

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 816

(Ano IX)
(26/08/2017)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2017

Conselho Editorial

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF) - Coordenador-Geral. Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em Direito Penal Internacional Universidade de Granda/Espanha.

MARCELO FERNANDO BORSIO (MG): Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ. de Milão. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica/SP.

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

RODRIGO LARIZZATTI (DF/Argentina): Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.

MARCELO FERREIRA DE SOUZA (RJ): Mestre em Direito Público e Evolução Social u, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

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

SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO (Montreal/Canadá): Advogado com mais de 10 anos de experiência. Especialista em Direito Processual Civil Internacional. Professor universitário.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SHN. Q. 02. Bl. F, Ed. *Executive Office Tower*. Sala 1308. Tel. 61-991773598 ou 61-3326-1789
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLONISTA DA SEMANA



21/08/2017 Rômulo de Andrade Moreira

» [O indulto de natal e a sua suposta inconstitucionalidade](#)

ARTIGOS

25/08/2017 Camila Gonçalves de Souza Vilela

» [Do início da personalidade civil e da situação jurídica do nascituro](#)

25/08/2017 Tauã Lima Verdan Rangel

» [O procedimento da separação judicial no novo CPC: uma análise da \(in\)constitucionalidade à luz da Emenda Constitucional nº 66/2010](#)

24/08/2017 Ricardo Simões Xavier dos Santos

» [A análise da aplicação do princípio da seletividade ao imposto sobre operação de circulação de mercadoria e serviço - icms](#)

24/08/2017 Alexandre Triches

» [A aposentadoria especial dos trabalhadores em hospitais](#)

24/08/2017 Carlos Eduardo Rios do Amaral

» [A nobreza de direito divino na república do Brasil](#)

23/08/2017 Vanessa Aguiar Figueiredo

» [Judicialização das políticas públicas em face dos direitos sociais](#)

23/08/2017 Camila Gonçalves de Souza Vilela

» [Da distinção entre coisa julgada, preclusão, estabilidade da decisão e da eficácia preclusiva da decisão](#)

23/08/2017 Luiz Otávio Teixeira

» [Projeto de avaliação da qualidade do café torrado e moído no Estado de Minas Gerais](#)

22/08/2017 Wellington Magalhães

» [Entre o velho e o novo campo de batalhas](#)

22/08/2017 Renato Martins de Albuquerque

» [A inversão dos atos instrutórios no procedimento infracional: reflexos da Lei n. 11.719/08 no processo infracional e a plicação analógica da ratio decidendi do plenário do Supremo Tribunal Federal no HC nº 127900/am](#)

22/08/2017 Tauã Lima Verdán Rangel

» [O reconhecimento do jus postualnandi como instrumento de promoção do acesso à justiça: uma análise à luz do microssistema do Juizado Especial](#)

22/08/2017 Luiz Otávio Teixeira

» [Medidas judiciais adotadas para a preservação da memória e obra do poeta augusto dos anjos](#)

21/08/2017 David Barroso Pereira

» [Execução provisória da pena e sua relação com o princípio da não culpabilidade](#)

21/08/2017 Maurício de Andrade Travassos Neto

» [A incompatibilidade da tutela antecipada em caráter antecedente com o princípio da primazia da decisão de mérito](#)

21/08/2017 Renato Martins de Albuquerque

» [A inexistência de hierarquia entre as entidades familiares e a proteção do direito das famílias: a declaração de inconstitucionalidade do artigo 1.790 do código civil](#)

21/08/2017 Roberto Monteiro Pinho

» [Governo quer extinguir a Justiça laboral](#)

MONOGRAFIA

21/08/2017 Livia dos Santos Sena

» [O atual estágio do controle judicial das políticas públicas de saúde no Brasil: proteção ou desproteção da saúde? Análise crítica e a busca por um consenso](#)

O INDULTO DE NATAL E A SUA SUPOSTA INCONSTITUCIONALIDADE

RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA:
Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor de Direito Processual Penal da UNIFACS. Pós-graduado, lato sensu, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela UNIFACS.

Como todos os anos, a então Presidenta da República, por meio do Decreto nº. 8.615, de 23 de dezembro de 2015, exercendo competência privativa que lhe confere o art. 84, **caput**, XII, da Constituição Federal, tendo em vista a manifestação do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, acolhida pelo Ministro de Estado da Justiça, e considerando a tradição, por ocasião das festividades comemorativas do Natal, concedeu indulto às pessoas condenadas ou submetidas a medida de segurança e comutou penas de pessoas condenadas.

No art. 1º., XIV do referido Decreto, concedeu-se o indulto coletivo às pessoas, nacionais e estrangeiras, condenadas a pena privativa de liberdade, desde que substituída por restritiva de direitos, na forma do [art. 44 do Código Penal](#), ou ainda beneficiadas com a suspensão condicional da pena, que, de qualquer forma, tenham cumprido, até 25 de dezembro de 2015, um quarto da pena, se não reincidentes, ou um terço, se reincidentes.

Julgando o Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade nº. 5051763-44.2016.4.04.0000/TRF, a Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 4ª. Região, por maioria, acolheu a arguição para declarar a inconstitucionalidade do inciso XIV do art. 1º. do referido Decreto nº. 8.615/2015.

Segundo a Corte Especial, o inciso questionado afronta a Constituição Federal, especialmente os arts. 2º., 5º., XLVI e 62, parágrafo primeiro, letra b, violando o princípio da separação dos Poderes e o da

individualização das penas. Ademais, também fundamentou-se o acórdão em uma suposta violação ao princípio da vedação da proteção insuficiente.

O relator da Arguição de Inconstitucionalidade, Desembargador Leandro Paulsen, fez o seguinte questionamento: *"A questão subjacente ao agravo apresentado pelo Ministério Público Federal é a seguinte: há limites materiais para a concessão de indulto pelo Presidente da República em nosso Estado de Direito Democrático ou ainda estamos diante do mesmo instrumento irrestrito de intervenção do monarca, vinculado exclusivamente à sua própria consciência, típico do Estado absolutista?"*

Segundo o relator, *"o princípio da individualização da pena encontra assento constitucional expresso e reclama atuação institucional harmônica, independente e autônoma dos Três Poderes, conforme o art. 2º. da Constituição. Assim, toda e qualquer atuação de um poder na seara de competência do outro reclama pressupostos constitucionais muito específicos, sob pena de interferência ilegítima."*

Discordamos absolutamente dessa decisão por não encontrarmos no inciso do referido Decreto qualquer óbice na Constituição Federal, muito menos mácula a qualquer princípio do Direito, como veremos a seguir.

Com efeito, o art. 2º. da Constituição Federal estabelece serem Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, consagrando-se *"um princípio geral do Direito Constitucional que a Constituição inscreve como um dos princípios fundamentais que ela adota."* Importa aqui, conforme ensinamento de José Afonso da Silva, *"não confundir distinção de funções do poder com divisão ou separação de poderes, embora entre ambas haja uma conexão necessária."*

Como anota Afonso da Silva, essa separação de poderes admite, na própria Constituição Federal, determinadas exceções como *"a permissão de que Deputados e Senadores exerçam funções de Ministro de Estado, que é agente auxiliar do Presidente da República, Chefe do Executivo, bem como de Secretário de Estado, do Distrito Federal, de Prefeitura de Capital ou de missão diplomática temporária (art. 56); também o é a regra*

do art. 50 que autoriza a convocação de Ministros de Estado perante o plenário das Casas do Congresso ou de suas comissões, bem como o seu comparecimento espontâneo para expor assunto relevante do seu Ministério. As exceções mais marcantes, contudo, se acham na possibilidade de adoção pelo Presidente da República de medidas provisórias, com força de lei (art. 62), e na autorização de delegação de atribuições legislativas ao Presidente da República (art. 68)."^[1]

Como se sabe, o art. 84 da nossa Constituição estabelece expressamente que compete privativamente ao Presidente da República, dentre outras atribuições, conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei (inciso XII). Ora, onde estaria então a invasão de competência do Poder Executivo nos demais Poderes? Trata-se, na verdade, de uma faculdade quase sempre exercida durante o período do Natal, sendo uma "*tradição mundial o apelo ao Chefe da Nação. Cabe a ele, qualquer que seja o sistema, examinar se seria ou não o caso de indulto.*" Trata-se, como se vê, de um "*gesto de magnanimidade do Chefe da Nação*", sendo conhecido "*de priscas eras, tendo a Constituição de 1988 incorporado regra que não é novidade no direito pátrio e no comparado.*"^[2]

Ao conceder o indulto, o Presidente na República não está aplicando pena, tampouco executando-a, muito menos julgando o condenado que, aliás, já foi processado, julgado e condenado definitivamente pelo Poder Judiciário, em razão de ter infringido uma norma penal oriunda do Poder Legislativo.

O indulto, como já ensinava Basileu Garcia, objetiva "*simplesmente - ou a correção de erros ou demasias do rigor da Justiça, ou premiar o sentenciado exemplar, para quem a pena, antes do livramento condicional, já se mostrou manifestamente desnecessária (...) ou acomodar situações que normas penais inadequadas tornaram iniquamente gravosas.*"^[3]

Constitui o indulto, como bem salientou Aníbal Bruno, "*instrumento de moderação e equilíbrio à atuação do Poder judicante, que, estritamente*

sujeito aos termos da lei, não pode atender as circunstâncias que singularizam o fato e reclamam para ele tratamento diverso do normal."^[4]

Tampouco afrontou-se o art. 5º., XLVI, da Constituição Federal que trata da individualização da pena. Lembre-se que a individualização da pena engloba a sua aplicação propriamente dita e a sua posterior execução, com a garantia, por exemplo, da concessão de graça, anistia ou indulto. Assim, não podemos admitir que, **a priori**, alguém seja impedido de ser beneficiado pelo indulto.

Como ensina Luiz Luisi, “o processo de individualização da pena se desenvolve em três momentos complementares: o legislativo, o judicial, e o executório ou administrativo.” (grifo nosso). Explicitando este conceito, o mestre gaúcho ensina: “Tendo presente as nuances da espécie concreta e uma variedade de fatores que são especificamente previstas pela lei penal, o juiz vai fixar qual das penas é aplicável, se previstas alternativamente, e acertar o seu quantitativo entre o máximo e o mínimo fixado para o tipo realizado, e inclusive determinar o modo de sua execução.”(…) “Aplicada a sanção penal pela individualização judiciária, a mesma vai ser efetivamente concretizada com sua execução.” (...) “Esta fase da individualização da pena tem sido chamada individualização administrativa. Outros preferem chamá-la de individualização executória. Esta denominação parece mais adequada, pois se trata de matéria regida pelo princípio da legalidade e de competência da autoridade judiciária, e que implica inclusive o exercício de funções marcadamente jurisdicionais.”(...) “Relevante, todavia no tratamento penitenciário em que consiste a individualização da sanção penal são os objetivos que com ela se pretendem alcançar. Diferente será este tratamento se ao invés de se enfatizar os aspectos retributivos e aflitivos da pena e sua função intimidatória, se por como finalidade principal da sanção penal o seu aspecto de ressocialização. E, vice-versa.”

E conclui o autor: “De outro lado se revela atuante o subjetivismo criminológico, posto que na individualização judiciária, e na executória, o concreto da pessoa do delinquente tem importância fundamental na

sanção efetivamente aplicada e no seu modo de execução."[5] (grifos nossos).

A decisão do Tribunal Regional Federal também indica que o art. 62, parágrafo primeiro, letra b, da Constituição, também teria sido molestado, afirmando-se que o "*Presidente da República, ao estabelecer normas redutoras de pena, de cunho geral e abstrato, mediante decretos de indulto editados periodicamente, viola a norma constitucional que lhe proíbe legislar sobre Direito Penal: art. 62, parágrafo primeiro, letra b, da Constituição.*"

Tal artigo constitucional, trata-se, às escâncaras, de norma que, claramente, regula a adoção pelo Presidente da República de medidas provisórias, com força de lei. Ora, o ato jurídico concessivo do indulto é um Decreto, não uma Medida Provisória. Aqui, ao que parece, fez-se uma analogia inteiramente despropositada e, sobretudo, **in malam partem**.

Por fim, afirma-se na decisão que o "*Decreto de indulto que retira a eficácia da resposta penal ao reduzi-la a níveis desproporcionalmente brandos, com a dispensa do cumprimento de mais da metade das penas aplicadas, viola o princípio constitucional da vedação da proteção insuficiente, que é uma garantia da sociedade.*" Nada mais absurdo!

Aliás, o próprio relator afirmou que o indulto é um "*instrumento excepcional para a afirmação de valores constitucionais, com destaque para a dignidade da pessoa humana.*" Se assim o é, como pode, ao mesmo tempo, tratar-se de uma afronta ao princípio constitucional da vedação da proteção insuficiente? Portanto, nada mais contraditório, também!

O princípio constitucional da vedação da proteção insuficiente aplica-se, especialmente, em favor do cidadão, e não o contrário. Deu-se-lhe, portanto, uma interpretação às avessas.

Esquece-se que o modelo clássico de Justiça Penal, fundado na crença de que a pena privativa de liberdade seria suficiente para, por si só, resolver a questão da violência, vem cedendo espaço para um novo

modelo penal, este baseado na ideia da prisão como **extrema ratio** e que só se justificaria para casos de efetiva gravidade. Em todo o mundo, passa-se gradativamente de uma política *paleorrepressiva* ou de **hard control**, de cunho eminentemente simbólico (consubstanciada em uma série de leis incriminadoras, muitas das quais eivadas com vícios de inconstitucionalidade, aumentando desmesurada e desproporcionalmente a duração das penas, inviabilizando direitos e garantias fundamentais do homem, tipificando desnecessariamente novas condutas, etc.) para uma tendência despenalizadora.

Como afirma Jose Luis de la Cuesta, “o direito penal, por intervir de uma maneira legítima, deve respeitar o princípio de humanidade. Esse princípio exige, evidentemente, que se evitem as penas cruéis, desumanas e degradantes (dentre as quais pode-se contar a pena de morte), mas não se satisfaz somente com isso. Obriga, igualmente, na intervenção penal, a conceber penas que, respeitando a pessoa humana, sempre capaz de se modificar, atendam e promovam a sua ressocialização: oferecendo (jamais impondo) ao condenado meios de reeducação e de reinserção.”^[6]

Hoje, ainda que o nosso sistema penal privilegie indubitavelmente o encarceramento (acreditando, ainda, na função dissuasória da prisão), o certo é que a tendência mundial é no sentido de alternativizar este modelo clássico, pois a pena de prisão em todo o mundo passa por uma crise sem precedentes.

Jean Paul Marat, em 1790, advertia que “es un error creer que se detiene el malo por el rigor de los suplicios, su imagen se desvanece bien pronto. Pero las necesidades que sin cesar atormentan a un desgraciado le persiguen por todas partes. Encuentra ocasión favorable? Pues no escucha más que esa voz importuna y sucumbe a la tentación.” A preocupação, vê-se, é antiga.^[7]

Lembremos que o próprio Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 347, decidiu no sentido de determinar aos Juízes e Tribunais que considerem,

fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; e que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão.

O Ministro Marco Aurélio observou que o Brasil tem a terceira maior população carcerária do mundo, que ultrapassava, em maio de 2014, 711 mil presos: *“Com o déficit prisional ultrapassando a casa das 206 mil vagas, salta aos olhos o problema da superlotação, que pode ser a origem de todos os males”*, disse, assinalando que a maior parte desses detentos está sujeita a condições como superlotação, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, bem como amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual. Diante disso, segundo o relator, no sistema prisional brasileiro ocorre violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade. *“O quadro é geral, devendo ser reconhecida a inequívoca falência do sistema”*, afirmou.

Nesse contexto, o Ministro declarou que, além de ofensa a diversos princípios constitucionais, a situação carcerária brasileira fere igualmente normas reconhecedoras dos direitos dos presos, como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção contra a Tortura, além da própria Lei de Execução Penal. De acordo com o relator, a violação aos direitos fundamentais nas prisões tem reflexos também na sociedade e não serve à ressocialização. *“A situação é, em síntese, assustadora: dentro dos presídios, violações sistemáticas de direitos humanos; fora deles, aumento da criminalidade e da insegurança social”*, disse.

Para o Ministro Marco Aurélio, o afastamento do estado de inconstitucionalidade pretendido na ação só é possível diante da mudança significativa do Poder Público. “*A responsabilidade pelo estágio ao qual chegamos não pode ser atribuída a um único e exclusivo Poder, mas aos três – Legislativo, Executivo e Judiciário –, e não só os da União, como também os dos estados e do Distrito Federal*”, afirmou. Há, segundo ele, problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas quanto de interpretação e aplicação da lei penal. “*Falta coordenação institucional*”. Afirmou, ainda, ser papel do Supremo diante desse quadro é retirar as autoridades públicas do estado de letargia, provocar a formulação de novas políticas públicas, aumentar a deliberação política e social sobre a matéria e monitorar o sucesso da implementação das providências escolhidas, assegurando a efetividade prática das soluções propostas. “*Ordens flexíveis sob monitoramento previnem a supremacia judicial e, ao mesmo tempo, promovem a integração institucional*”, concluiu.

O Ministro Luiz Fux seguiu integralmente o voto do relator, considerando que alguns Juízes não motivam suas decisões, apesar da exigência legal. “*Portanto, há um estado de coisas inconstitucional*”, disse o Ministro, ao ressaltar a importância de o Supremo analisar a questão, uma vez que o acórdão da Corte deve ter efeito pedagógico.

Ao votar no mesmo sentido do relator, a Ministra Cármen Lúcia reafirmou que “*os números demonstram o estado de coisas inconstitucional*.” O Ministro Gilmar Mendes afirmou não haver dúvida de que os Juízes devem considerar a situação prisional na decisão judicial. Nesse sentido, propôs a criação de plano de trabalho para oferecer treinamento aos juízes sobre o sistema prisional e medidas alternativas ao encarceramento. O Ministro Ricardo Lewandowski seguiu totalmente o voto do relator. Assim como outros Ministros, ele reconheceu, no caso, o “*estado de coisas inconstitucional*”, ao explicar que essa foi uma medida desenvolvida pela Corte Nacional da Colômbia a qual identificou um quadro insuportável e permanente de violação de direitos fundamentais a exigir intervenção do Poder Judiciário de caráter estrutural e orçamentário.

“Essa é uma interferência legítima do Poder Judiciário nessa aparente discricionariedade nas verbas do fundo penitenciário brasileiro”, afirmou.

É indubitoso que o cárcere deve ser concebido como última via, pois não é, nunca foi e jamais será solução possível para a segurança pública de um povo. A nossa realidade carcerária é preocupante; os nossos presídios e as nossas penitenciárias, abarrotados, recebem a cada dia um sem número de indiciados, processados ou condenados, sem que se tenha a mínima estrutura para recebê-los; e há, ainda, milhares de mandados de prisão a serem cumpridos; ao invés de lugares de ressocialização do homem, tornam-se, ao contrário, fábricas de criminosos, de revoltados, de desiludidos, de desesperados; por outro lado, a volta para a sociedade (através da liberdade), ao invés de solução, muitas das vezes, torna-se mais uma via crucis, pois são homens fisicamente libertos, porém, de uma tal forma estigmatizados que se tornam reféns do seu próprio passado. Hoje, o homem que cumpre uma pena ou de qualquer outra maneira deixa o cárcere encontra diante de si a triste realidade do desemprego, do descrédito, da desconfiança, do medo e do desprezo, restando-lhe poucas alternativas que não o acolhimento pelos seus antigos companheiros; este homem é, em verdade, um ser destinado ao retorno: retorno à fome, ao crime, ao cárcere (só não volta se morrer).

NOTAS:

[1] SILVA, José Afonso, Curso de Direito Constitucional Positivo, São Paulo: Malheiros Editores, 1995, 10ª. edição, páginas 107, 109, 112 e 113.

[2] MARTINS, Ives Gandra, Comentários à Constituição do Brasil, Volume IV, Tomo II, São Paulo: Saraiva, 1997, 1ª. edição, página 315.

[3] GARCIA, Basileu, Instituições de Direito Penal, Volume I, Tomo II, São Paulo: Max Limonad, 1962, 4ª. edição, página 672.

[4] BRUNO, Aníbal, Direito Penal, Parte Geral, Tomo III, Rio de Janeiro: Forense, 1967, 3ª. edição, páginas 204 e 205.

[5] LUISI, Luiz, Os Princípios Constitucionais Penais, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, pp. 37 e segs.

[6] “Pena de morte para os traficantes de drogas?”, publicado no Boletim da Associação Internacional de Direito Penal (Grupo Brasileiro), ano 1, nº. 01 (maio de 2005), p. 04.

[7] Plan de Legislación Criminal, Buenos Aires: Hamurabi, 2000, p. 78). Leia-se Michel Foucault, no indispensável “Vigiar e Punir – História da Violência nas Prisões”, Rio de Janeiro: Vozes, 1998, 18ª. edição.

DO INÍCIO DA PERSONALIDADE CIVIL E DA SITUAÇÃO JURÍDICA DO NASCITURO

CAMILA GONÇALVES DE SOUZA VILELA:

Advogada formada pela Puc-Rio e com pós-graduação na EMERJ, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: O presente artigo visa percorrer as principais polêmicas acerca do início da personalidade civil, bem como busca fazer uma breve apresentação acerca das teorias que tratam do assunto. Por fim, apresenta a teoria adotada pelo Código Civil de 2002 e os conflitos que envolvem a situação do nascituro.

Palavras Chave: direito civil; personalidade civil; nascituro; teoria natalista; teoria da personalidade condicional; teoria concepcionista.

Abstract: The present article aims to cover the main controversies about the beginning of the civil personality, as well as to make a brief presentation about the theories that deal with the subject. It seeks, also, to present the theory adopted by the Civil Code of 2002 and to report the controversies of the situation of the unborn child before the question.

Key-words: This article is intended to cover civil law; civil personality; unborn child; natal theory; conditional personality theory; Conceptionist theory.

Sumário: 1. Introdução. 2. Início da Personalidade Civil. 3. Teorias. 6. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O artigo 2º do Código Civil de 2002 afirma que a personalidade civil tem seu início com a vida, assim como era o artigo 4º do Código Civil de 1916. Contudo, a lei disporá sobre os direitos do nascituro desde a sua concepção.

Assim, vejamos o Código Civil de 1916 e o de 2002, respectivamente:

“Art. 4. A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro.”

“Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

Com a referida disposição acima, a discussão acerca da personalidade civil do nascituro, continua a ser latente, pois com o novo texto, perdeu-se a oportunidade de acabar com a disputa entre as teorias natalista e da concepção.

Diante do texto do art. 2º do Código Civil/2002, é notória a adoção pelo Código Civil de 2002 da teoria natalista, assim como era adotada pelo Código Civil de 1916. Entretanto, parece que tal entendimento vem sendo superado pela doutrina e pela jurisprudência, em que pese a teoria acima possuir renomados e respeitáveis defensores.

Claramente, o artigo 2º do Código Civil realiza uma divisão entre o nascimento e a concepção, sendo esse o ponto principal que origina a discussão relacionada ao tema deste artigo.

Assim, as principais teorias que tratam do tema sobre o início da personalidade jurídica são: teoria natalistas; teoria da personalidade condicional; teoria concepcionista. Tais teorias serão estudadas a seguir.

2. Do Início da Personalidade Civil

Como já dito, na introdução deste artigo, o Código Civil de 2002 estabelece que a personalidade civil se inicia a partir do nascimento com vida.

Esse é o entendimento que prevalecia entre os autores clássicos e determina que, para a personalidade civil surgir, exige-se o nascimento com vida.

Nesse sentido, de acordo com os autores clássicos, o nascituro não pode ser considerado pessoa e por essa razão não era capaz de adquirir

direitos, mas apenas expectativa de direitos, o que traduz imensa diferença.

Desta forma, com base no que foi dito no parágrafo anterior, surge o problema de definir o que é considerado o nascituro, uma vez que se não é “pessoa”, também não pode ser considerado “coisa”.

Portanto, para melhor compreensão, será necessária a análise de cada teoria e as questões controversas que cada uma dela causa no ordenamento jurídico e, conseqüentemente, na sociedade.

3. Das Teorias

Como já dito no tópico anterior, a teoria natalista foi a teoria adotada pelo Código Civil de 2002, de acordo com o artigo 2º. A referida teoria condiciona o surgimento da personalidade civil com o nascimento com vida e não considera o nascituro como “pessoa”.

A título de registro, podemos citar o doutrinador clássico que é adepto a tal teoria Caio Mário da Silva Pereira e na doutrina contemporânea Sílvio de Salvo Venosa, ou seja.

Para os doutrinadores citados, o fundamento para a adoção de tal teoria é a interpretação literal da lei, porém tal entendimento, de um ponto de vista pragmático, renega ao nascituro diversos direitos relevantes, até mesmo direitos fundamentais, como por exemplo, os direitos à dignidade humana, à vida e à personalidade.

No que tange à teoria da personalidade condicional, também estabelece que a personalidade civil surge com o nascimento com vida e relaciona os direitos do nascituro a uma condição suspensiva, ou seja, sua eficácia fica adstrita a um evento futuro e incerto, sendo um elemento acidental do negócio jurídico.

Como doutrinadores que adotam tal teoria, podemos citar Washington de Barros Monteiro, Clóvis Beviláqua e Arnaldo Rizzardo.

Com efeito, as questões controversas que são levantadas com a teoria natalista também são levantadas com a teoria da personalidade condicional, pois também não considera o nascituro como “pessoa” e, ainda, impõe uma condição suspensiva a direitos da personalidade, o que é incorreto por ter um viés patrimonial, ou seja, os direitos da personalidade não podem ser condicionados.

A teoria concepcionista, que ganha força com o desenvolver do direito e da sociedade, sustenta o nascituro como pessoa, ou seja, que a personalidade civil nasce desde a concepção.

Tal teoria é defendida por Pontes de Miranda, Pablo Stolze Gagliano, Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald dentre outros, e é a teoria com maior aceitação dentre os doutrinadores contemporâneos.

Importante ressaltar o Enunciado nº 1 do Conselho de Justiça Federal (CJF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), aprovado na I Jornada de Direito Civil, que adotam a teoria concepcionista, conferindo direito, inclusive, ao natimorto, como por exemplo, direito ao nome e imagem.

A teoria da concepção está mais de acordo com a atualidade, pois ao estabelecer que a personalidade civil surge desde a concepção e ao conferir direitos ao nascituro, está garantindo o respeito aos direitos fundamentais a esse, indo no mesmo sentido da Lei nº 11.804/2008, por exemplo, pois confere ao nascituro o direito a alimentos (alimentos gravídicos), bem como confere ao nascituro direito à vida.

Desta forma, o Superior Tribunal de Justiça tem caminhado para a direção da teoria concepcionista, tendo diversos julgados nesse sentido. Assim, vejamos os julgados a seguir:

[STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL AgRg no AgRg no AREsp 150297 DF 2012/0041902-2 \(STJ\)](#)

Data de publicação: 07/05/2013

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. NASCITURO. PERDA DO PAI. 1.- Não há falar em omissão, contradição ou obscuridade no acórdão recorrido, que apreciou todas as questões que lhe foram submetidas de forma fundamentada, ainda que de modo contrário aos interesses da Recorrente. 2.- "O nascituro também tem direito aos danos morais pela morte do pai, mas a circunstância de não tê-lo conhecido em vida tem influência na fixação do quantum" (REsp 399.028/SP, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, DJ 15.4.2002). 3.- "A jurisprudência desta Corte é disposta no sentido de que o benefício previdenciário é diverso e independente da indenização por danos materiais ou morais, porquanto, ambos têm origens distintas. Este, pelo direito comum; aquele, assegurado pela Previdência; A indenização por ato ilícito é autônoma em relação a qualquer benefício previdenciário que a vítima receba"(AgRg no AgRg no REsp 1.292.983/AL , Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 7.3.2012). 4.- "Em ação de indenização, procedente o pedido, é necessária a constituição de capital ou caução fidejussória para a garantia de pagamento da pensão, independentemente da situação financeira do demandado" (Súmula 313/STJ). 5.- "A apreciação do quantitativo em que autor e réu saíram vencidos na demanda, bem como a verificação da existência de sucumbência mínima ou recíproca, encontram inequívoco óbice na Súmula 7/STJ, por revolver matéria eminentemente fática" (AgRg nos EDcl no REsp 757.825/RS , Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJe 2.4.2009). 6.- O recurso não trouxe nenhum

argumento capaz de modificar a conclusão do julgado, a qual se mantém por seus próprios fundamentos. 7.- Agravo Regimental improvido.”

**“RECURSO ESPECIAL Nº 931.556 - RS
(2007/0048300-6)**

RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

**RECORRENTE: LUCIANA MARIA BUENO
RODRIGUES E OUTROS**

**ADVOGADO: LUCIANO HILLEBRAND FELDMANN
E OUTRO(S)**

**RECORRENTE: RODOCAR SUL IMPLEMENTOS
RODOVIÁRIOS LTDA**

ADVOGADO: CÉSAR SOUZA E OUTRO(S)

RECORRIDO : OS MESMOS

EMENTA

**RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DO
TRABALHO. MORTE. INDENIZAÇÃO POR DANO
MORAL. DIES A QUO. CORREÇÃO MONETÁRIA.
DATA DA FIXAÇÃO PELO JUIZ. JUROS DE MORA.
DATA DO EVENTO DANOSO. PROCESSO CIVIL.
JUNTADA DE DOCUMENTO NA FASE RECURSAL.
POSSIBILIDADE, DESDE QUE NÃO CONFIGURDA
A MÁ-FÉ DA PARTE E OPORTUNIZADO O
CONTRADITÓRIO. ANULAÇÃO DO PROCESSO.
INEXISTÊNCIA DE DANO. DESNECESSIDADE.
CIVIL. COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS.
FILHO NASCITURO. IRRELEVÂNCIA NA FIXAÇÃO
DO QUANTUM INDENIZATÓRIO.**

- É devida correção monetária sobre o valor da indenização por dano moral fixado a partir da data do arbitramento. Precedentes.

- Os juros moratórios, em se tratando de acidente de trabalho, estão sujeitos ao regime da responsabilidade extracontratual, aplicando-se, portanto, a Súmula nº 54 da Corte, contabilizando-os a partir da data do evento danoso. Precedentes

- É possível a apresentação de provas documentais na apelação, desde que não fique configurada a má-fé da parte e seja observado o contraditório. Precedentes.

- A sistemática do processo civil é regida pelo princípio da instrumentalidade das formas, devendo ser reputados válidos os atos que cumpram a sua finalidade essencial, sem que acarretem prejuízos aos litigantes.

- Impossível admitir-se a redução do valor fixado a título de compensação por danos morais em relação ao nascituro, em comparação com outros filhos do de cujus, já nascidos na ocasião do evento morte, porquanto o fundamento da compensação é a existência de um sofrimento impossível de ser quantificado com precisão.

- Embora sejam muitos os fatores a considerar para a fixação da satisfação compensatória por danos morais, é principalmente com base na gravidade da lesão que o juiz fixa o valor da reparação.

Recurso especial dos autores parcialmente conhecido e, nesta parte, provido. Recurso especial da ré não conhecido.”

O tema é de grande relevância, mesmo sendo discutido há décadas, pois interfere em questões que sempre estiveram em pauta, por exemplo, como ocorreu com a utilização de embrião na pesquisa de células tronco por meio da lei de biossegurança (Lei 11.105/2005).

Desta forma, para que a utilização de células-tronco embrionárias fosse autorizada seria necessário o preenchimento de diversos requisitos e, ainda, os embriões devem ser considerados “inviáveis”.

Nesse sentido, o que se observa na lei é que a utilização de células-tronco embrionárias é tida como uma exceção e não como uma regra, ou seja, não há como negar a influência da teoria concepcionista, no caso.

Outro tema que pode ser levantado que é muito discutido atualmente é o aborto, que muitos defendem a sua legalização e outros defendem a permanência da vedação, o que obrigatoriamente ultrapassa pelo estudo do presente artigo.

Com efeito, não se trata apenas de uma discussão jurídica, há a necessidade de se passar por discussões políticas, sociológicas e até mesmo religiosas.

Assim, se observa no recente julgado do Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Roberto Barroso.

Ementa: DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA SUA DECRETAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO TIPO PENAL DO ABORTO NO CASO DE INTERRUPÇÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO NO PRIMEIRO TRIMESTRE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. O habeas corpus não é cabível na hipótese. Todavia, é o caso de concessão da

ordem de ofício, para o fim de desconstituir a prisão preventiva, com base em duas ordens de fundamentos. 2. Em primeiro lugar, não estão presentes os requisitos que legitimam a prisão cautelar, a saber: risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (CPP, art. 312). Os acusados são primários e com bons antecedentes, têm trabalho e residência fixa, têm comparecido aos atos de instrução e cumprirão pena em regime aberto, na hipótese de condenação. 3. Em segundo lugar, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. 4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a 2 igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. 5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres,

que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos. 6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se cumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios. 7. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália. 8. Deferimento da ordem de ofício, para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se a decisão aos corréus.”

No referido julgado foi destacado que não há crime se o aborto ocorrer no primeiro trimestre de gravidez, sendo um julgado inédito e até mesmo histórico.

4. Conclusão

É inegável que o a teoria concepcionista tornou-se a mais aceita, superando a teoria natalista. O desenvolvimento do direito foi necessário para acompanhar a sociedade como um todo.

Assim, é certo afirmar também que o presente tema está longe de ter o consenso alcançado, uma vez que diversos são os casos que o confronto entre as teorias são trazidos à tona.

Trata-se de um tema muito delicado, pois com a adoção da teoria natalista retiram-se direitos do nascituro e com a adoção da teoria concepcionista confere direitos ao nascituro.

Contudo, ao lhe conferir direito à honra, à imagem, à alimentos, não faria muito sentido lhe retirar o direito à vida, o que confrontaria a questão da legalização do aborto, tema que se encontra latente na sociedade, principalmente pelas questões políticas de saúde e pela forte e justa corrente feminista.

Portanto, essa breve análise das teorias possuiu o objetivo de esclarecer dúvidas acerca do tema, bem como de causar a reflexão no estudo que é de extrema relevância e importância.

Referências bibliográficas

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 6ª ed. São Paulo: Método, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de direito civil – Volume Único*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Diniz, Maria Helena. Parte Geral. *In: Novo Código Civil Comentado*. Coordenação Ricardo Fiúza. São Paulo: Saraiva, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

O PROCEDIMENTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL NO NOVO CPC: UMA ANÁLISE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE À LUZ DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010

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: O estudo aborda a previsão do instituto da Separação Judicial no novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Por meio de uma pesquisa bibliográfica envolvendo posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, além da interpretação da própria lei, objetiva esclarecer a inconstitucionalidade da Separação Judicial após o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010, no ordenamento jurídico brasileiro. Também analisa os conceitos e diferenças entre a Separação e o Divórcio.

Palavras-Chave: Separação Judicial. Novo Código de Processo Civil. Emenda Constitucional nº 66/2010. |

ABSTRACT: The study deals with the prediction of the Institute of Judicial Separation in the new Civil Procedure Code, Law 13.105, of March 16, 2015. Through a bibliographical research involving doctrinal and jurisprudential positions, besides the interpretation of the law itself, aims to clarify the (In) constitutionality of the Judicial Separation after the advent of Constitutional Amendment No. 66/2010, in the Brazilian legal system. It also looks at the concepts and differences between Separation and Divorce.

Keywords: Judicial Separation. New Code of Civil Procedure. Constitutional Amendment n° 66/2010.

Sumário: 1 Introdução; 2 Breve Histórico da Dissolução do Vínculo Conjugal; 3 Conceitos e Diferenças entre a Separação e o Divórcio; 4 Separação Judicial após a Emenda Constitucional n° 66/2010; 5 Da Separação no Novo Código de Processo Civil; 6 Conclusão

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa apresenta os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre a Separação Judicial e o Divórcio após o advento da Emenda Constitucional n° 66/2010. O estudo ressalta as previsões da separação no novo Código de Processo Civil e analisa a compatibilidade deste instituto em face da Constituição Federal. O objetivo geral desta obra é verificar a constitucionalidade da Separação Judicial, tendo em vista que a Emenda Constitucional n° 66/2010 alterou a redação do art. 226, §6º, da CF/1988, e retirou do texto a disposição da separação como mecanismo de dissolução do casamento civil.

Para isto, foi desenvolvida uma pesquisa exploratória, adotando como procedimento técnico a pesquisa bibliográfica, baseada em livros, artigos de periódicos científicos, jurisprudências, bem como *sites* especializados e com conteúdos relacionados. A avaliação desta problemática revela-se importante, visto que o novo Código de Processo Civil trouxe em diversos artigos a expressão “separação”, e, conseqüentemente, vem à baila o ressurgimento do tema, que estava consagrado como extinto pela doutrina e jurisprudência majoritária.

2 BREVE HISTÓRICO DA DISSOLUÇÃO DO VÍNCULO CONJUGAL.

O marco inicial do estudo é a primeira Constituição da República, de 1891, que consolidou o Estado Republicano e extinguiu a religião oficial (católica), promovendo o Brasil a um país laico. Até então, o casamento civil era obrigatoriamente vinculado às cerimônias religiosas. Com a Constituição de 1891, vieram as disciplinas da separação de corpos, sendo

indicadas as causas aceitáveis: adultério, sevícia ou injúria grave, abandono do domicílio conjugal por dois anos contínuos e mútuo consentimento dos cônjuges, se fossem casados há mais de 2 anos.

Em 1901, o jurista Clóvis Beviláqua apresentou seu projeto de Código Civil, que só foi aprovado em 1916 (BEVILAQUA, 1901). Neste dispositivo, o término da sociedade conjugal somente era possível através do desquite, que autorizava a separação dos cônjuges, pondo termo ao regime de bens. Entretanto, permanecia o vínculo matrimonial. A segunda Constituição, de 1934, tornou a indissolubilidade do casamento como preceito constitucional, sendo este reiterado nas seguintes Constituições de 1937, 1946 e 1967.

Na Carta Magna outorgada pelos militares, em 1969, ficou consignado que qualquer projeto de divórcio somente seria possível com a emenda constitucional por dois terços de senadores e de deputados, que veio a ser instituída em 1977 e regulamentada pela Lei nº 6.515, de 26 de dezembro do mesmo ano. No ano de 1988, a nova Constituição Federal trouxe em sua redação original o art. 226, §6º: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de 2 anos” (BRASIL, 1988).

A Lei nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007, instituiu que o divórcio e a separação consensuais podem ser requeridos por via administrativa diretamente nos cartórios de notas, dispensando a necessidade de intervenção judicial e do Ministério Público, assistidos por advogado, desde que o casal não tenha filhos menores ou incapazes. Finalmente, em 2010, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 66, que conferiu nova redação para ao §6º do art. 226 da Constituição Federal. A partir de então, o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio (direto), sendo suprimido do texto o requisito da prévia separação judicial por mais de um ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 anos.

