Bahia

[REDACTED], com qualificação nos autos, ajuizou Ação Ordinária de Obrigação de Fazer, com pedido de antecipação de tutela, objetivando autorização para transferência hospitalar com serviço cardiológico.

Alega o autor encontrar-se internado no Centro de Saúde Maria Conceição Santiago Imbassahy, admitido em 04/07/2013, apresentando falta de ar e cansaço aos esforços e edema de membros inferiores, além de sugestivo infarto agudo de miocárdio. Diante do referido quadro clínico, foi indicado pela médica, Dra. Regina Irene Dias Gama, a realização, em caráter de urgência, de avaliação para cateterismo cardíaco, no entanto o 16º Centro de Saúde, o qual encontra hospitalizado não possui suporte técnico para tal serviço, requerendo, assim, transferência para uma Unidade de Saúde que possua os requisitos necessários para realização do referido procedimento.

Não obstante a urgência do caso, a Central de Regulação, até a presente data não realizou a necessária transferência do autor, e por não possuir condições financeiras para arcar com tais procedimentos, justifica a obrigação do Estado da Bahia, através do Sistema Único de Saúde, de assisti-lo no que for preciso para a manutenção de sua saúde.

Nesse sentido, a autora formula pedido de antecipação de tutela, sublinhando o direito à saúde e à vida, no quanto disposto na Constituição Federal, como direitos fundamentais do indivíduo e dever do Estado a sua garantia, invocando, ainda, a Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre a organização e funcionamento dos serviços referentes a saúde.

Com efeito, entendo satisfeitas as exigências que caracterizam o direito do autor em beneficiar-se da transferência e internamento em Hospital com serviço cardiológico, na forma descrita na inicial, tendo em vista que os referidos procedimentos se fazem necessários, de modo que, uma vez cerceado este direito imediato do requerente, poderá importar no reconhecimento de um direito a titular que não mais esteja em condições de exercê-lo, em razão do seu estado de saúde.



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
Comarca de Salvador
Vara da Fazenda Pública

Justiça Gratuita

Fórum Ruy Barbosa, sala 424, Praça D.Pedro II s/n, Largo do Campo da Polvora, Nazare - CEP 40040-380, Fone: 3320-6768, Salvador-BA - E-mail: vrg@tjba.jus.br
vrg@tjba.jus.br

Segundo Pedro Lenza:

"O direito à vida esta previsto de forma generica no art. 5º, caput o qual abrange dois desdobramentos. o primeiro que e o direito de não se ver privado da vida de modo artificial e o segundo, qual seja, o direito a uma vida digna, garantindo-se as necessidades vitais basicas do ser humano e proibindo qualquer tratamento indigno. (direito constitucional esquematizado. 11ª edição. são paulo: editora metodo, 2007. pag. 701)

Destarte, reconheço o *periculum in mora* no fato de que os bens jurídicos a serem protegidos, quais sejam, a saúde, a integridade física e a dignidade da pessoa humana, correm grande risco de sofrer danos de difícil reparação, caso tenha que esperar a decisão final do feito e não lhe seja antecipada a tutela jurisdicional.

Ante o exposto, verifico dos argumentos trazidos a minha consideração que existe relevância nos fundamentos elencados na inicial, não podendo se aguardar o resultado de mérito da demanda, pois o autor carece de uma intervenção imediata, estando, assim, evidenciados a presença dos requisitos previstos no parágrafo 3º do artigo 461 do CPC, relevância e urgência da demanda, tudo a justificar, em juízo de aparência a **CONCESSÃO DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA** específica, a fim de determinar ao réu que adote as providências necessárias ao acolhimento do pedido do autor, com a consequente transferência e internamento em Unidade Hospital com suporte cardiológico, a fim de avaliar a necessidade de cateterismo cardíaco, na forma especificada pela médica, devendo ser autorizado no prazo de 4 (quatro) dias, sob pena de se mostrar ineficaz. Em caso de inadimplência dessa obrigação, determino a incidência de multa diária no valor de R\$1.000,00(hum mil reais), a partir do 5º (quinto) dia.

DEFIRO A GRATUIDADE DE JUSTIÇA, na forma requerida.

Cite-se o Estado da Bahia, na pessoa de seu Procurador Geral, a fim de que apresente resposta no prazo legal, e adote as medidas necessárias para o cumprimento da decisão ora adotada nos autos.

Oficie-se a Central de Regulação do Estado da Bahia, a fim de que tome conhecimento do teor da antecipação de tutela ora concedida e adote as providências necessárias para o pronto atendimento, na forma decidida.

Salvador(BA), 24 de outubro de 2013.