3 CONCEITOS E DIFERENÇAS ENTRE A SEPARAÇÃO E O DIVÓRCIO

O artigo 1.571 do Código Civil de 2002 assim dispõe:

Art. 1.571. A sociedade conjugal termina:

- I - pela morte de um dos cônjuges;
- II - pela nulidade ou anulação do casamento;
- III - pela separação judicial;
- IV - pelo divórcio.

§ 1º O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se a presunção estabelecida neste Código quanto ao ausente.

§ 2º Dissolvido o casamento pelo divórcio direto ou por conversão, o cônjuge poderá manter o nome de casado; salvo, no segundo caso, dispondo em contrário a sentença de separação judicial. (BRASIL, 2002)

Pelo texto de Lei, percebe-se clara distinção entre o instituto da separação judicial e do divórcio. O primeiro pode ser definido como: “a extinção da sociedade conjugal não pressupondo desfecho do vínculo matrimonial; ela põe termo às relações do casamento, mas mantém intacto o vínculo, o que impede os cônjuges de contrair novas núpcias”, conforme ensinamento do professor Caio Mário da Silva Pereira (2007, p. 249). Por outro lado, o divórcio é conceituado pela jurista Maria Helena Diniz (2008, p. 330) como: “O divórcio é a dissolução de um casamento válido, ou seja, extinção do vínculo matrimonial, que se opera mediante sentença judicial, habilitando as pessoas a convolar novas núpcias”.

A diferença essencial é que com a separação judicial não se pode casar novamente, já o divórcio garante a possibilidade de novas núpcias. Há ainda outras pequenas diferenças: se o cônjuge separado judicialmente falece, o estado civil do sobrevivente é viúvo, ao passo que o divorciado continua sendo divorciado; se os divorciados pretendem reatar o casamento, é necessário novo processo de habilitação para o casamento, enquanto os separados judicialmente podem voltar ao estado civil anterior por meio de uma simples petição ao juiz.

A verdade é que ambos os regimes, tanto a separação judicial quanto o divórcio, têm a mesma finalidade: acabar com o casamento. Por essa razão a doutrina majoritária defende veementemente a inutilidade da separação, conforme posicionamento de Maria Berenice Dias:

É um instituto que traz em suas entranhas a marca de conservadorismo atualmente injustificável. É quase um limbo: a pessoa não está mais casada, mas não pode casar de novo. Se, em um primeiro momento, para facilitar a aprovação da Lei do Divórcio, foi útil e, quiçá, necessária, hoje inexistente razão para mantê-la (...). Portanto, de todo o inútil, desgastante e oneroso, tanto para o casal, como para o próprio Poder Judiciário, impor uma duplicidade de procedimentos para manter, durante o breve período de um ano, uma união que não mais existe, uma sociedade conjugal “finda”, mas não “extinta”. (DIAS, 2009, p. 274)

Neste prisma, foi extinta a necessidade da separação prévia no texto da Carta Magna, com a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 66/2010.

4 SEPARAÇÃO JUDICIAL APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010

A redação original do art. 226, §6º, da Constituição Federal previa:

Art. 226 [...]

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos. (BRASIL, 1988)

Com o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010, o texto passou a vigorar nos seguintes termos: “§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”. (BRASIL, 2010). Considerando a autoexecutoriedade da norma constitucional, a inovação tem aplicação imediata, sem necessidade de qualquer aporte infraconstitucional para sua eficácia. Nota-se que houve apenas alteração no Texto Maior, sem modificação ou revogação de dispositivos do Código Civil de 2002 ou de leis específicas, cabendo a doutrina e jurisprudência definir quais construções jurídicas ainda persistem.

Ao analisar o conteúdo da nova redação é nítida a supressão da separação como requisito para o divórcio, bem como a eliminação de

prazo para sua propositura, judicial ou administrativo. No entanto, há quem ainda defenda o instituto da separação judicial, por questões de ordem moral e religiosa. Como já dito, o casamento era obrigatoriamente vinculado às cerimônias religiosas. Reconhecendo a manutenção da separação judicial, há julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, podendo ser transcrito o seguinte:

Separção Judicial. Viabilidade do pedido. Não obrigatoriedade do divórcio para extinguir a sociedade conjugal. 1. A Emenda Constitucional n.º 66 limitou-se a admitir a possibilidade de concessão de divórcio direto para dissolver o casamento, afastando a exigência, no plano constitucional, da prévia separação judicial e do requisito temporal de separação fática. 2. Essa disposição constitucional evidentemente não retirou do ordenamento jurídico a legislação infraconstitucional que continua regulando tanto a dissolução do casamento como da sociedade conjugal e estabelecendo limites e condições, permanecendo em vigor todas as disposições legais que regulamentam a separação judicial, como sendo a única modalidade legal de extinção da sociedade conjugal, que não afeta o vínculo matrimonial. 3. Somente com a modificação da legislação infraconstitucional é que a exigência relativa aos prazos legais será afastada. Recurso provido. (TJRS, Agravo de Instrumento 70039285457, 7.ª Câmara Cível, Comarca de Sapiranga, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 01/011/2010)

Em sentido contrário, sustentado por maioria, compreende-se que a chamada “Emenda do Divórcio” extinguiu o instituto da separação judicial. Esse é o pensamento de Zeno Veloso:

(...) numa interpretação histórica, sociológica, finalística, teleológica do texto constitucional, diante da nova redação do art. 226, §6.º, da Carta Magna, sou levado a concluir que a separação judicial ou por escritura pública foi figura abolida em nosso direito, restando o divórcio que, ao mesmo tempo, rompe a sociedade conjugal e extingue o vínculo matrimonial. Alguns artigos do Código Civil que regulavam a matéria foram revogados pela superveniência da norma constitucional – que é de estrutura máxima – e

perderam a vigência por terem entrado em rota da colisão com o dispositivo constitucional superveniente. (VELOSO, 2010, s. p.)

Na mesma senda, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p. 547):

Em síntese, com a nova disciplina normativa do divórcio, encetada pela Emenda Constitucional, perdem a força jurídica as regras legais sobre separação judicial, instituto que passe a ser extinto no ordenamento jurídico, seja pela revogação tática (entendimento consolidado pelo STF), seja pela inconstitucionalidade superveniente pela perda da norma validante (entendimento que abraçamos do ponto de vista teórico, embora os efeitos práticos sejam os mesmos). (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2011, p. 547).

A propósito, merece relevo o trecho com manifestação acidental do voto prolatado pelo Ministro Luis Felipe Salomão no Superior Tribunal de Justiça: “Assim, para a existência jurídica da união estável, extrai-se o requisito da exclusividade de relacionamento sólido da exegese do §1.º do art. 1.723 do Código Civil de 2002, *fine*, dispositivo esse que deve ser relido em conformidade com a recente EC n.º66 de 2010, a qual, em boa hora, aboliu a figura da separação judicial” (BRASIL, 2011). Esse entendimento é o que prevalece no Superior Tribunal de Justiça e Tribunais de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. AÇÃO DE DIVÓRCIO CONSENSUAL DIRETO. AUDIÊNCIA PARA TENTATIVA DE RECONCILIAÇÃO OU RATIFICAÇÃO. INEXISTÊNCIA. DIVÓRCIO HOMOLOGADO DE PLANO. POSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. 1. Em razão da modificação do art. 226, § 6º, da CF, com a nova redação dada pela EC 66/10, descabe falar em requisitos para a concessão de divórcio. 2. Inexistindo requisitos a serem comprovados, cabe, caso o magistrado entenda ser a hipótese de concessão de plano do divórcio, a sua homologação. 3. A audiência de conciliação ou ratificação passou a ter apenas cunho eminentemente formal, sem nada produzir, e não havendo nenhuma

questão relevante de direito a se decidir, nada justifica na sua ausência, a anulação do processo. 4. Ainda que a CF/88, na redação original do art. 226, tenha mantido em seu texto as figuras anteriores do divórcio e da separação e o CPC tenha regulamentado tal estrutura, com a nova redação do art. 226 da CF/88, modificada pela EC 66/2010, deverá também haver nova interpretação dos arts. 1.122 do CPC e 40 da Lei do Divórcio, que não mais poderá ficar à margem da substancial alteração. Há que se observar e relembrar que a nova ordem constitucional prevista no art. 226 da Carta Maior alterou os requisitos necessários à concessão do Divórcio Consensual Direto. 5. Não cabe, in casu, falar em inobservância do Princípio da Reserva de Plenário, previsto no art. 97 da Constituição Federal, notadamente porque não se procedeu qualquer declaração de inconstitucionalidade, mas sim apenas e somente interpretação sistemática dos dispositivos legais versados acerca da matéria. 6. Recurso especial a que se nega provimento. (STJ - REsp: 1483841 RS 2014/0058351-0, Relator: Ministro MOURA RIBEIRO, Data de Julgamento: 17/03/2015, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/03/2015)

APELAÇÃO CÍVEL. DIVÓRCIO APÓS EC N.º 66/10. MUDANÇA DE PARADIGMA. ART. 226, § 6º, CR/88. NORMA CONSTITUCIONAL DE EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE DIRETA, IMEDIATA E INTEGRAL (AUTOAPLICÁVEL OU "SELF-EXECUTING"). FIM DO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL. PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA DO ESTADO NA VIDA PRIVADA. AUTONOMIA DA VONTADE DO CASAL. FIM DO AFETO. EXTINÇÃO DO VÍNCULO CONJUGAL. INEXISTÊNCIA DE REQUISITO TEMPORAL PARA O DIVÓRCIO. DIREITO POTESTATIVO. SENTENÇA MANTIDA. I - Diante da alteração do art. 226, § 6º, CR/88, não mais subsistem o instituto da separação judicial e as normas infraconstitucionais incompatíveis com o novel texto constitucional, devendo o divórcio ser reconhecido como direito potestativo dos cônjuges. II - É desnecessária a comprovação de transcurso de lapso temporal concernente à separação ou de qualquer justificativa quanto aos motivos determinantes da ruptura do vínculo conjugal, sequer da imputação de culpa, bastando o fim do afeto e o

desejo do casal de se divorciar. Trata-se de deliberação personalíssima. Ademais, diante da laicidade e da imperiosa observância do princípio da dignidade da pessoa humana e da ruptura do afeto, a intervenção do Estado há de ser mínima na autonomia privada do casal. (TJ-MG - AC: 10028100033597001 MG, Relator: Peixoto Henriques, Data de Julgamento: 05/03/2013, Câmaras Cíveis Isoladas / 7ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 08/03/2013)

APELAÇÃO CÍVEL Nº 005100004604 RELATOR: DES. SUBS. WILLIAN SILVA RECORRENTE : ADRIANO DE PAULA SILVAADVOGADO: ZIRALDO TATAGIBA RODRIGUES RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUALRECORRIDO: BRUNA GOMES RIBEIROMAGISTRADO: ADELINO AUGUSTO PINHEIRO PIRES ACÓRDAO EMENTA. FAMÍLIA E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. DIVÓRCIO. EC 66/2010. ARTIGO 226º DA CF. APLICAÇÃO IMEDIATA. SEPARAÇÃO. INSUBSISTÊNCIA. REQUISITOS DO ARTIGO 1580 DO CC. COMPROVAÇÃO. INEXIGÊNCIA. RECURSOS PROVIDOS. 1. A nova redação do 6º do artigo 226 da CF não repetiu a exigência de prazo mínimo de separação do casal para a dissolução do vínculo matrimonial. A partir da EC 66/2010, a exigência deste prazo não subsiste como requisito para a decretação do divórcio. 2. O artigo 226, 6º, da CF, com a redação dada pela EC 66/2010, tem aplicação imediata e deve prevalecer diante das disposições infraconstitucionais em contrário, que se consideram tacitamente revogadas. 3. A partir da EC 66/2010, o pedido de divórcio deve ser apreciado sem que se perquiria o lapso temporal da separação de fato do casal ou quaisquer outras causas do fim da sociedade conjugal, porquanto estes elementos não subsistem como condição ou requisito para o deferimento do pedido. 4. Recursos providos para anular a sentença. Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas. Acorda a colenda QUARTA CÂMARA CÍVEL, em conformidade com a ata e notas taquigráficas que integram o presente julgado, à unanimidade de votos, DAR PROVIMENTO aos recursos. Vitória (ES), 05 de setembro de 2011. Desembargador Presidente Desembargador Subs. WILLIAN SILVA (TJES, Classe: Apelação Cível, 5100004604, Relator: SAMUEL MEIRA BRASIL JUNIOR - Relator

Substituto Designado: WILLIAN SILVA, Órgão julgador: QUARTA CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 05/09/2011, Data da Publicação no Diário: 26/09/2011) (TJ-ES - AC: 5100004604 ES 5100004604, Relator: SAMUEL MEIRA BRASIL JUNIOR, Data de Julgamento: 05/09/2011, QUARTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 26/09/2011)

Diante das manifestações doutrinárias predominantes e jurisprudências consolidadas nos tribunais, a matéria estava aparentemente pacificada. No entanto, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe novamente a figura da separação, o que fez renascer a matéria no ordenamento jurídico brasileiro.

5 DA SEPARAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, em síntese, trouxe a expressão “separação” nos artigos 53, I, 189, II, §2º, 693, 731, 732 e 733:

Art. 53. É competente o foro:

I - para a ação de divórcio, separação, anulação de casamento e reconhecimento ou dissolução de união estável:

Art. 189. Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos:

I - em que o exija o interesse público ou social;

II - que versem sobre casamento, separação de corpos, divórcio, separação, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes;

(...)

§ 2º O terceiro que demonstrar interesse jurídico pode requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e de partilha resultantes de divórcio ou separação.

Art. 693. As normas deste Capítulo aplicam-se aos processos contenciosos de divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação.

Art. 731. A homologação do divórcio ou da separação consensuais, observados os requisitos legais, poderá ser requerida em petição assinada por ambos os cônjuges, da qual constarão:

Art. 732. As disposições relativas ao processo de homologação judicial de divórcio ou de separação consensuais aplicam-se, no que couber, ao processo de homologação da extinção consensual de união estável.

Art. 733. O divórcio consensual, a separação consensual e a extinção consensual de união estável, não havendo nascituro ou filhos incapazes e observados os requisitos legais, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições de que trata o [art. 731](#). (BRASIL, 2015)

O ressurgimento deste termo levanta novamente as discussões acerca da manutenção do instituto da separação judicial, mesmo após a Emenda Constitucional n.º 66/2010. A doutrina, representada por Lênio Luiz Streck, já antes da aprovação do texto final do novo CPC, sustentou a inconstitucionalidade do que chamou de reprivatização da separação judicial:

(...) não pode haver dúvida que, com a alteração do [texto constitucional](#), desapareceu a separação judicial no sistema normativo brasileiro – e antes que me acusem de descuidado, não ignoro doutrina e jurisprudência que seguem rota oposta ao que defendo no texto, mas com elas discordo veementemente. Assim, perde o sentido distinguir-se término e dissolução de casamento. Isso é simples. Agora, sociedade conjugal e vínculo conjugal são dissolvidos mutuamente com o divórcio, afastada a necessidade de prévia separação judicial ou de fato do casal. Nada mais adequado a um Estado laico (e secularizado), que imputa inviolável a liberdade de consciência e de crença ([CF/1988](#), art. 5º, VI). Há, aliás, muitos civilistas renomados que defendem essa posição, entre eles Paulo Lôbo, Luís Edson Fachin e Rodrigo da Cunha. Pois bem. Toda essa introdução me servirá de base para reforçar meu posicionamento e elaborar crítica para um problema que verifiquei recentemente. E já adianto a questão central: fazendo uma leitura do Projeto do [novo CPC](#), deparei-me com uma espécie de reprivatização da separação judicial. Um dispositivo tipo-Lázaro. Um curioso retorno ao mundo dos vivos. (STRECK, 2014, s. p.)

Apesar da resistência de renomados juristas, o texto do novo código foi aprovado com a figura da separação, na direção oposta à crescente era da Constitucionalização do Direito. Nas palavras de Rodrigo da Cunha Pereira:

(...) se o novo texto do §6º do art. 226 retirou de seu corpo a expressão “separação judicial”, como mantê-la na legislação infraconstitucional, ou até mesmo reproduzi-la no CPC/2015? É necessário que se compreenda, de uma vez por todas, que a hermenêutica constitucional tem de ser colocada em prática, e isso compreende suas contextualizações política e histórica. Aliás, conforme orientação emanada do próprio Supremo Tribunal Federal, a inconstitucionalidade, seja ela material, seja formal, deve ser averiguada frente à Constituição que estava em vigor no momento da elaboração e edição dessa norma jurídica. Logo, sob o prisma da Constituição de 1988, o CPC/2015 traz consigo uma inconstitucionalidade, por ressuscitar o anacrônico e antiquado instituto da separação judicial. (PEREIRA, 2016, p. 64-65)

De igual pensamento, Flávio Tartuce se manifesta:

Em reforço, constata-se que como a finalidade da separação de direito sempre foi a de pôr fim ao casamento, não se justifica a manutenção da categoria se a Norma Superior traz como conteúdo apenas o divórcio, sem maiores burocracias. Não se sustenta mais a exigência de uma *primeira etapa* de dissolução, se o Texto Maior trata apenas de uma outrora *segunda etapa*. A tese da manutenção da separação de direito remete a um Direito Civil burocrático, distante da Constituição Federal, muito formal e pouco material; muito *teorético* e pouco efetivo. (TARTUCE, 2017, p. 1321)

Em complemento, cita-se a preleção da Corte Constitucional no julgamento do Agravo de Instrumento nº 851.849/RS, de Relatoria do Ministro Luiz Fux:

(...) A lei é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional, na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição

superveniente; nem o legislador pode infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores que com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária. Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinquentenária. (...) (BRASIL, 2013)

O que se verifica é que o pensamento quase unânime da doutrina e jurisprudência considera extinta a Separação Judicial após a Emenda Constitucional n.º 66/2010, razão pela qual estão revogados tacitamente os dispositivos infraconstitucionais tratados no Código Civil nos artigos 1.571, 1572, 1573, 1574, 1575, 1576, 1578, 1580; e, restam acometidos do vício da inconstitucionalidade todas as previsões do tema no Novo Código de Processo Civil.

O especialista Rodrigo da Cunha Pereira (2016, p. 66) aponta uma possível solução para o impasse: “(...) o CPC2015 usou a expressão “separação”, nos arts. 53, I, 189, II, §2º, 693, 731, 732 e 733, devendo ser entendida como separação de fato ou de corpos”. Seguindo o mesmo raciocínio, Paulo Lôbo, em elucidativo artigo assevera:

(...) o CPC de 2015 não recriou ou restaurou a separação judicial, nem prévia nem autônoma. As alusões que faz a “separação” e “separação convencional” devem ser entendidas como referentes à separação de fato. Em uma de suas peças mais hilariantes, cujo título é *Muito barulho por nada*, Shakespeare desenvolve uma trama em torno do casal de apaixonados, vítimas de armação de um malvado que beija outra mulher para confundir o namorado, induzindo-a a acreditar que era sua namorada. No final, tudo se esclarece e os namorados se casam. Lembramo-nos dessa peça quando assistimos a votação final e lemos o texto do novo CPC, aprovado pelo Senado Federal. Muito barulho por nada. (LOBO, 2016. p. 25)

Esta interpretação ajuda a admitir a expressão “separação” no recente Código de Processo Civil sem que haja conflito com o texto constitucional.

É uma perspectiva válida para tornar as regras processuais relacionadas ao tema aplicáveis ao Direito Brasileiro. De qualquer forma, a matéria é contemporânea e será ventilada nos tribunais, a quem, juntamente com a doutrina, caberá definir o modo como interpretar o termo “separação” no CPC/2015 e sua aplicação prática no ordenamento jurídico.

6 CONCLUSÃO

Ao longo do presente trabalho foi estudado o instituto da Separação Judicial abordando um breve histórico do seu surgimento, até a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil de 2015. Neste interim, foi examinada a Emenda Constitucional n.º 66/2010, que excluiu a separação judicial do texto da Carta Magna. Através da análise de dispositivos legais e posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, se observou a controvérsia da separação após o advento da Emenda Constitucional n.º 66/2010.

A pesquisa revelou que a doutrina e jurisprudência majoritárias consideravam pacificada a extinção da separação após a Emenda do Divórcio. No entanto, a matéria veio novamente à tona com as previsões deste instituto no recente Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015. Pelo estudo, verificou-se que o entendimento majoritário manteve a extinção da separação por mandamento da Carta Maior, concluindo pela inconstitucionalidade dos dispositivos relacionados ao tema no CPC/2015. Por fim, foi apontada uma possível solução para o impasse, já tratada por alguns juristas, que é interpretar a expressão “separação” no novo código, não como o instituto da Separação Judicial em sentido técnico, mas sim como a “separação de fato”.

7 REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 24 mai. 2017.

_____. **Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010.** Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 24 mai. 2017.

_____. **Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977.** Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Brasília, 26 de dezembro de _____ 1977. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm. Acesso em: 13 dez. 2017.

_____. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 24 mai. 2017.

_____. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 24 mai. 2017.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em: . Acesso em 11 jun. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: . Acesso em 11 jun. 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 5. ed. revista e atualizada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família.** 23. ed. rev. atual. e ampliada de acordo com a reforma do Código de Processo Civil e com o Projeto de Lei 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008.

ESPÍRITO SANTO (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Espírito Santo.** TJ-ES - AC: 5100004604 ES 5100004604, Relator: SAMUEL MEIRA BRASIL JUNIOR, Data de Julgamento: 05/09/2011, QUARTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 26/09/2011. Disponível em: . Acesso em 12 jun. 2017

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Direito de Família. V.6. São Paulo: Saraiva, 2011

LÔBO, Paulo. Divórcio e os modelos de separação entre o Código Civil e o Código de Processo Civil de 2015. **Revista IBDFAM**, Belo Horizonte, v. 13, p 25-35, jan.-fev. 2016.

MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. TJ-MG - AC: 10028100033597001 MG, Relator: Peixoto Henriques, Data de Julgamento: 05/03/2013, Câmaras Cíveis Isoladas / 7ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 08/03/2013. Disponível em: . Acesso em 12 jun. 2017

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio**: teoria e prática. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. TJRS – AG 70039285457, 7.ª Câmara Cível, Comarca de Sapiranga, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 01/011/2010. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22908975/apelacao-civel-ac-70039827159-rs-tjrs/inteiro-teor-111165172>. Acesso em 24 mai. 2017.

STRECK, Lênio Luiz. Por que é inconstitucional “represtinar” a separação judicial no Brasil. **Conjur**: portal eletrônico de notícias, 18 nov. 2014. Disponível em: . Acesso em: 24 mai. 2017.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

VELOSO, Zeno. O novo divórcio e o que restou do passado. **IBDFAM**: portal eletrônico de notícias. Disponível em: . Acesso em: 24 mai. 2017

A ANÁLISE DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE AO IMPOSTO SOBRE OPERAÇÃO DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIA E SERVIÇO - ICMS

RICARDO SIMÕES XAVIER DOS SANTOS: Professor Auxiliar da Universidade do Estado da Bahia - UNEB e da Universidade Católica do Salvador - UCSal; Advogado. Fundador do escritório Ricardo Xavier Advogados Associados. Mestre em Políticas Sociais e Cidadania pela Universidade Católica do Salvador - UCSal, especialista em Direito do Estado pelo Jus Podivm / Unnyahna e em Direito Tributário pelo IBET - Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. Professor da Universidade do Estado da Bahia - UNEB, da Universidade Católica do Salvador - UCSal e da Escola Superior da Advocacia - ESA - Seccional da OAB/BA. Pesquisador do Núcleo de Estudos em Tributação e Finanças Públicas - NEF da Universidade Católica do Salvador - UCSal;

RESUMO: O presente artigo científico pretende realizar uma análise sobre a aplicação do princípio constitucional da Seletividade ao ICMS, imposto sobre o consumo que guarda diversas peculiaridades observadas na sua hipótese de incidência. A possibilidade do legislador utilizar diferentes alíquotas de ICMS para as mais diversas mercadorias e serviços levanta grandes questionamentos, inclusive sobre a possibilidade de estabelecimento dessas pelo Judiciário, em detrimento da atividade legislativa que deveria observar a aplicação da Seletividade. Dessa maneira, a utilização de alíquotas seletivas ganhou grande relevância com o destaque do Recurso Especial 714.139/SC pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral, e por este motivo este artigo torna-se importante para elucidar a questão antes da decisão da Corte Maior.

Palavras-chave: Seletividade. ICMS. alíquotas.

ABSTRACT: This article intends to analyze the application of the constitutional principle of ICMS Selectivity, a tax on consumption that preserves several peculiarities observed in its hypothesis of incidence. The possibility of the legislator to use different ICMS aliquots for the most varied products and services raises great questions, including the possibility of

establishing them by the Judiciary, to the detriment of the legislative activity that should observe the application of Selectivity. In this way, the use of selective aliquots has gained great relevance with the highlight of Special Resource 714.139 / SC by the Federal Supreme Court with general repercussion, and for this reason this article becomes important to elucidate the issue before the decision of the Court Major .

Keywords: Selectivity. ICMS. aliquots.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO 1 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SELETIVIDADE 1.1 A Seletividade como Incentivo à Justiça Social/Fiscal e Aplicável aos Tributos Sobre o Consumo 1.2 A Seletividade na Constituição Federal de 1988 2 A HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO ICMS 2.1 Hipótese de Incidência Tributária do ICMS 2.2 O ICMS como Importante Imposto Sobre o Consumo 3 A SELETIVIDADE APLICADA AO ICMS 3.1 O ICMS Incidente Sobre a Energia Elétrica 3.2 Estudo de Caso: ICMS Energia Elétrica na Lei 7.014/96 3.3 Conflito de Competência: Judiciário ou Legislativo? CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO:

O Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços é o principal tributo sobre o consumo de arrecadação dos Estados brasileiros. A Constituição Federal delega aos Estados a competência de regular esse imposto, e assim estabelecem alíquotas diferenciadas, de acordo com a mercadoria e serviço a ser tributada.

Dessa maneira, os entes federados são compelidos à observar critérios seletivos no estabelecimento das alíquotas do ICMS, tributando bens considerados essenciais à promoção da dignidade da pessoa humana com alíquotas menores, a fim de torná-los mais acessíveis, e bens supérfluos com alíquotas maiores, em função de seu caráter dispensável.

É nesse contexto que se insere a temática em questão, tornando-se tão indispensável a sua discussão, para investigar se os Estados realmente vem se atentando à aplicação do princípio constitucional da

seletividade no momento do estabelecimento das diferentes alíquotas para mercadorias e serviços.

Diante disso, buscou-se investigar a alíquota de ICMS adotada no Estado da Bahia, vide Lei 7.014/96, no que diz respeito à energia elétrica, levando em conta o seu caráter essencial e garantidor de princípios empregados no ordenamento jurídico brasileiro.

O principal fator motivador da realização dessa pesquisa é o destaque em sede de repercussão geral da discussão da aplicação do princípio da seletividade ao ICMS pelo Supremo Tribunal Federal (Recurso Especial 714.139/SC), uma vez que o contribuinte pode questionar judicialmente a constitucionalidade da alíquota definida pelos Estados.

No primeiro capítulo será discutido o princípio da seletividade em todos os seus aspectos, englobando desde a sua aplicação à determinados tributos estabelecidos constitucionalmente até a sua utilização como incentivo à justiça social/fiscal.

Já no segundo capítulo, busca-se uma análise sobre a hipótese de incidência do ICMS, com especificações de base de cálculo, fato gerador, e todas as suas peculiares características, bem como a demonstração da sua importância para o consumo e para a economia brasileira atualmente.

Em uma análise mais específica, o terceiro capítulo discorre sobre a aplicação do princípio da seletividade ao ICMS, discutindo acerca da sua facultatividade ou obrigatoriedade nos termos da Carta Magna. Ainda nesse tópico, será estudada a aplicação ou não da seletividade à alíquota de ICMS energia elétrica utilizada no Estado da Bahia (Lei 7.014/96). Por fim, esta sessão encerrará com discussão sobre a possibilidade de estabelecimento de alíquotas icemistas pelo Judiciário em detrimento do Legislativo.

Para elaboração deste artigo utilizou-se o método da revisão de literatura, na medida em que foram pesquisados os principais autores que tratam do tema em comento e confrontados os seus entendimentos. Foi também utilizado o método dedutivo, vez que partiu-se de uma análise da regra geral para então compreender casos específicos, como foi tratada a

aplicação da seletividade ao ICMS energia elétrica na legislação tributária baiana (Lei 7.014/96).

1 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SELETIVIDADE

A Constituição Federal de 1988 estruturou-se a partir de princípios que buscam o estabelecimento do Estado de Direito, garantindo aos cidadãos a proteção necessária para a manutenção harmoniosa da vida em sociedade e conhecimento das atribuições do Estado, permitindo assim, que cobrem deste tudo aquilo que lhes cabe. Nesse sentido, os princípios funcionam como pontes que se estabelecem entre o texto normativo e a conduta do indivíduo que a ele se submete.

Os princípios econômicos estabelecem limites na atividade impositiva estatal e terminam por direcionar a aplicação dos princípios jurídicos no âmbito das finanças públicas (SOUZA, 2014, p.4). Dessa maneira, os princípios tributários apresentam-se como mecanismos de orientação do legislador no momento da fixação das alíquotas, levando em conta a distribuição de rendas e a necessidade de arrecadação do Fisco.

Assim, o Princípio da Seletividade apresenta-se como uma medida de atendimento à capacidade contributiva dos cidadãos (CASALINO, 2012, p.123), mostrando que o legislador busca respeitar outros princípios, como o da dignidade da pessoa humana e da redução das desigualdades sociais, bem como o caráter essencial dos produtos e serviços tributados, agindo diretamente na alíquota de alguns tributos no momento do seu estabelecimento em lei.

1.1 A Seletividade como Incentivo à Justiça Social/Fiscal e Aplicável aos Tributos sobre Consumo

A respeito das alíquotas dos tributos, segundo Neves (2010, p.6), “em direito tributário, a palavra alíquota é usada para designar o percentual que se aplica sobre a base de cálculo para determinar o valor do tributo”.

No que tange à seletividade, Casalino (2012, p.122) informa que “alíquotas *seletivas* são as estabelecidas de acordo com algum critério

específico relacionado ao objeto do tributo”. De forma, as alíquotas de mercadorias supérfluas e suntuárias serão obviamente diferentes daquelas adotadas para produtos e serviços de grande consumo popular (COÊLHO, 2009, p.336). Importante ressaltar ainda o posicionamento de Menescal (2007, p.10), quando diz que “seletividade quer dizer discriminação ou sistema de alíquotas diferenciadas por espécies de mercadorias”.

Diante disso, tem-se que a seletividade aplica-se aos tributos incidentes sobre o consumo, na medida em que, a essencialidade estabelecida constitucionalmente aos produtos e serviços, se diferencia a partir da discriminação de alíquotas diferentes com base na maior e menor utilidade destes para a sociedade em geral.

Nas palavras de Carvalho (2007, p.75):

Impondo que as alíquotas do imposto sejam estipuladas seletivamente, em função do grau de essencialidade dos produtos, serviu-se, para tanto, da divisão dos produtos em três categorias: a) necessárias à sobrevivência (alíquotas); b) úteis, mas não necessários (alíquotas moderadas) e c) produtos de luxo (alíquotas significativas).

Desse modo, o princípio da seletividade se estabelece comparando as mercadorias e serviços, sem discriminação dos contribuintes em razão de raça, sexo, ocupação profissional, etc. Segundo Carraza (2010, p.459), o que evidencia o seu respeito à capacidade contributiva de cada um. Nas palavras de Melo (2012, p.360), “a seletividade implica observância ao princípio da isonomia”, buscando, portanto, respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana.

Cumprido salientar, que este princípio já é entendido como um suavizador da injustiça dos impostos, determinando assim as consequências no âmbito tributário a serem suportadas pelas classes de menor capacidade contributiva e onerando os bens consumidos por aqueles com padrão social mais elevado (MELO, 2012, p.359). A esse respeito, Casalino (2012, p.124) explica que “tratar de forma igual os iguais e de forma desigual os desiguais realiza o princípio da igualdade e seu

subprincípio da capacidade contributiva”. Importante ressaltar que essa última conceitua-se, segundo Carvalho (2010, p.213), como o “padrão de referência básico para aferir-se o impacto da carga tributária e o critério comum dos juízos de valor sobre o cabimento e a proporção do expediente impositivo”.

Melo (2012, p.360) acrescenta ainda que “a essencialidade consiste na distinção entre cargas tributárias, em razão de diferentes produtos, mercadorias e serviços, traduzidos basicamente em alíquotas descoincidentes”. De maneira ainda mais clara: a seletividade se estabelece em função da essencialidade, que se vincula ao princípio da capacidade contributiva e se aplica à ideia de justiça distributiva (TORRES, 1997, p.98).

Importante destacar que a aplicação da seletividade em produtos e serviços respeitando a capacidade contributiva de cada cidadão possibilita a realização da justiça fiscal, o que promove uma justa distribuição de cargas tributárias, no que tange ao contribuinte, e de receitas tributárias, quando se fala em Fisco.

Nesse sentido, insta ressaltar que, conforme delinea Menescal (2007, p.10), “tributação seletiva é um instrumento concretizador da justiça fiscal porque seleciona os contribuintes a partir dos signos presuntivos de riqueza que estes emitem ao demonstrarem seus hábitos ou padrões de consumo”.

Assim, a aplicação do princípio da seletividade, no que diz respeito à essencialidade por ele invocada, apresenta-se como importante garantidor dos direitos assegurados à pessoa humana na Constituição Federal de 1988, estabelecendo uma linha tênue com a capacidade contributiva e a promoção da justiça social e fiscal.

1.2 A Seletividade na Constituição Federal de 1988

O princípio da seletividade se aplica aos tributos incidentes sobre o consumo, conforme já delineado anteriormente, e na Carta Magna encontra amparo no artigo 153, § 3º e 155, § 2º, III. Portanto, nas palavras

de Melo (2012, p.358, grifo do autor), a seletividade “constitui princípio constitucional a ser rigorosamente obedecido no âmbito do IPI, e de modo *permitido*, no caso do ICMS [...]”. Dessa maneira, o ICMS e o IPI são diferentes na medida em que, no primeiro, a aplicação da seletividade leva em conta primeiramente a população, e no segundo, o processo industrial (COÊLHO, 2009, p.336).

Esses dois tributos fazem parte da categoria dos “indiretos”. Isso significa que, conforme estabelece Casalino (2012, p.122), o encargo econômico relativo ao valor do tributo pode ser ‘embutido’ no preço final endereçado ao consumidor. Assim, este último, ao pagar o ‘preço’ da mercadoria, paga também, de forma ‘embutida’ o valor do imposto.

Exemplificando a questão acima descrita, pode-se pensar em um produto que custa R\$ 10,00 (dez reais) para um empresário. Este produto não será repassado para o consumidor final, qual seja o contribuinte de fato, pelo mesmo valor, pois o comerciante transfere para o valor do produto o tributo. Desse modo, ao final da operação, o consumidor comprará o produto por R\$ 12,00 (doze reais), pagando o valor do ICMS incidente. Esses casos são típicos quando relacionados ao ICMS e ao IPI, e exatamente por este motivo é determinada constitucionalmente a aplicação da seletividade sobre esses impostos.

Existe uma discussão doutrinária a respeito da “simples permissão” concedida para aplicação da seletividade ao ICMS. O entendimento de uma parte da doutrina é no sentido de que, estabelecer um poder à uma pessoa política, em verdade é lhe impor um dever, ou seja, a seletividade teria natureza obrigatória para o legislador infraconstitucional (CARRAZA, 2009, p.458).

Nesse sentido, Carraza (2009, p.459) conclui que o princípio da seletividade “pode e deve ser utilizado como instrumento de ordenação político-econômica, estimulando a prática de operações ou prestações havidas por úteis ou convenientes à Sociedade e, em contranota, onerando outras que não atendem tão de perto ao interesse nacional”.

Ainda na defesa desse pensamento, Melo (2012, p.360) externa que:

A seletividade do ICMS também deverá obedecer as diretrizes constitucionais que nortearão o IPI e completa conquanto a facultatividade constitua o elemento impulsionador da edição do ICMS seletivo, não poderá haver, propriamente, mero critério de conveniência e oportunidade, porque se impõe a obediência a inúmeros postulados constitucionais [...].

Por outro lado, existe corrente doutrinária guiada por Rosa Jr. (2007, p.831) que entende pela facultatividade do legislador em aplicar alíquotas seletivas ao ICMS, e por esse motivo é necessária prévia análise para entender quais serão as mercadorias e serviços sujeitos ao princípio da seletividade.

A respeito de outro aspecto, a doutrina majoritária se coaduna no sentido de que os únicos impostos seletivos estabelecidos pela Constituição Federal de 1988 são o ICMS e o IPI. Contudo, a parte minoritária entende que o IPTU (Imposto Predial e Territorial Urbano) e o IPVA (Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores) também são impostos de natureza seletiva. No que tange ao IPTU, seria seletivo em razão da localização e do uso do imóvel urbano e o IPVA teria sua natureza seletiva em razão do tipo e da utilização do veículo automotor, posição defendida pelo doutrinador Leandro Paulsen (CASALINO, 2012, p.124).

Diante disso, observa-se que a Carta Magna delinea expressamente a respeito dos tributos atingidos pelo princípio da seletividade, quais sejam ICMS e IPI, caracterizados como indiretos em razão do repasse de seu valor para o consumidor final, contudo, parte da doutrina entende que o IPTU e o IPVA também estão sujeitos à critérios de essencialidade para fixação de suas alíquotas, e por este motivo deveriam ser incluídos no rol de tributos seletivos.

2 ICMS - IMPOSTO SOBRE OPERAÇÃO DE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS

Para conviver socialmente, foram criadas regras de conduta pelo Estado para a formação do direito positivo (BRITO, 2007, p.55), Assim, a Constituição Federal trouxe o regramento do sistema tributário nacional de responsabilidade estatal, com todos os tributos e suas peculiaridades (SOUZA, 2014, p.3).

A esse respeito, Souza (2014, p.3) traz que “o poder de tributar justifica-se sob a premissa de que o bem da coletividade tem preferência a interesses individuais, sobretudo porque, na ausência do Estado, não haveria garantia nem mesmo à propriedade privada”.

O sistema tributário brasileiro, desenhado pela Constituição Federal e regulado pelo Código Tributário Nacional, disciplina a relação entre o fisco e o contribuinte, buscando promover uma espécie de justiça social econômica, que garante a prevalência dos princípios basilares do ordenamento jurídico pátrio e arrecadação para o fisco, que se utiliza da receita arrecadada para promoção de políticas públicas.

2.1 Hipótese de Incidência Tributária do ICMS

A construção da hipótese de incidência de qualquer tributo deve partir da Constituição Federal. Assim, ela outorga poderes para que os entes federados possam instituir tributos, delimitando suas competências. A *Lex Major*, na medida em que outorga competências, delinea uma moldura limitadora que evita abusos por partes dos entes federados (DIDIER, 2016, p.13).

Diante disso, deve o Fisco atuar dentro dos limites estabelecidos pela Carta Magna, por conta de serem absolutamente intransponíveis. Caso haja desrespeito a estes limites, Didier (2016, p.14) afirma que o Fisco “estará atuando fora da competência que lhe foi conferida, tornando o tributo inconstitucional e, portanto, indevido”.

De maneira ainda mais clara, em função do federalismo fiscal praticado no Brasil, quando estabelecidos os padrões dos tributos na Constituição Federal, a União delega aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal a competência para instituição destes (CARRAZA, 2010, p.34).

Conforme assevera Didier (2016, p.15), ao outorgar competências tributárias, o Constituinte se utilizou de expressões que abarcam conceitos: “serviços de comunicação”? “patrimônio”? “renda”? “produtos industrializados”? etc. Através do conteúdo semântico destes conceitos, o legislador construiu uma moldura limitadora para cada tributo.

Entre os tributos não vinculados previstos na Carta Magna, quais sejam aqueles que não demandam atuação estatal específica em função da sua arrecadação (SOUZA, 2014, p.4), encontra-se o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, que está previsto taxativamente na Seção IV, no artigo 155 (MATTOS, 2006, p.15).

Nas palavras de Melo (2012, p.13), as “operações” relativas ao imposto “configuram o verdadeiro sentido do fato juridicizado, a prática de ato jurídico como a transmissão de um direito (posse ou propriedade)”.

Quanto ao fato gerador do imposto, não restam dúvidas que trata-se da “circulação de mercadorias” (JORGE, 2008, p.4), que, como assevera Carraza (2010, p.38), conceitua-se como a “transferência (de uma pessoa para outra) da propriedade da mercadoria”. No mesmo sentido, circulação é “o processo de movimentação da mercadoria, com mudança do titular desde a fonte e produção até o consumidor final.” (MELO, 2012, p.21). Dessa maneira, insta salientar que “para que um bem móvel seja havido por mercadoria, é mister que ele tenha por finalidade a venda ou revenda.” (CARRAZA, 2010, p.43).

A base de cálculo do ICMS, por sua vez, é o valor da operação de circulação da mercadoria ou da prestação do serviço. Insta salientar tratar-se de um tributo indireto, permitindo que o valor do encargo seja repassado ao consumidor já incluído no preço final do produto ou serviço.

Conforme prevê o artigo 155, inciso II da Constituição Federal, o ICMS conta com características marcantes, quais sejam: a) não cumulatividade (não incidência em “cascata”); b) isenção ou não incidência nas operações posteriores e anteriores; c) incidência seletiva (em função

da essencialidade); d) incidência sobre operações de entrada de bem/mercadoria importados do exterior e o serviço iniciado no exterior, bem como sobre serviços não compreendidos na competência municipal prestados como o fornecimento de mercadorias; e e) não incidência sobre operações de exportação no exterior de serviços prestados a destinatários no exterior, interestaduais com petróleo e derivados, bem como energia elétrica, ouro, quando não definido em lei como ativo financeiro ou instrumento cambial e, finalmente sobre serviços de comunicação livres e gratuitos (MELO, 2006, p.19).

Diversos doutrinadores discorrem a respeito da hipótese de incidência do ICMS, sendo o conceito mais utilizado o de Carraza (2010, p.42) quando informa que esta seria a “operação jurídica que, praticada pelo comerciante, industrial ou produtor, acarrete circulação de mercadoria, isto é, a transmissão de sua titularidade”. Importante ressaltar que a presença do comerciante no conceito demonstra a necessidade do caráter habitual para incidência do ICMS, exceto quando se fala em bem ou mercadoria importado do exterior por pessoa física, qualquer que seja a sua finalidade (MATTOS, 2006, p.27).

Portanto, trata-se de um tributo não vinculado, definido pela Constituição Federal em seu artigo 155, que delega competência para os Estados e o Distrito Federal, exigindo a transferência da titularidade da mercadoria para caracterizar sua circulação e tendo como contribuinte o comerciante, industrial ou produtor que realize tais operações com caráter habitual.

Ademais, o ICMS é um imposto que incide diretamente sobre o consumo, que é também indireto, não cumulativo, e traz a obrigatoriedade de ser seletivo em função da essencialidade do produto ou do serviço prestado.

2.2 A Influência do ICMS Sobre o Consumo e na Economia

No Brasil, segundo dados da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), a maior arrecadação de impostos é proveniente do consumo, perfazendo um total de 43% das arrecadações,

enquanto apenas 21% dessas provêm dos impostos incidentes sobre a renda (SOUZA, 2014, p.7).

No entanto, essa situação é extremamente prejudicial, principalmente para as camadas menos favorecidas economicamente, visto que, estes são os que mais consomem, pois tem que gastar o pouco que ganham com suas necessidades básicas, enquanto aqueles que tem maior remuneração mensal podem poupar parte do recebido, e por isso, terminam consumindo menos. Em outras palavras: em razão desta característica, a tributação nestas operações traz um caráter menos seletivo, uma vez que fica impossibilitada a análise da capacidade contributiva do contribuinte, restando ao legislador aplicar tal princípio de forma indireta, com o objetivo de aproximar-se da justiça fiscal.

Diante disso, não é forçoso dizer que a tributação excessiva sobre o consumo praticada no Brasil contemporâneo viola o princípio da capacidade contributiva previsto no Código Tributário Nacional. Isto porque tem por consequência o prejuízo aos menos favorecidos em face aos mais bem remunerados, quando a lógica principiológica prega justamente o oposto.

Os impostos incidentes sobre o consumo no país hoje são: a) Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI); b) Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e Comunicação (ICMS); e c) Imposto sobre Serviços de qualquer Natureza (ISS). Nesse sentido: O imposto do item “a” é de competência da União; o do item “b” é de competência dos Estados e Distrito Federal; e o item “c”, por sua vez, é de competência dos Municípios.

O ICMS é hoje o principal tributo dos Estados devido a certas peculiaridades que, conforme garante Souza (2014, p.7), se manifestam “em razão de seu atributo de não cumulatividade e por permitir que o consumo seja tributado ao longo da cadeia de produção, na medida em que é agregado valor aos insumos que comporão a mercadoria”.

Dessa forma, o ICMS, imposto instituído pelos Estados e pelo Distrito Federal, estando diretamente ligado ao consumo, por gravar várias etapas de circulação, uma vez que o comerciante pode embutir o valor pago à título de ICMS no valor cobrado do consumidor final, não leva em conta, por sua própria Regra Matriz, peculiaridades do sujeito passivo (comerciante habitual), fazendo com que inexista observância direta ao princípio da capacidade contributiva.

3 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE AO ICMS

Nas palavras de Jorge (2008, p.131), e conforme amplamente discutido, a seletividade é a “determinação constitucional no sentido de que a alíquota deverá variar em função da essencialidade do bem, em inversa proporção.”. Nesse sentido, a *Lex Major* institui em seu texto que tal princípio se aplica obrigatoriamente ao IPI e facultativamente ao ICMS.

A esse respeito, a doutrina majoritária brasileira entende que, em verdade, a seletividade incide obrigatoriamente sobre o IPI e o ICMS. Esse pensamento se traduz em Jorge (2008, p.131), na medida em que “ainda que se entenda que a adoção do princípio da seletividade é uma faculdade, sendo este adotado pelo legislador estadual, deverá ser obedecido”.

No mesmo sentido, levando-se em consideração a condição inafastável da capacidade contributiva do ICMS, a seletividade deve ser obrigatória para o legislador (CARRAZA, 2010, p.458). Isto porque, a seletividade requer discriminação ou sistema de alíquotas diferenciais por espécies de mercadorias, sendo assim um dispositivo programático que leva o legislador a estabelecer alíquotas em razão inversa da essencialidade das mercadorias (BALEIRO, 1999, p.347).

Não é forçoso dizer que, conforme assevera Casalino (2012, p.123), “como regra, a seletividade das alíquotas de acordo com a essencialidade do produto ou mercadoria realiza o princípio da capacidade contributiva”. Assim, conclui-se que alíquotas maiores para produtos ou serviços supérfluos tendem a atingir consumidores de maior capacidade contributiva, enquanto as menores (produtos essenciais), atingem consumidores de menor capacidade contributiva.

3.1 O ICMS Incidente sobre a Energia Elétrica

O fornecimento de energia elétrica é um serviço de grande valia para os seres humanos. Isto porque, possuem necessidades essenciais que vão desde estocar seus alimentos até manter suas residências iluminadas durante a noite.

Por este motivo, a energia elétrica apresenta-se como serviço garantidor do princípio da dignidade da pessoa humana, presente no rol de direitos fundamentais que embasam a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O ICMS é um dos tributos que incidem sobre a energia elétrica no Brasil, com regulamentação na Carta Maior e, em função da atribuição de competência aos estados, nas legislações tributárias estaduais. A esse respeito, Carraza (2010, p.286) discorre informando que “a alíquota possível do ICMS incidente sobre energia elétrica é um percentual do seu fornecimento, ficado pela lei de cada pessoa política tributante, observados os tetos de resolução do Senado.”. Portanto, de acordo com o raciocínio até aqui desenvolvido, sobre mercadoria ou serviço essencial devem incidir alíquotas de ICMS menores, em respeito ao consagrado princípio da seletividade.

Nesse sentido, Jorge (2008, p.131) pontua que em razão da energia elétrica ser de enorme utilidade e caráter essencial nos dias de hoje, “deve ser tributada pelo ICMS com alíquotas menores em relação a outras mercadorias consideradas não essenciais, sob pena de violação ao princípio constitucional da seletividade”.

Assim, os estados devem ter atenção ao princípio da seletividade quando forem legislar sobre energia elétrica, equiparando suas alíquotas às de produtos tão essenciais quanto. Contudo, não é o que ocorre nos dias atuais, a exemplo do Estado da Bahia na Lei nº 7.014/96, que preleciona a respeito do ICMS, conforme restará demonstrado.

3.2 Estudo de caso: ICMS Energia Elétrica na Lei 7.014/96

A Lei nº 7.014/96 discorre acerca do ICMS no Estado da Bahia, determinando as alíquotas aplicáveis às mais diversas mercadorias e serviços. Para melhor entendimento do tema em comento, serão utilizados os artigos 15 e 16 desta Lei para nortear estudo de caso sobre a aplicação do princípio da seletividade ao ICMS incidente sobre a energia elétrica.

Primeiramente, cumpre salientar que a Lei nº 7.014/96 estabelece alíquotas que vão de 4 (quatro) a 38% (trinta e oito por cento). Assim, surge grande questão quanto à aplicação da seletividade aos diversos produtos e serviços elencados em seus artigos.

Nesse sentido, observa-se que acertadamente foi estabelecida no artigo 16, inciso I, alínea “a” desta Lei a alíquota de ICMS de 7% (sete por cento) para tributação de mercadorias obviamente essenciais ao ser humano, quais sejam, arroz, feijão, macarrão, sal de cozinha, entre outros.

Da mesma maneira, agiu corretamente o legislador baiano ao determinar no seu artigo 16, inciso IV da mesma Lei a alíquota de 38% (trinta e oito por cento) para operações com armas e munições, excetuando-se as Polícias e Forças Armadas, vez que tratam-se de itens supérfluos para o cidadão comum, quando não utilizados pelo próprio ente Público para promoção da segurança pública.

Surpreendentemente, a Lei 7.014/96 causou estranheza quanto ao seu artigo 16, inciso II, alínea “i”, visto que aplicou para a energia elétrica a alíquota de 25% (vinte e cinco por cento) de ICMS, a mesma utilizada para mercadorias como perfumes, bebidas alcoólicas, joias, pólvoras, etc.

Diante disso, observa-se que o legislador tratou energia elétrica como bem supérfluo, quando em verdade, conforme amplamente debatido, trata-se de serviço essencial ao respeito aos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, não mantendo qualquer ligação com o princípio constitucional da seletividade.

Não é razoável tributar bens primordiais como energia elétrica, com a mesma alíquota de mercadorias e serviços prescindíveis. Portanto, o legislador baiano, em sua Lei 7.014/96, desconsiderou o princípio da seletividade estabelecido na Carta Maior, cometendo grave equívoco ao

estipular em 25% (vinte e cinco por cento) a alíquota de ICMS aplicável à energia elétrica no Estado da Bahia.

3.3 Conflito de Competência: Judiciário ou Legislativo?

Diante da discussão fundada na coerência da atividade legislativa ao estipular alíquotas para o ICMS aplicável à energia elétrica, tendo como exemplo a situação do Estado da Bahia na Lei 7.014/96, surgem dúvidas acerca da possibilidade do controle judicial sobre a matéria.

Inicialmente, cumpre salientar que a Carta Magna atribuiu competência ao legislador estatal para regulamentar o ICMS em todas as suas peculiaridades. Nesse sentido, interpretando essa atribuição de maneira literal, somente o Poder Legislativo, estaria legitimado para estabelecer alíquotas de ICMS para as mais diversas mercadorias e serviços, prezando, inclusive, pela utilização de princípios constitucionais como o da seletividade para nortear suas ponderações.

Por outro lado, existe corrente doutrinária que defende que o Poder Judiciário está apto a controlar o cumprimento da aplicação do princípio da seletividade, quando o Poder Legislativo dispensar a aplicação deste princípio ou o fizer equivocadamente, através de declarações de nulidade (CARRAZA, 2010, p.462; JORGE, 2008, p.130; CÔELHO, 2009, p.335).

Seguindo esse raciocínio, o Judiciário analisaria nos casos concretos submetidos ao seu crivo, se a mercadoria ou serviço está tendo o correto tratamento pelo legislador, no que tange ao respeito ao princípio da seletividade.

Partindo dessa noção de possibilidade de controle judiciário em matéria de seletividade no ICMS energia elétrica, surgem dúvidas acerca do procedimento adotado pelos tribunais brasileiros em seu dia a dia. Como ainda não existe jurisprudência pacificada sobre a questão, duas hipóteses de controle judicial da aplicação principiológica da seletividade foram elencadas, por serem observadas com maior assiduidade.

A primeira delas diz respeito à declaração de nulidade da alíquota de ICMS aplicável à energia elétrica que desrespeita a seletividade. Nesse

caso, os tribunais tem se posicionado no sentido de que, o princípio enquanto norma jurídica, se desrespeitado, leva à nulidade da cobrança, recaindo para o Legislativo a função de reestabelecer alíquotas respeitando a essencialidade. Portanto, não seriam estipuladas alíquotas pelo Judiciário, prevalecendo a noção de tripartição de poderes e suas funções da *Lex Major*.

Diante disso, o Judiciário reconhece a competência do Legislativo para estipular alíquotas levando em conta princípios basilares constitucionais, e suspende a cobrança do ICMS incidente sobre a energia elétrica para aquele caso concreto.

Essa razoável tese se revela em julgamentos de Mandado de Segurança e Agravo Regimental provenientes do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, publicados em 13 de Outubro de 2005 e 16 de Março de 2009, respectivamente. Veja-se:

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. 1) PRELIMINARES: A) AUSÊNCIA DE CAPACIDADE PROCESSUAL DO IMPETRANTE. SÚMULA 629 DO E. STF. REJEIÇÃO. 2) ILEGITIMIDADE ATIVA. ART. 121, I, DO CTN. REJEIÇÃO. 3) MÉRITO: REDUÇÃO DA ALÍQUOTA DO ICMS SOBRE OS SERVIÇOS DE ENERGIA ELÉTRICA E TELECOMUNICAÇÕES. PRODUTOS ESSENCIAIS. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE. INOCORRÊNCIA. DISCRICIONARIEDADE EM SE APLICAR A SELETIVIDADE. ART. 155, § 2º, III, DA CF/88. SEGURANÇA DENEGADA. 1) A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes. Súmula 629 STF. 2) O fato de o ICMS ser considerado imposto indireto não influi na discussão da legitimidade ativa do Impetrante. Esta advém da relação jurídico-tributária entre as partes, consoante o exposto no art. 121, I, do CTN. 3) A redução da alíquota de ICMS dos serviços de energia elétrica e de telecomunicações de 25% (vinte e cinco

por cento) para 12% (doze por cento) é mera discricionariedade do Poder Legislativo, em consonância com o Poder Executivo, baseando-se verdadeiramente em critérios sócio-político-econômicos. Segurança denegada.

(TJ-ES - MS: 00020150720048080000, Relator: ALEMER FERRAZ MOULIN, Data de Julgamento: 22/09/2005, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: 13/10/2005).

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. REDUÇÃO DA ALÍQUOTA DO ICMS SOBRE OS SERVIÇOS DE ENERGIA ELÉTRICA E TELECOMUNICAÇÕES. PRODUTOS ESSENCIAIS. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE. INOCORRÊNCIA. MEDIDA DISCRICIONÁRIA DO PODER PÚBLICO. INTELIGÊNCIA DO ART. 155, 2º, III E V, DA CF/88. PRECEDENTES. MATÉRIA SEDIMENTADA NESTE E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. IMPROVIMENTO. 1. O princípio da seletividade refere-se à discricionariedade concedida ao legislador para que, no momento da determinação da alíquota de uma determinada mercadoria ou serviço, fosse estabelecida de acordo com a sua importância, a fim de distinguir as essenciais daquelas supérfluas. 2. A redução da alíquota de ICMS dos serviços de energia e de telecomunicações de 25% (vinte e cinco por cento) para 12% (doze por cento) é mera discricionariedade do Poder Legislativo, em consonância com o Poder Executivo, baseando-se verdadeiramente em critérios sócio-político-econômicos. 3. Os Estados federados, no âmbito da competência tributária que lhes é atribuída pela Carta Magna, tem a liberdade de determinar as alíquotas mínimas e máximas do ICMS, obedecidos os limites fixados pelo Senado Federal (CF, art. 155, 2º, III e V).

4 . A ingerência do Judiciário na fixação das alíquotas do tributo estadual, atuando como legislador positivo, representaria grave ofensa ao princípio da separação dos poderes, norma fundamental da República Federativa do Brasil. 5. Negar provimento ao recurso. (TJ-ES - AGR: 100080019829 ES 100080019829, Relator: ALEMER FERRAZ MOULIN, Data de Julgamento: 04/02/2009, CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS, Data de Publicação: 16/03/2009)

Sob outro aspecto, decisões de alguns tribunais apontam para a estipulação de alíquotas seletivas pelo judiciário quando não realizado pelo legislativo. Dessa maneira, quando analisam o caso concreto, entendem que a alíquota aplicada para o ICMS energia elétrica está acima de um razoável parâmetro, terminando por desprezar a seletividade constitucional, e por este motivo, estipulam alíquotas médias/gerais, realizando assim, mero ativismo judicial.

A esse respeito, cumpre analisar trecho de decisão do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia do Juiz Rolemberg José Araújo Costa, em sede de decisão de tutela provisória em Ação Ordinária em 28 de Novembro de 2016:

Alegam, ainda, que em “obediência ao Princípio da Seletividade, a alíquota do ICMS aplicada às operações envolvendo energia elétrica deveria ser mais amena, aproximando-se das alíquotas aplicadas a outros produtos essenciais como arroz, feijão, macarrão, sal e farinha (07% - sete por cento). Tudo para que não se dissocie do indigitado princípio da Seletividade, previsto expressamente na Constituição.”

[...]

Posto isto, com base no art. 300 do CPC, concedo a tutela provisória para postulada, para:

[...]

b) Conforme os artigos 15, I da Lei 7014/96, e 50, I, do Decreto 6.284/97, com alterações da Lei nº

13.461, aprovada em 10 de dezembro de 2015, com produção de efeitos à partir de 10/03/16, ficar em **18% (dezoito por cento)** a alíquota de ICMS incidente sobre energia elétrica.

c) Oficie-se à Concessionária de Serviço Público para que emita as faturas nos termos desta decisão.

(TJ-BA – AO: 05767042320168050001, Juiz: ROLEMBERG JOSÉ ARAÚJO COSTA, Data de julgamento: 28/11/2016, 1º GRAU, Data de Publicação: 29/11/2016).

Explicados os dois posicionamentos adotados nos tribunais estaduais brasileiros, insta salientar que o estabelecimento de alíquotas seletivas para o ICMS aplicável à energia elétrica se tornou uma questão de relevância nacional. Isto porque, vigilante de tudo quanto aqui exposto, o Supremo Tribunal Federal destacou o tema em debate em sede de repercussão geral diante do Recurso Especial 714.139/SC, uma vez que o Ministro Marco Aurélio, em 14 de Maio de 2014, se pronunciou informando a importância e atualidade da discussão. Merecem destaque os seguintes trechos deste pronunciamento:

Aduz que, mesmo considerando não ser obrigatória a seletividade do imposto, deve-se extrair do respectivo comando constitucional norma no sentido de que, versadas alíquotas diversas pelo legislador estadual, a discriminação deve ser orientada pelo critério da seletividade. Segundo afirma, ao estabelecer alíquotas diferentes, o legislador criou para si o dever de prever o percentual maior para o produto supérfluo, e o menor para o essencial, tendo o Estado de Santa Catarina, por meio da Lei nº 10.297, de 1996, procedido de forma contrária, incorrendo, portanto, em inconstitucionalidade, ao fixar alíquotas maiores quanto às operações com energia elétrica e telecomunicações, inequivocamente essenciais.

[...]

Sustenta mostrar-se imprescindível observar a técnica da seletividade para o fim de o imposto cumprir função extrafiscal. Diz do absurdo de a legislação atacada prever alíquota de 17% para operações de venda de bens como brinquedos, joias e fogos de artifício, e de 25% para o fornecimento de energia elétrica e serviço de telecomunicações. Argumenta ser esta última exigida quando da circulação de mercadorias como cosméticos, armas, bebidas alcoólicas e cigarros, no que o legislador as equiparou à energia elétrica e telecomunicações sob o ângulo da essencialidade, o que não se revela razoável nem proporcional.

[...]

O quadro é passível de repetir-se em inúmeros processos considerada a prática de alíquotas diferenciadas quanto a energia elétrica e serviços de comunicação. Cumpre ao Supremo definir a espécie, sobretudo o alcance do disposto no artigo 155, § 2º, inciso III, da Constituição Federal, a prever que o ICMS poderá ser seletivo em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços.

Admito configurada a repercussão geral.

(STF – RE nº 714.139 – Repercussão geral, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de publicação: 14/05/2014)

Diante disso, com o julgamento do conteúdo em debate, será possível uma uniformização jurisprudencial e uma maior segurança jurídica, tanto para o Fisco quanto para o contribuinte.

CONCLUSÃO

Para orientar a vida em sociedade foi necessário o estabelecimento de regras de conduta para tornar a convivência pacífica e possibilitar a manutenção de um Estado. No âmbito tributário, foi criado o Sistema

Tributário Nacional, a fim se assegurar arrecadação do Fisco em face aos cidadãos.

Os princípios constitucionais devem ser levados em conta no momento de elaboração de todas as normas jurídicas, por serem garantidores da dignidade da pessoa humana e de todas as demais noções de justiça social.

Nesse sentido, a Seletividade é um princípio que busca respeitar principalmente a capacidade contributiva, na medida em que propõe o estabelecimento de menores alíquotas para produtos essenciais, a fim de possibilitar o acesso de todos, e maiores para produtos e serviços supérfluos ou dispensáveis, realizando assim uma justa distribuição de cargas tributárias.

A Carta Maior estabelece que o princípio da Seletividade deve ser aplicado obrigatoriamente ao Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI e facultativamente ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços, contudo, tal facultatividade já foi entendida pela doutrina majoritária como obrigatoriedade para o legislador infraconstitucional.

Partindo dessa premissa, o ICMS é o principal tributo sobre o consumo do Brasil, em razão de incidir sobre a circulação de bens e serviços e ter peculiaridades, como a possibilidade de repasse para o consumidor final e ainda possuir a obrigação de ter suas diferentes alíquotas estabelecidas observando a Seletividade em função da essencialidade da mercadoria ou serviço prestado.

Para entender melhor a aplicação da Seletividade ao ICMS, buscou-se investigar a questão em torno das alíquotas do imposto utilizadas no Estado da Bahia, a partir do estudo da Lei nº 7.014/96.

Assim, foram encontradas alíquotas icemistas corretamente aplicadas e respeitadoras da Seletividade constitucional, como a de 7% (sete por cento) incidente sobre mercadorias essenciais como feijão, macarrão, etc., e de 38% (trinta e oito por cento) aplicável a operações com armas e munições, que obviamente tem caráter dispensável.

Após considerações em torno da essencialidade do fornecimento de energia elétrica nos dias atuais e tendo em vista que este serviço garante a observância de princípios norteadores da Constituição Federal de 1988, constatou-se que a alíquota definida pela Lei 7.014/96 para o ICMS incidente sobre a energia elétrica não observa a Seletividade.

Isto porque, o legislador baiano instituiu a alíquota do imposto em 25% (vinte e cinco por cento) para operações com energia elétrica, justamente a mesma utilizada para tributar mercadorias como perfumes, bebidas alcoólicas, joias, etc., que tem características notoriamente prescindíveis.

Resta claro portanto, que não é condizente com o respeito aos preceitos fundamentais consagrados na Carta Maior, a alíquota de 25% (vinte e cinco por cento) de ICMS incidente sobre energia elétrica utilizada pelo legislador do Estado da Bahia na elaboração da Lei 7.014/96.

Diante de tamanha disparidade de alíquotas e da não aplicação do princípio da Seletividade, questionou-se qual seria o caminho a ser traçado pelo contribuinte para ter seu direito assegurado. Nesse sentido, não pairam dúvidas acerca da utilização do Judiciário para resolução de demandas dessa ordem, vez que realiza o controle de legalidade, nos limites estipulados pela Carta Maior.

Primeiramente, impende ressaltar que a Constituição Federal atribui ao Legislador a competência para deliberações a respeito das alíquotas dos tributos.

Nesse sentido, no momento em que um contribuinte ajuíza uma demanda para pleitear a inconstitucionalidade da alíquota de ICMS aplicável à energia elétrica no Estado da Bahia (Lei 7.014/96), por exemplo, caberia ao Judiciário, declarar nula a norma que institui tal alíquota, vez que não há observância do princípio da Seletividade.

Dessa maneira, ficaria suspensa a cobrança até que o Legislativo, que detém a competência constitucional para instituir alíquotas, a reestabelecesse nos moldes coerentes de respeito à essencialidade da operação de fornecimento de energia elétrica.

Contudo, certos tribunais vem se posicionado de maneira destoante. Isto porque, alguns magistrados se coadunam no entendimento de que é possível a estipulação de alíquotas de ICMS energia elétrica pelo Judiciário, quando não observada a Seletividade em função da essencialidade desse fornecimento para os contribuintes, realizando assim, mero ativismo judicial.

A importante discussão acerca da aplicação do princípio da Seletividade ao ICMS, com foco no estudo de caso da alíquota de energia elétrica, detém hoje alcance nacional em função do destaque dado ao Recurso Especial nº 714.139/SC em sede de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, na figura do ilustre Ministro Marco Aurélio.

Portanto, resta aos contribuintes que buscam a aplicação do princípio constitucional da Seletividade ao ICMS energia elétrica, aguardar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e esperar que sua decisão não atenda a interesses de cunho político e arrecadatário, assegurando a posição hierárquica da Carta Maior deste país.

REFERÊNCIAS

BAHIA. Lei 7.014 de 04 de Dezembro de 1996. **Trata do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), e dá outras providências.** Disponível em: <http://mbusca.sefaz.ba.gov.br/DITRI/leis/leis_estaduais/legest_1996_7014_icmscomnotas.pdf>. Acesso em: 19 maio 2017.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 11.ed. Atualizado por MIZABEL ABREU MACHADO DERZI. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BRASIL. **Código Tributário Nacional (1966)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm Acesso em 02 de Abril de 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 20 de Abril de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pronunciamento no RE 714.139/SC – repercussão geral. Relator: AURÉLIO, Marco. Publicado no DJ de 14/05/2014. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=4973901>. Acesso em: 20 maio 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. AO nº 05767042320168050001. Tutela provisória em 1º Grau. Publicado no DJ de 29/11/2016. Disponível em <http://esaj.tjba.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=01000OOD00000&processo.foro=1>

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 100080019829. Câmaras Criminais Reunidas. Publicado no DJ de 16/03/2009. Disponível em <https://tj-es.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5057599/agravo-regimental-mand-seguranca-agr-100080019829#!> Acesso em 20 maio 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Mandado de Segurança nº 00020150720048080000. Tribunal Pleno. Publicado no DJ de 13/10/2005. Disponível em <https://tj-es.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/428687593/mandado-de-seguranca-ms-20150720048080000> Acesso em 20 maio 2017.

BRITO, Hugo Machado de. **Curso de Direito Tributário.** 28.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

CARRAZA, Roque Antônio. **ICMS.** 14.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário.** 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Introdução ao estudo do imposto sobre produtos industrializados**. In: Revista de direito público, Londrina, v. 2, n. 1, p. 133-142, jan./abr. 2007.

CASALINO, Vinícius. **Teoria Geral e Direito Constitucional Tributário; Curso de direito tributário e processo tributário, volume I**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CÔELHO, Sasha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

DIDIER, Tiago Vicente. **A inconstitucionalidade da limitação na dedução de despesas relacionadas com instrução da base de cálculo do imposto sobre a renda**. 2016. Artigo científico apresentado ao Instituto Brasileiro de Estudos Tributários, como exigência para obtenção do título de Especialização em Direito Tributário.

JORGE, Tarsis Nametala Sarlo. **Manual do ICMS**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MATTOS, Aroldo Gomes de. **ICMS: Comentários à legislação nacional**. São Paulo: Dialética, 2006.

MELO, José Eduardo Soares de. **ICMS: Teoria e Prática**. 12.ed. São Paulo: Dialética, 2012.

MENESCAL, Ana Mônica Filgueiras. **A seletividade como instrumento concretizador da justiça fiscal no âmbito do ICMS**. 2007. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UNIFOR como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional. Disponível em <http://livros01.livrosgratis.com.br/cp041427.pdf>. Acesso em 18 abril 2017.

NEVES, Henrique Rocha Pereira das. **Aplicação do Princípio da Seletividade nas Alíquotas de ICMS Incidentes Sobre a Energia Elétrica e a Prestação de Serviço de Comunicação**. 2010. Artigo científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Disponível

em http://www.emerj.tjrj.ius.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2010/trabalhos_12010/henriqueneves.pdf. Acesso em 19 abril 2017.

OCDE. **Revenue Statistics in Latin America**. OECD Publishing, 2014.

ROSA JR, Luiz Emygdio Franco da. **Manual de Direito Financeiro & Direito Tributário**. 20.ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2007.

SOUZA, Leonardo Nunes. **Tributação e desenvolvimento econômico: o ICMS e seu impacto nas operações interestaduais**. 2014. Artigo científico apresentado à Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como exigência para obtenção de título de bacharel em Direito. Disponível em <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/P.23187999.2014v17n33p210/7021>. Acesso em 20.04.2017.

TORRES, Ricardo Lobo. O IPI e o Princípio da Seletividade. **Revista Dialética de Direito Tributário 18**. São Paulo, Dialética, 1997.

A APOSENTADORIA ESPECIAL DOS TRABALHADORES EM HOSPITAIS

ALEXANDRE TRICHES: Advogado.
Especialista em Direito Previdenciário.

Muitas são as dificuldades que os trabalhadores na área da saúde possuem para se aposentar. A principal delas, sem sombra de dúvidas, é a desinformação sobre as regras da aposentadoria. Isto não ocorre, evidentemente, por desinteresse, ou até mesmo falta de tempo. O que acontece é que a aposentadoria especial dos trabalhadores em hospitais possui regras de difícil interpretação e demanda prova bastante específica.

A aposentadoria Especial é devida ao trabalhador que comprovar exposição a agentes químicos, físicos e biológicos, ou associação de agentes, de forma habitual e permanente, pelo período de 15, 20 ou 25 anos. No caso específico dos trabalhadores em hospitais, o período mínimo é de 25 anos. Não exige idade mínima.

O hospital é um local onde vigora um sistema altamente sofisticado para atendimento de pessoas doentes, obtenção de diagnósticos e prescrição de tratamentos. Todavia, para quem trabalha habitualmente em seu interior trata-se, sim, de um local de risco, pois os agentes biológicos estão presentes em todos os espaços. Não importa se é um médico, enfermeira, vigilante, recepcionista, responsável pela farmácia industrial, nutricionista, auxiliar de almoxarifado, trabalhador da manutenção, setor de compras, lavanderia, ou trabalhador de qualquer outro setor do nosocômio, o trabalho nesse tipo de ambiente será sempre insalubre, pois expõe o trabalhador aos agentes biológicos.

Muitos, talvez, pensem que a afirmação acima está parcialmente correta, principalmente diante do que se conversa em corredores e setores de recursos humanos dos hospitais. Acontece que o entendimento do INSS não é amplo como o defendido acima. Para a Previdência Social terá direito a aposentadoria especial apenas aqueles trabalhadores que comprovem contato permanente com pessoas infectadas em hospitais – portanto, que laborarem em ambientes onde haja o isolamento, ou outras medidas de controle de

risco biológico. Do contrário, o órgão previdenciário não reconhece a exposição.

Ocorre que essa restrição do INSS está prevista em decretos, e não na Constituição Federal e, tampouco, na Lei de Benefícios da Previdência Social, de modo que, para os tribunais, elas já nascem ilegais. Mediante a realização de uma perícia técnica, os tribunais avaliam o contexto da atividade do nosocomiário. Assim, mesmo que o trabalhador esteja lotado em um setor administrativo do hospital, por exemplo, se diariamente se deslocava para algum setor de risco, como bloco cirúrgico, isolamento, ou outro ambiente similar, cabe reconhecer a exposição.

Outro aspecto importante é que, em determinados casos, muitas vezes não se encontram subsídios para a aposentadoria especial pela exposição aos agentes biológicos, mas em uma análise do ambiente de trabalho se constata a exposição a agentes químicos (componentes químicos, agentes agressivos do lixo etc) ou físicos (ruídos, calor, frio etc) ou até mesmo associação de agentes.

E, por fim, cabe referir que, mesmo nos casos em que o trabalhador não tenha exercido os 25 anos integrais em ambiente hospitalar, mas sim tempos inferiores junto a esses ambientes, é possível a conversão do período insalubre para tempo comum, gerando um incremento no tempo de contribuição de 40%, a também permitir um computo diferenciado e, muito provavelmente, uma aposentadoria mais cedo.

A aposentadoria especial não é nenhum favor, mas um direito constitucional dos trabalhadores em hospitais.

A NOBREZA DE DIREITO DIVINO NA REPÚBLICA DO BRASIL

CARLOS EDUARDO RIOS DO AMARAL:
Defensor Público do Estado do Espírito Santo.

A Constituição Federal de 05 de outubro de 1988 logo no seu primeiro dispositivo proclama que o Brasil é uma república, constituindo-se em estado democrático de direito e, ainda, que todo o poder emana do povo.

Qualquer leitor deste art. 1º de nossa Constituição, assim, poderia supor que o Brasil seria uma terra sem privilégios, aonde o funcionamento de toda a máquina administrativa serviria apenas ao bem estar geral de seu povo.

Complementando esse ideal de um governo do povo para o povo o art. 37 da Constituição prescreve que toda a administração pública brasileira deverá observar, além dos parâmetros da legalidade, a moralidade.

E essa moralidade exigida dos agentes públicos pela Constituição, por óbvio e evidente, não é a moralidade do antigo Egito, do regime feudal ou da França absolutista. É da moral republicana de que trata o art. 37 da Constituição.

Destarte, é inaceitável que dentro dos parâmetros da moralidade republicana contemporânea qualquer agente público dos poderes da república sejam investidos de uma vida de luxo e conforto extravagante às custas do dinheiro público.

O custo do agente público na república brasileira deve ser um exemplo de comedimento de gastos e contenção de esbanjamentos. A remuneração dos ocupantes de cargos públicos deve ser fator único e bastante para manutenção de sua dignidade e conforto no seu lar.

Não há espaço na república brasileira para se assegurar uma vida monárquica absolutista a quem quer que seja. O agente público brasileiro não deve ser um faraó, um senhor feudal ou um nobre da Versalhes do século XVIII.

O Brasil na prática deve sinceramente decidir a respeito de sua forma de governo, se república democrática ou absolutismo de direito divino. Até mesmo como modo de dar ciência ao seu povo da extensão e amplitude da moralidade administrativa vigente para os agentes públicos

JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM FACE DOS DIREITOS SOCIAIS

VANESSA AGUIAR FIGUEIREDO: Acadêmica do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande. Bolsista de iniciação científica.

RESUMO: O presente artigo versa pelo propósito de fazer considerações à cerca da nova disposição que vêm assumidos os tribunais judiciais brasileiros na formulação de políticas públicas através de sua linha jurisprudencial, indicando o fenômeno da Judicialização para efetivação dos direitos sociais, e de como a política depende dos Tribunais para concretizar o que nossa Constituição Federal dispõe de direitos fundamentais.

Palavras-

chave: Judiciário; Políticas Públicas; Economia; Judicialização; Direitos Sociais;

ABSTRACT: This article deals with the purpose of making considerations about the new provision that the Brazilian courts have assumed in the formulation of public policies through its jurisprudential line, indicating the phenomenon of Judicialization for the realization of social rights, and how politics depends on Courts to concretize what our Federal Constitution has fundamental rights.

Keywords: Judiciary; Public policy; Economy; Judiciary; Social rights;

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO 2 CONCEPÇÃO E FINALIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS 3 O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO 4 CONTEXTUALIZAÇÃO E CONCEITO À CERCA DOS DIREITOS SOCIAIS E SUA INAPLICABILIDADE 5 POLÍTICAS PÚBLICAS X AVANÇO DA ECONOMIA 6 ATIVISMO E CONTROLE JUDICIAL 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Os princípios norteadores de ação do poder público se vislumbram nas políticas públicas através de ações para a aplicação dos recursos públicos de acordo com a demanda social em diversos setores da sociedade. De forma sintetizada, estas políticas de cunho público administram os recursos da Administração Pública e os seus orçamentos para garantir a seguridade dos direitos sociais, quando elaboradas e realizadas de forma consistente.

O que se teve tanto por desvios econômicos bem como constitucionais, uma omissão por parte dos poderes encarregados de elaborar diretrizes para a concretização destas políticas públicas, em que seria estes encarregados, o executivo com o auxílio do órgão legislativo, onde se teria uma resposta para as necessidades contemporâneas da sociedade.

E é nesta omissão da Administração Pública, que surge o órgão judiciário trazendo um novo viés no sistema jurídico, que é a sua atuação para corrigir as lacunas deixadas por parte dos outros órgãos, principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988 em que se atribui para os cidadãos um arsenal de direitos sociais. A demanda da população não sendo suprida, tornou o poder judiciário um atuante bem como o ponto chave para cobrança dos serviços públicos oferecidos de forma precária pelo Estado através das políticas públicas muitas vezes ineficientes, e é nesta perspectiva que se consiste a análise desta pesquisa.