[Redacted Signature]
Juiz de Direito

ANEXO XI

fls. 1



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA

Justiça Gratuita

Comarca de Salvador

Vara da Fazenda Pública

Fórum Ruy Barbosa, sala 505, Praça D.Pedro II s/n, Largo da
 Campo da Polvora, Nazare - CEP 40040-380, Fone: 3320-6996,
 Salvador-BA - E-mail: vrg@tjba.jus.br

DECISÃO

Processo nº: 0384892-91.2013.8.05.0001
 Classe – Assunto: Procedimento Ordinário - Obrigação de Fazer / Não Fazer
 Autor: [REDACTED]
 Réu: Estado da Bahia

Vistos, examinados, etc.

1. Breve Relato

Trata-se de Ação Ordinária ajuizada por [REDACTED] em face do **Estado da Bahia**, com pedido de antecipação de tutela, com a pretensão de obter sua transferência, via Sistema Único de Saúde (SUS), para unidade hospitalar que possua Unidade de Terapia Intensiva, juntamente com o custeio, por parte do Réu, de todo o seu tratamento.

Aduz a Autora que aos 43 (quarenta e dois) anos foi admitida na Unidade de Pronto Atendimento de Roma (UPA de Roma), com relato de enterorragia e histórico de cardiopatia, está em intubação orotraqueal (IOT) e ventilação mecânica (VM), com grande rebaixamento do nível de consciência – glasgow 09, edema em membros inferiores e indicação de escala de Ramsay 06, afirma que segue sem resposta com uso de sedação, apresenta ainda sangramento em mucosa oral, de forma que foi-lhe solicitado hemotransfusão.

Afirma que a Dra. Samara Franklin, CRM 14621, responsável pela elaboração do relatório médico da Autora, solicitou a transferência para Hospital que possua Unidade de Terapia Intensiva em caráter de urgência, haja vista o risco iminente de morte.

Assevera que apesar do seu quadro gravíssimo, a Central de Regulação do Estado da Bahia, não possui qualquer previsão quanto a execução da transferência hospital da Autora. Alega que não disporia de condições financeiras para arcar com os custos advindos do procedimento pretendido, uma vez que, o núcleo familiar ao qual pertence, afigura-se pobre na acepção prevista na legislação específica.

Aponta como presentes a prova inequívoca, a verossimilhança de suas alegações, o *fumus boni iuris*, assentado no direito constitucional à saúde e nas provas que demonstrariam a



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA

Justiça Gratuita

Comarca de Salvador

■ Vara da Fazenda Pública

Fórum Ruy Barbosa, sala 505, Praça D.Pedro II s/n, Largo da
Campo da Polvora, Nazare - CEP 40040-380, Fone: 3320-6996,
Salvador-BA - E-mail: vrg@tjba.jus.br

necessidade de sua transferência para unidade intensiva, bem como o *periculum in mora*, este em razão do comprometimento à sua saúde e integridade física decorrente da falta do tratamento médico adequado. Junta documentação às fls. 15 a 25.

2. Da Tutela Antecipada

Convém esclarecer que há diferenças técnicas entre liminar e antecipação da tutela, estes dois institutos processuais, embora tenham por escopo final assegurar a efetividade da tutela jurisdicional, se diferem completamente, principalmente porque o primeiro, havendo concomitantemente os dois requisitos – *fumus boni iuris* e *periculum in mora*– torna o processo apto ao deferimento do pleito; todavia, em estado precário e provisório, existindo a completa reversibilidade da decisão.

Noutro passo, a antecipação da tutela enseja a prova inequívoca da procedência da postulação, convencendo o julgador da verossimilhança, e deve vir acompanhada dos pressupostos legais insitos no artigo 273, do Código de Processo Civil – CPC.

Da análise sumária dos fatos e das provas acostadas a peça Exordial, percebe-se, de forma inequívoca, o preenchimento simultâneo dos referidos requisitos ensejadores desta medida, quais sejam:

Verossimilhança. Do exame das provas colacionadas aos autos, considerando o bem jurídico em litígio, que é o direito à saúde, amparado constitucionalmente, resta delineada a verossimilhança do direito invocado, vez que, de acordo documentos adunados aos autos, em especial o documento juntado às fls. 17, constata-se que a Autora necessita com extrema urgência ser transferida para UTI com risco muito alto de perder a vida.

Além disso, é obrigação do Estado, no sentido genérico (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) assegurar às pessoas financeiramente hipossuficientes o acesso a medicação ou serviços necessários para o devido tratamento das doenças que lhes padecem, especialmente as mais graves, como a do caso em apreço, haja vista que a atual Constituição Federal erigiu a saúde como um direito de todos e dever do Estado, de acordo com o disposto em seu artigo 196, porquanto comprovada a verossimilhança do direito invocado.