Neste artigo irá se percorrer o conceito e a designação do fenômeno da Judicialização para o modelo jurídico e político atual, onde se questiona a atuação do Poder Judiciário e o seu alargamento jurisdicional para tratar questões antes resguardadas pelos poderes executivos e legislativos, já que possuem um cunho social e político.

Na mesma ótica e prisma da Judicialização das Cortes Constitucionais está o fenômeno ativismo judicial, que também será

explanado neste trabalho acadêmico, onde se pode pré sintetizar e adiantar que se trata de uma conseqüência da atribuição e supremacia constitucional, e se eleva o órgão judiciário para mediador nas buscas dos direitos sociais.

Nas páginas introdutórias, se buscou a definição de políticas públicas e qual a finalidade das mesmas, que atuam como programas de governos muitas vezes setorizados para melhor entendimento, bem como para a sua elaboração para que se distribuísse de forma disseminada buscando certa igualdade nos setores da sociedade.

As políticas públicas se exteriorizam para por em prática um novo viés constitucional dado pela nossa carta política de 1988 que garante a todos os direitos sociais remetidos a proporcionar uma diminuição das desigualdades sociais, estes expostos no Art. 6º da Constituição Federal, que serão também esclarecidos nesta pesquisa. Que além, irá tratar de sua inaplicabilidade o que ocasiona tanto o fenômeno da Judicialização bem o Ativismo Judicial, onde se cairá para uma possível falta de legitimidade no princípio da separação dos poderes, já que o Judiciário deveria ter sua imparcialidade assegurada.

Mostrar-se-á também, um parâmetro das principais políticas públicas brasileiras, e suas dificuldades de concretização, bem como a ineficiência e até mesmo algumas áreas onde a omissão do estado é ainda mais acentuada e não se indica nenhuma medida pública. E ainda se indicará que apesar da não concretização de inúmeras políticas sociais, a economia brasileira possui capacidade ativa para que esta situação se revertesse já que aparece com um cenário econômico forte.

Concluí-se que se usou nesta investigação todo um apoio doutrinário para que se diminuísse uma possível ambigüidade em diversos conceitos. E ainda se utilizou a análise jurisprudencial que auxiliaram na tarefa de se constatar as decisões dos juízes em prol de uma melhor adequação dos recursos orçamentários, o que se demonstrou um novo caráter do Estado Democrático de direito.

A metodologia nesta pesquisa acadêmica foi através de dados organizados para se possibilitar uma melhor compreensão, o que se transporta como metodologia de pesquisa quantitativa bem como explicativa. Usou-se ainda de tabela para melhor compreensão do leitor, e para que se transportasse o assunto aos fatos. O presente trabalho conta com cinco tópicos para melhor desenvolver o assunto, em uma linha de raciocínio de como a o poder judiciário tem se tornado um órgão decisório para a concretização de políticas públicas em face dos direitos sociais.

2. Concepção e finalidades das Políticas Públicas

O vocábulo políticas públicas assume várias acepções, onde, segundo Boneti (2007, p.74), o termo refere-se ao resultado da dinâmica do jogo de forças que se estabelece no âmbito das relações de poder, relações essas constituídas pelos grupos econômicos e políticos, classes sociais e demais organizações da sociedade civil. Tais relações determinam um conjunto de ações atribuídas à instituição estatal, que provocam o direcionamento (e/ou o redirecionamento) dos rumos de ações de intervenção administrativa do Estado na realidade social e/ou de investimentos.

Outra definição bibliográfica é da autora Belloni, onde políticas públicas é um conjunto de orientações e ações de um governo com vistas ao alcance de determinados objetivos. E ainda complementa-se a sua finalidade, em que é a ação intencional do Estado junto à sociedade. Assim, por ser voltada para a sociedade e envolver recursos sociais. (2000, p.44).

A apresentação de Guareschi (2004, p. 180) complementa-se ao: [...] o conjunto de ações coletivas voltadas para a garantia dos direitos sociais, configurando um compromisso público que visa dar conta de determinada demanda, em diversas áreas. Expressa a transformação daquilo que é do âmbito privado em ações coletivas no espaço público.

Na visão de Silva (2009), a finalidade principal das políticas públicas deve pelo ser deter um fluxo de informações em relação a um

objetivo que visa atender as necessidades da sociedade. O poder público procura antecipar necessidades ao planejar e programar ações que criem condições estruturais de desenvolvimento socioeconômico de um país.

Para DIAS (2003, p.121) políticas públicas são sistematizações de ações do Estado voltadas para a consecução de determinados fins setoriais ou gerais, baseadas na articulação entre a sociedade, o próprio Estado e o mercado. Outros doutrinadores demandam que o conceito de políticas públicas se fixa em programas de governo, para determinado fim, ou ainda são diretrizes de programas dirigidos pelo poder estatal para a concretização para a demanda social e de infra-estrutura para o bem comum da sociedade, e podem ser separadas de acordo com o setor e com a temática em qual se inserem na sociedade, como política de saúde e política de segurança.

Concluí-se este conceito com José Reinaldo Lopes, em que as políticas públicas são um conjunto heterogêneo de medidas do ponto de vista jurídico (LOPES, 1999, p.134).

3.O fenômeno da Judicialização

A manifestação da Judicialização designa o comportamento de intervenção do órgão judiciário, este apto, para desencadear efeitos na economia e no âmbito social da sociedade, suprindo a carência de efetividade, portanto do Poder Executivo.

É possível constatar que “o Poder Judiciário começa a ser percebido como mais um estatutário para as insatisfações existentes com o ativismo legislativo do Executivo, sendo convocado ao exercício de papéis constitucionais que o identificam como o guardião dos valores fundamentais.” (VIANNA ET. al.1999).

Cabe ao Judiciário, portanto, se debruçar em questões mal concretizadas pelo Estado e Administração Pública, ou seja, como determinante para a execução das Políticas públicas no tocante aos direitos sociais.

Ressalta-se, que a ampliação do poder judiciário não se dá somente no Brasil. Na realidade, trata-se de um fenômeno mundial e é na busca pela realização do texto da Constituição, dos direitos fundamentais sociais que ocorre a expansão da Judicialização. (XIMENES E RIBEIRO, 2009).

Contudo, o que se tem no fenômeno da Judicialização é esta disparidade entre o que a Administração Pública elabora do que ela cumpre para satisfazer a necessidade do bem comum, e a tarefa das Cortes Constitucionais é preencher as lacunas deixadas pelos órgãos.

Apesar de não possuir prestígio em relação ao senso comum é confirmado que o Poder Judiciário tem amplamente intervindo em questões de políticas públicas, onde o órgão tornou-se o intermediador das falhas de circunstâncias sociais. Entretanto, apesar de abarcar um período histórico nada uniforme, o fenômeno de Judicialização é recente nas sociedades modernas, propondo um novo viés para a solução das demandas sociais. Sintetizando, tanto o Brasil como o mundo vive em um processo de mudança das Cortes Constitucionais, e é nessa situação que se pauta a Judicialização, ou seja, o escopo de questões do judiciário tem aumentado. Com o advento da Constituição de 1988 e com a roupagem principalmente do sistema jurídico brasileiro em relação à redemocratização deste sistema e da sociedade como um todo, ressurgiu o órgão jurisdicional não imparcial, e meramente neutro, decisivo e proativo a satisfazer as demandas da sociedade, e é neste contexto que entram as políticas públicas e os direitos sociais.

Com a sobrecarga dos poderes executivos e legislativos, o Judiciário ficou a mercê de oferecer e dar respaldos para concluir e restabelecer a ordem democrática destes planos de governo.

4. Contextualização e conceito à cerca dos Direitos sociais e sua inaplicabilidade

A Constituição de 1988 traz consigo um capítulo próprio à cerca dos direitos sociais. O próprio art. 6º presente no capítulo II do título II elucida estes direitos, onde diz que “são direitos sociais a

educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção a maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” Moraes (2006, p.177) os conceitua como: “[...] direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.”

Os cidadãos possuem através dos direitos sociais seus direitos subjetivos a prestações que devem ser cobrados já que inúmeras vezes têm seus dispositivos omissos por parte do Estado. Ademais, para se efetuar estes direitos dependem também do poder legislativo para a sua normatização e do órgão executivo para a sua execução.

A prestação do Estado para com os direitos sociais é inamissível já que este possui o cunho de ordem econômica para se realizar o direito à saúde, o direito à educação, entre outros fóruns da categoria dos direitos sociais já explicados.

Com o advento do Constitucionalismo no sistema jurídico brasileiro, mais precisamente com a Constituição de 1988 como já observado neste trabalho, a Constituição deu respaldo para o surgimento destes direitos, e deu ao Estado a categoria de devedor dos mesmos.

A inserção do Estado Social trouxe a possibilidade destes direitos serem protegidos e emergidos para a sociedade através das Políticas Públicas. Porém, conforme a sociedade e a globalização moderna tornam-se moldadas, estas políticas vêm retrocedendo, já que não são prioridades mais do Estado.

Vale salientar, que as políticas públicas dependem também da atividade política do governo, que se mostra claramente fixada em prol dos interesses de alguns do que de todo o Estado.

5. Análise das políticas públicas brasileiras em contra senso do avanço da economia

Sendo um dos instrumentos para a realização de certas propostas de planos governamentais, vale discutir as políticas públicas no território brasileiro após a promulgação da Constituição Federal de 1988, passado 25 anos desta nova carta política no sistema jurídico brasileiro.

A situação financeira brasileira não se moldou de forma uniforme, já que foi submetida a constantes crises, especialmente a dos anos 90 com grande tendência a privatização realizadas predominantemente nos governos Collor e Fernando Henrique Cardoso (FHC). Isto colocou o Estado Brasileiro em um novo viés passado esta reforma neoliberal, em que o poder estatal viu as mudanças sociais se agravar de forma brusca, e sua relação como prestador bem como suas obrigações se acentuarem para a efetivação dos direitos sociais na elaboração de políticas públicas.

A economia brasileira alcançou um patamar considerável em meados de 2011, ocupando o sexto (6º) lugar no ranking das maiores economias mundial. O que se pode constar é que mesmo tendo uma das economias mais forte mundialmente, o lado social brasileiro é desproporcional a este crescimento econômico já que, a natureza e a demanda da sociedade brasileira se mostram diferente e caminha a passos lentos para um melhor harmônio de vários setores diferente, portanto, de seu cunho econômico.

Na área da saúde, por exemplo, apesar de se constatar que no plano formal a principal política pública de saúde brasileira foi à realização do Sistema Único de Saúde (SUS) que teve sua contribuição para a maior parcela da sociedade que não obtém condições financeiras para o atendimento de saúde e recorre para a rede pública, na prática o mesmo ainda é contido como esboço da ineficácia dos entes estatais.

Nesta face, à luz dos desenhos constitucionais, a inércia do executivo para uma possível melhoria no âmbito da saúde, aponta para o órgão judiciário como mediador bem como órgão decisório para a validação das políticas públicas.

Como exemplo, esta jurisprudência nesta área, que dá ênfase da situação retroativas das políticas sociais.

“ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS – DIREITO À SAÚDE – FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTOS A HOSPITAL UNIVERSITÁRIO – MANIFESTA NECESSIDADE – OBRIGAÇÃO DO ESTADO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – NÃO- Oponibilidade da Reserva do Possível ao Mínimo Existencial. (...) 3. A partir da consolidação constitucional dos direitos sociais, a função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser eminentemente legisladora em pró das liberdades públicas, para se tornar mais ativa com a missão de transformar a realidade social. Em decorrência, não só a administração pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados, como também, o Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos objetivos constitucionais. 4. ***Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais.*** Com efeito, a correta interpretação do referido princípio, em matéria de

políticas públicas, deve ser a de utilizá-lo apenas para limitar a atuação do judiciário quando a administração pública atua dentro dos limites concedidos pela lei. ***Em casos excepcionais, quando a administração extrapola os limites da competência que lhe fora atribuída e age sem razão, ou fugindo da finalidade a qual estava vinculada, autorizado se encontra o Poder Judiciário a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica violada.*** (MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, RECURSO ESPECIAL Nº 1.041.197 - MS (2008/0059830-7), Relator: Ministro Humberto Martins, 2009).

Outra questão que vem sempre à tona quando em alguma calamidade, onde fortes chuvas são recorrentes e causam transtornos, é a apreciação da coleta de lixo, que quase sempre acarretam ação judicial contra os municípios já que põe em risco a saúde da população, e quando isto acontece, o que se vem demonstrando por parte das jurisprudências, é que o judiciário tem cobrado a competência dos servidores públicos para a melhoria da infra-estrutura de suas coletas de lixo.

Portanto, não somente na área da saúde, mas como todo o escopo que envolve as demais políticas públicas a ação da Corte Constitucional brasileira mais especificadamente o Supremo Tribunal Federal (STF) tem acentuado suas decisões para que se diminuam as mazelas das políticas públicas e sociais mal elaboradas pela Administração Pública.

6. Ativismo e controle judicial

Para a realização e plenitude do Estado Democrático de Direito é que se funda a atuação do poder judiciário no que concernem as políticas públicas que seriam de responsabilidade da Administração Pública.

O ativismo judicial, portanto, é a outra face para a concretização dos direitos sociais que altera a *priori* tanto dos órgãos executivo e legislativo para tratar do tema das políticas públicas. Este fenômeno bem como o da Judicialização não é pacífico na doutrina, já que alguns autores justificam que poderia haver com essa atuação judiciária uma falta de legitimidade no princípio da separação dos poderes.

Porém outros estudiosos como Souza Neto discordam onde: “[...] se o Poder Judiciário tem legitimidade para invalidar normas produzidas pelo Poder Judiciário, mais facilmente pode se afirmar que é igualmente legítimo para agir diante da inércia dos demais poderes, quando essa inércia implicar um óbice ao funcionamento regular da vida democrática. Vale dizer: a concretização judicial de direitos sociais fundamentais, independentemente de mediação legislativa é um *minus* em relação ao controle de constitucionalidade.” (SOUZA NETO, 2003, p. 45)

Contudo, o que se constata é que tanto o ativismo judicial bem como a Judicialização demonstram as diversas faces de omissão do Estado, principalmente no que competem as garantias dos direitos sociais vislumbrados através das políticas públicas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante deste quadro, a título de conclusão, pode se perceber ao longo da pesquisa que o ponto decisório para o fenômeno da Judicialização das políticas públicas acontecer é a omissão por parte da Administração pública para cumprir o mínimo de eficácia dos direitos sociais. Quando a finalidade das políticas públicas não atinge seu objetivo principal, a sociedade vê no órgão judiciário o seu fundamento de concretização de direitos.

O que se borda através deste assunto, é que o judiciário tornou possível uma melhor compatibilização dos direitos sociais com a realidade da sociedade contemporânea, e isto apesar de não pacífico na doutrina, não fere o princípio da separação dos poderes, já que o poder

judiciário corrige as distorções das políticas públicas, e as consequências destas para um determinado fim.

E também não cabe se tratar de um excesso de atuação judiciária, já que o mesmo não pode romper determinados parâmetros de atuação. Vale salientar, que o poder das cortes constitucionais não é um fenômeno tão atual, já que surgiu conforme as demandas da sociedade não foram supridas pela distribuição dos recursos dos poderes, principalmente do Poder executivo. Colocar o judiciário em face de decisões políticas e econômicas, não lhe coloca em um lugar de prestígio, porém confirma que a harmonia entre os poderes, faz com que o mesmo passe como zelador e decisório para o Estado Democrático do Direito em função dos direitos sociais.

A intensificação do processo de judicialização só demonstra que o judiciário se tornou ator institucional no Estado.

Para que haja um judicialização, de forma a beneficiar a concretização de programas de governas, as bens chamadas políticas públicas, esta não pode desrespeitar alguns parâmetros e prerrogativas expostas na nossa Carta Magna, já que este fenômeno ocorre pela vasta legislação à cerca dos direitos sociais, e pela falta de implementação de políticas públicas. Portanto, só deficiência e falhas na seguridade dos direitos sociais, porque ocorre uma ruptura entre a Administração pública, o que ocasiona o desgaste e não se realiza políticas públicas consistentes, e isso só encontra uma resposta às margens do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS:

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Direito, Justiça Social e Neoliberalismo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. BELLONI, Izaura. **A função social da avaliação institucional**. In: SOUSA, Eda C. B. Machado de. (Org). Avaliação institucional. 2.ed. Brasília, DF: Editora UnB.

BONETI, L. W. **Políticas públicas por dentro**. Ijuí (RS): Unijuí, 2007.

BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998.

DIAS, Jean Carlos. **Políticas públicas e questão ambiental**. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 8, n. 31, p. 117-135, jul./set. 2003.

GUARESCHI, Neuza et ali. (2004) “**Problematizando as práticas psicológicas no modo de entender a violência**”. in. M. N. Streyi (org). *Violência, gênero e Políticas Públicas*. Porto Alegre, Ed: EDIPUCRS.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL,
RECURSO

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

ESPECIAL Nº 1.041.197 - MS (2008/0059830-7), Relator: Ministro Humberto Martins, 2009.

REVISTA THE ECONOMIST. Reino Unido, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007;

SILVA, E. G. Desempenho Institucional: a política de qualificação dos docentes da UESB.

2009. 134 f. **Dissertação (Mestrado) – UNEB** / Departamento de Ciências Humanas, Salvador.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira et al. **Teoria da Constituição: Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

VIANA, Luiz Werneck [et al.]. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no**

Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

XIMENES, Julia Maurmann; RIBEIRO, Ana Cândida Eugênio Pinto. **Efetivação dos direitos fundamentais e ativismo judicial. Uma**

proposta de análise empírica. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2306, 24 out. 2009. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/13752>.

DA DISTINÇÃO ENTRE COISA JULGADA, PRECLUSÃO, ESTABILIDADE DA DECISÃO E DA EFICÁCIA PRECLUSIVA DA DECISÃO

CAMILA GONÇALVES DE SOUZA VILELA:
Advogada formada pela Puc-Rio e com pós-graduação na EMERJ, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: O presente artigo visa estabelecer a distinção entre os institutos da coisa julgada, preclusão e da estabilidade da decisão, analisando suas principais características com base nas principais vozes dos expoentes sobre o tema.

Palavras-Chave: processo civil; coisa julgada; preclusão, estabilidade da decisão; efeitos.

Abstract: The present article aims to distinguish between institutes of res judicata, preclusion, the preclusive effectiveness of the decision, analyzing its main characteristics based on the main voices of the exponents on the theme.

Key-words: civil lawsuit; thing judged; Preclusion, stability of decision.

Sumário: 1. Introdução. 2. coisa julgada. 3. preclusão. 4. estabilidade da decisão judicial. 5. Conclusão.

INTRODUÇÃO

Inicialmente, os institutos aqui estudados, com exceção da eficácia preclusiva da decisão, possuem efeitos que demonstram que determinadas decisões se tornam imutáveis e, ainda, cada um deles refletem a intensidade da referida imutabilidade.

Nesse sentido, ao analisarmos cada um desses institutos e suas principais características, estaremos abordando automaticamente quando cada um é constituído e qual o alcance dos efeitos produzidos por esses.

O tema ora apresentado é de tamanha importância, pois está estritamente ligado a princípios intimamente ligados ao Estado Democrático de Direito, notadamente o instituto da coisa julgada. Basta pensarmos que os institutos da coisa julgada, da preclusão e estabilidade da decisão proporcionam segurança jurídica, princípio esse previsto na Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 5º inciso XXXVI, sendo este considerado um subprincípio do conceito de Estado de Direito.

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;”

Nesse diapasão, ao impor que determinadas decisões, bem como determinados litígios não poderão ser revistos pelo Poder Judiciário quando já esgotados os prazos para a interposição de recursos, haverá o prestígio da segurança jurídica e a proteção da confiança.

Com efeito, podemos vislumbrar como consequência do instituto da preclusão em seu sentido de imutabilidade do conteúdo de um ato decisório a observância da regular duração do processo, sendo este, também, princípio de tamanha importância para o Estado Democrático de Direito, sendo garantia fundamental e previsto no inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil.

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável

duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

1. Da Coisa Julgada

A coisa julgada pode ser classificada como “uma qualidade ou autoridade que torna imutável o conteúdo de um ato decisório que não mais se sujeita a recurso, conferindo-lhe o caráter de imutabilidade do seu conteúdo.”

Tal conceito pode ser extraído do artigo 502 do Novo Código de Processo Civil de 2015, conforme assim dispõe:

“Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.”

No que diz respeito a qual cognição exercida e aos atos que podem gerar “coisa julgada”, cumpre consignar que os atos proferidos pelo magistrado que contenham julgamento quanto ao mérito da causa, com base no artigo 487 inciso I do novo Código de Processo Civil e que sejam decorrentes de cognição sumária é que são capazes de gerar a coisa julgada, ou seja, a imutabilidade do ato decisório.

A cognição exauriente é aquela em que magistrado profere um ato decisório eivado de absoluta certeza e convicção em relação ao que está sendo enfrentado e é feita após ampla instrução probatória, bem como aprofundada análise de provas.

Importante ressaltar que existem exceções, ou seja, não é apenas na cognição exauriente que se formará a coisa julgada. Bastando analisar as hipóteses previstas nos incisos II e III do artigo 487 do novo Código de Processo Civil.

“Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:

II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição;

III - homologar:

- b) a transação;
c) a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção.”***

Com efeito, quando houver o pronunciamento relativo à decadência ou a prescrição não será possível propor a mesma demanda novamente, mesmo não tendo ocorrido o julgamento com a análise do mérito propriamente dito.

O mesmo se verifica na ocorrência de homologação de acordo celebrado entre as partes e no caso de renúncia, uma vez que tais decisões gerarão reflexos definitivos na relação jurídica de direito material mesmo sem a ocorrência de julgamento na acepção da palavra.

Portanto, com base no disposto acima, é de fácil percepção que a imutabilidade da decisão relativa à coisa julgada poderá ocorrer em duas hipóteses, quais sejam: a) em caso de julgamento de mérito originada de um juízo de cognição exauriente; b) em caso de mérito resolvido de maneira definitiva, mesmo que não haja a resolução meritória da pretensão deduzida em juízo pelo demandante.

Nesse sentido, podemos afirmar que os atos decisórios que são capazes de gerar a imutabilidade proveniente da coisa julgada são: sentenças; acórdãos e decisões monocráticas.

A exceção reside no caso das decisões interlocutórias, pois na ocorrência de cisão da resolução do mérito, ou seja, quando parte do mérito seja enfrentando de imediato pelo magistrado e a outra parte seja enfrentada posteriormente, como, por exemplo, o julgamento antecipado do mérito, conforme se verifica no artigo 356 do novo Código de Processo Civil.

“Art. 356. O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles:

I - mostrar-se incontroverso;

II - estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do [art. 355](#).”

Desta forma, é possível o julgamento do mérito por meio de decisão interlocutória e, posteriormente, é admissível que tal decisão se torne imutável em razão da formação da coisa julgada, caso não haja impugnação por meio da interposição de recurso, que, nesse caso, será o agravo de instrumento, conforme se observa no artigo 356 § 5º c/c artigo 1.015 inciso II do novo Código de Processo Civil.

“Art. 356. O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles:

I - mostrar-se incontroverso;

II - estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do [art. 355](#).

§ 5º A decisão proferida com base neste artigo é impugnável por agravo de instrumento.”

“Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

II - mérito do processo;”

2. Da Preclusão

No que diz respeito à preclusão, é importantíssimo ressaltar inicialmente que a preclusão pode ser utilizada em dois sentidos distintos. Assim, o termo “preclusão” é por vezes utilizado como a perda da faculdade da prática de um ato processual. Tal preclusão pode ser classificada como: preclusão temporal; preclusão lógica e preclusão consumativa.

O termo preclusão é também utilizado para fundamentar a imutabilidade de conteúdo de determinado ato decisório, sendo esta a acepção que interessa ao nosso estudo.

Essa última acepção possui grande semelhança com o instituto da coisa julgada, pois também impede que as partes possam rediscutir o conteúdo dos atos já decididos no decorrer do processo, propiciando o regular curso do processo e a segurança jurídica.

Com efeito, quanto ao alcance da preclusão, pode-se afirmar que é mais extenso do que a coisa julgada, pois engloba todo e qualquer ato decisório proferido pelo magistrado e não só os atos que fundamentam a sentença como é a regra da coisa julgada.

Portanto, a preclusão pode ocorrer nas decisões provenientes de cognição sumária, que é aquela em que o juiz atua em juízo de probabilidade, ou seja, a certeza não se faz presente como na cognição exauriente. Podendo citar o exemplo em que o juiz indefere o pedido de tutela provisória realizado pela parte. Se dessa decisão a parte não interpuser o recurso de agravo de instrumento no prazo de 15 (quinze) dias, a consequência será a preclusão e a impossibilidade de sua modificação, conforme artigo 507 c/c artigo 1.009 §1º c/c artigo 1.015 inciso I do novo Código de Processo Civil.

“Art. 507. É vedado à parte discutir no curso do processo as questões já decididas a cujo respeito se operou a preclusão.”

“Art. 1.009. Da sentença cabe apelação.

§ 1º As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões.”

“Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

I - tutelas provisórias;”

Por fim, a preclusão poderá ser imposta tanto às partes quanto ao juiz. Todavia, quanto ao juiz, é preciso ressaltar a inexistência de preclusão em relação às matérias de ordem pública, conforme artigo 337 §5º c/c artigo 485 §3º c/c artigo 487 inciso II do novo Código de Processo Civil.

“Art. 337. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar:

- I - inexistência ou nulidade da citação;*
 - II - incompetência absoluta e relativa;*
 - III - incorreção do valor da causa;*
 - IV - inépcia da petição inicial;*
 - V - perempção;*
 - VI - litispendência;*
 - VII - coisa julgada;*
 - VIII - conexão;*
 - IX - incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização;*
 - X - convenção de arbitragem;*
 - XI - ausência de legitimidade ou de interesse processual;*
 - XII - falta de caução ou de outra prestação que a lei exige como preliminar;*
 - XIII - indevida concessão do benefício de gratuidade de justiça*
- § 5o** *Excetuada a convenção de arbitragem e a incompetência relativa, o juiz conhecerá de ofício das matérias enumeradas neste artigo.”*
- “Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:**
- I - indeferir a petição inicial;*
 - II - o processo ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes;*
 - III - por não promover os atos e as diligências que lhe incumbir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias;*
 - IV - verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;*
 - V - reconhecer a existência de perempção, de litispendência ou de coisa julgada;*
 - VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;*

VII - acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência;

VIII - homologar a desistência da ação;

IX - em caso de morte da parte, a ação for considerada intransmissível por disposição legal;

e

X - nos demais casos prescritos neste Código.

§ 3º O juiz conhecerá de ofício da matéria constante dos incisos IV, V, VI e IX, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado.”

“Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:

II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição;”

3. Da Estabilidade da Decisão Judicial

A estabilidade da decisão judicial ocorre quando os efeitos da decisão liminar são estabilizados mesmo após a extinção do processo.

Nesse sentido, a estabilidade da decisão está intimamente ligada regime jurídico da tutela provisória de urgente antecipada, conforme se observa no artigo 304 do novo Código de Processo Civil.

“Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

§ 1º No caso previsto no caput, o processo será extinto.

§ 2º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do caput.

§ 3º A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por

decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2o.

§ 4o Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2o, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida.

§ 5o O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2o deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1o.

§ 6o A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2o deste artigo.”

Nesse regime jurídico não se vislumbra a formação da coisa julgada nem preclusão, consoante dispõe o parágrafo 6º do artigo 304, mesmo após o encerramento do prazo de 2(dois) anos em que é possível rever a decisão proferida liminarmente.

Com efeito, encerrado o prazo de 2(dois) anos previsto no §5º do artigo 304 para rever o decidido em cognição sumária, não existirá mais meio judicial para impugnar o que foi decidido. Cabe ressaltar que não há que se falar em coisa julgada nem em preclusão, pois o que é estabilizado são os efeitos da decisão judicial. Ou seja, aqui a imutabilidade atinge os efeitos e não ao conteúdo, como ocorre na coisa julgada e na preclusão. Esta é a principal diferença entre aos institutos aqui comentados.

4. Conclusão

É inegável a importância dos institutos acima para a proteção do princípio da segurança jurídica, como exaustivamente já citado no presente artigo.

A inexistência destes institutos tornaria as ações judiciais um caminhar sem fim, já que as relações jurídicas poderiam ser atingidas de forma incalculável e revistas judicialmente ad eternum, causando prejuízos ordem jurídica e grande instabilidade social e econômica para o Estado.

O Estado de Direito deve ser protegido com o fim de oferecer ao cidadão a segurança jurídica esperada e a devida confiança nas relações jurídicas que são realizadas cotidianamente. Trata-se de uma proteção que o cidadão possui até mesmo contra eventual arbítrio do Estado, não sendo por acaso um direito constitucionalmente previsto.

Portanto, em que pese a possibilidade de relativização da imutabilidade das decisões, não há que se falar em mitigação da segurança jurídica. Há uma busca, na verdade, da justiça nas relações jurídicas, através do oferecendo de meios para correção de eventual injustiça provocada por vícios processuais graves.

Referências bibliográficas

CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Gomes, Fábio. Teoria geral do processo civil. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson. Nery, Rosa Maria Andrade. Código de processo civil comentado. 4ª ed. São Paulo: RT, 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A reforma da reforma. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FLEXA, Alexandre. MACEDO, Daniel. BASTOS, Fabrício. Novo código de processo civil. Salvador: JusPodivm, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do processo de conhecimento. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil. 17º ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

PROJETO DE AVALIAÇÃO DA QUALIDADE DO CAFÉ TORRADO E MOÍDO NO ESTADO DE MINAS GERAIS

LUIZ OTÁVIO TEIXEIRA: Licenciado em Química pela Universidade UCAM - UNIVERSIDADE CANDIDO MENDES. Especialista em Química pela Universidade Federal de Lavras. Especialista em Direito Público pelo Centro Universitário Newton Paiva. Especialista em Língua Portuguesa e Literatura Brasileira pela Universidade Cândido Mendes. Especialista em Gestão de Equipes e Viabilidade de Projetos pela UCAM.

RESUMO: A preocupação básica deste estudo é detalhar as etapas de planejamento realizadas para o Programa de monitoramento da qualidade do café torrado e moído, realizado pelo Programa Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor (Procon-MG), órgão do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Este artigo tem como objetivo descrever as etapas desenvolvidas ao longo do monitoramento, com o intuito de verificar a qualidade do café produzido em Minas Gerais. Realizou-se pesquisa bibliográfica para fundamentar as etapas de planejamento e, num segundo momento, descrever a execução das etapas necessárias para alcançar os resultados pretendidos. A partir da execução do projeto, após a coleta de duzentas e quarenta e uma amostras, verificou-se que trinta e um por cento do café analisado encontrava-se impróprio para o consumo. O planejamento adequado foi determinante para a realização do projeto em referência.

Palavras-chave: Café. Monitoramento da qualidade. Planejamento. Ministério Público.

Introdução

O presente trabalho tem como tema descrever as etapas de planejamento realizadas durante o Programa de monitoramento da qualidade do café torrado e moído, desenvolvido pelo Programa Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor (PROCON-MG), órgão do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, de 2014 a 2016.

Nesta perspectiva, a planejamento foi construído levando-se em consideração:

- a) O grande número de denúncias dirigidas ao PROCON-MG, nos anos anteriores, referentes à baixa qualidade do produto;
- b) A constatação de impropriedades na grande maioria das amostras encaminhadas para perícia;
- c) O número de torrefações existentes em Minas Gerais e;

- d) Os desafios logísticos e de recursos materiais, humanos e técnicos para a realização de amplo monitoramento, tendo em vista a política de verificação da qualidade do café em todo Estado, conforme decisão da Coordenação do Procon-MG.

A avaliação da qualidade do café torrado e moído é assunto de grande importância, dada a relevância do produto na economia mineira, correspondendo por vinte e cinco por cento do PIB do agronegócio e cinquenta e oito por cento da receita bruta da safra nacional (MINAS GERAIS, 2016).

As etapas de planejamento deste projeto foram determinantes para alcançar os objetivos pretendidos.

Este trabalho baseou-se nos dados consolidados do programa de monitoramento, divulgados através de documento específico, e descrição das etapas de idealização, planejamento e execução, realizadas pelo autor deste artigo, gerente do projeto no âmbito do Procon-MG.

Desta forma, este artigo apresenta temas e abordagens originais, sintetizados na publicação do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, desenvolvidos a partir do conhecimento adquirido no curso de pós-graduação em gestão de equipes e viabilidade de projetos e bibliografia correlata.

Desenvolvimento

Planejar e projetar são essenciais para o desenvolvimento das iniciativas que visam um objetivo específico:

Projetar significa planejar algo que se pretende realizar no futuro, sendo que um projeto distingue-se de outras formas de planejamento – como o planejamento estratégico de uma instituição ou uma simples programação de atividades rotineiras – por ser fechado, isto é, tem começo, meio e fim previsíveis e programados. Além disso, também são estabelecidos previamente o público-alvo do projeto, ou seus beneficiários, as atividades a desenvolver e os recursos necessários – tempo, dinheiro, equipamentos e pessoas. Em alguns casos, o propósito do projeto é estabelecer uma nova iniciativa, sem prazo para terminar. Mas, mesmo assim, o projeto compreenderá todas as ações levadas a cabo para implementar essa iniciativa, para

colocá-la em funcionamento. (ABEGÃO; CAMPOS; DELAMARO, 2017, p.5).

Ainda segundo definição da ONU: um projeto é um empreendimento planejado que consiste num conjunto de atividades inter-relacionadas e coordenadas para alcançar objetivos específicos dentro dos limites de um orçamento e de um período de tempo dados (COHEN; FRANCO, 1999, p. 85).

Para Abegão, Campos e Delamaro (2017), pode-se pensar o ciclo de vida de um projeto tendo quatro fases distintas:

1 **Elaboração:** é o momento da identificação do problema, definição dos objetivos, programação das atividades e confecção da proposta técnica do projeto.

2 **Estruturação:** uma vez decidido que o projeto vai ser realizado, é hora de organizar a equipe executora e mobilizar os meios necessários para executá-lo.

3 **Realização:** é o período quando as atividades previstas são realizadas e acompanhadas, de acordo com o planejado. Por vezes é necessário alterar a programação, em razão de fatos não previstos.

4 **Encerramento:** ao término do projeto é preciso analisar seus resultados e impactos, comparando-se o que se pretendia originalmente com o realmente alcançado. Também é o momento de cuidar da desmobilização do projeto, caso não haja prosseguimento.

Do mesmo modo, estes autores identificam como essenciais na etapa de planejamento: a identificação do problema, momento no qual é preciso organizar as informações disponíveis e reunir com os envolvidos. Num segundo momento, é necessário pensar em como resolver o

problema. Escolhida a solução, deve-se programar com detalhes o que deve ser feito, de forma a assegurar a realização do resultado pretendido.

O Programa Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor (Procon-MG) verificou, em 2013, que o café torrado e moído era o alimento que apresentava o maior número de denúncias, oriundas das Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor de todo estado, despertando grande preocupação, já que em alguns casos foram observadas adulterações por adição de milho. (MINAS GERAIS, 2016).

Neste sentido, foram adotadas todas as providências necessárias para a viabilização de uma política de avaliação ampla e sistemática da qualidade do café torrado e moído, que demandou planejamento e gerenciamento de recurso pessoal e técnico para atingir os objetivos estabelecidos pela Coordenação do Procon-MG.

Primeiramente, foi necessário conhecer o número de torrefações existentes no estado para iniciar o planejamento. Um levantamento preliminar foi desenvolvido a partir das informações disponíveis nos sítios eletrônicos do Sindicato da Indústria de Café de Minas Gerais e Associação Brasileira da Indústria do Café.

Ao mesmo tempo, buscou-se a parceria com instituições competentes para a realização das análises laboratoriais nas amostras a serem coletas, conforme os procedimentos definidos nos regulamentos técnicos pertinentes, visando observar as exigências legais para a condução de processos administrativos instaurados contra os fornecedores infratores.

Neste sentido, o Código de Saúde (MINAS GERAIS, 1999) estabelece os procedimentos para avaliação da qualidade de produtos:

Art. 118 - A apuração de ilícito, em se tratando de produto sujeito ao controle sanitário, farse-á mediante a apreensão de amostra para a realização de análise fiscal e de interdição, se for o caso.

§ 1º - A apreensão de amostra do produto para a análise fiscal ou de controle poderá ser acompanhada de interdição nos casos em que sejam flagrantes os indícios de alteração ou adulteração do produto ou da substância, hipótese em que a interdição terá caráter preventivo ou de medida cautelar.

§ 2º - A análise fiscal será realizada em laboratório oficial do Ministério da Saúde ou em órgão congênere estadual ou municipal credenciado.

§ 3º - A amostra a que se refere o "caput" será colhida do estoque existente e dividida em três partes, das quais uma será entregue ao detentor ou ao responsável pelo produto, para servir de contraprova, e duas encaminhadas ao laboratório oficial de controle.

§ 4º - Cada parte da amostra será tornada inviolável para que se assegurem as características de conservação e autenticidade.

Da mesma forma, referida lei disciplina os procedimentos que devem ser seguidos no percurso da investigação, quando o fornecedor discorda o laudo inicial:

Art. 119 - O infrator que discordar do resultado do laudo de análise fiscal poderá requerer, no prazo de dez dias contados da data da notificação do resultado da análise, perícia de contraprova, apresentando a amostra em seu poder e indicando o seu perito.

§ 1º - Decorrido o prazo fixado no "caput" deste artigo sem a apresentação de recurso pelo infrator, o laudo da análise fiscal será considerado definitivo.

§ 2º - A perícia de contraprova não será realizada no caso de a amostra apresentar indícios de alteração ou violação, prevalecendo, nessa hipótese, o laudo condenatório.

§ 3º - Aplicar-se-á à perícia de contraprova o mesmo método de análise empregado na análise fiscal condenatória, salvo se houver concordância dos peritos quanto ao emprego de outro.

§ 4º - No caso de divergência entre os resultados da análise fiscal condenatória e os da perícia de contraprova, caberá recurso da parte interessada, o que acarretará a realização de novo

exame pericial da amostra em poder do laboratório oficial.

Importante observar que os princípios contidos neste dispositivo legal são os mesmos das leis federais que tratam dos procedimentos de aferição da qualidade de produtos, como por exemplo, a Decreto-lei nº 986, de 21 de outubro de 1969.

Por fim, o Laboratório Nacional Agropecuário de Pedro Leopoldo (LANAGRO/MG), concordou em participar do projeto, mediante aquisição de parcela de solvente utilizado na análise das impurezas. Por outro lado, contribuiu para ampliação do monitoramento, ao sugerir a inclusão da avaliação da micotoxina Ocratoxina A, cujo limite máximo aceitável no café é 10 microgramas por kilo, conforme definido na Resolução da ANVISA nº 7, de 18 de fevereiro de 2011.

Para a aquisição do solvente solicitado pelo laboratório foi necessária atualização do cadastro junto à Polícia Federal, pois o produto químico tem uso controlado, uma vez que pode ser utilizado na purificação de entorpecentes (BRASIL, 2001). Foram adotados os procedimentos necessários para aquisição da substância, de forma a viabilizar as análises laboratoriais.

A parceria firmada com o laboratório permitiu o intercâmbio de informações sobre a cadeia produtiva do café torrado moído, como por exemplo, a identificação do número de torrefações existentes em Minas Gerais, bem como a dinâmica de encerramento e abertura destas empresas, o que gera rotatividade dos personagens no mercado, ainda que exista um número relativamente estável ao longo do tempo.

Partindo do número provável de torrefações e, conseqüentemente, do número de alvos ou amostras a serem coletadas, foi possível elaborar um planejamento de coleta que levasse em consideração as diversas regiões produtoras existentes.

Interessante observar que o número de torrefações existentes no mercado, informado pelo LANAGRO/MG correspondia a, aproximadamente, metade do número das empresas associadas ou sindicalizadas.

Assim, o planejamento do número de coletas entre as vinte regionais do Procon-MG (Almenara, Barbacena, Belo Horizonte, Caratinga, Conselheiro Lafaiete, Contagem, Divinópolis, Ipatinga, Janaúba, Juiz de

Fora, Montes Claros, Muriaé, Passos, Patos de Minas, Poços de Caldas, Pouso Alegre, Teófilo Otoni, Uberaba, Uberlândia e Varginha), conforme definido estabelecido na Resolução PGJ nº 11, de 3 de fevereiro de 2011, pôde ser construída, já que se admitiu que a proporção de empresas associadas refletia a distribuição da produção no estado.

Ao mesmo tempo, foi possível flexibilizar as coletas, conforme necessidade de cada Promotoria de Justiça de Defesa do Consumidor (PJDC) participante, ao indicar, exatamente, quais fornecedores daquela região deveriam ser investigados mediante a coleta de amostras e, sugerir a coleta do mesmo número de cafés dos produtores localizados na área da abrangência geográfica da regional do Procon-MG, não associados e não sindicalizados.

Esta iniciativa permitiu avaliar a qualidade do produto-alvo em função da participação do produtor em programa de automonitoramento do mercado, muitas vezes denominado como “selo de pureza” (ABIC, 2016).

A Instrução normativa do Ministério da Agricultura nº 68, de 12 de dezembro de 2006, que oficializa métodos analíticos oficiais físico químicos, estabelece, como recomendações gerais para recebimento de amostras:

A colheita da amostra constitui a primeira fase da análise do produto.

Dentro do conceito de que a análise começa com a colheita da amostra, o serviço de colheita deve estar bem integrado com o laboratório, devendo haver sincronismo entre a remessa e a capacidade do laboratório em executar as análises. (BRASIL, 2006)

Dentro desta óptica e considerando as limitações de insumos, armazenamento de amostras e de pessoal do laboratório, estabeleceu-se que a remessa de amostras seria quinzenal, totalizando, vinte amostras por entrega.

Já às PJDC, que podem contar com limitações operacionais em campo, limitou-se o envio de amostras até, no máximo, dez amostras para cada semana agendada. Desta forma, não haveria sobrecarga de trabalho para a concretização do projeto.

As regiões produtoras de maior importância foram responsáveis por elevar o número de coletas de algumas regionais para até quarenta amostras. Conforme sistemática adotada, a alocação das datas de entrega das amostras coletadas na programação puderam ser configuradas, de forma que entre a nova remessa e a anterior, haveria um prazo de, aproximadamente, quatro semanas. Ou seja, haveria necessidade de coletar apenas dez amostras por mês e, ao final de aproximadamente, quatro meses, as coletas estariam encerradas para aquela regional.

Para o sucesso de todo o projeto, o cronograma e a apresentação do monitoramento já aprovado na reunião da Rede de Promotorias de Justiça foi encaminhado para as PJDC com antecedência mínima de dois meses antes do início previsto para encaminhamento das amostras.

Recebidas as amostras, foi providenciado o cadastro e encaminhamento conforme os procedimentos estabelecidos pelo laboratório, em acordo com as PJDC e definições do programa.

Os laudos emitidos pelo laboratório foram encaminhados para as PJDC envolvidas, acompanhados de pareceres técnicos. As informações constantes nos documentos eram organizadas para a elaboração do relatório consolidado final.

Através do programa foi possível avaliar a qualidade de duzentas e quarenta e uma amostras de café torrado e moído coletadas em todo estado de Minas Gerais. Foram avaliadas as impurezas, as matérias estranhas e teor de micotoxina Ocratoxina A, à luz dos regulamentos específicos da Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

As impurezas são definidas, segundo a Instrução Normativa do Ministério da Agricultura nº 8, de 11 de junho de 2003, como as cascas, paus, e outros detritos provenientes do próprio produto. O mesmo regulamento define como matérias estranhas os detritos vegetais não oriundos do produto, grãos ou sementes de outras espécies e corpos estranhos de qualquer natureza, como pedras e torrões (BRASIL, 2003).

Os resultados obtidos a partir do projeto confirmaram o elevado índice de produtos impróprios para o consumo, conforme observado ao longo dos anos, no atendimento das demandas pontuais das PJDC. Foram encontradas irregularidades em aproximadamente 31 % das amostras (MINAS GERAIS, 2016).

Quanto ao tipo de irregularidade, constatou-se a presença de impurezas acima do permitido em 27,8 % das amostras. Em 4,2 % foi identificada a Ocratoxina A acima o limite máximo tolerado. Em cinco amostras, ou 2,1 % do total de amostras analisadas, verificou-se adulteração por adição de milho. Em uma determinada amostra, o teor de milho chegou a corresponder a 6 % do peso do produto (MINAS GERAIS, 2016).

Na oportunidade foi possível observar que mesmo nos produtos que ostentam o denominado “selo de pureza”, foi identificada a presença de material que não corresponde à definição daquilo que é entendido como café torrado e moído. Uma entre cada dez amostras deste segmento apresentaram irregularidades. Por outro lado, quase metade das amostras não participantes do programa de automonitoramento do mercado foi considerada imprópria para o consumo (MINAS GERAIS, 2016).

Conclusão

Diante do exposto, concluiu-se que o planejamento adequado foi determinante para a realização do projeto de monitoramento da qualidade do café torrado e moído.

A partir da definição do problema, foi possível estabelecer os passos necessários para a verificação da qualidade do produto investigado, que envolveu o gerenciamento de recursos humanos, materiais, logísticos e interlocução com órgãos externos.

Além da administração das etapas, outro aspecto determinante foi a elaboração e execução das atividades dentro os prazos determinados.

Por fim, verificou-se um alto índice de impropriedades nos cafés torrados e moídos fabricados no estado de Minas Gerais, cujos laudos foram encaminhados para as Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor, para adoção das medidas judiciais pertinentes.

REFERÊNCIAS

ABEGÃO, Luís H.;CAMPOS, Arminda E. M.; DELAMARO, Maurício C. O planejamento de projetos sociais, dicas, técnicas e metodologia. Adaptação do conteúdo programático da disciplina “Técnicas em Projetos

Sociais” do Curso de Especialização em Gestão de Iniciativas Sociais do Laboratório de Tecnologia e Desenvolvimento Social (LTDS) da COPPE/UFRJ. Disponível em

<<https://www.nescon.medicina.ufmg.br/biblioteca/imagem/2154.pdf>>.

Acesso em: 15 jan. 2017. 46 p.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DO CAFÉ (ABIC). Programa permanente de controle da pureza do café: regulamente. 2016. Disponível em: <http://www.abic.com.br/publique/media/SEP_regulamentoPPCPC.pdf >. Acesso em: 15 jan. 2017.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Resolução nº 277, de 22 de setembro de 2015. Aprovar o regulamento técnico para café, cevada, chá, erva-mate e produtos solúveis, constante do anexo desta Resolução. Brasília. Diário Oficial da União. 23 set. 2015. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2005/res0277_22_09_2005.html>. Acesso em: 15 jan. 2017.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Resolução nº 7, de 18 de fevereiro de 2011. Dispõe sobre limites máximos tolerados (LMT) para micotoxinas em alimentos. Brasília. Diário Oficial da União. 22 fev. 2011. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2011/res0007_18_02_2011_rep.html >. Acesso em: 15 jan. 2017.

BRASIL. Decreto-lei nº 986, de 21 de outubro de 1969. Institui normas básicas sobre alimentos. Diário Oficial da União. Brasília. 21 jul. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0986.htm >. Acesso em: 15 jan. 2017.

BRASIL. Lei nº 10.357, de 27 de dezembro de 2001. Estabelece normas de controle e fiscalização sobre produtos químicos que direta ou indiretamente possam ser destinados à elaboração ilícita de substâncias entorpecentes, psicotrópicas ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Brasília. 28 dez. 2001. Disponível em: . Acesso em: 15 jan. 2017. 46 p.

BRASIL. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. Instrução Normativa nº 68, de 12 de dezembro de 2006. Oficializar os Métodos Analíticos Oficiais Físico-Químicos, para Controle de Leite e Produtos Lácteos, em conformidade com o anexo desta Instrução Normativa, determinando que sejam utilizados nos Laboratórios Nacionais Agropecuários. Brasília. Diário Oficial da União. 12 dez. 2006. Seção 1. p 8.

BRASIL. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. Instrução Normativa nº 8, de 11 de Junho de 2003. Aprova o regulamento técnico de identidade e qualidade para a classificação do café beneficiado grão cru, em anexo. Brasília. Diário Oficial da União. 12 jun. 2003. Disponível em: http://www.abic.com.br/publique/media/NMQ_LEGISLAcaO_IN8.pdf. Acesso em: 15 jan. 2017.

COHEN, Ernesto; FRANCO, Rolando. Avaliação de projetos sociais. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

MINAS GERAIS. Lei nº 13.317, de 24 de setembro de 1999. Código de Saúde do Estado de Minas Gerais. Diário do Executivo. Belo Horizonte. 25 set. 1999.

MINAS GERAIS. Ministério Público. Programa de monitoramento do café torrado e moído no estado de Minas Gerais. Belo Horizonte. 2016. 36 p.

MINAS GERAIS. Ministério Público. Resolução PGJ nº 11, de 3 de fevereiro de 2011. Regulamenta o Programa Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor (Procon-MG) e o Sistema Estadual de Defesa do Consumidor (SEDC), nos termos previstos na Constituição do Estado de Minas Gerais, na Lei Complementar Estadual nº 34/94 e na Lei Complementar Estadual nº 61, de 12 de julho de 2001, alterada pela Lei Complementar Estadual nº 117, de 11 de janeiro de 2011, e estabelece as normas gerais do exercício do poder de polícia e de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, e dá outras providências. Belo Horizonte. Diário Oficial de Minas Gerais. 4 fev.

2011. Disponível em: < https://mpnormas.mpmg.mp.br/files/1/1/1-1-C8F6-32-Res_PGJ_11_2011_at.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2017.

ENTRE O VELHO E O NOVO CAMPO DE BATALHAS

WELLINGTON MAGALHÃES: juiz de direito do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins (TJTO). Membro do Comitê Técnico de Formação e Pesquisa da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM). Tutor de ensino à distância do Centro de Aperfeiçoamento e Formação de Servidores do Poder Judiciário (CEAJUD/CNJ). Professor e coordenador de cursos da Escola Superior da Magistratura do Tocantins (ESMAT). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra, Portugal (FDUC). Possui título de especialista em Direito Tributário pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL) e em Direitos Humanos pelo *Ius Gentium Conimbrigae* - Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (IGC/FDUC). Foi advogado militante em Brasília/DF, professor do núcleo de prática jurídica do Centro Universitário de Brasília (UNICEUB) e Procurador do Município de Manaus/AM (PGM/Manaus)

O mundo definitivamente se globalizou. Na última metade do século passado assistimos às diversas transformações de ordem social, política e econômica. O desfecho trágico da Segunda Guerra Mundial possibilitou a polarização de forças não só no campo da política e da economia, como na matriz ideológica das sociedades. No extremo leste do globo terrestre a União Soviética com seu sistema socialista, baseado na economia planificada e no partido único, o Comunista. No oeste os Estados Unidos da América e o “sonho americano” de um sistema democrático, capitalista, baseado na economia de mercado e na propriedade privada (BLAINEY, 2008).

Recém-saído dos campos de batalhas, após a recuperação pelos Aliados do território francês, da “corrida” até Berlim e do exibicionismo bélico americano com o lançamento das bombas atômicas sobre as cidades de Hiroshima e Nagasaki, respectivamente nos dias 6 e 9 de agosto de 1945, o mundo continuaria sobre pressão. O fim da Segunda Guerra Mundial foi só o início de um novo tempo. O marco zero de uma nova realidade. Baixaram-se as armas. Ergueram-se as bandeiras; e a principal delas: a ideológica. Neutralizada a ameaça nazista de Hitler, o mundo assistiria a partir de então a um conflito ideológico marcado por

disputas indiretas entre as duas visões antagônicas de organização da vida, da propriedade e das relações sociais (DALESSI, 2012).

Não obstante a polarização de dois mundos distintos, capitalismo vs. socialismo, ainda assim a economia global expandiu-se pela necessidade imediata de reestruturação e reorganização do mundo saído das ruínas do Holocausto. É consenso entre os historiadores, que a economia global expandiu significativamente entre os anos de 1950 e 1973 (MIDDLETON, 1945). Ainda de acordo com (MARGLIN & SCHOR, 2000), os membros da OCDE tiveram uma taxa de crescimento do PIB em média de mais de 4% ao ano, na década de 1950, e próximo de 5% ao ano, na década de 1960, comparado com 3% em 1970 e 2% em 1980.

Contudo, a falta de democracia, o engessamento econômico e a crise nas repúblicas soviéticas aceleraram a crise do socialismo no final da década de 1980. Com a queda do Muro de Berlim e a reunificação das duas Alemanhas (Ocidente e Oriental), o modelo capitalista, de mercado e da propriedade privada se consolidou. A derrocada soviética e o capitalismo vitorioso fez nascer uma nova realidade global, agora não mais bipolar, mas multipolarizada (ARBIX, 2002). Apesar do grande poderio norte-americano, outras nações consolidaram-se como polos da economia mundial, a exemplo da França, Japão e da Alemanha. China, Cuba e Coreia do Norte continuam socialistas, embora desenvolvam práticas comerciais típicas das sociedades capitalistas (DALESSI, 2012).

Mas se o conflito ideológico socialismo capitalismo e o medo de uma guerra nuclear saíram de cena, novas preocupações tomaram lugar. As descobertas científicas, as inovações tecnológicas, os câmbios culturais, sociais e políticos da última metade do Século XX responsabilizaram-se por criar um novo campo de disputas. A globalização se notabilizou como instrumento de expansão do capital, na medida em que um novo liberalismo surge como instrumento de maximização dos lucros (DUPAS, 2017).

Uma guerra silenciosa por reconhecimento e dominação se expande em todas as direções. A diferença da sociedade industrial dos primórdios do Século XX, caracterizada pela luta de classes, capitalismo vs.

socialismo, hoje cede espaço a um novo ambiente de guerra. Os grandes centros urbanos tornam-se campos de batalha entre uma sociedade que se diz organizada e outra declaradamente sem regras. As trincheiras de hoje são morros, favelas, a periferia, o blindado, o portão eletrônico, a serpentina, a vigilância armada. Vive-se o paradoxo da liberdade que demanda cada vez mais segurança para sentir livre. Ataques virtuais mudam a cara do crime. Enquanto isso nas redes sociais tudo se apresenta perfeito. O corpo, a cabeça, a dieta, o trabalho, etc., tudo aparenta ser autêntico, mas no real muito se tem vazio e sem sentido. A autoafirmação se rende à quantidade de curtidas, visualizações, seguidores, etc. Eleva-se o consumo de psicotrópicos, psicólogos, terapias, couch, etc. Os tempos mudaram e o progresso humano é incontestável. Contudo, há muito que sê corrigido. E o primeiro passo desse caminho é reconhecer que todo progresso tem duas faces: uma que aprimora nossa humanidade enquanto seres racionais; e outra que potencializa nossa irracionalidade entre as demais espécies de seres vivos num mundo que clama por razão, mas principalmente por compaixão.

A INVERSÃO DOS ATOS INSTRUTÓRIOS NO PROCEDIMENTO INFRACIONAL: REFLEXOS DA LEI N. 11.719/08 NO PROCESSO INFRACIONAL E A APLICAÇÃO ANALÓGICA DA *RATIO DECIDENDI* DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO HC Nº 127900/AM

RENATO MARTINS DE ALBUQUERQUE: assistente judiciário de magistrado do tribunal de justiça do estado de são paulo, formado pela universidade metropolitana de santos, pós-graduando em direito processual civil pela escola paulista de magistratura - epm, aprovado no iv concurso público para o cargo de defensor público do estado do espírito santo.

RESUMO: O presente artigo visa analisar a possibilidade de inversão dos atos instrutórios no procedimento infracional - apesar da inexistência de alteração legislativa na lei 8.069/90 - com base na mudança realizada no Código de Processo Penal em 2008, a qual privilegiou o interrogatório como meio de defesa, tendo como parâmetro a aplicação analógica da *ratio decidendi* do HC nº 127900/AM julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal e as normativas nacionais e internacionais que vedam tratamento mais gravoso ao adolescente do que ao adulto, inclusive no âmbito processual.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A inspiração Antidemocrática da Redação Originária do CPP e sua Releitura nos Arts. 184 e 186 do Estatuto da Criança e do Adolescente; 3. Da Aplicação Analógica do Entendimento Proferido pelo Supremo Tribunal Federal no HC nº 127900 - A Exigência de Realização do Interrogatório do Réu ao Final da Instrução Criminal no Processo Penal Militar; 4. Da Incidência Normativa das Diretrizes de Riad, das Regras de Beijing e da Lei 12. 594/12 (Sinase); 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A Lei n. 11.719/08 alterou uma série de dispositivos do Código de Processo Penal. Dentre as alterações, houve a modificação da ordem dos atos da instrução no procedimento comum; o interrogatório, que até então

era o primeiro ato da instrução, passou a ser o último. A referida alteração faz parte de um esforço visando a democratização da legislação processual penal vigente e, quanto ao interrogatório, pretendeu consagrá-lo como meio de defesa do acusado, alocando-o em momento que privilegie e fortaleça o exercício do referido direito. No procedimento infracional, contudo, a audiência de apresentação – ato análogo ao interrogatório - é o primeiro ato de instrução. Nesse contexto, o presente artigo se propõe a tratar da possibilidade de inversão dos atos do procedimento infracional por analogia das regras do processo penal alteradas pela Lei 11.719/08.

A INSPIRAÇÃO ANTIDEMOCRÁTICA DA REDAÇÃO ORIGINÁRIA DO CPP E SUA RELEITURA NOS ARTS. 184 E 186 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Como dito antes, a Lei n. 11.719 de de 20 de junho de 2008 alterou uma série de dispositivos do Código de Processo Penal (CPP), relativos à suspensão do processo, emendatio libeli, mutatio libeli e aos procedimentos. Dentre as alterações feitas, especificamente quanto aos procedimentos, houve a alteração da ordem dos atos da instrução processual; o interrogatório, que até então era o primeiro ato da instrução no procedimento comum, foi deslocado para o final, passando a ser o último ato.

A reforma operada pela Lei n. 11.719/08 se insere no esforço legislativo que vem sendo empreendido no sentido de democratizar o processo penal, já que o CPP vigente, decretado em 1941, tem matriz reconhecidamente fascista e, portanto, autoritária. Essa inspiração fascista e autoritária fica bastante clara para qualquer um que se preste à leitura da exposição de motivos do CPP, a qual faz menção expressa ao Código de Processo Penal Italiano de 1930 cujo arquiteto foi Alfredo Rocco, Ministro da Justiça de Mussolini entre 1925 e 1932.

Nesse contexto, a lógica que informou a redação originária do CPP era a de conceber o interrogatório do acusado como um meio de prova, bastante útil na cruzada pela verdade real. A mencionada alteração legislativa, a seu turno, buscando reconhecer o interrogatório como um

meio de defesa do acusado, transferiu o mencionado ato para momento processual em que sua realização fortalece o exercício direito de defesa: o final da instrução da audiência de instrução, quando o acusado tem melhores condições de se posicionar estrategicamente.

No procedimento infracional, contudo, a audiência de apresentação – ato análogo ao interrogatório - é o primeiro ato de instrução processual. Nos termos do art. 184 da Lei n. 8.069/90, que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), “Oferecida da representação, a autoridade judiciária designará audiência de apresentação do adolescente (...)”, para a qual o adolescente e seus pais ou responsável serão notificados a comparecer acompanhados por advogado (§1º do art. 184 do ECA) e, conforme o art. 186 do referido diploma legal, “Comparecendo o adolescente, seus pais ou responsável, a autoridade judiciária procederá à oitiva dos mesmos, podendo solicitar opinião de profissional qualificado”.

Isso significa que o ECA, a despeito de ter sido legislativamente produzido em momento político bastante diverso daquele que originou o CPP (já nos anos 1990, em período de consolidação do regime democrático), é informado em alguns aspectos pontuais, porém de extrema importância, pela mesma lógica, como no caso da audiência de apresentação que não permite o exercício pleno e amplo do direito de defesa.

DA APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ENTENDIMENTO PROFERIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO HC nº 127900 - A EXIGÊNCIA DE REALIZAÇÃO DO INTERROGATÓRIO DO RÉU AO FINAL DA INSTRUÇÃO CRIMINAL NO PROCESSO PENAL MILITAR

Em 3 de março de 2016, por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que se aplica ao processo penal militar a exigência de realização do interrogatório do réu ao final da instrução criminal, conforme previsto no artigo 400 do Código de Processo Penal (CPP), com intuito de aferir máxima efetividade aos princípios fundamentais do contraditório e da ampla defesa:

“Habeas corpus. Penal e processual penal militar. Posse de substância entorpecente em local sujeito à administração militar (CPM, art. 290). Crime praticado por militares em situação de atividade em lugar sujeito à administração militar. Competência da Justiça Castrense configurada (CF, art. 124 c/c CPM, art. 9º, I, b). Pacientes que não integram mais as fileiras das Forças Armadas. Irrelevância para fins de fixação da competência. Interrogatório. Realização ao final da instrução (art. 400, CPP). Obrigatoriedade. Aplicação às ações penais em trâmite na Justiça Militar dessa alteração introduzida pela Lei nº 11.719/08, em detrimento do art. 302 do Decreto-Lei nº 1.002/69. Precedentes. Adequação do sistema acusatório democrático aos preceitos constitucionais da Carta de República de 1988. Máxima efetividade dos princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV). Incidência da norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum aos processos penais militares cuja instrução não se tenha encerrado, o que não é o caso. Ordem denegada. Fixada orientação quanto a incidência da norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum a partir da publicação da ata do presente julgamento, aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial, incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado.” (STF – Habeas Corpus nº 127.900/AM, Plenário, Min. Rel. Dias Toffoli, j. 3/3/2016)(grifei).

Observa-se que não há fundamento jurídico para não aplicação das razões do referido julgado ao procedimento de apuração de ato infracional, uma vez que se a máxima efetividade dos princípios do contraditório e da ampla defesa se aplica ao processo castrense – de natureza hierárquica –, inegável que deverá incidir de igual modo no âmbito da justiça da infância, uma vez que, conforme expressamente disposto no art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Nesse sentido, Zapata e Frasseto:

“Mesmo que os adolescentes submetam-se a um procedimento de apuração de ato infracional previsto por legislação especial, com regramento próprio, como veremos adiante, fato é que possuem eles direitos ao devido processo legal e todas as garantias que lhe são inerentes”^[1].

Ainda que alguns advoguem a licitude do interrogatório do adolescente como primeiro ato da instrução invocando o princípio da especialidade em razão da normativa do Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 184, §1º, da Lei 8.069/90), conforme se extrai das razões do julgado acima colacionado, o princípio da especialidade não pode se sobrepor aos princípios constitucionais expressos do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

E nem se argumente que a aplicação de medida socioeducativa é um direito do adolescente para sua “pseudo-ressocialização”. Isso porque em que pese possuir uma dimensão pedagógica, é inegável que as medidas socioeducativas possuem também um viés punitivo.

Na lição de Barbosa “tal como ocorre com as penas, as medidas socioeducativas não configuram um bem em si, gerando restrição de direitos (inclusive liberdade) e tendo, por isso, aplicação excepcional, apenas diante de comprovada autoria e materialidade delitiva”^[2].

DA INCIDÊNCIA NORMATIVA DAS DIRETRIZES DE RIAD, DAS REGRAS DE BEIJING E DA LEI 12.594/2012 (SINASE)

Em reforço do todo acima exposto, vale ressaltar que item 54 das Diretrizes das Nações Unidas para Prevenção da Delinquência Juvenil – Diretrizes de Riad, no item 54, contempla o princípio da vedação do tratamento mais gravoso ao adolescente do que ao adulto, princípio este também expresso no art. 35, I, da Lei 12.594/2012, que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase):

“Art. 35. A execução das medidas socioeducativas rege-se-á pelos seguintes princípios:

I - legalidade, não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto;”

Da mesma forma, o item 7.1. das Regras Mínimas das Nações Unidas para Administração da Justiça da Infância e Juventude – Regras de Beijing dispõe que:

“7.1 Respeitar-se-ão as garantias processuais básicas em todas as etapas do processo, como a presunção de inocência, o direito de ser informado das acusações, o direito de não responder, o direito à assistência judiciária, o direito à presença dos pais ou tutores, o direito à confrontação com testemunhas e a interrogá-las e o direito de apelação ante uma autoridade superior.” (grifei).

E ainda, nos itens 14.1 e 14.2:

“14.1 Todo jovem infrator, cujo caso não tenha sido objeto de remissão (de acordo com a regra será apresentado à autoridade competente Juizado, tribunal, junta, conselho etc.), que decidirá de acordo com os princípios de um processo imparcial e justo.

14.2 Os procedimentos favorecerão os interesses do jovem e serão conduzidos numa atmosfera de compreensão, que lhe permita participar e se expressar livremente.” (grifei).

Importa observar que as Diretrizes de Riad e as Regras de Beijing da ONU são incorporadas em nosso ordenamento jurídico como normas, de caráter vinculante, levando-se em conta o disposto na Resolução nº 113, retificada pela Resolução nº 117 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), que dispõe no seu art. 4º, III, que

são considerados instrumentos normativos de promoção, defesa e controle da efetivação dos direitos humanos das crianças e adolescentes as normas internacionais não convencionais aprovadas como resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas em matéria de infância e juventude.

CONCLUSÃO

O Código de Processo Penal, inspirado em sua origem por um modelo facista, foi modificado pela Lei 11.719/2008 para adequá-lo à realidade democrática advinda com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Nesse compasso, em que pese o ECA ter sido legislativamente produzido em momento político democrático (1990), trouxe em alguns artigos pontuais o ranço da ditadura que permeou a legislação processual anterior, não conferindo ao adolescente o exercício pleno e amplo do direito de defesa.

Contudo, não há fundamento jurídico suficiente que permita afastar a incidência da Lei 11.719/2008 no procedimento de apuração de ato infracional, uma vez que o princípio da especialidade não tem o condão de afastar as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, conforme já decidiu o Plenário do Supremo Tribunal Federal no HC 127900/AM, no âmbito da justiça castrense.

Somado a isso, o art. 35, I, da Lei 12. 594/2012 veda tratamento mais gravoso ao adolescente do que ao adulto, seguindo a normativa já disposta no item 54 das Diretrizes de Riad, acrescentando-se que as Regras Mínimas de Beijing para Administração da Justiça da Infância impõem a aplicação de todas as regras processuais básicas para higidez do procedimento de apuração de ato infracional, além do favorecimento do interesse do jovem em conflito com lei.

Frisa-se que as resoluções não convencionais da ONU em matéria de direitos humanos de crianças e adolescentes são internalizadas como instrumentos normativos e portanto vinculantes, como expressa disposição da Resolução nº 113, retificada pela Resolução nº 117 do Conanda.

Dessa forma, conclui-se que os reflexos da Lei Processual Penal nº 11.719/2008 atingem o procedimento de apuração de ato infracional, devendo a Justiça da Infância primar pela observância das garantias do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, com a inversão do interrogatório do adolescente para o último ato do processo, sem prejuízo, por óbvio, da concessão de remissão, sob pena de nulidade do ato e de ofensa à Constituição Federal, à Lei 12. 594/2012, às Diretrizes de Riad e as Regras de Beijing da ONU.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

1. ZAPATA, Fabiana Botelho; FRASSETO, Flávio Américo. **Coleção Defensoria Pública Ponto a Ponto**. São Paulo: Saraiva, 2016.
2. BARBOSA, Danielle Rinaldi. Desafios da atuação do Defensor Público da Infância e Juventude: Divergência de Discursos entre a Teoria e Prática na Seara Infracional. In **Temas Aprofundados Defensoria Pública Volume 2**. Organizadores: Aluísio Lunes Monti Ruggeri Ré e Gustavo Augusto Soares dos Reis. Salvador:Juspodium, 2014.

NOTAS:

[1] ZAPATA, Fabiana Botelho; FRASSETO, Flávio Américo. **Coleção Defensoria Pública Ponto a Ponto**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 91.

[2] BARBOSA, Danielle Rinaldi. Desafios da atuação do Defensor Público da Infância e Juventude: Divergência de Discursos entre a Teoria e Prática na Seara Infracional. In **Temas Aprofundados Defensoria Pública Volume 2**. Organizadores: Aluísio Lunes Monti Ruggeri Ré e Gustavo Augusto Soares dos Reis. Salvador:Juspodium, 2014, p. 913.

O RECONHECIMENTO DO JUS POSTULANDI COMO INSTRUMENTO DE PROMOÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA: UMA ANÁLISE À LUZ DO MICROSSISTEMA DO JUIZADO ESPECIAL

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: O presente trabalho pretende realizar o estudo do tema "O Reconhecimento do *Jus Postulandi* como instrumento de promoção do Acesso à Justiça: uma análise à luz do microssistema do Juizado Especial" dentro contexto político, social e econômico do nosso país, uma vez que o instituto do *Jus Postulandi* foi inserido no procedimento sumaríssimo como instrumento a facilitar o acesso à justiça e aproximar assim o jurisdicionado, principalmente a população mais carente, do Poder Judiciário. Entretanto, considerações relevantes, que põe em cheque a efetividade do instituto, foram aparecendo, valendo assim reflexão a respeito da eficiência e possíveis falhas existentes no procedimento dos juizados, que colidem com o princípio constitucional do Acesso à Justa Jurisdição. Este trabalho se faz relevante por apresentar uma visão mais realista da efetividade do procedimento dos Juizados ante a finalidade para qual foram criados.

Palavras-Chave: *Jus Postulandi*. Juizados Especiais. Acesso à Justiça.

ABSTRACT: The present study aims to analyze the topic "*The Recognition of Jus Postulandi as an instrument to promote Access to Justice: an analysis in the light of the Special Judicial System*" in the political, social

and economical contexts in Brazil, since the principle of *Jus Postulandi* has been offered as a tool to widen access to Justice and to bring the lower classes closer to the Judicial Power. However, important point of views have emerged and questioned the effectiveness of such principle, and it has raised the necessity to reflect on its efficiency and possible flaws in the procedures of the Special Civil Courts, which goes against the constitutional principle of Access to Fair Jurisdiction. The present work is relevant because it presents a more realistic view on the effectiveness of the procedures of the Special Civil Court in contrast with its original purpose.

KEYWORDS: *Jus Postulandi*. Special Civil Courts. Access to Justice.

Sumário: 1 Introdução; 2 Jurisdição; 2.1. A "Propaganda" Pró Jurisdição; 2.2 A Jurisdição sob a ótica do Jurisdicionado; 3 Juizados Especiais Cíveis; 3.1 O Procedimento dos Juizados Especiais Cíveis: princípios norteadores e características; 4 O Princípio do Acesso à Justiça; 4.1. O Princípio do Acesso à Justiça e o *jus postulandi* nos Juizados Especiais Cíveis; 4.2 O Princípio do Acesso à Justiça e a falta de assistência técnica de qualidade no Brasil; 5 Considerações Finais

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho apresenta o tema "O Reconhecimento do *Jus Postulandi* como instrumento de promoção do Acesso à Justiça: uma análise à luz do microsistema do Juizado Especial". A pesquisa se funda na análise da efetividade do instituto do *Jus Postulandi* nos juizados, como meio de propiciar a aproximação do jurisdicionado ao Poder Judiciário. A criação dos Juizados adveio da ideia central de promover a facilitação do acesso à justa jurisdição, bem como agilizar o processamento das chamadas causas de pequeno valor, considerando, como pequeno valor, as causas com importe de até quarenta salários mínimos, sendo que nas causas de até vinte salários mínimos é facultativa a assistência de advogado. O procedimento dos juizados é informado pelos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade.

Interessante ressaltar que o número de processos nos Juizados Especiais vem crescendo rapidamente, nos fazendo questionar sobre a

efetividade da criação das pequenas Cortes. No entanto, os trabalhos e pesquisas realizados sobre o tema, em sua maioria, tendem a serem distantes da realidade funcional dos juizados. Diante da proposta de criação dos juizados, imperativo se faz a análise da adequação e efetividade do órgão jurisdicional depois de passados vinte e um anos de sua instituição. E este se apresenta como o objetivo do presente trabalho, analisar a efetividade do *Jus Postulandi* nos Juizados Especiais Cíveis como instituto criado para facilitar o acesso à Justiça e promover aproximação do cidadão com o Poder Judiciário. Obviamente que o evidente trabalho não esgotará o assunto, mas traz a baila relevante tema de repercussão social, que é a busca pela justa justiça.

Diante do objetivo claro da Lei 9.099/95, que é se obter mais rapidamente uma prestação jurisdicional de causas consideradas de menor complexidade, sendo o instituto do *jus postulandi*, um dos principais instrumentos para se alcançar a finalidade da lei, é que se questiona se o instituto do *jus postulandi* garante o efetivo acesso à justiça, sendo esta a problemática que será apresentada no presente.

Importa destacar a necessidade e a importância do estudo do tema do *Jus Postulandi* nos Juizados Especiais Cíveis, para a ciência processualista, uma vez que a maioria dos trabalhos acadêmicos está voltada para discussões teóricas, e distantes da realidade apresentada no dia-a-dia dos Juizados, onde facilmente se verifica a dificuldade do cidadão sem conhecimento técnico de se obter a efetiva prestação jurisdicional almejada. Além do mais, preocupa-se muito com a efetividade do processo como forma de proteção de direitos, afim de se obter o real e verdadeiro acesso à Justiça

A aludida pesquisa tem natureza teórico-dogmática e jurídico exploratório, e diante disso será realizada por meio de levantamento bibliográfico realizado através de leitura crítica de doutrina, jurisprudência e legislação referentes ao tema em tela. Aderindo-se a pesquisa qualitativa, como a melhor forma de se realizar o presente trabalho

2 JURISDIÇÃO

O Estado Moderno tem por finalidade precípua o bem comum de seu povo, tende a ser o Estado "a providência deste", reconhecendo como

uma de suas principais funções a fomentação dos valores humanos, sendo a jurisdição um dos meios para alcançar tal função. A jurisdição surge com o intuito de pacificar os conflitos que atingem as pessoas, bem como alertar os encarregados do sistema quanto a relevância do processo como um meio efetivo de execução da justiça, dirimindo as lides e regulando a cooperação entre os indivíduos. Assim se revela a função jurídica do Estado.

"A jurisdição se desenvolve como uma *longa manus* da legislação, no sentido de que ela tem, entre outras finalidades, a de assegurar a prevalência do direito positivo do país" (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2011, p.44). A função legislativa é responsável pela formação das normas, que devem reger as relações entre as pessoas de um povo, já a função jurisdicional tem por finalidade a aplicação das normas nos caso de conflitos entre as pessoas, o que se dá através do processo.

Antes de adentrar no conceito do instituto em tela, interessante se faz esclarecer a origem da palavra jurisdição, esta adveio do latim *iuris dictio* que significa dizer o direito. Quanto ao conceito de jurisdição a doutrina não é uniforme apresentando para o instituto distintos conceitos. Não cabendo no presente trabalho a explanação de todos eles, mas sim os mais relevantes.

Jurisdição é a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la praticamente efetiva. (CHIOVENDA, 1969 *apud* CÂMARA, 2011, p. 70).

Esta é a teoria de Chiovenda que se baseia meramente na aplicação do direito objetivo nos casos concretos. Já para Carnelutti, jurisdição trata-se da busca da "justa composição da lide." (CANELUTTI, 1952 *apud* CÂMARA, 2011, p. 70) Carnelutti baseou toda a sua obra ao redor do conceito de lide, sendo assim, para ele jurisdição nada mais é que a composição de lides, conflitos de interesse.

Os conceitos de Carnelluti e Chiovenda são, sem sombra de dúvida, os mais relevantes, oscilando os doutrinadores sua adesão entre eles. Há ainda aqueles que acreditam que ambas as teorias se completam, outros que se filiam ao entendimento de que são elas totalmente antagônicas, o que é o caso por exemplo do escritor, Desembargador Alexandre Câmara.

O referido doutrinador acreditando serem as teses conceituais apresentadas opostas entre si acaba por aderir os ensinamentos de Chiovenda, criando a partir daí seu conceito, no qual a função jurisdicional é "a função do Estado de atuar a vontade concreta do direito objetivo, seja afirmando-a, seja realizando-a praticamente, seja assegurando a efetividade de sua afirmação ou de sua realização prática" (CÂMARA, 2011, p. 73). Já Cintra, Grinover e Dinamarco aderem ao posicionamento de que ambos os conceitos se complementam, formulando assim o seu conceito sobre jurisdição:

[...] uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentado em concreto para ser solucionado; e o Estado desempenha essa função sempre mediante o processo, seja expressando imperativamente o preceito (através de uma sentença de mérito), seja realizando no mundo das coisas o que o preceito estabelece (através da execução forçada). (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2011, p. 149).

A doutrina clássica trata ainda da jurisdição sobre três diferentes aspectos, como forma de poder, atividade e função. Em se tratando de poder, está a se falar da soberania do Estado, enquanto pacificador de conflitos. No que tange à atividade se refere à sequência dos atos processuais especificados em lei, uma vez que a jurisdição atua como uma ordem de atos processuais. E por fim como função por constituir dever do Estado prestar a tutela jurisdicional quando acionado, pacificando conflitos através do processo.