Perigo da demora. Este requisito encontra-se presente, na medida em que, diante



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA

Justiça Gratuita

Comarca de Salvador

■ Vara da Fazenda Pública

Fórum Ruy Barbosa, sala 505, Praça D.Pedro II s/n, Largo da
Campo da Polvora, Nazare - CEP 40040-380, Fone: 3320-6996,
Salvador-BA - E-mail: vrg@tjba.jus.br

dos relatórios médicos, fica constatado que o quadro de saúde da Autora é bastante delicado, necessitando, portanto, ser submetido ao tratamento requestado.

3. Da Conclusão

Diante da existência dos requisitos previstos no art. 273, *caput* e inciso I do CPC, quais sejam, a prova inequívoca, a verossimilhança das alegações e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, **concedo o pedido de antecipação da tutela** pretendida, e determino que o Estado da Bahia transfira a Autora [REDACTED], no prazo de 10 (dez) dias úteis, via Sistema Único de Saúde (SUS), para unidade hospitalar que possua Unidade de Terapia Intensiva, juntamente com o custeio de todo o tratamento indicado ao quadro de saúde da Autora, nos termos do relatório médico de fls.17, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA DE R\$ 1.000,00 (um mil reais), a ser revertido em favor do Hospital Aristides Maltez, sem prejuízo da responsabilidade civil e penal, ATÉ ULTERIOR DELIBERAÇÃO.

Defiro os auspícios da gratuidade judiciária, uma vez que, por estar assistido pela Defensoria Pública, de plano, prova-se de forma superficial a hipossuficiência financeira da parte Autora.

Cite-se e intime-se o Estado da Bahia, **por meio de portal eletrônico, nos termos do art. 221, inciso IV, e art. 5º, caput e incisos, da Lei nº 11.419/2006.**

P.I. Cumpra-se, com urgência.

Salvador(BA), 01 de outubro de 2013.

[REDACTED]
Juiz de Direito



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA

Justiça Gratuita

Comarca de Salvador

Vara da Fazenda Pública

Fórum Ruy Barbosa, sala 505, Praça D.Pedro II s/n, Largo da
 Campo da Polvora, Nazare - CEP 40040-380, Fone: 3320-6996,
 Salvador-BA - E-mail: vrg@tjba.jus.br

SENTENÇA

Processo nº: 0384892-91.2013.8.05.0001
 Classe – Assunto: Procedimento Ordinário - Obrigação de Fazer / Não Fazer
 Autor: [REDACTED]
 Réu: Estado da Bahia

Trata-se de Ação Ordinária ajuizada por [REDACTED] em face do **Estado da Bahia**, com pedido de antecipação de tutela, com a pretensão de obter sua transferência, via Sistema Único de Saúde (SUS), para unidade hospitalar que possua Unidade de Terapia Intensiva, juntamente com o custeio, por parte do Réu, de todo o seu tratamento, nos termos da petição inicial de fls. 02/14 documentos fls. 15/25.

Às fls. 26/38, foi deferida a medida liminar requerida.

Às fls.42/50, o Estado da Bahia apresentou contestação, sustentando, preliminarmente, a perda superveniente do objeto da ação, face o óbito da requerente; a necessidade da integração à lide do Município de Salvador. No mérito alega, em apertada síntese, que não há falta de atuação do Estado, mas que inexistem recursos para a solução imediata de todas as deficiências da rede de saúde, não podendo exigir-se que o Estado sacrifique setores como segurança e educação, para alcançar a excelência em apenas uma das funções constitucionais, muito menos podem adotar medidas extremas, sem justificção suficiente.

Às fls.59/60, e posteriormente, às 67/68, consta petição da Defensoria Pública Estadual informando o falecimento da autora, pugnando pela extinção do processo sem resolução do mérito.

É o relatório, passo a decidir.

Da análise dos documentos acostados aos autos, mormente o de fls. 69, percebe-se que, de fato, a autora desta ação veio a óbito, fato que leva à perda do objeto da presente ação.

Como se sabe, o interesse de agir se assenta na conveniência que a



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
Comarca de Salvador
■ Vara da Fazenda Pública

Justiça Gratuita

Fórum Ruy Barbosa, sala 505, Praça D.Pedro II s/n, Largo da
Campo da Polvora, Nazare - CEP 40040-380, Fone: 3320-6996,
Salvador-BA - E-mail: vrg@tjba.jus.br

ação possa trazer um resultado útil, sendo avaliada a necessidade e a adequação da ação judicial. *In casu*, a morte da autora leva ao reconhecimento da inexistência de interesse de agir na modalidade utilidade, ante a ausência de utilidade prática da presente demanda.

Desta forma, como não há mais interesse no prosseguimento do feito, deve o processo ser extinto sem resolução do mérito.

***Ex positis* extingo o processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI do CPC.**

Sem custas e honorários.

Decorrido o prazo recursal, arquivem-se os autos.

P.R.I.

Salvador(BA), 11 de novembro de 2014.

Juiz de Direito Auxiliar