2.1. A "Propaganda" Pró Jurisdição

Após a Constituição da República de 1988, o tema "acesso à justiça" ganhou novo contexto no ordenamento jurídico brasileiro, o acesso à jurisdição passou a ser visto como um direito fundamental individual, mas com um propósito social. O artigo 5.º, XXXV, da Carta Magna, prevê o princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, também conhecido como o princípio do Livre Acesso à Justiça ou ainda Direito de Ação. O referido artigo faz a seguinte previsão: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito." (BRASIL, 1988)

"A partir de 1988, passa a se assegurar, de forma expressa e categórica, em nível constitucional, a proteção de direitos, sejam eles privados, públicos ou transindividuais (difusos, coletivos ou individuais homogêneos)". (LENZA, 2014, p. 1104). Logo, a Constituição, criou por meio do princípio do Acesso a Justiça, um sistema através do qual qualquer um possa levar à apreciação do Poder Judiciário os seus conflitos, de forma que este o solucione de forma justa. Desta forma, visando o Estado garantir tal direito, é que foram criados diversos meios e institutos a fim de aproximar o jurisdicionado do Poder Judiciário, como a criação dos Juizados Especiais, o instituto do *Jus Postulandi*, Assistência Judiciária Gratuita, o Direito Processual Coletivo, as Defensorias Públicas, entre outros, tudo com o intuito de dar ao cidadão a plena sensação de que o Estado é justo.

Para que ocorra essa aproximação o Poder Judiciário, utiliza da publicidade, para conseguir alcançar as pessoas através, por exemplo, de propagandas televisionadas anunciando a semana da conciliação, ou ainda, a criação e a distribuição de cartilhas explicando de forma clara, de modo a fazer com que a população compreenda, o procedimento nos Juizados Especiais Cíveis, para melhor demonstrar essa "propaganda" realizada pelo Judiciário, trago o trecho de Apresentação da Cartilha dos Juizados Especiais Cíveis, criado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro - RJ, que assim assevera:

A cartilha dos Juizados Especiais Cíveis tem como finalidade aproximar a população do Estado do Rio de Janeiro do seu Poder Judiciário.

Por isso é que foi redigida em linguagem simples e informal, seguindo aliás, os princípios que disciplinam os próprios Juizados.

Essa Justiça prestada de forma gratuita, rápida e descomplicada foi criada pela Constituição Federal e regulamentada pela Lei 9.099 de 26/09/1995, e através dela, o Poder Judiciário pretende mostrar para todos os cidadãos que hoje, ninguém precisa ter medo, ou sentir insegurança para defender seus direitos muitas vezes desrespeitados.

Através deste manual básico o cidadão obterá uma orientação segura e objetiva sobre como acessar os Juizados Especiais Cíveis e em que hipóteses poderá fazê-lo. (RIO DE JANEIRO, s.d., p. 01)

Não há que se questionar que ações como essa, por parte do Poder Judiciário, juntamente com todas as previsões constitucionais e infralegais realizadas pelo Poder Legislativo, facilitaram imensamente o acesso físico do Jurisdicionado ao Poder Judiciário, indo além, aproximando camadas mais pobres da população brasileira, um grupo marginalizado de pessoas, que antes se sentiam excluídas do sistema, ou viam este como o grande vilão, devido às ações criminais, que era mais comum nas vidas dessas pessoas. Sobre o assunto, trata Dall'Alba:

Os Juizados Especiais Cíveis já absorvem significativo percentual de ações ingressadas no sistema e a tendência é de crescimento da demanda jurisdicional no âmbito de sua competência. Subjaz à ideia dos Juizados Especiais, portanto, além de um rito enxuto com grande estímulo à composição, uma estruturação administrativa racionalizada, mais compacta, provida inclusive de certa mobilidade que permita alcançar populações mais isoladas. A ideia de democratização da justiça encontra nos juizados auxiliar valioso, com vocação popular, que busca dar acesso também as populações mais carentes e

menos informadas. A informação é, aliás, elemento essencial ao exercício da cidadania sendo que o sucesso da via alternativa depende em muito da publicidade acerca de sua existência e seu funcionamento. Vários estados vêm desenvolvendo trabalho de divulgação dos juizados pelos meios de comunicação, prestando esclarecimentos sobre sua competência, forma de acesso, procedimento e termos mais utilizados, atentos à finalidade dos Juizados Especiais chegou também as Universidades, passando algumas a abrigarem postos dos juizados junto às Faculdades de Direito. (DALL'ALBA, 2011, p. 26)

No entanto vale reflexão, se estes meios de propiciar a "popularização" da justiça, não acarretaria ao final, uma visão negativa por parte da população ante a "real" e "efetiva" Justiça propagada pelo Poder Judiciário, pois uma vez que o cidadão busque a justiça, e não encontre nela o que é anunciado, este passa a ter uma experiência indesejada e desconfortante, podendo acarretar a visão de falha do Sistema Judiciário Brasileiro como um todo, o que seria altamente negativo para o sistema. Ante a realidade vivenciada pela maioria da população brasileira, que se resume na falta de conhecimento técnico sobre o Direito, importante se faz a análise da visão do jurisdicionado em relação ao acesso a jurisdição, o que se fará adiante.

2.2 A Jurisdição sob a ótica do Jurisdicionado

O jurisdicionado na maior parte das vezes, quando vai a procura do judiciário, tem a visão de que este é a própria justiça. A visão de que tudo que compõem a sede de um Fórum se resume na justiça, ou no fato de se ter um fórum na comarca se tem Justiça. E assim o é a muito tempo, tanto no Brasil, como em várias partes do mundo, em especial nos países subdesenvolvidos onde a maior parte da população não possui a instrução necessária para compreender o sistema. Na realidade, o fato é que as pessoas, em sua maioria, não conhecem e muito menos entendem seus direitos, a lei, ou a funcionalidade do sistema Judiciário. Ao irem a um fórum, essas pessoas clamam, ao próprio funcionário da secretária, por

explicações, clamam pela efetividade de um Direito que nem sequer é compreendido por elas, mas os meros funcionários têm por função a realização de atos processuais ordenados por um magistrado. E é assim que é vista a jurisdição na maioria das vezes.

O oficial de Justiça, para estas pessoas, já se resume na Justiça, este já é responsável por providenciar a concretização dos seus direitos, o que como já analisado, é uma visão totalmente equivocada. Ao ir ao judiciário, já estaria resguardada suas pretensões, cabendo a este, e somente a este a solução de seus problemas. Tal ótica é tão comum que já virou "história". O notável escritor de Romance Franz Kafka escreveu a obra inacabada, "O Processo", um dos maiores romances do Século XX. A referida obra se traduz em uma crítica direta ao sistema Judiciário onde Josef K esta sendo processado, mas, no entanto, ele não sabe o porque, não sabe o que fez de errado, e nem em que lei se embasava as acusações. Situação vivida por muitas pessoas ainda hoje. A falta de conhecimento sobre as leis, faz com que as pessoas não conheçam seus direitos, não saibam como conseguir efetivá-los, e a partir dessa falta de informação é que concluem que a Justiça é falha.

3 JUIZADOS ESPECIAIS CIVEIS

A fim de atingir a efetividade do processo, o que é uma preocupação antiga, é que se fazia necessária a criação de um sistema, através do qual, causas de menor complexidade, pudessem ter um procedimento mais célere, do que o existente no sistema da justiça comum. Apesar de ser um princípio constitucional, a duração razoável do processo, é sabido por todos que nem sempre é possível ser respeitado. E foi com intuito de acelerar o procedimento das chamadas causas de menor valor, é que foi criado todo um microsistema, para garantir a efetividade dessas causas. "A instituição desse microsistema processual representado pelos Juizados Especiais surgiu como resposta à insatisfação popular com a lentidão e formalismo que dificultam a solução dos conflitos pelos métodos já existentes". (DONIZETE, 2012, p.443). A Constituição de 1988 trouxe previsão expressa para instituição de Juizados Especiais Cíveis, no seu artigo 98, inciso I, que assim estabelece:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por temas de juízes de primeiro grau; (BRASIL, 1988)

Diante de tal previsão constitucional, é que foi se formando o sistema dos Juizados Especiais. Em 26 de setembro de 1995, foi publicada a Lei de nº 9.099, que definiu as normas sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Justiça Estadual, através de um procedimento sumaríssimo para o julgamento e processamento das causas de menor complexidade. Seis anos depois é criada a Lei nº 10.259, de 2001, que regulamenta a criação de Juizados Especiais Cíveis e Criminais Federais. Oito anos mais tarde, surge a Lei n.º 12.153 de 22 de Dezembro de 2009, que trata da criação dos Juizados Especiais da Fazenda Pública.

Vale frisar que antes mesmo da Constituição de 1988, já havia a Lei nº 7.244/1984, que trata dos Juizados de Pequenas Causas. Esse rol de legislações unidas forma o microssistema dos Juizados Especiais Cíveis, cabendo subsidiariamente a aplicação do Código de Processo Civil, no que for omissis nas referidas Leis. Dessa forma, cria-se um procedimento especial, para facilitar o acesso e a celeridade das numerosas causas de menor valor, que se desenvolveram ao longo do tempo, junto com o desenvolvimentos social, econômico e tecnológico. O acesso a jurisdição, foi tema que ganhou destaque mundial na década de 70, o que gerou diversas propostas legislativas com a finalidade de facilitar o acesso a justiça, principalmente dos conflitos populares, aqueles de maior incidência nas vidas dos seres humanos.

Muitos modelos de pequenas cortes já estavam em fase de experiência em outros países, quando veio o tema a ser tratado no Brasil, tendo alguns deles influenciado substancialmente os modelos que viriam a

surgir no nosso país, exemplo, foi as *Small Claims Courts* de Nova Iorque, que serviu de parâmetro para a criação de legislações brasileiras, surgindo delas os aspectos utilizados no nosso sistema, como os auxiliares da justiça, os árbitros, facilidade no procedimento e a simplificação dos atos processuais. Tudo começou no Brasil com a criação em 1982 dos Conselhos de Mediação e Arbitragem do Rio Grande do Sul, o que influenciou no estudo aprofundado de tais mecanismos de facilitação do acesso à justiça, vindo assim a surgir a já referida Lei n.º 7.244/1984.

Logo após a criação da Lei dos Juizados de Pequenas Causas, se fez necessário o tratamento constitucional sobre o tema do acesso a justiça, com a nova roupagem que este passava a assumir, o que culminou na redação do art. 98, I, da atual Constituição da República. E dessa forma, sucessivamente veio surgindo as novas e atuais leis, sobre Juizados Especiais Cíveis, quais sejam, a Lei n.º 9.099/1995, Lei n.º 10.259/2001 e a Lei n.º 12.153/2009, formando-se o atual sistema brasileiro de Juizados Especiais.

3.1 O Procedimento dos Juizados Especiais Cíveis: princípios norteadores e características

O procedimento dos Juizados Especiais Cíveis tem sua estrutura baseada em princípios essenciais e complementares, sendo eles a oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e por fim celeridade, buscando sempre que possível, a conciliação ou transação. Assim predispõe o artigo 2.º da Lei 9.099/1995, que "o processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível a conciliação ou a transação". (BRASIL, 1998). O legislador, obviamente, tinha como objetivo, ao prever tais princípios, ampliar ao máximo o acesso à justiça. Estudaremos neste momento cada um dos princípios e as demais características do procedimento Sumaríssimo.

Verdadeiro mecanismo de celeridade do processo, a oralidade, no procedimento sumaríssimo é de extrema relevância. Acaba por explicar o uso da expressão "processo oral" para designar os processos dos juizados. Propicia o citado princípio um relacionamento mais direto entre as partes e

os operadores do direito, permite ainda a oralidade uma maior concentração dos atos processuais nas audiências. Apesar da importância da utilização da palavra falada, esta não se tornou usual na prática, ressalvado os casos de ajuizamentos de ações, devido ao grande apego dos operadores do direito com o Direito Processual Civil tradicional.

Intimamente ligado com princípio da oralidade, está a postura mais ativa do julgador e a concentração de atos, características do rito sumaríssimo. Quanto a primeira, devido a informalidade e a concentração de atos, o juiz pode ter uma presença mais ativa, participando mais dos debates, mas ainda sim deve-se o magistrado preservar a imparcialidade. O que se busca é uma maior colaboração do juiz para a formação do seu convencimento, julgando a lide da melhor e mais justa forma possível. No que tange à concentração de atos, essa se faz extremamente necessária diante do processo oral. "Oralidade e concentração potencializam-se reciprocamente." (DONIZETE, 2012, p. 31). Quanto maior os números de atos realizados em um único momento, mais fácil a composição da lide, tão logo sejam apresentados as questões relevantes. As maiorias dos atos que compõem o procedimento dos Juizados se realizam em audiência.

Outras características do respectivo procedimento são a gratuidade e a desnecessidade de advogados, estas estão interligadas ao princípio do amplo acesso à justiça. A gratuidade facilita o ajuizamento de ações sem ônus para a parte. O artigo 54, da Lei 9.099 de 1995, estabelece a gratuidade do acesso aos Juizados em primeiro grau. Não cabendo a condenação, em custas e honorários advocatícios, nos termos do art. 54 da Lei dos Juizados. Mas nos casos de recursos tais custas são devidas, bem como o preparo.

Já a desnecessidade de advogados se limita as causas em que o valor é de até vinte salários mínimos. A Simplicidade e a Informalidade são princípios basilares para o bom funcionamento do procedimento dos Juizados, mas não se confundem entre si. O primeiro vem evitar os incidentes processuais desnecessários, por exemplo, cabendo pedido contraposto na própria defesa, não se admitindo intervenções de terceiros, ou assistência, possui também número reduzido de recursos, só se aceitando nos Juizados Especiais o recurso inominado, os embargos á

declaração e o recurso extraordinário em sede de tribunais. "Ao restringir a ampliação subjetiva da demanda, vedando o ingresso de terceiros, evita-se a pluralidade de lides, o que contribui para a solução mais rápida do litígio". [...] (DALL'ALBA, 2011, p. 33)

A informalidade tende a diminuir as exigências formais dos atos processuais e, estes só serão considerados nulos quando não atinjam a finalidade a que se destinam, ou causem prejuízos as partes, nos termos do artigo 13, caput, e § 1.º da Lei n.º 9.099/1995. A Economia Processual se resume no alcance do maior rendimento com a prática do menor número de atos processuais possíveis, a fim de evitar o prolongamento e a oneração do processo, para tanto é que o procedimento é simples e promove a concentração dos atos sempre que permitido.

O princípio da Celeridade é de suma importância no processo de aproximação do jurisdicionado com o Poder Judiciário, uma vez que o desencorajamento na procura da jurisdição é devido a longa duração dos processos. "O passar do tempo sem que alcancem as partes a solução definitiva do litígio gera o ceticismo quanto a utilidade de investir tanto tempo". (DALL'ALBA, 2011, p. 34). E foi com intuito de aproximar o jurisdicionado da justiça e diminuir o grande número de processos que o legislador constituinte previu na Carta Magna, em seu artigo 5.º, LXXXVIII, dentro do rol dos direitos fundamentais, a previsão do princípio da celeridade. Dall'Alba nos ensina que:

Além do estímulo à composição, os Juizados Especiais Cíveis optam por um procedimento que se caracteriza pela oralidade, concentração de atos processuais, fixação de prazos curtos, limitação da via recursal, adotando em princípio a irrecorribilidade das decisões interlocutórias, como forma de dar mais fluidez ao processo. Na realidade, como já se disse, da aplicação integrada dos princípios que orientam o procedimento nos Juizados Especiais é que deriva um processo tendencialmente mais rápido e acessível (DALL'ALBA, 2011, p. 34).

Esse conjunto de princípios e características embasam o procedimento sumaríssimo, e contribuem grandemente para que este alcance sua finalidade essencial, a aproximação da população com a justiça.

3.1.1. O Instituto do *Jus Postulandi* nos Juizados Especiais Cíveis

O instituto do *Jus Postulandi* se resume no direito de se postular em juízo, o que em regra é atividade privativa de advogado, nos termos do artigo 1.º, I, da Lei 8.906/64. No entanto a legislação brasileira formulou algumas exceções a essa capacidade privativa de advogado. É o caso dos Juizados Especiais, da Justiça do Trabalho, e da impetração do remédio constitucional Habeas Corpus, onde é permitido as próprias partes, dentro de alguns limites, praticarem sem a assistência de um advogado a capacidade postulatória.

Interessa para este trabalho o estudo do instituto na esfera dos Juizados Especiais. No procedimento sumaríssimo a participação do advogado é facultativa nas causas de valor até vinte salários mínimos, acima desse teto a presença do advogado é obrigatória, bem como na fase recursal. Quando o patrocínio advocatício for facultativo e, apenas uma das partes comparecer acompanhada de advogado, a Lei n.º 9.099/1995, no artigo 9º, § 1.º, prevê o oferecimento a outra parte de advogado ligado a assistência judiciária.

E é a previsão deste artigo que abriga o conflito existente quanto a efetividade do instituto do *Jus Postulandi*. É fato notório que o país ainda sofre com a falta de assistência técnica, suficiente e de qualidade, não se tendo, portanto, número suficiente de defensores públicos para assistirem as partes que se encontram sem advogado. A publicização dos Juizados especiais tem levado a um considerável aumento do número de litígios nas pequenas cortes, o que prejudica ainda mais a possibilidade de defensor disponível, e quando este se apresenta para o patrocínio da causa, é comum estarem sobrecarregados com diversas demandas, não podendo assim fornecer um trabalho técnico de qualidade, o que acaba por desencadear "fatores como diferenças entre litigantes em potencial no

acesso prático ao sistema, ou a disponibilidade de recursos para enfrentar o litígio [...]" (CHAYES, 1976 *apud* CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 10).

Vale reflexão, no sentido de que parece crível aceitar que ao optar pelo uso do instituto do Jus Postulandi nos juizados, a parte se encontrará desamparada no sentido técnico, incorrendo em elevado risco ao realizar atos processuais sem o conhecimento específico do Direito, conhecimento este que o advogado possui, causando claramente uma desvantagem jurídica em relação a parte assistida.

É sabido que a maior parte da população não possui o conhecimento e a técnica jurídica de um operador do direito. O que leva, muitas vezes, a um resultado indesejado pela parte, ao não conseguir ver efetivado um direito seu, lhe proporcionando a sensação de que foi "traído pela justiça", pois essa lhe permite o ajuizamento da demanda, sem ter que arcar com o ônus de um advogado, mas a partir de então ela, a parte, se encontra desamparada por não saber como proceder processualmente, ficando assim prejudicada a finalidade que levou a implementação dos juizados, ferindo ainda o princípio da isonomia e cerceando a defesa daqueles que não possuem domínio do Direito Processual Cível. Nesse sentido:

a maturidade do Estado Democrático de Direito passa necessariamente pelo incremento da consciência dos cidadãos sobre seus direitos e sobre o funcionamento da estrutura de distribuição da justiça. O Brasil é ainda um país com enormes desigualdades, que vão da perversa distribuição de renda ao acesso restrito a educação. O processo judicial permanece para grande número de cidadãos um verdadeiro mistério, algo repleto de incidentes e formalidades, que faz parte ser mais expectador do que protagonista na solução do problema. A linguagem utilizada é altamente técnica e presa a estilo hermético e bacharelesco. Ao buscar desmistificar, sob certos aspectos, esse caráter inexpugnável da jurisdição, desenvolvendo formas mais diretas de participação do cidadão cumprem os

juizados papel de grande valor. Os juizados foram concebidos para: promover a maior aproximação possível dos jurisdicionados; possibilitar o acompanhamento direto e a compreensão do processo, até a solução do litígio." (DALL'ALBA, 2011, p. 32)

Para o sucesso dos juizados, é necessária uma análise do instituto do *Jus Postulandi* dentro do contexto social, político e econômico do nosso país. Devendo ser avaliado se a população brasileira está preparada para se valer do instituto, se possui pleno preparo para a prática da capacidade postulatória sem a assistência de um especialista do Direito, sem se encontrar em situação de desvantagem no litígio. Pois se assim não o for, o risco de o jurisdicionado ter a concepção de que o instituto do *Jus Postulandi* na verdade nega a real e efetiva justiça, não passando este de uma forma de mascarar a inexistência do direito ao amplo acesso a jurisdição.

Não se podendo enxergar o acesso a justiça como a simples possibilidade de se ajuizar uma ação, mas sim que o processo seja verdadeiro meio de tutela de direitos, sendo necessário, portanto que se vá além, que este assegure o resultado real, justo, positivo, proporcionando à parte aquilo que é dela de direito, não sendo o processo mero instrumento de produção de decisões. Logo é imperativo que o acesso à justiça seja, além de amplo, efetivo e de qualidade.

4 O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA

Conforme já explicitado neste trabalho, vide item 2.2, o princípio do Acesso à Justiça encontra amparo constitucional no nosso Ordenamento Jurídico (art. 5.º, XXXV, da CRFB/1988). É também conhecido como o princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, sendo um direito fundamental a apreciação pelo Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito. "Assim é que deve ser tida por inconstitucional qualquer norma jurídica que impeça aquele que se considera titular de uma posição jurídica de vantagem, e que sinta tal posição lesada ou ameaçada, de pleitear junto aos órgãos judiciais a proteção de que sinta merecedor." (CÂMARA, 2011, p. 49). Pois é a garantia de que se terá o direito a justiça que reafirma a estabilidade do

Estado diante de seu povo e, este mantém assim a confiança necessária no Poder Estatal.

4.1. O Princípio do Acesso à Justiça e o *jus postulandi* nos Juizados Especiais Cíveis

Os Juizados Especiais foram criados para promover a aproximação do jurisdicionado ao Poder Judiciário. E foi com este intuito que alguns "benefícios" foram implementados no procedimento sumaríssimo, como a isenção de custas na fase monocrática e a possibilidade de o jurisdicionado postular em juízo sem a presença de um advogado, o que chamamos de *Jus Postulandi*. No entanto, questiona-se a efetividade do instituto como instrumento de ampliar o acesso à justiça.

Primeiramente vale observar que o conceito de efetividade não é algo bem delimitado. Sob a análise do Direito Constitucional efetividade é "a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. 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" (BARROSO, 2004, p. 248). Para Cappelletti e Garth "a efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como a completa "igualdade de armas."[...] (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 15). É neste diapasão que "os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa estão diretamente ligados à efetividade da jurisdição, uma vez que eles são a garantia, para o cidadão, de obter do Estado a tutela de seus direitos" (LOPES; LOPES, 2008, p. 241) Obviamente que se trata de um conceito relativamente utópico, mas deve-se avançar o máximo possível para aproximar a realidade do sistema jurídico a este conceito, e foi neste sentido que os juizados foram criados para ampliar e acelerar a prestação jurisdicional.

O instituto do *Jus Postulandi* foi inserido no procedimento sumaríssimo para garantir a efetividade do acesso à justiça. No entanto diante da realidade do nosso país, o instituto já demonstrou por vezes, poder propiciar a desigualdade das partes litigantes frente a possibilidade destas, pois claro é que os "litigantes de baixo nível econômico e educacional provavelmente não terão a capacidade de apresentar seus

próprios casos, de modo eficiente [...] (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 29).

Neste sentido verifica-se que não basta facilitar o acesso a justiça, como se verifica através do *Jus Postulandi*, mas necessário se faz ainda a implementação de outros fatores para garantir a efetiva justiça, como juízes mais ativos e assistência jurídica gratuita e de qualidade. "Julgadores mais ativos podem fazer muito para auxiliar os litigantes que não contam com assistência profissional." (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 103). No Brasil é comum, por exemplo, que o litígio se dê entre grandes empresas e o consumidor de um produto ou serviço, este quase sempre desamparado do auxílio de um profissional sendo claro nesses casos a desigualdades entre as partes. Cappelletti e Garth nesse sentido observam que:

Pessoas ou organizações que possuam recursos financeiros consideráveis a serem utilizados têm vantagens óbvias ao propor ou defender demandas. Em primeiro lugar, elas podem pagar para litigar. Podem além disso, suportar as delongas do litígio. Cada uma dessas capacidades, em mãos de uma única das partes, pode ser uma arma poderosa; a ameaça de litígio torna-se tanto plausível quanto efetiva. De modo similar, uma das partes pode ser capaz de fazer gastos maiores que a outra e, como resultado apresentar seus argumentos de maneira mais eficiente. Julgadores passivos, apesar de suas outras e mais admiráveis características, exacerbam claramente esse problema, por deixarem as partes a tarefa de obter e apresentar as provas, desenvolver e discutir a causa. (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 21 e 22).

o que acaba por se tornar, para muitas pessoas uma justiça inacessível, ante um litigante de elevado poder econômico, o que se torna mais um obstáculo ao acesso efetivo à justiça.

Portanto verifica-se que não basta ampliar o acesso a justiça para se alcançar a efetividade da prestação jurisdicional, sendo imperativo que

além do instituto do Jus Postulandi, outros mecanismos sejam garantidos ao jurisdicionado a fim de alcançar verdadeiramente o fim almejado pelos juizados, como a assistência profissional gratuita e de qualidade, tema que passamos a tratar no próximo tópico.

4.2 O Princípio do Acesso à Justiça e a falta de assistência técnica de qualidade no Brasil

No artigo 9.º, § 1º da Lei 9.099/95, o legislador previu a garantia de assistência Judiciária prestada por órgãos instituídos junto aos Juizados Especiais a parte que comparecer sem advogados, estando a outra parte litigante assistida. Vale ressaltar que a letra da lei declara a faculdade da parte em optar por ser representada ou não. O dispositivo em comento assim dispõe:

Art. 9.º Nas causas de valor até 20 (vinte) salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistida por advogados, nas de valor superior a assistência é obrigatória.

§1.º Sendo facultativa a assistência, se uma das partes comparecer assistida por advogado, ou se o réu for pessoa jurídica ou firma individual, terá a outra parte, se quiser, assistência judiciária prestada por órgão instituído junto ao Juizado Especial, na forma da lei local. (BRASIL, 1995)

Teoricamente falando, a norma legislativa se apresenta perfeita, mas como bem observa Figueira Junior e Tourinho Neto, no campo fático tal norma enfrenta dificuldades para se manter ante a realidade social do nosso país, nesse sentido afirmam:

De forma geral, o que constamos nacionalmente é a facilitação normativa e fática do acesso à Justiça e, a cada dia que passa, tem-se a sensação de que a “boa nova” se espalha, e que cada vez mais o jurisdicionado, em particular as camadas mais carentes da comunidade, tem ocorrido às secretarias dos Juizados para formularem seus requerimentos,

simples e informais. De outra parte, deparamo-nos com uma deficiente estrutura cartorária, poucos juízes togados, leigos e conciliadores, sem contar com a carência de assistência social e assistência judiciária pública permanente (TOURINHO NETO; FIGUEIRA JUNIOR, 2007, p.180).

Desta forma que se aduz que apesar da maestria do legislador este não se atentou a realidade vivida pelo judiciário brasileiro, nos tempos de hoje. A assistência advocatícia é essencial para o sucesso das pequenas cortes. Diante da deficiência jurídica que a maior parte dos litigantes apresentam, necessária é a assistência profissional para que haja a real e justa chance de se alcançar um provimento jurisdicional satisfatório. Observa Cappelletti e Garth que:

Na maior parte das modernas sociedades, o auxílio de um advogado é essencial, se não indispensável para decifrar leis cada vez mais complexas e procedimentos misteriosos, necessários para ajuizar uma causa. Os métodos para proporcionar a assistência judiciária àqueles que não a podem custear são, por isso mesmo, vitais. (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p.32)

Não basta o fácil acesso à justiça, o jurisdicionado precisa ter a certeza de que o sistema oferecerá a ele as melhores condições para verem efetivados seus direitos. E assim essencial é a assistência judiciária gratuita, não se resumindo esta em simples isenção de custas judiciais, mas também no fornecimento de profissionais qualificados para fazer valer as normas jurisdicionais.

Até muito pouco tempo os serviços jurídicos prestados aos economicamente hipossuficientes eram realizados por advogados particulares, e estes não recebiam nada por isso (*múnus honorificum*), o que se mostrou insatisfatório, pois os advogados privados tendem a gastar seu tempo e esforço com prestações remuneradas, nada mais do que justo, não restando muito para se dedicar plenamente a assistência judiciária gratuita. A partir daí passou a ser necessária uma reforma nos sistemas de Assistência Judiciária gratuita, tal reforma ficou conhecida

como a primeira onda para se obter um acesso à justiça satisfatório, o que levou a vários estudos sobre o tema, Cappelletti e Garth afirmam que "existem limites sérios na tentativa de solução pela assistência judiciária. Antes de mais nada, para que o sistema seja eficiente, é necessário que haja grande número de advogados, um número que pode até exceder a oferta, especialmente em países em desenvolvimento." (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 47)

Há autores que vão além, eles acreditam que assistência judiciária não é apenas para aqueles que não podem pagar por um advogado, mas para qualquer um que necessite de um advogado. A assistência judiciária deve ser para os hipossuficientes jurídicos, bem como os hipossuficientes econômicos, ou seja, não basta somente ser pobre, mas ser juridicamente desinformado já seria candidato a assistência judiciária.

E com o primordial e desesperado objetivo de se ampliar a justiça é que os juizados podem ser visto, por vezes como uma ilusão, quando observado através do entendimento de que a criação deles promoveria o aumento das demandas, facilitando assim o acesso á justiça. Mas a realidade é que, o que verdadeiramente ocorre é uma confusão de conceitos, onde acesso á justiça acaba por se confundir com o acesso ao judiciário, e como mencionado no referido trabalho, não são a mesma coisa.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após o estudo dos conceitos existentes na doutrina de jurisdição podemos perceber que há uma visão ofuscada por parte do jurisdicionado a respeito do que seja justiça, principalmente, por parte da população mais pobre e com menor grau de estudo, este acaba por confundir a estrutura física do judiciário com a justiça.

Ao se criar os Juizados Especiais, principalmente, os Juizados Cíveis, e aceitar conseqüentemente o Instituto do *Jus Postulandi* no procedimento destes, o Poder Judiciário conseguiu, como era o objetivo, aproximar o jurisdicionado do Judiciário. No entanto, essa aproximação foi apenas física, em sua maior parte, pois ao procurar o judiciário, o cidadão não possui o conhecimento técnico jurídico necessário para levar adiante o processo a fim de alcançar o melhor resultado possível, tendo garantido os

direitos constitucionais ao Contraditório e a Ampla Defesa. O que faz com que os litigantes se decepcionem com a justiça e passem a tê-la com maus olhos.

Acaba assim ficando em cheque a efetividade do instituto no procedimento sumaríssimo, por estar mitigado o real sentido da Inafastabilidade da Jurisdição, pois este não se trata apenas do acesso físico ao judiciário, mas também a garantia de que terá as melhores chances de alcançar com sucesso o direito almejado. Ao lado disso, apesar da Lei 9.099 de 09 de setembro de 1995 prever a assistência de advogados vinculados a órgão instituído junto aos Juizados, essa não é ainda a realidade do nosso país, pois sofre-se muito atualmente com a deficiência de advogados públicos, para assistir principalmente as pessoas mais carentes que não possuem condições de pagar por um advogado privado.

Conclui-se, portanto, que para a total e mais satisfatória eficiência dos juizados e conseqüentemente do instituto, necessário se faz o aumento do número de advogados públicos de qualidade no nosso país, de forma a amparar o jurisdicionado quando necessário, e garantir a esse a igualdade de armas com a outra parte litigante, principalmente quando esta se tratar de pessoa jurídica, alcançando assim o objetivo buscado quando da criação dos Juizados Especiais Cíveis.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988: atualizada até a Emenda Constitucional n.º 53, de 19.12.2006**. In: Vade Mecum. Obra coletiva de autoria da ed. Saraiva com a colaboração de L. R. Curia, L. Céspedes e J. Nicoletti. 18. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Lei nº 9.099, 26 de setembro de 1995**. In: Vade Mecum. Obra coletiva de autoria da ed. Saraiva com a colaboração de L. R. Curia, L. Céspedes e J. Nicoletti. 18. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. v. 1. 21 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. GRACIE, Ellen (trad.). Porto Alegre: Fabris, 2002.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011

DALL'ALBA, Felipe Camilo. **Curso de Juizados Especiais**. Belo Horizonte:

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2012

KAFKA, Franz. **O Processo**. CARONE, Modesto (trad.). São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro; LOPES, João Batista. **Princípios Processuais na Constituição**. São Paulo: Elsevier, 2008.

RIO DE JANEIRO (ESTADO). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Cartilha dos Juizados Especiais Cíveis**. Disponível em:

[Iha_civeis.pdf](#)>. Acesso em: 10 nov. 2016

TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Juizados especiais cíveis e criminais: comentários à lei [9099/95](#)**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEDIDAS JUDICIAIS ADOTADAS PARA A PRESERVAÇÃO DA MEMÓRIA E OBRA DO POETA AUGUSTO DOS ANJOS

LUIZ OTÁVIO TEIXEIRA: Licenciado em Química pela Universidade UCAM - UNIVERSIDADE CANDIDO MENDES. Especialista em Química pela Universidade Federal de Lavras. Especialista em Direito Público pelo Centro Universitário Newton Paiva. Especialista em Língua Portuguesa e Literatura Brasileira pela Universidade Cândido Mendes. Especialista em Gestão de Equipes e Viabilidade de Projetos pela UCAM.

RESUMO: A preocupação básica deste estudo é a necessidade de preservar a memória e obra de Augusto dos Anjos, poeta pré-modernista, que publicou apenas um livro, *Eu*, em 1912. Este artigo tem como objetivo identificar as medidas judiciais que foram adotadas para preservar a memória e obra do autor. Realizou-se pesquisa bibliográfica considerando as contribuições do Ministério Público de Minas Gerais e Ministério Público Federal da Paraíba. As medidas judiciais aplicadas em cada caso foram determinantes para a conservação de espaços culturais específicos para divulgação da obra de Augusto dos Anjos.

Palavras-chave: Augusto dos Anjos. Preservação da memória. Medidas judiciais.

Introdução

O presente trabalho tem como tema a pesquisa e avaliação das medidas judiciais adotadas para preservar a memória do poeta paraibano Augusto dos Anjos, tendo em vista a importância da obra do autor que se concentrou em apenas um livro, *Eu*, de 1912.

Alguns fatores determinantes para elaboração da pesquisa:

- Apesar de densa, a obra de Augusto dos Anjos foi publicada, inicialmente, apenas em periódicos.
- O autor faleceu ainda novo, aos trinta anos de idade, no ano de 1914, sendo considerado “antipoético”, pela crítica da época.

Neste contexto, o objetivo central deste estudo é avaliar as medidas judiciais adotadas para a preservação da memória do poeta Augusto dos Anjos, bem como a avaliação da sua eficácia.

Para alcançar os objetivos propostos, utilizou-se como recurso metodológico a pesquisa bibliográfica, realizada a partir da análise pormenorizada de materiais já publicados na literatura e artigos científicos divulgados no meio eletrônico.

O texto baseou-se no inquérito civil que tramitou na Promotoria de Justiça de Leopoldina/MG, cidade onde o poeta faleceu, e na ação civil pública do Ministério Público Federal na Paraíba, com o objetivo de recuperar a casa onde o escritor nasceu.

Desenvolvimento

O poeta Augusto de Carvalho Rodrigues dos Anjos nasceu na Paraíba no dia 20 de abril de 1884 e morreu de pneumonia, em Leopoldina, Minas Gerais, no dia 12 de novembro de 1914. Era conhecido como “o poeta da morte” e considerado excêntrico, pelo pessimismo exacerbado e pela utilização de termos científicos, tidos como antipoéticos. Sua obra apresenta características do Parnasianismo e do Simbolismo, dois estilos literários do final do século XIX, mas repercutiu fora do país por antecipar elementos da poesia que seriam criados pelos modernistas a partir de 1922 (LOBO, 2015).

Ferreira Gullar, em seu livro *Augusto dos Anjos ou vida e morte nordestina*, destaca o estilo pré-modernista do poeta paraibano, com características expressionistas, que marcavam sua singularidade em relação ao estilo da época. Ele escreveu seu primeiro soneto, *Saudades*, em 1900. Ingressou na Faculdade de Direito do Recife em 1903 e retornou a João Pessoa em 1907, onde, no ano seguinte, passou a lecionar Literatura Brasileira no Lyceu Paraibano (LOBO, 2015).

Em 1910 casou-se com Ester Fialho e, em consequência de desentendimentos com o governador, foi afastado do cargo. Mudou-se para o Rio de Janeiro, onde foi nomeado professor de Geografia no Colégio Pedro II. Após perder o emprego, transferiu-se para Leopoldina, a convite do senador Ribeiro Junqueira, onde foi diretor do grupo escolar. Em 1912, inspirado na própria vida, publicou *Eu*, seu único volume de

poesias. A obra, reeditada posteriormente com o título “*Eu, e outras poesias*”, chocou os críticos da época pela agressividade do vocabulário e pela dramaticidade angustiante (LOBO, 2015), como pode ser observado no poema “*Versos Íntimos*”:

Versos Íntimos

Vês! Ninguém assistiu ao formidável

Enterro de tua última quimera.

Somente a Ingratidão - esta pantera -

Foi tua companheira inseparável!

Acostuma-te à lama que te espera!

O Homem, que, nesta terra miserável,

Mora, entre feras, sente inevitável

Necessidade de também ser fera.

Toma um fósforo. Acende teu cigarro!

O beijo, amigo, é a véspera do escarro,

A mão que afaga é a mesma que apedreja.

Se a alguém causa inda pena a tua chaga,

Apedreja essa mão vil que te afaga,

Escarra nessa boca que te beija!

Apesar da singularidade de sua poesia, medidas judiciais foram necessárias para preservar a memória do autor. Dentre elas, podemos destacar o inquérito civil instaurado em 2007 pela Promotoria de Justiça de Defesa do Patrimônio Histórico e Cultural de Leopoldina/MG e ação civil proposta pelo Ministério Público Federal na Paraíba.

Em Minas Gerais, o inquérito iniciou-se a partir de denúncias da população sobre omissão do poder público municipal em relação à obra e à história do poeta, e após receber documentos relevantes sobre a vida de Augusto dos Anjos, das mãos de um morador que residiu na casa onde o poeta passou seus últimos momentos.

O instituto do inquérito civil foi criado pela Lei da Ação Civil Pública (ACP), sendo posteriormente recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Dispõe o art. 129, inciso III, da Magna Carta como função institucional do Ministério Público: “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos”.

Filho, citado por Garcia (2008, p. 33) afirma que o artigo 129, inciso III, da CF, não prevê o inquérito civil apenas para a propositura da ação civil pública, tanto que não fala em “promover o inquérito civil” para “a ação civil pública”. Nada impede que o inquérito civil seja instrumento para colheita dos elementos de convicção, referidos no artigo 27 do CPP, para a propositura de ação.

Segundo Hugo Nigro Mazzilli (2008), o inquérito civil é um procedimento administrativo investigatório, de caráter inquisitivo, instaurado, presidido e, se for o caso, arquivado pelo próprio Ministério Público. Seu objetivo consiste, basicamente, em coletar elementos de convicção para as atuações processuais ou extraprocessuais a cargo desta instituição, notadamente a propositura da ação civil pública em defesa de interesses difusos, interesses coletivos ou interesses individuais homogêneos, que são os chamados interesses transindividuais ou metaindividuais, como o meio ambiente, o consumidor, os bens e valores artísticos, estéticos, turísticos e históricos.

Neste mesmo sentido, Ronaldo Pinheiro de Queiros (2007, p. 192) ensina que o inquérito civil “visa tão somente a colher elementos de convicção para a formação da opinião jurídica do seu destinatário. Não extingue, modifica ou cria direito, apenas auxilia a opinião júris do procurador ou promotor, bem como formam provas”. E conclui que o inquérito “não tem o escopo de aplicar qualquer sanção ao investigado”, já

que não são decididos interesses, embora sejam, dentro deste, investigados. (GARCIA, 2008).

Como no inquérito civil não há acusação nem imposição de penas, nele não há ampla defesa, embora as pessoas nele investigadas, diretamente ou por meio de advogados, devam ser ouvidas e possam apresentar documentos, informações ou fazer requerimentos, que podem ou não ser atendidos pelo Ministério Público (MAZZILLI, 2008).

Finalmente, concluída a investigação, se o órgão do Ministério Público se convencer de que não houve o dano, ele poderá promover diretamente o arquivamento da investigação, mas a decisão de arquivamento do inquérito civil estará sujeita à revisão de um colegiado competente da própria instituição (MAZZILLI, 2008).

No decorrer do referido inquérito, verificou-se que o imóvel onde morou Augusto dos Anjos, que se encontrava descaracterizado, possuía valor histórico, arquitetônico e turístico, constituindo-se referencial simbólico para o espaço e a memória da comunidade (LOBO, 2015).

No bojo do inquérito foram adotadas medidas para proteger o casarão, por meio de procedimento de tombamento, que contou com apoio da população local e do poder público municipal. A edificação foi restaurada, ampliada e preservada, para abrigar o “Espaço dos Anjos”. Aberto em 2015, o local foi transformado em museu, que guarda preciosidades do poeta, como poemas em registros originais, fragmentos de cartas, objetos pessoais e documentos do “paraibano do século”. Além disso, na edificação funciona a Secretaria Municipal de Cultura que está equipada com anfiteatro multiuso e sala para oficinas de poesia, música e pintura. (PREFEITURA MUNICIPAL DE LEOPOLDINA, 2006).

Em 2013 foi homologado o arquivamento do inquérito, tendo em vista que o objetivo fora alcançado, qual seja, o resgate da vida e obra do poeta Augusto dos Anjos.

De maneira mais enfática, o Ministério Público Federal na Paraíba (MPF) propôs ação civil pública com pedido de liminar contra o estado da Paraíba, o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico do Estado da

Paraíba (IPHAEP) e o município de Sapé (PB), em razão da omissão do poder público em manter conservado o Engenho Pau d'Arco, local onde nasceu e viveu o poeta paraibano Augusto dos Anjos. A ação pediu a imediata realização de obras de conservação já sugeridas pelo IPHAEP.

O Engenho Pau d'Arco é composto pela casa do poeta Augusto dos Anjos, a casa da ama de leite “Guilhermina”, o tamarindo (uma árvore), a capela de São Francisco e a lagoa encantada. Todo o conjunto histórico e cultural foi tombado pelo governo estadual através do Decreto nº 22.080/01.

A ação civil pública pode ser definida, segundo Leite (2001), como “meio, constitucionalmente assegurado ao Ministério Público, ao Estado ou a outros entes coletivos autorizados por lei, para promover a defesa judicial dos interesses ou direitos metaindividuais.”

A lei federal nº 7.347/85 prevê em seu art. 3º que: “A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer” (BRASIL, 1985). Desta forma, eventuais danos ao patrimônio histórico, artístico e cultural são objetos deste instrumento processual.

Neste sentido, o MPF pediu, além de medidas emergenciais de conservação para cada item que forma o conjunto, que a justiça conceda liminar determinando que: i. o estado da Paraíba realize, no prazo de 30 dias, contados da concessão da decisão, todos os serviços emergenciais de manutenção do Engenho Pau d'Arco, já apontados pelo IPHAEP; ii. o estado da Paraíba elabore, através da Superintendência de Obras do Plano de Desenvolvimento do Estado (SUPLAN), os projetos de engenharia também citados pelo IPHAEP, essenciais à recuperação das instalações elétricas da capela de São Francisco e envio de equipe para diagnóstico fitossanitário do tamarindo, com a devida erradicação das pragas que o afetam e; iii. o município de Sapé (PB) realize, em 30 dias, vistoria em todas as construções que margeiam a lagoa, com verificação dos pontos de despejo de água servida, correções devidas para evitar a contaminação do manancial e exigência aos proprietários para a instalação

de fossas sépticas e instalação de rede e postes de iluminação pública, conforme recomendado pelo Instituto do Patrimônio Histórico.

Em caso de descumprimento da liminar, foi solicitada a fixação de multa diária no valor de mil reais. Já no julgamento do mérito da ação, requereu-se que os réus sejam condenados ao pagamento de danos morais coletivos, em valor a ser arbitrado pela Justiça, conforme ACP nº 0001022-72.2011.4.05.8200.

Como resultado desta ação civil, o Memorial Augusto dos Anjos, localizado na cidade de Sapé, foi reformado e ampliado, sendo inaugurado em abril de 2016, com recursos do Fundo de incentivo à cultura, que leva o nome do Poeta (PREFEITURA MUNICIPAL DE SAPÉ, 2016).

Conclusão

Diante do exposto, concluiu-se que as medidas judiciais adotadas para preservar a obra do poeta Augusto dos Anjos foram de extrema importância, já que os imóveis que abrigaram parte da história do autor estavam passíveis de recuperação, diante dos danos que apresentavam.

Estas medidas, adotadas tanto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, quanto pelo Ministério Público Federal, foram determinantes para a implantação ou reestruturação dos memoriais.

Além do espaço específico, a imersão no universo “dos Anjos” configura-se como agente de desenvolvimento da cultura, bem como da manutenção e divulgação da preciosa obra do poeta, que deixou sua contribuição para a literatura brasileira de forma brilhante.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988. 168 p.

BRASIL. Lei nº LEI No 7.347, DE 24 DE JULHO DE 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências.

Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7347orig.htm.
Acesso em: 4 jan. 2017.

GARCIA, Cláudia Mello. A eficácia probatória dos elementos produzidos pelo Ministério Público no inquérito civil: crítica à jurisprudência do STJ. 2008. 99 f. Monografia (obtenção do título). Universidade Federal de Santa Catarina. Centro de Ciências Jurídicas. Direito. Florianópolis.

MAZZILLI. Hugo Nigro. O inquérito civil: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas. São Paulo: Editora Saraiva. 3ª ed., 2008.

LEITE. Carlos Henrique Bezerra. Ação civil pública: nova jurisdição trabalhista metaindividual: legitimação do Ministério Público. São Paulo. LTr . 2001. 248 p.

LEOPOLDINA. Prefeitura Municipal. Plano diretor participativo: leitura da realidade municipal. Belo Horizonte/Leopoldina. 2006. 220 p.

LOBO, Lúcia. Augusto dos Anjos: Memorial do MP guarda inquérito que imortalizou o Poeta. Rede: Revista Institucional do Ministério Público de Minas Gerais. Belo Horizonte. Ano XI, edição 24. p. 39-43. Julho de 2015.

QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. A eficácia probatória do Inquérito Civil no processo judicial: uma análise crítica da jurisprudência do STJ. Revista de Processo. Revista dos Tribunais. Ano 32. Abr. 2007.

SAPÉ. Prefeitura Municipal. Prefeitura de Sapé e Energisa inauguram reforma do Memorial Augusto dos Anjos. Disponível em: <http://www.sape.pb.gov.br/noticia-322-prefeitura-de-sape-e-energisa-inauguram-reforma-do-memorial-augusto-dos-anjos.html>. Acesso em: 5 jan. 2017.

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E SUA RELAÇÃO COM O PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE

DAVID BARROSO PEREIRA: Advogado. Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Universidade Estácio de Sá.

RESUMO: O presente trabalho visa esclarecer a execução provisória da pena, correlacionando sua aplicação ao princípio da não culpabilidade e determinar os efeitos desta execução, em especial, no que tange a prescrição. Com o antigo posicionamento adotado pela pacífica jurisprudência, utilizavam os patronos do máximo número de recursos para que se estendesse ao máximo o lapso temporal entre o julgado de primeiro grau e o trânsito em julgado, mantendo, desta forma, o acusado solto. Em que pese já haver entendimentos antigos do Supremo Tribunal Federal pela aplicação da execução provisória da pena, consolidou-se após o ano de 2009 (dois mil e nove) que a pena deveria ser aplicada apenas com o trânsito em julgado, porém em decisão histórica, a Suprema Corte retoma seu antigo entendimento, determinando a aplicação da pena a partir do exaurimento de fatos e provas, permeando, ainda, o presente trabalho pelos efeitos desta decisão no âmbito da prescrição. Verificou-se em pesquisa que tal decisão não fere o princípio da não culpabilidade, tendo em vista que os recursos aos Superiores Tribunais não visam revisitar fatos e provas, não ferindo, portanto, o duplo grau de jurisdição e a presunção de não culpabilidade, mesmo se a questão pender de recurso, inclusive gerando para o acusado a mudança da prescrição da pretensão punitiva para prescrição da pretensão executória, mesmo que provisório o cumprimento de pena.

Palavras-chave: Execução provisória da pena. Supremo Tribunal Federal. Princípio da não culpabilidade. Prescrição.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E SUA RELAÇÃO COM O PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE 1. Conceito e previsões normativas anteriores. 2. O princípio da não culpabilidade e seus efeitos na visão do Supremo Tribunal Federal. 2.1. Do ativismo judicial. 2.2. Execução provisória da pena e princípio da presunção de não

culpabilidade 3. Prescrição após HC 126.292/SP. CONCLUSÃO
REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

O princípio de presunção de inocência ou não culpabilidade é um dos princípios norteadores do Direito Processual Penal brasileiro e se caracteriza como uma regra de tratamento pela qual deve ser submetido o acusado durante todo o chamado “persecutio criminis”, ou seja, o caminho pelo qual o Estado deve exercer, respeitando o devido processo legal, para que possa exercer seu “jus puniendi”.

Destarte a importância do presente princípio, histórica se mostra a decisão do Supremo Tribunal Federal que determinou, em mudança de sua firme jurisprudência, o início da execução provisória da pena após decisão que exaure a análise de fatos e provas, como ocorre, normalmente, após o julgamento em duplo grau de jurisdição. Cabe, portanto, definir se tal decisão de nossa Suprema Corte macula o referido princípio e, ainda, seu reflexo no que se refere a prescrição da pena.

Percebe-se, portanto, que a execução provisória da pena pode se caracterizar como principal impeditivo à aplicação do princípio da não culpabilidade, razão pela qual se faz necessária estabelecer às condições pela qual irá ser aplicada, sua forma de atuação perante o princípio da não culpabilidade e seus reflexos penais, em especial na forma de prescrição que corre enquanto cumprida esta pena provisória.

Tendo em vista o exposto, pode-se concluir que o presente artigo científico vem a responder aos seguintes questionamentos: O que é o princípio da não culpabilidade? O início da execução provisória da pena estaria ferindo tal princípio? De que forma deve-se aplicar a prescrição durante a execução provisória da pena?

O artigo científico deve atender a objetivos, tratando neste do seguinte objetivo geral: Analisar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca do termo inicial para o cumprimento de pena. Além dos seguintes objetivos específicos: Definir o princípio da não culpabilidade;

adequar a atuação do presente princípio com a execução provisória da pena, e, ainda, determinar de que forma deve correr a prescrição durante a execução provisória de pena.

A justificativa que ensejou o discorrimento acerca do presente veio da importância constitucional do princípio da não culpabilidade, estando presente em tratados internacionais de direitos humanos e a verificação de sua possível violação pela Suprema Corte pátria. Não se pode excluir dentre as justificativas a segurança jurídica, princípio necessário, em especial, na correta aplicação da execução da pena provisória, tendo em vista que o recente tema ainda é gerador de muitos questionamentos por parte dos juristas e da população.

Em relação aos aspectos metodológicos, as hipóteses foram investigadas por meio de pesquisa bibliográfica. A abordagem é qualitativa, procurando aprofundar e abranger as ações e relações humanas, observando os fenômenos sociais de maneira intensiva. Quanto aos objetivos, a pesquisa é descritiva, buscando descrever fenômenos, descobrir a frequência que um fato acontece, sua natureza e suas características, e exploratória, procurando aprimorar, buscando maiores informações sobre o tema em questão.

Tendo em vista o exposto, tratará a primeira seção do conceito do princípio da não culpabilidade, histórico e forma de aplicação.

A segunda seção trará a decisão do Supremo Tribunal Federal no “Habeas Corpus” 126.292, suas razões e a forma que se relaciona com o princípio da não culpabilidade.

Na terceira seção, apresenta-se o que acontece após o início do cumprimento da execução provisória, dando enfoque na prescrição e sua forma de aplicação.

Ante o exposto, desenvolver-se-á um estudo acerca da matéria, com o escopo de explicitar o viés constitucional da decisão de nossa Suprema Corte, colaborando para o melhor entendimento acerca do tema e buscando dar maior segurança jurídica aos operadores do direito e a população.

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E SUA RELAÇÃO COM O PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE

1. Conceito e previsões normativas anteriores.

O princípio da não culpabilidade, ou da presunção de inocência, como amplamente colocado na doutrina, teve sua primeira aparição na Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão de 1789, conforme afirma o autor Antônio Alberto Machado (2014, p. 71), esta estabeleceu que todo homem deverá ser presumido inocente até que tenha sido declarado culpado, “*verbis*”;

O princípio liberal de inocência, proclamado no art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, estabelece que todo homem deve ser presumido inocente até que tenha sido declarado culpado.

Após a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a Assembleia da Organização das Nações Unidas proclamou em 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos, sendo de grande importância, a também previsão deste princípio que deve ser adotado por todas as nações, conforme expresso texto transcrito:

Artigo 11.

Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa. 2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso. (Organização das Nações Unidas, 1948)

Mais recentemente, em tratado pelo qual o Brasil reconhece força supralegal, o Pacto de San José da Costa Rica previu este princípio, visando tratar-se claramente da presunção de inocência “Art. 8º §2º Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”.

Percebe-se que os documentos mostrados se referem claramente a uma presunção de inocência, porém o que está claramente previsto na promulgada Constituição Federal de 1988 aparenta se tratar de um conceito diferente, o qual se associa de forma mais íntima com o princípio da não culpabilidade, conforme o bojo de seu artigo 5º, inciso LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”

Apesar da citada diferença que produz efeitos práticos, os doutrinadores colocam majoritariamente esses princípios como sinônimos, conceituando Guilherme de Souza Nucci (2017, p. 34):

Conhecido, igualmente, como princípio do estado de inocência (ou da não culpabilidade), significa que todo acusado é presumido inocente, até que seja declarado culpado por sentença condenatória, com trânsito em julgado. Encontra-se previsto no art. 5.º, LVII, da Constituição. Tem por objetivo garantir, primordialmente, que o ônus da prova cabe à acusação e não à defesa. As pessoas nascem inocentes, sendo esse o seu *estado natural*, razão pela qual, para quebrar tal regra, torna-se indispensável ao Estado-acusação evidenciar, com provas suficientes, ao Estado-juiz, a culpa do réu.

Levy Emanuel Magno (2013, p.56) também traz em sua obra conceito semelhante igualando os enunciados de não culpabilidade e presunção de inocência: “Enuncia que todo acusado e? presumidamente inocente até que seja declarado culpado por sentença penal condenatória, com trânsito em julgado”.

Depreende-se do exposto o conceito do princípio da não culpabilidade, que tem grande importância na aferição de legitimidade ao instituto tema do presente artigo, colocando-se como regra de tratamento àquele que se submete ao processo e determinando que este deverá ser tratado como não culpado até que o Poder Judiciário tenha decidido de forma cabal acerca de sua culpa no processo.

Cabe ressaltar que alguns autores, tal como Antônio Alberto Machado (2009, p.72,) afirmam em sua obra que este princípio teria apenas viés formal, não se coadunando com a razão para o qual foi criado, como pode-se inferir do seguinte:

É forçoso concluir que esse discurso racional e meramente retórico dos e garantias liberais, consagrados no âmbito constitucional, tal como a presunção de inocência, para a maioria dos acusados tem efeitos apenas “encantatório”, não efetivo, operando tão somente no nível formal. São, por assim dizer, fórmulas destinadas a proporcionar uma aparência de legalidade democrática aos mecanismos de repressão e controle da sociedade pelo Estado com o objetivo de justificar essa repressão. Atuam, portanto, no campo ideológico, que é o campo imaginário social em que “as imagens discursivas são vividas como a realidade concreta da sociedade.

Deve-se apontar aqui a discordância do presente autor nesse parâmetro, existindo várias situações que comprovam que o Direito Brasileiro adota o princípio da não-culpabilidade como esposa, o entendimento seguido, Guilherme de Souza Nucci (2017, p.33) ao afirmar serem as prisões cautelares formas excepcionais e necessárias que não maculam o referido princípio e que existe este em sua plenitude no ordenamento jurídico da República Federativa do Brasil:

Por outro lado, confirma a excepcionalidade e a necessidade das medidas cautelares de prisão, já

que indivíduos inocentes somente podem ser levados ao cárcere quando realmente for útil à instrução e à ordem pública. A partir disso, deve-se evitar a vulgarização das prisões provisórias, pois muitas delas terminam por representar uma nítida – e indevida – antecipação de pena, lesando a presunção de inocência.

Definido o conceito do princípio da não culpabilidade, traz-se à baila a mudança do entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto a execução provisória da pena, determinando suas razões e fundamentando em seu arrimo tanto constitucional como legal.

2. O PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE E SEUS EFEITOS NA VISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Como visto acima, o princípio da presunção de inocência ou não culpabilidade é admitido tanto em Tratados internacionais como em nível constitucional em nossa célebre Constituição Federal de 1988, sendo consagrado pela grande maioria dos juristas que interpretam o ordenamento jurídico brasileiro.

Ocorre que até o ano de 2016 (dois mil e dezesseis) era pacífico no âmbito da doutrina e da jurisprudência que se deveria interpretar o dispositivo previsto artigo 5º, inciso LVII da Carta Magna, de forma restritiva, garantindo aos réus, exceto em casos de prisão cautelar, que somente seriam recolhidos ao cárcere com o trânsito em julgado de sentença condenatória penal, como extrai-se do histórico “Habeas Corpus” relatado pelo então Ministro Eros Grau no ano de 2009 (dois mil e nove):

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à

primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. **2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP.** **3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.** 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos “crimes hediondos” exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: “Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquente”. 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subsequentes agravos e embargos, além do que

“ninguém mais será preso”. Eis o que poderia ser apontado como incitação à “jurisprudência defensiva”, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- “a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição”. Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de

direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida. (Minas Gerais, Supremo Tribunal Federal, HC: 84078-7, Relator: Min. Eros Grau, 2009)

Percebe-se, portanto, que, a partir do ano de 2009 (dois mil e nove), a Suprema Corte construiu seu entendimento, com base em interpretação mais restrita ao texto do princípio da não-culpabilidade, garantindo o necessário trânsito em julgado da sentença penal condenatória para o início do cumprimento da pena, fato que, como demonstrado posteriormente, não se coadunava com a posição que vinha sendo adotada pela Suprema Corte após a promulgação da Constituição Federal.

Ressalta-se que tal entendimento gerou certa morosidade no cumprimento de algumas penas no Brasil, já que advogados utilizaram de recursos protelatórios fazendo com que viesse a crivo do Poder Judiciário uma quantidade demasiada de recursos que tornaram muito alongado o tempo para se conseguir o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, o que gerou certa sensação de impunidade dentre os jurisdicionados, já que deve o Poder Judiciário garantir, especialmente na esfera penal, a celeridade e a duração razoável do processo.

2.1. Do ativismo judicial.

Para que se entenda a decisão do Supremo Tribunal Federal é necessário definir o que muitos tem chamado de ativismo judicial, modelo pelo qual essa Corte egrégia têm-se utilizado cada vez com mais frequência para suprir a figura do legislador e regular uma situação que, segundo o crivo dos Excelentíssimos Ministros, urge de apreciação e

regulação por esse douto Poder, sendo o princípio da inafastabilidade de jurisdição a forma pela qual se encontrou para que o Supremo Tribunal Federal garanta a aplicação dos Direitos e garantias fundamentais que não estivessem regulados pelos demais Poderes ou que estes não os estivessem garantindo.

Escreve de forma loquaz o douto Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso (2015, p.318-319) o conceito de ativismo judicial:

A ideia de ativismo judicial esta? associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Destaca-se o que está presente no terceiro item na afirmação de que o Poder Judiciário impõe condutas ou abstenções ao Poder Público no que se refere a políticas públicas, grande exemplo presente na interpretação do princípio da não culpabilidade supedâneo do trabalho aqui disposto.

Definido o ativismo judicial, importante ressalva faz o também Ministro de nossa Suprema Corte Alexandre de Moraes (2017, p.808), que explicita as balizas pela qual a atuação do Poder Judiciário deve se enquadrar ao decidir de forma ativa em uma situação levada a seu crivo.

O bom senso entre a “passividade judicial” e o “pragmatismo jurídico”, entre o “respeito à tradicional formulação das regras de freios e contrapesos da Separação de Poderes” e “a necessidade de garantir às normas constitucionais a máxima efetividade” deve guiar o Poder Judiciário, e, em especial, o Supremo Tribunal Federal na aplicação do ativismo judicial, com a apresentação de metodologia interpretativa clara e fundamentada, de maneira a balizar o excessivo subjetivismo, permitindo a análise crítica da opção tomada, com o desenvolvimento de técnicas de autocontenção judicial, principalmente, afastando sua aplicação em questões estritamente políticas, e, basicamente, com a utilização minimalista desse método decisório, ou seja, somente interferindo excepcionalmente de forma ativista, mediante a gravidade de casos concretos colocados e em defesa da supremacia dos Direitos Fundamentais.

Destarte, pode-se extrair dos excertos que o ativismo judicial é forma importante pela qual o Tribunal guardião da Constituição garante os valores ali contidos, devendo o mesmo prezar pelo bom senso, utilizando também de autocontensão para que não ultrapasse os limites da razoabilidade e interfira de forma inadequada na forma federativa de Estado.

Exaurida a parte conceitual acerca do ativismo judicial, inicia-se a explanação acerca da decisão do Supremo Tribunal Federal que determina o momento em que se deve iniciar o cumprimento da pena no processo penal.

2.2. Execução provisória da pena e princípio da presunção de não culpabilidade

A população brasileira tem sentido uma verdadeira morosidade no julgamento de processos, em especial os que chegam nos Tribunais Superiores, em excessivo número de recursos pleiteados, dentre estes estão os que, normalmente, recebem maior repercussão midiática.

Um dos obstáculos a rápida prestação jurisdicional tem sido o elevado número de processos pelos quais tem que julgar os Tribunais Superiores e a Suprema Corte, razão pela qual muitas ações podem ter duração de 20 (vinte) ou 30 (trinta) anos, mesmo que se tente respeitar a celeridade processual.

Ocorre que no processo criminal, desde o ano de 2009 (dois mil e nove) até a histórica decisão do Ministro Teori Albino Zavascki proferida no ano de 2016 (dois mil e dezesseis), somente poderia se iniciar o cumprimento da pena após o trânsito em julgado da condenação, diferindo do que sempre dispôs o Processo Civil, onde, em muitos casos, a parte pode realizar o cumprimento de sentença provisório.

Diante do exposto, decidiu o Supremo Tribunal Federal, acompanhando o douto Ministro Teori Zavascki, por admitir a execução provisória da pena privativa de liberdade, após o julgamento de órgão colegiado que exaure o exame de fatos e provas, como se extrai da ementa do histórico Habeas Corpus 126.292, que adveio do estado de São Paulo:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (São Paulo, Supremo Tribunal Federal, HC: 126.292, Relator: Min. Teori Zavascki, 2016)

Destarte, definiu o Supremo Tribunal Federal uma completa mudança em sua jurisprudência consolidada, afirmando que a sentença

penal condenatória deverá ser cumprida imediatamente após decisão de órgão colegiado, e que, já a partir desse momento, estariam garantidos o duplo grau de jurisdição e a não culpabilidade esculpida na Carta Maior.

Tal decisão veio fulcrada em alguns argumentos que já eram adotados antes do supra exposto julgamento do Ministro Eros Grau que mudou o entendimento para dar interpretação gramatical ao dispositivo da Constituição Federal, adotando do ativismo judicial para garantir que não houvesse um vácuo temporal muito extenso entre a decisão de primeiro grau e o trânsito em julgado da condenação, fato que violaria a garantia da duração razoável do processo e o princípio da proteção deficiente.

Diante do exposto, deve-se analisar as razões invocadas pelo douto Ministro Teori Zavascki que mudou o termo inicial para o cumprimento da pena.

“Ab initio”, demonstra-se que os Ministros do Supremo Tribunal Federal adotaram o conceito do princípio da não culpabilidade como regra de tratamento, não se admitindo em nenhuma forma que, antes do trânsito em julgado, exista tratamento como culpado àquele que não teve seu julgamento findo, não cabendo ao acusado demonstrar sua não culpa, e, sim, ao Parquet, como titular da ação penal pública, que o acusado cometeu o fato a ele imputado.

Assim foi claro o Ministro relator Teori Zavascki ao expor em seu voto:

Realmente, antes de prolatada a sentença penal há de se manter reservas de dúvida acerca do comportamento contrário à ordem jurídica, o que leva a atribuir ao acusado, para todos os efeitos – mas, sobretudo, no que se refere ao ônus da prova da incriminação –, a presunção de inocência. A eventual condenação representa, por certo, um juízo de culpabilidade, que deve decorrer da logicidade extraída dos elementos de prova produzidos em regime de contraditório no curso da ação penal. Para

o sentenciante de primeiro grau, fica superada a presunção de inocência por um juízo de culpa – pressuposto inafastável para condenação –, embora não definitivo, já que sujeito, se houver recurso, à revisão por Tribunal de hierarquia imediatamente superior. É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. É ali que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, tenha ela sido apreciada ou não pelo juízo *a quo*. Ao réu fica assegurado o direito de acesso, em liberdade, a esse juízo de segundo grau, respeitadas as prisões cautelares porventura decretadas. (São Paulo, Supremo Tribunal Federal, HC: 126.292, Relator: Min. Teori Zavascki, 2016)

Destarte, a regra de tratamento da não culpabilidade deve se aplicar durante todo o processo, porém essa somente impede o cumprimento da pena até o momento em que os julgadores podem analisar matéria factual e probatória, o que ocorre até o duplo grau de jurisdição nos processos em que a competência originária não seja de outra forma determinada, não havendo o que se falar nesse impedimento em sede de Recurso Especial ou Extraordinário.

O Supremo Tribunal Federal coloca também, de forma corroboradora ao esposado, que este entendimento adotado apenas remonta a antigas decisões prolatadas por esta Egrégia Corte. Estes afirmam que os recursos as cortes superiores e para a Suprema Corte, devem em regra possuir efeito meramente devolutivo e não suspensivo, assim dispôs no Habeas Corpus 68.726, provindo do Distrito Federal e julgado posteriormente a nossa Constituição Federal de 1988:

Habeas corpus. Sentença condenatória mantida em segundo grau. Mandado de prisão do paciente. Invocação do art. 5º, inciso LVII, da Constituição. Código de Processo Penal, art. 669. A ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão e órgão julgador de segundo grau, é de natureza processual e concernente aos interesses de garantia da aplicação da lei penal ou de execução da pena imposta, após o devido processo legal. Não conflita com o art. 5º, inciso LVII, da Constituição. De acordo com o § 2º do art. 27 da Lei nº 8.038/1990, os recursos extraordinário e especial são recebidos no efeito devolutivo. Mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra a qual o réu apelara em liberdade, exauridas estão as instâncias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu. Habeas corpus indeferido. (Distrito Federal, Supremo Tribunal Federal, HC: 68.726, Relator Min. Néri da Silveira, 1991)

Deve-se colacionar que o supracitado artigo está revogado pelo atual Código de Processo Civil, porém o mesmo não dispôs de maneira diversa do aqui discorrido, tratando o artigo 995, “caput”: “Art. 995. Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso.”

Seguia o Superior Tribunal de Justiça o mesmo posicionamento já aqui esposado, conforme se extrai de julgamento prolatado no ano de 2008 (dois mil e oito):

HABEAS CORPUS. SENTENÇA
CONDENATÓRIA. TRÂNSITO EM JULGADO PARA
A ACUSAÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA
PENA. POSSIBILIDADE. 1. Esta Corte pacificou o

entendimento de que é possível a execução provisória da pena na hipótese em que tenha ocorrido o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação, haja vista a impossibilidade de majoração da reprimenda ou de agravamento do regime prisional. 2. Ordem concedida. (Minas Gerais, Superior Tribunal de Justiça, HC: 28847, Relator: Min. Paulo Gallotti, 2008)

Ao analisar a legislação infraconstitucional, percebe-se que o legislador já tinha esse entendimento consolidado, quando no artigo 637 do Código de Processo Penal, dispõe acerca do Recurso Extraordinário.

Art. 637. O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença.

O Superior Tribunal de Justiça após julgar de forma contumaz e pertinente, decidiu cristalizar a presente interpretação no texto de sua Súmula 267: “A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão. ”

Expostas as razões esculpidas na jurisprudência pátria acerca do tema, deve-se expor o pensamento doutrinário, em especial o saudoso doutrinador Guilherme de Souza Nucci (2017, p.730) que expõe as razões pelas quais o Supremo Tribunal Federal adotou as razões mencionadas para determinar que a pena fosse cumprida após o duplo grau de jurisdição:

Voltou-se à opção existente antes de 2009, quando se interpretava que esta situação era viável, uma vez que os recursos especial e extraordinário não tinham efeito suspensivo. Logo, não era questão de transitar em julgado, mas de respeitar os ditames processuais. Após a decisão de 2.º grau, não mais existe o efeito suspensivo, motivo pelo qual o STF passou a admitir a prisão. Entendemos equivocada

essa postura, mas compreendemos os motivos de política criminal daí advindos. O principal é a frequente utilização dos recursos especial e extraordinário apenas e tão somente para atrasar o trânsito em julgado, pois, quando o dano era realmente grave, a defesa jamais deixou de apresentar o *habeas corpus*. O órgão a utilizar os recursos especial e extraordinário era (e continuará sendo) o Ministério Público; raramente a defesa precisava disso. Quem movimentava, do ponto de vista defensivo, tais recursos tinha por fim prolongar, sem fundamento lógico-jurídico, o trânsito em julgado.

Resumi de forma loquaz o doutrinador supracitado, determinando que sua posição é contrária ao que aqui se dispõe, porém, não deixando de admitir que os recursos Especial e Extraordinário apresentados pela defesa, de forma geral, não estavam presentes fundamentos lógico-jurídicos, somente possuindo o escopo de retardar o trânsito em julgado da condenação.

Ante o exposto, definiu-se que a aplicação do princípio da não-culpabilidade deve se apresentar como regra de tratamento processual que permeia todo o processo, o que não significa dizer que após o duplo grau de jurisdição, em processos não referentes a competência originária de Tribunal, e havendo decisão colegiada de Tribunal, o réu não poderá ser recolhido à prisão, possuindo fundamento no que decidiu o Supremo Tribunal Federal que, embasado na teoria do ativismo judicial, afirmou somente possuírem os recursos às instâncias superiores, seja na esfera penal ou cível, efeito devolutivo e não efeito suspensivo, tal como disposto no Digesto Processual Civil atualmente vigente, sendo possível assim o cumprimento provisório da pena após decisão que exaure análise acerca de fatos e provas, afastando, assim, qualquer possibilidade de violação a regra de tratamento da não culpabilidade, devendo esta perdurar, inclusive, no que tange aos supra dispostos recursos.

3. PRESCRIÇÃO APÓS HC 126.292/SP.

Em tópico final, discorre-se acerca da mudança que causou o julgamento, pela Corte Constitucional, do Habeas Corpus 126.292, proveniente do Estado de São Paulo, no que concerne a prescrição.

Antes de adentrar dos efeitos da decisão supra, deve-se, inicialmente, definir o que é a prescrição, suas espécies e formas de aplicação dentro do processo criminal, instituto de suma importância dentro do garantismo penal.

Define o já saudoso doutrinador Cléber Masson (2013, p. 916) a prescrição, em sua doutrina que trata da parte geral do Estatuto Repressor: “Prescrição é a perda da pretensão punitiva ou da pretensão executória em face da inércia do Estado durante determinado tempo legalmente previsto”

Conclui-se que a prescrição advém da inércia estatal em assumir o seu “jus puniendi”, tendo em vista que se determina que para a ocorrência da prescrição o lapso temporal é bastante elástico, se mostra assaz razoável que se aplique a extinção da punibilidade do agente, que não pode viver durante todo esse período as agruras de uma acusação criminal.

A prescrição é, pelo entendimento pacífico tanto dos doutrinadores quanto da doutrina, classificada em duas espécies, chamadas de prescrição da pretensão punitiva e prescrição da pretensão executória, definem de forma bastante objetiva e clara os doutrinadores Gustavo Junqueira e Patrícia Vanzolini (2014,p. 671):

A prescrição pode ser classificada como prescrição da pretensão punitiva e prescrição da pretensão executória:

Há prescrição da pretensão punitiva se o Estado não providencia, no limite temporal fixado pela lei, a certeza da culpa (com o trânsito em julgado da sentença condenatória).

Há prescrição da pretensão executória se o Estado não providencia, no lapso temporal determinado em lei, a efetivação da sanção já? certa (ao menos para a acusação). Entenda-se efetivação da sanção como o início do cumprimento da pena.

Percebe-se pela definição exposta que trazer o cumprimento de pena para momento posterior a decisão que exaure o exame de fatos e provas, traz um problema que não foi suscitado nos votos dos Ministros de nossa egrégia Suprema Corte ao julgar o “Habeas Corpus” 126.292, advindo do Estado de São Paulo, e que é de grande importância para a definição da possibilidade de aplicação de pena pelo Estado.

A problemática reside no fato de que, havendo a execução provisória, deixaria o Estado de estar em inércia ou deveria correr uma prescrição e, correndo a prescrição, não se definiu qual dos tipos de prescrição correria em relação ao condenado, se seria prescrição da pretensão punitiva ou prescrição da pretensão executória.

Eugênio Pacelli (2017, p. 580) nos traz uma definição que é adequada ao presente caso:

Uma vez obtida a condenação e estando já em condições de ser executado o título judicial (sentença penal condenatória), o que já ocorre, segundo o atual entendimento do STF (HC 126.292, ADCs 43 e 44), após a condenação em segunda instância, põe-se em curso, então, a pretensão executória.

Destarte, o que se pode depreender do que diz o saudoso doutrinador é que com o início do cumprimento de pena ter-se-á início a prescrição da pretensão executória.

Em análise de julgados, percebe-se que para que exista a prescrição da pretensão executória, deveria haver trânsito em julgado para ambas as partes, conforme se extrai do excerto em que foi relator o Ministro Superior Tribunal de Justiça Jorge Mussi:

HABEAS CORPUS. SONEGAÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. TERMO INICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO PARA AMBAS AS PARTES. LAPSO TEMPORAL NÃO VERIFICADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. O termo inicial da contagem do prazo prescricional da pretensão executória é o trânsito em julgado para ambas as partes, porquanto somente neste momento é que surge o título penal passível de ser executado pelo Estado. Desta forma, não há como se falar em início da prescrição a partir do trânsito em julgado para a acusação, tendo em vista a impossibilidade de se dar início à execução da pena, já que ainda não haveria uma condenação definitiva, em respeito ao disposto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. 2. Na hipótese, certificado o trânsito em julgado para ambas as partes aos 22.10.2008, não houve o transcurso do lapso prescricional aplicável à espécie - 4 (quatro) anos, nos termos do artigo 109, inciso V, do Código Penal -, o que impede a declaração da aludida causa de extinção da punibilidade. (São Paulo, Superior Tribunal de Justiça, HC: 180993, Relator: Min. Jorge Mussi, 2011)

Conclui-se, destarte, que o autor considera que existe uma espécie trânsito em julgado formal após a análise dos fatos e das provas, tratando a execução provisória como se pena fosse e não uma imposição cautelar, posição que justifica a espécie de prescrição dentro da classificação de pretensão executória a ser aplicada ao presente caso.

Defere-se do exposto que existe prescrição aplicável quando determinar-se a execução provisória de pena privativa de liberdade e que esta deve correr na modalidade de prescrição da pretensão executória, declarando-se que há inércia do Estado, ocorrendo da mesma forma que ocorreria na pretensão executória de uma pena com o antigo

entendimento de trânsito em julgado, devendo o juiz atentar para este prazo no julgamento dos recursos constitucionais, ocorrendo, assim, o trânsito em julgado formal para as partes logo após o exaurimento da análise da matéria fática e das probatórias, sendo os recursos constitucionais matéria que vai além do trânsito em julgado das instâncias ordinárias.

CONCLUSÃO

O presente artigo científico teve como escopo analisar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal em relação ao termo inicial de cumprimento de pena, relacioná-lo com o princípio da não culpabilidade e determinar os seus efeitos penais, destacando-se o efeito da decisão em relação a prescrição e classificando sua espécie em relação ao acusado.

O mote do presente trabalho está em decisão proferida em sede de “Habeas Corpus” número 126.292, proveniente do Estado de São Paulo, que reestabeleceu a execução provisória da pena após o exaurimento das instâncias que analisam fatos e provas.

Encontra-se, entretanto, aparente problemática ao se tentar relacionar a presente execução provisória da pena com o princípio da não culpabilidade, tendo em vista que o texto expresso da Constituição Federal afirma ser necessário o trânsito em julgado para que se venha a cumprir a pena.

Ressalta-se que a antiga composição de nossa Suprema Corte entendia que o trânsito em julgado referido, somente poderia ser considerado após o último recurso, seja ele constitucional ou ordinário, somente podendo incidir sobre o acusado as prisões cautelares.

Em razão do exposto, se mostra histórica a decisão do Ministro Teori Albino Zavascki, que foi seguida por outros 6 (seis) ministros, fato que modificou o entendimento atual acerca do termo inicial do cumprimento de pena, voltando a ser como se aplicava antes do ano de

2009 (dois mil e nove), determinando que o início do cumprimento de pena deveria se dar após o exaurimento da análise de fatos e provas.

Dentre as razões para esta decisão, eivada de ativismo judicial, está o fato de que muitos dos advogados perceberam que quanto mais recursos impetrados, maior seria o lapso entre a decisão condenatória em primeira instância e a decisão final no processo, fazendo com que as Cortes Superiores e a Suprema Corte viessem a ser abarrotadas desses recursos, para que os acusados passassem mais tempo em liberdade ou conseguissem a sua prescrição da pretensão punitiva.

Também se verificou que não seria nenhum absurdo manter o réu preso quando não há mais análise factual e probatória, tendo em seu voto o Ministro Teori Zavascki demonstrado que somente baixa porcentagem do que é recorrido, em sede de Recurso Especial e Recurso Extraordinário, é efetivamente provido.

Não há razão, portanto, de se manter o acusado em liberdade quando pouco ainda se tem de análise por parte das Cortes Superiores e da Suprema Corte, somente aumentando as decisões de improcedência aos recursos protelatórios e gerando sensação de impunidade naqueles que veem na Justiça e na pena um necessário caráter retributivo àquilo que não se admite como lesão ao bem jurídico tutelado.

Outro ponto merecedor de destaque é o da prescrição, em razão de possível controvérsia entre a inexistente inércia do Estado ou a incidência de prescrição, ainda existindo possibilidade de se entender pela incidência da prescrição da pretensão punitiva ou prescrição da pretensão executória.

Foi demonstrado que corre a prescrição da pretensão executória como já era adotado pela Suprema Corte antes do ano de 2011 (dois mil e onze), existindo uma espécie de trânsito em julgado formal após a decisão que exaure a análise de fatos e provas.

Definido ser compatível a execução provisória da pena com o princípio da não culpabilidade e o tipo de prescrição que correrá após o início desta, agiu o Poder Judiciário para evitar despropérios e garantir

melhor efetividade à seara penal dentro dos parâmetros estabelecidos por nossa Lei Maior.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial da União** p. 15562, 09 de novembro de 1992.

BRASIL. Decreto Lei 3689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União** p. 19699, dia 13 de outubro de 1941.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União** p.1, dia 17 de março de 2015.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. Habeas Corpus. Sentença condenatória. Trânsito em Julgado para a acusação. Execução da pena. Possibilidade. Habeas Corpus 28847. Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, Wiliam Riccaldone abreu, Tribunal de alçada do Estado de Minas Gerais, Arlindo Ciríaco de Oliveira. Acórdão 16/09/2003. **DJ** 17/03/2008. Decisão unânime.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. “Habeas Corpus”, sonegação fiscal, prescrição da pretensão executória, termo inicial, trânsito em julgado para ambas as partes, lapso temporal não verificado, constrangimento ilegal não evidenciado. Habeas Corpus 180.993. Relator Min. Jorge Mussi. Augusto Fauvel De Moraes, Luís Renato Zago, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, André Ricardo Bonetti Rosa. Acórdão: 13/12/2011. **DJ** 19/12/2011. Decisão unânime.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 267. A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão. Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf. Acesso em 05 de mai. 2017

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Constitucional. Habeas Corpus. Princípio Constitucional da Presunção de inocência (CF, Art. 5º, LVII). Sentença penal condenatória confirmada por Tribunal de segundo grau de jurisdição. Execução provisória. Possibilidade. Habeas Corpus 126.292. Márcio Rodrigues Dantas, Maria Cláudia Seixas e relator do HC 303.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator Min. Teori Zavascki. Acórdão 17/02/2016. **DJ** 16/05/2016. Vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Habeas corpus. Inconstitucionalidade da chamada “execução antecipada da pena”. Art. 5º, LVII, da constituição do brasil. Dignidade da pessoa humana. Art. 1º, III, da Constituição do Brasil. Habeas Corpus 84.078-7. Omar Coelho Vitor, Luís Alexandre Rassi, Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Eros Grau. Acórdão 05/02/2009. **DJ** 17/02/2009. Vencidos os Ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Habeas corpus. Sentença condenatória mantida em segundo grau. Mandado de prisão do paciente. Invocação do art. 5º, inciso LVII, da Constituição. Código de Processo Penal, art. 669. A ordem de prisão, em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão e órgão julgador de segundo grau, é de natureza processual e concernente aos interesses de garantia da aplicação da lei penal ou de execução da pena imposta, após o devido processo legal. Não conflita com o art. 5º, inciso LVII, da Constituição. De acordo com o § 2º do art. 27 da Lei nº 8.038/1990, os recursos extraordinário e especial são recebidos no efeito devolutivo. Mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra a qual o réu apelara em liberdade, esauridas estão as instâncias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu. Habeas corpus indeferido. Habeas Corpus 68.726. Relator Min. Néri da Silveira. Fernando Eduardo Ayres da Motta, Tribunal de alçada criminal do Estado do Rio de Janeiro, Marco Antônio da Fonseca Loureiro. Acórdão 28/06/91. **DJ**20/11/1992. Decisão unânime.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, 576 p.

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia. **Manual do Direito Penal: Parte geral**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 677 p.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de Processo Penal**. 6.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014. 909 p.

MAGNO, Levy Emanuel. **Curso de Processo Penal didático**. São Paulo: Forense, 2013, 902 p.

MASSON, Cléber. **Direito Penal esquematizado – Parte geral**. 7.ed. São Paulo: Método, 2013, v.1. 989 p.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33ed. São Paulo: Atlas, 2017, 957 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, 1546 p.

ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). **Onu-Brasil**. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 05 mai. 2017.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de Direito Penal: Parte geral**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2017. 665 p.

A INCOMPATIBILIDADE DA TUTELA ANTECIPADA EM CARÁTER ANTECEDENTE COM O PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA DECISÃO DE MÉRITO

MAURÍCIO DE ANDRADE TRAVASSOS NETO: Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora.

RESUMO: O artigo propõe a análise da tutela antecipada em caráter antecedente, novidade do Código de Processo Civil de 2015. Especificamente, trata da possível contradição existente entre o instituto e o princípio da primazia da decisão de mérito.

Palavras chave: Direito processual civil. Tutela provisória. Tutela antecedente. Primazia da decisão de mérito.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO 2. O PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA DECISÃO DE MÉRITO 3. A TUTELA DE URGÊNCIA ANTECIPADA EM CARÁTER ANTECEDENTE 4. CONDOTA DO RÉU EM CASO DE DEFERIMENTO DA TUTELA ANTECEDENTE E A PRIMAZIA DA DECISÃO DE MÉRITO 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS 6. REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

O atual Código de Processo Civil, de publicação ainda recente, promoveu inúmeras alterações comparativamente ao seu antecessor. Algumas das modificações foram festejadas pelos operadores do direito, outras delas criticadas e algumas, ainda, cuja compreensão está sendo construída.

Como exemplo da última hipótese, estão casos em que é possível verificar, em certa medida, contradição entre disposições do próprio código. É o caso do tema tratado neste artigo: a tutela de urgência antecipada em caráter antecedente e o princípio da primazia da decisão de mérito.

Em um primeiro momento, será necessário conhecer o novo princípio, reconhecido pela doutrina como um dos que regem o novo

código. Após, será apresentado de forma sucinta como se dá a concessão de tutelas antecipadas de urgência em caráter antecedente.

Por fim, analisar-se-á em que medida ambas as situações podem ser compatibilizadas e em que pontos é possível verificar a potencialidade de conflito entre elas.

2. O PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA DECISÃO DE MÉRITO

Em várias de suas disposições, o Novo Código de Processo Civil deixa claro que o julgador, seja em primeiro grau ou mesmo nos Tribunais, deve atuar de maneira a priorizar decisões de mérito. É como ensina Fredie Didier Jr.:

O CPC consagra o princípio da primazia da decisão de mérito. De acordo com esse princípio, deve o órgão julgador priorizar a decisão de mérito, tê-la como objetivo e fazer o possível para que ocorra. A demanda deve ser julgada - seja ela a demanda principal (veiculada pela petição inicial), seja um recurso, seja uma demanda incidental (DIDIER JR., 2015, p. 136)

Como decorrência de tal princípio, deparando-se com determinados vícios ao longo do processo, o juiz, ao invés de extinguir o feito, deverá cuidar para que as partes tenham a oportunidade de correção de tais vícios. Com isso, será possível o desenvolvimento da relação processual até que se chegue a uma decisão de mérito.

O objetivo maior do novo código, quanto a esse ponto, foi buscar que a função de pacificação social do processo judicial seja maximizada. Ao se extinguir uma demanda em razão de determinado vício, acaba-se valorizando mais a inobservância de determinados aspectos formais do que propriamente a função de solução efetiva de conflitos, que deve ser priorizada pelo Poder Judiciário.

Como exemplo de previsão do referido princípio, pode-se mencionar o artigo 4o do diploma processual, ainda no capítulo referente às suas normas fundamentais, que define como direito das partes a obtenção da solução integral do mérito.

Outro exemplo a ser mencionado encontra-se no artigo 317 do mesmo código. Trata-se da previsão de que antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deverá oportunizar a correção do vício pela parte, caso haja possibilidade de assim proceder.

É evidente que não é qualquer vício que poderá ser sanado. No entanto, existindo a possibilidade, conforme previsão expressa do Código de Processo Civil, deve o juiz permitir algumas correções pontuais.

Vista em linhas gerais a ideia central do princípio da primazia da decisão de mérito, passa-se à análise de mais uma novidade do código: a concessão de tutela de urgência antecipada em caráter antecedente.

3. A TUTELA DE URGÊNCIA ANTECIPADA EM CARÁTER ANTECEDENTE

O novo Código de Processo Civil promoveu significativa reforma no que diz respeito à concessão de tutelas antes da decisão final do feito. Atualmente, são elas chamadas de tutelas provisórias, que se dividem em tutelas de urgência e tutelas de evidência.

Para fins do presente trabalho, interessem as tutelas provisórias de urgência, de natureza antecipada, concedidas em caráter antecedente. A tutela antecipada refere-se àqueles casos em que a parte busca, antes do resultado final do processo, obter total ou parcialmente o bem jurídico pretendido com a demanda.

O novo código possibilitou que os jurisdicionados, em situações de urgência contemporânea à propositura da ação, pleiteassem tal tutela em caráter antecedente. Assim desejando, a parte ajuizaria pedido simplificado, limitado ao requerimento da tutela e à indicação do pedido final. Após a análise do pedido, a petição será aditada, tanto na hipótese de deferimento como na de indeferimento.

Importante mencionar a necessidade de que o autor indique tratar-se de pedido em caráter antecedente, sob pena de o julgador considerar a petição inicial incompleta. É como adverte Alexandre Freitas Câmara:

Perceba-se, ainda, que, a fim de evitar confusão entre o caso em que a petição inicial é incompleta por conta da extrema urgência e aquele em que a petição inicial é simplesmente mal feita, exige a lei processual que o demandante, ao valer-se do benefício que lhe é assegurado pelo art. 303, afirme expressamente que o faz (CÂMARA, 2015, p. 162).

Deve-se também ter em mente que a tutela em caráter antecedente busca resguardar hipótese de verdadeira urgência, existente de maneira concomitante à ação. Trata-se, portanto, de importante instrumento, que tem por fim evitar que a parte se veja impossibilitada de obter seu direito, em razão de eventual demora na elaboração da petição inicial de maneira completa.

Em que pese os benefícios trazidos pela nova previsão, não está ela imune a críticas e a contradições com a própria sistemática do novo Código de Processo Civil. Uma questão que deve ser colocada, então, é a sua compatibilidade com o princípio da primazia da decisão de mérito, que a partir deste ponto será abordada.

4. CONDOTA DO RÉU EM CASO DE DEFERIMENTO DA TUTELA ANTECEDENTE E A PRIMAZIA DA DECISÃO DE MÉRITO

Até então, portanto, não se verificou qualquer incompatibilidade entre o instituto da tutela antecipada em caráter antecedente e o princípio da primazia de decisão de mérito. O problema surge quando o Código de Processo Civil passa a tratar da conduta do réu no caso de deferimento da tutela.

Nesse aspecto, ganha importância a análise do artigo 304 do novo Código de Processo Civil, cuja redação é a seguinte:

Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do [art. 303](#), torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

§ 1o No caso previsto no caput, o processo será extinto.

Vê-se que a única forma que o réu possui para impedir que a decisão concessiva da tutela antecipada antecedente se torne estável é a interposição do respectivo recurso, a saber: o agravo de instrumento.

Como se observa da leitura do dispositivo transcrito, em seu *caput* e parágrafo 1o, caso não tenha sido interposto recurso por parte do réu, ocasionando a estabilização da tutela, o processo será extinto. E tal extinção dar-se-á sem a resolução do mérito. É como aponta o ilustre doutrinador Alexandre Freitas Câmara:

Significa isto dizer que, concedida a tutela de urgência satisfativa nos termos do art. 303 (isto é, com base em uma petição inicial incompleta em razão da extrema urgência existente ao tempo da propositura da demanda) e não tendo o réu interposto recurso contra a decisão concessiva da tutela antecipada, esta se tornará estável, devendo o processo ser extinto sem resolução do mérito (CÂMARA, 2015, p. 163).

É nessa previsão que se pode observar a contradição ora apontada. Ao determinar a extinção do processo sem a resolução de seu mérito, o Código de Processo Civil impede que o autor obtenha a decisão final de mérito pretendida. A estabilidade não se confunde com coisa julgada, podendo ser objeto de ação autônoma de impugnação, na forma prevista no artigo 304, parágrafo 2o, do novo CPC.

Assim, o ideal seria possibilitar que a parte autora se manifestasse no sentido de optar pela estabilização ou pelo prosseguimento do feito até que fosse obtida a decisão de mérito, com a

autoridade da coisa julgada material. Tal conclusão parece ser a que melhor se coaduna com as normas fundamentais do processo civil, trazidas pelo novo diploma processual.

Ademais, é importante observar que, ainda que se diga que o réu poderia evitar tal extinção sem resolução do mérito com a interposição de recurso, isso não é suficiente para compatibilizar a hipótese com o princípio da primazia da decisão de mérito. Além de a opção ficar a cargo unicamente do réu, impor a ele que interponha um recurso para que tal resultado seja obtido mostra-se desproporcional.

Nesse sentido, leciona Daniel Amorim Assumpção Neves:

Poderia o dispositivo prever qualquer espécie de resistência, inclusive a meramente incidental oferecida perante o juízo que concedeu a tutela antecipada. Não tem sentido a legislação obrigar o réu a recorrer quando na realidade ele pretende somente se insurgir no próprio grau jurisdicional onde foi proferida a decisão. É a própria lógica do sistema que aponta nessa direção porque a própria razão de ser da estabilização é o réu deixar de se insurgir contra a tutela provisória concedida. Por outro lado, se o objetivo do sistema é a diminuição do número de recursos, a interpretação literal do art. 304, caput, do Novo CPC, conspira claramente contra esse intento. Resta ao intérprete dizer que onde se lê “recurso” deve se entender “impugnação”, criticando-se o legislador por ter preferido a utilização de espécie (recurso) em vez do gênero (impugnação) (NEVES, 2016).

Verifica-se, portanto, que o condicionamento do prosseguimento do processo à interposição de agravo de instrumento está também em dissonância com a economia processual e da duração razoável do processo. Obriga-se a interposição de recurso para a produção de efeito que poderia facilmente ser obtido por meio de contestação ou até mesmo

por simples petição, gerando desnecessária movimentação da já assoberbada máquina jurisdicional.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Feita a exposição, é importante observar que tanto a tutela antecipada em caráter antecedente quanto o princípio da primazia da decisão de mérito são institutos trazidos pelo novo Código de Processo Civil com o objetivo de facilitar a obtenção da tutela jurisdicional.

Ocorre que, ao analisar conjuntamente as previsões referentes a cada um deles, é possível encontrar contradições, tendo em vista que a chamada estabilização da tutela antecipada em caráter antecedente inviabiliza o prosseguimento do processo. Com isso, resta também impedida a análise do mérito.

Por se tratar de previsão recente e ainda de pouca análise tanto doutrinária como jurisprudencial, é necessário aguardar para que se possa verificar como os Tribunais tratarão a questão.

De plano, porém, já é possível visualizar meios de se evitar a referida contradição. Um deles seria entender que o réu não precisaria interpor recurso em face da decisão, e sim qualquer manifestação contrária à estabilização. Ainda, quanto ao autor, pode-se definir como elemento a ser mencionado na inicial a existência de interesse em que a tutela se torne estável.

Tratar-se ia, portanto, de regramento semelhante ao previsto no artigo 334 do CPC, em seu parágrafo 4º, quando regula as hipóteses de não realização da audiência de conciliação e mediação. Assim como é necessária a manifestação de desinteresse de ambas as partes para que a audiência não seja designada, deveria ser necessário também que autor e réu informassem não possuir interesse no prosseguimento do feito até decisão final de mérito, quando do deferimento da tutela em comento. Apenas nesse caso seria possível a estabilização da decisão.

6. REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em .
Acesso em: 8 jul. 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. 1. ed.
São Paulo: Atlas, 2015.

DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: vol. 1. 17. ed.
Salvador: Juspodivm, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual
civil. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

A INEXISTÊNCIA DE HIERARQUIA ENTRE AS ENTIDADES FAMILIARES E A PROTEÇÃO DO DIREITO DAS FAMÍLIAS: A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL

RENATO MARTINS DE ALBUQUERQUE:

Assistente Judiciário de Magistrado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, formado pela Universidade Metropolitana de Santos, pós-graduando em Direito Processual Civil pela Escola Paulista de Magistratura - EPM, aprovado no IV Concurso Público para o cargo de Defensor Público do Estado do Espírito Santo.

RESUMO: O presente artigo visa analisar a (in) existência de hierarquia entre as famílias formadas pelo casamento e pela união estável a partir da mutabilidade do conceito de família e de seu significado constitucional, à luz da doutrina e de recente entendimento da Corte Constitucional pátria.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Família ou Famílias? A Pluralidade de um Termo; 3. A Constituição Federal e o Reconhecimento da União Estável como Família: Norma Inclusiva Garantidora de Direito Fundamental; 4. Existe Hierarquia entre a Família constituída pelo Casamento e a construída pela União Estável?; 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A discussão sobre o conceito de família influencia diretamente na proteção jurídica que o Instituto ou que as pessoas que a compõe poderão exigir do Estado, a depender do entendimento adotado. Nesse compasso, é crucial a percepção de que as mudanças sociais afetam o Direito, o qual não é um fim em si mesmo, mas antes, instrumento de pacificação social que tem como vetor máximo interpretativo a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88), sendo vedado pela Constituição Federal a discriminação negativa de indivíduos art. 5º, *caput*, CF/88), principalmente quando o tema abordado é família, uma vez que, nos termos do art. 226, *caput*, da Constituição Federal, goza de especial proteção do Estado.

2. FAMÍLIA OU FAMÍLIAS? a pluralidade de um termo

Embora o termo família seja de uso comum e intuitivo, tratando-se de uma das primeiras palavras a ser incorporada no vocabulário das crianças durante a alfabetização, é de controvertida conceituação jurídica, ganhando novas interpretações e significados com o passar dos séculos, o que gera importantes consequências práticas para seus membros e para a sociedade. Nesse sentido, Rodrigo da Cunha Pereira adverte sobre a necessidade jurídica de se definir o conceito de família:

“Antes de tratar do tema específico de concubinato e união estável, faz-se necessário situá-lo em contexto geral e histórico para melhor entendê-lo. É preciso então voltar àquilo que é básico e fundamental, ou seja, o conceito de família. É daí que se irradia tudo o mais, e é a partir dessa ideia que o ordenamento jurídico se organizará”^[1].

A revolução industrial foi um divisor de águas e operou diretamente uma mudança na forma e no conceito de família. Antes de seu advento, a família tinha formação extensiva, localizava-se no campo e a procriação era largamente incentivada, pois significava mão de obra (diz-se, por isso, *patrimonializada*). Todos os parentes integravam-na e ela possuía caráter patriarcal hierarquizado^[2]. Contudo, após a revolução industrial, o aumento da necessidade de mão de obra gerou o deslocamento dos núcleos familiares (pais, mães e filhos) para a cidade e fez com que a mulher deixasse o lar, passando ela a ser também provedora do sustento familiar. A família tornou-se nuclear, não era mais extensiva, incluindo tão somente o casal e seus filhos, o que, na lição de DINIZ privilegiou o afeto e a aproximação de seus membros:

Acabou a prevalência do caráter produtivo e reprodutivo da família, que migrou para as cidades e passou a conviver em espaços menores. Isso levou à aproximação de seus membros, sendo mais prestigiado o **vínculo afetivo** que envolve seus integrantes. Existe uma nova concepção de família formada por laços afetivos de carinho, de amor. A valorização do afeto nas relações familiares não se

cinge somente ao momento de celebração do casamento, devendo perdurar por toda a relação. Disso resulta que, **cessado o afeto**, está ruída a base de sustentação da família, e a **dissolução do vínculo** é o único modo de garantir a dignidade da pessoa[3].

A renomada Autora entende *família* como um termo plurívoco, que apresenta três acepções fundamentais: a amplíssima, a ampla e a restrita. “No sentido amplíssimo o termo abrange todos os indivíduos que estiverem ligados pelo vínculo da consangüinidade ou da afinidade, chegando a incluir estranhos, como no caso do art. 1.412, §2º[4], do Código Civil (...)”[5]. Na acepção ampla incluem-se além dos cônjuges ou companheiros, os parentes da linha reta ou colateral, bem como os afins. Na significação restrita DINIZ diferencia *família* de *entidade familiar*, afirmando que

(...) é a *família* (CF, art. 226, §§1º e 2º) o conjunto de pessoas unidas pelos laços do matrimônio e da filiação, ou seja, unicamente os cônjuges e a prole (...), e *entidade familiar* comunidade formada pelos pais, que vivem em união estável, ou por qualquer dos pais e descendentes, como prescreve o art. 226, §§3º e 4º, da CFRB/88, independentemente de existir o vínculo conjugal que a originou (...) [6].

COELHO, a seu turno, ressalta que a origem da família está envolta em grandes incertezas, mas que é incontroverso que ela evoluiu através dos tempos. Para o referido Autor, o ponto de partida para a família que se conhece hoje seria o modelo romano patriarcal. Interessante a assertiva feita pelo autor que a partir daí a história da família é uma história de perdas: “À medida que se torna mais complexa, a sociedade subtrai funções da família”[7]. No início, desempenhava diversas funções (religiosa, econômica, educacional, assistencial), destacando-se a função religiosa, ao redor da qual a família se organizava, ficando as demais funções relegadas a um plano secundário. Atualmente, para o referido

autor, as famílias mantêm suas funções *biológica e afetiva*, tendo a primeira começado a se perder, naquela lógica de subtração de funções, sob o argumento de que com a evolução da ciência, há outras formas de garantir-se a diversidade genética.

Quanto à função afetiva, COELHO aduz as seguintes considerações:

(...) esta a família tem conservado. Mais ainda: dispensada das funções econômica, religiosa e, em parte, da educacional e assistencial, a família tende a ser cada vez mais o espaço para aflorar a afetividade, contribuindo para que homens e mulheres cresçam psicologicamente sadios, com autoestima e identidade. (...) Nessa função, ela representa uma organização social insubstituível. Por enquanto.^[8]

Logo, COELHO reconhece à família a função/caráter essencial da afetividade e também seu caráter instrumental, como meio de realização e estruturação psíquica dos indivíduos.

VENOSA, por sua vez, enxerga na família uma instituição

(...) uma coletividade humana subordinada à autoridade e condutas sociais. Uma instituição deve ser compreendida como uma forma de regular, formal e definida de realizar uma atividade. Nesse sentido, família é uma união associativa de pessoas, sendo uma instituição da qual se vale a sociedade para regular a procriação e a educação dos filhos^[9].

E continua apresentando uma perspectiva sociológica para a categoria:

Sob perspectiva sociológica, família é uma instituição permanente integrada por pessoas cujos vínculos derivam da união de pessoas de sexos diversos^[10].

Para VENOSA, portanto, a família por ser uma instituição é formal e permanente e se constitui entre pessoas de sexos diferentes. A finalidade da família para ele seria regular a procriação e a educação dos filhos.

Essa posição diverge totalmente da adotada por DIAS, para qual a família “(...) é um agrupamento informal, de formação espontânea no meio social, cuja estruturação se dá através do direito”^[11].

A autora defende também que as famílias não devem ser adjetivadas (família *matrimonial*, *monoparental*, *convivencial*, *homoafetiva*, *etc*), pois família é família. DIAS prestigia este seu posicionamento, inclusive, no título de sua obra: “*Manual de Direito das Famílias*”, em lugar do termo “de Família”, que se coloca como se só uma espécie de família houvesse, sob o argumento de que o plural é inclusivo, e melhor realiza a dignidade da pessoa humana. Para a referida autora, a família deve realizar o verdadeiro *LAR*: Lugar de Afeto e Respeito. DIAS entende ser o **afeto** o fundamento das relações familiares contemporâneas.

PEREIRA nos traz a noção de família com *estrutura*. A família será, nessa concepção, uma estruturação psíquica

(...) onde cada um de seus membros ocupa um lugar. Lugar de pai, lugar de mãe, lugar de filho, sem entretanto estarem necessariamente ligados biologicamente. (...) família não é natural, mas cultural. (...) O elemento que funda a família é o elo psíquico estruturante, dando a cada membro um lugar definido, uma função^[12].

É isso que justifica a adoção, por exemplo. O Autor prossegue dizendo:

É nesta estrutura familiar, que existe antes e acima do Direito, que devemos buscar, para sermos profundos, o que realmente é uma família, para não incorrerem em moralismos e temporalidades que só fazem impedir o avanço da ciência jurídica. É sobre esta estrutura que o Direito vem, através dos tempos, regulando e legislando, sempre com o intuito de

ajudar a mantê-la para que o indivíduo possa, inclusive, existir como cidadão (sem a estruturação familiar, onde há um lugar definido para cada membro, o indivíduo seria psicótico) e trabalhar na constituição de si mesmo (estruturação do sujeito) e das relações interpessoais e sociais[13].

O elo estruturante psíquico de PEREIRA[14] é equivalente ao afeto mencionado por DIAS[15]. Ambos os autores atribuem a este elemento a base de sustentação da família; a sua justificação nos dias atuais. E ambos dizem ser a família um fato social (PEREIRA lhe atribui um caráter cultural, que pode ser tomado como sinônimo de caráter social no sentido que ambos negam o aspecto natural/biológico da família).

Na linha de DIAS e PEREIRA, considerando-se família como fato social fundado no afeto e que se estrutura no direito, de caráter instrumental, ou seja, como meio de realização dos indivíduos que a compõe, não é mais possível sustentar a posição de VENOSA que remonta a um direito civil patriarcal, com dogmas do século passado.

Como veremos adiante, esse é o entendimento da Corte Constitucional pátria - como não poderia deixar de ser.

3. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL COMO FAMÍLIA: NORMA INCLUSIVA GARANTIDORA DE DIREITO FUNDAMENTAL

O legislador constituinte de 1988 incluiu no texto da CRFB/88 matérias de direito civil que compreendeu ser social e juridicamente relevantes, no intuito de lhes garantir efetividade. Conforme ensina DIAS:

Esta é uma característica do chamado **Estado social**, que intervém em setores da vida privada como forma de proteger o cidadão (...). O direito civil constitucionalizou-se, afastando-se da concepção individualista, tradicional e conservadora-elitista da época das codificações do século passado. Agora, qualquer norma jurídica do direito das famílias exige a presença do fundamento de validade constitucional[16].

Pois bem, no Título VIII, denominado “Da Ordem Social”, o constituinte dedicou um Capítulo à família, à criança, ao adolescente e ao idoso (Capítulo VII) e eis a redação do seu primeiro artigo:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

A CRFB/88 reconhece, portanto, a família como *base da sociedade* e *lhe confere especial proteção do Estado*. Ora, a sociedade existe em razão de ter o homem percebido que o ambiente social é melhor para o seu desenvolvimento do que um ambiente selvagem. Já professa Maria Helena DINIZ: “O ser humano é gregário por natureza, não só pelo instinto sociável, mas também por força de sua inteligência, que lhe demonstra que é melhor viver em sociedade para atingir seus objetivos”^[17].

Ao reconhecer a família como a base da sociedade, a CRFB/88 reconhece que, afinal, é a família “o primeiro ambiente socializador do ser humano” ^[18]. É nela que o indivíduo se forma, torna-se sujeito “e se sujeita às normas morais. A partir de então, torna-se possível estabelecer relações jurídicas”^[19].

A família possui, a partir da CRFB/88, caráter instrumental “para a melhor realização dos interesses afetivos e existenciais de seus componentes”^[20] ou como prefere PEREIRA, para possibilitar que o indivíduo exista como cidadão, trabalhando na constituição de si mesmo e das relações interpessoais^[21]. Inclusive DINIZ que é, em geral, tão *conservadora* em seus posicionamentos, enxerga a família como “núcleo ideal do pleno desenvolvimento da pessoa” e, ainda, afirma que é ela “o instrumento para a realização integral do ser humano”^[22].

Em seguida, no §3º, do mesmo art. 226, da CFRB/88 está disciplinado:

Art. 226. (...)

(...)

§3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a

mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Com a CRFB/88, portanto, não é mais somente a família matrimonial que é protegida pelo Estado. A “nova” Constituição alargou o conceito de família, abrigoando além da família matrimonial, a família monoparental e a convivencial; é este o **pluralismo das relações familiares**, o qual rompeu “o aprisionamento da família nos moldes restritos do casamento, mudando profundamente o conceito de família”[23]. A supremacia da dignidade da pessoa humana, anunciada no art. 1º (da CRFB/88) como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, “está lastreada no princípio da **igualdade** e da **liberdade**, grandes artífices do Estado Democrático de Direito que foi implantado no país”[24], e deve ser tomada em consideração em qualquer interpretação do texto constitucional que se venha a fazer.

4. EXISTE HIERÁRQUIA ENTRE A FAMÍLIA CONSTITUÍDA PELO CASAMENTO E A CONSTRUÍDA PELA UNIÃO ESTÁVEL?

Para responder essa indagação, a doutrina se divide em duas principais correntes: a) uma que entende haver hierarquia entre as entidades familiares, tendo primazia a família constituída pelo casamento. Aliás, Paulo Luiz Netto LÔBO aponta que “Parcela ponderável da doutrina assim entendeu, não apenas por razões de tradição jurídica, mas em virtude das expressões contidas no § 3º do artigo 226 da Constituição quando tratou do reconhecimento da união estável”[25]; b) outra que diz que não há hierarquia entre os tipos de família anunciados no texto constitucional, “pois a Constituição assegura liberdade de escolha das relações existenciais e afetivas que previu, com idêntica dignidade”[26].

Ademais, os juristas controvertem, também, acerca da questão de a CRFB/88 admitir, ou não, outras espécies de famílias, que não aquelas enumeradas pelo texto constitucional. Essa questão, contudo, não será abordada neste trabalho.

Sobre o tema da hierarquia entre as entidades familiares, Paulo Luiz Netto LÔBO anuncia a constituição como verdadeiro “divisor de águas” no que toca ao direito de família.

No *caput* do art. 226, operou-se a mais radical transformação ao âmbito de vigência da tutela constitucional à família. Não há qualquer referência a determinado tipo de família, como ocorreu com as constituições brasileiras anteriores. Ao suprimir a locução 'constituída pelo casamento' (art. 175 da Constituição de 1967-69), sem substituí-la por qualquer outra, pôs sob a tutela constitucional 'a família', ou seja, qualquer família. A cláusula de exclusão desapareceu. (...) [27]

E continua:

O objeto da norma não é a família, como valor autônomo, em detrimento das pessoas humanas que a integram. Antes foi assim, pois a finalidade era reprimir ou inibir as famílias 'ilícitas', desse modo consideradas todas aquelas que não estivessem compreendidas no modelo único (casamento), em torno do qual o direito de família se organizou. (...) O *caput* do art. 226 é, conseqüentemente, **cláusula geral de inclusão**, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade [28].

No mesmo sentido, se posiciona Maria Berenice DIAS:

A constituição, ao garantir especial proteção da família, citou algumas entidades familiares, as mais freqüentes, mas não as desigualou. Limitou-se a elencá-las, não lhes dispensando tratamento diferenciado. O fato de mencionar primeiro o casamento, depois a união estável e, por último, a família monoparental não significa qualquer preferência nem revela escala de prioridade entre eles. (...) ocorreu a **equiparação** das entidades familiares, sendo todas merecedoras da mesma

proteção. A Constituição acabou por reconhecer juridicidade ao **afeto** ao elevar as uniões constituídas pelo vínculo da afetividade à categoria de entidade familiar[29].

Ainda compartilha deste entendimento COLEHO, dizendo que a lei deve tratamento igualitário às entidades familiares elencadas no texto constitucional, não havendo primazia da família matrimonial. A única diferença é que o *vínculo horizontal de família*, no matrimônio, é provado com maior facilidade[30].

Os autores que adotam entendimento diverso, ou seja, a primazia do casamento sobre as outras entidades familiares[31] se baseiam em parte do texto do art. 226, §3º da Constituição: “devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. Mas em se tratando de normas constitucionais, não se pode considerar um dispositivo isolado, muito menos uma expressão contida nele, uma vez que haveria ofensa aos princípios instrumentais da unidade e da harmonização constitucional. Nesse sentido: “Impõe-se a harmonização da regra com o conjunto de princípios e regras em que ela se insere”[32], e neste caso, considerando-se os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade, a interpretação constitucionalmente conforme seria a de que **há igualdade entre as entidades familiares enunciadas pelo texto constitucional**.

Corroborando esse entendimento, recente decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no julgamento dos Recursos Extraordinários (REs) 646721 e 878694[33] - ambos com repercussão geral reconhecida - equiparou as figuras do cônjuge e do companheiro para fins de sucessão, inclusive em uniões homoafetivas, declarando inconstitucional o artigo 1.790 do Código Civil que estabelecia diferenças entre a participação do companheiro e do cônjuge na sucessão dos bens.

O Supremo Tribunal Federal concluiu, acertadamente, que não existe elemento de discriminação que justifique o tratamento diferenciado entre cônjuge e companheiro estabelecido pelo Código Civil, estendendo esses efeitos independentemente de orientação sexual.

O Ministro Luís Roberto Barroso, relator do RE 878694, que também proferiu o primeiro voto divergente no RE 646721, relatado pelo ministro Marco Aurélio sustentou que o STF já equiparou as uniões

homoafetivas às uniões “convencionais”, o que implica utilizar os argumentos semelhantes em ambos, e prosseguiu afirmando que após a Constituição de 1988, foram editadas duas normas, a Lei 8.971/1994 e a Lei 9.278/1996, as quais equipararam os regimes jurídicos sucessórios do casamento e da união estável. E ressaltou que embora o Código Civil tenha entrado em vigor no ano de 2003, ele foi fruto de um debate realizado entre os anos 1970 e 1980, não contemplando várias questões sobre o direito de família que se impõe na sociedade atual.

Em seu voto, lecionou que *“Quando o Código Civil desequiparou o casamento e as uniões estáveis, promoveu um retrocesso e promoveu uma **hierarquização entre as famílias que a Constituição não admite**”*.

Dessa forma, para fim de repercussão geral, foi aprovada a seguinte tese: *“No sistema constitucional vigente é inconstitucional a diferenciação de regime sucessório entre cônjuges e companheiros devendo ser aplicado em ambos os casos o regime estabelecido no artigo 1829 do Código Civil.”*

5. CONCLUSÃO

O termo família é plurívoco e sofreu alterações sensíveis de significado ao longo da história, as quais continuarão a ocorrer com a evolução e avanço da sociedade. Contudo, em que pese a mutabilidade de seu conteúdo, podemos identificar um núcleo inatacável formado pela afetividade e pela dignidade da pessoa humana, esta última além de característica inerente de qualquer ser humano, norma principiológica fundamental e vinculante que condiciona todo ordenamento jurídico.

Dessa forma não é mais juridicamente possível conceituar família como uma Instituição, um fim em si mesmo, com objetivos de procriação e para manter a segurança jurídica ou a ordem social, uma vez que tal interpretação retira de seus membros a dignidade e os transforma em meros objetos.

E, justamente por isso, que também não é possível existir hierarquia entre qualquer formatação de família escolhida pelos seus membros, posto que se assim o fosse, estaríamos admitindo a existência de classes distintas de pessoas, com direitos e obrigações ímpares, ranço de um direito civil discriminatório e patriarcal do século passado que não mais se sustenta em pleno ano de 2017.

Consciente de seu papel jurídico-político, ao menos neste caso, o Supremo Tribunal Federal declarou em sede de controle difuso a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil vigente, o que reforça ainda mais a ausência de distinção entre famílias constituídas pelo casamento ou pela união estável, uma vez que o elemento constitutivo de ambos é o mesmo: o afeto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

1. COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2006, V. 5.
2. DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
3. DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
4. [1] DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
5. LÔBO, Paulo. [Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus](#). **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7, n 53., 1 jan. .2002. Disponível em: . Acesso em: 16 ago. 2017.
6. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. São Paulo: Editora Del Rey, 2004.
7. VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, V. 6.
8. Notícias do STF. Julgamento afasta diferença entre cônjuge e companheiro para fins sucessórios. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=342982>. Acesso em 16 de agosto de 2017.

NOTAS:

[1] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**, p. 3.

[2] DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, p.28.

[3] DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, p. 28.

[4] “Art. 1.412. (...)”

“§2º As necessidades da família do usuário compreendem as de seu cônjuge, dos filhos solteiros e das pessoas de seu serviço doméstico”.

[5] DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, V. 5, p. 10.

- [6] DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, p. 10.
- [7] COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 7.
- [8] COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: direito de família**, p. 7.
- [9] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008, V. 6, p. 8.
- [10] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**, p. 8.
- [11] DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, p. 27.
- [12] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**, p. 10.
- [13] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**, p. 10.
- [14] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**, p. 10.
- [15] DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, p. 27.
- [16] DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, p. 36.
- [17] DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 242.
- [18] DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, p. 29.
- [19] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**, p. 12.
- [20] DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, p. 40.
- [21] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**, p. 11.
- [22] DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, v. 5, p. 13.
- [23] DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 41.
- [24] DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 41.
- [25] LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2552/entidades-familiares-constitucionalizadas>. Acesso em 16 de agosto de 2017, às 08:30 horas.
- [26] LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2552/entidades-familiares-constitucionalizadas>. Acesso em 16 de agosto de 2017, às 08:30 horas.
- [27] LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2552/entidades-familiares-constitucionalizadas>. Acesso em 16 de agosto de 2017, às 08:30 horas.
- [28] LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus**. Disponível em:

<https://jus.com.br/artigos/2552/entidades-familiares-constitucionalizadas>.
Acesso em 16 de agosto de 2017, às 08:30 horas.

[29] DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 160.

[30] COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2006, V. 5, p. 120.

[31] Maria Helena Diniz, Paulo Nader, Sílvio de Salvo Venosa.

[32] LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2552/entidades-familiares-constitucionalizadas>. Acesso em 16 de agosto de 2017, às 08:30 horas.

[33] Notícias do STF. Julgamento afasta diferença entre cônjuge e companheiro para fins sucessórios. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=342982>. Acesso em 16 de agosto de 2017, às 08:30 horas.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

O ATUAL ESTÁGIO DO CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS
PÚBLICAS DE SAÚDE NO BRASIL: PROTEÇÃO OU DESPROTEÇÃO DA
SAÚDE?

Análise crítica e a busca por um consenso

LIVIA DOS SANTOS SENA

RIO DE JANEIRO

2014

LIVIA DOS SANTOS SENA

O ATUAL ESTÁGIO DO CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS
PÚBLICAS DE SAÚDE NO BRASIL: PROTEÇÃO OU DESPROTEÇÃO DA
SAÚDE?

Análise crítica e a busca por um consenso

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Fábio de Souza Silva

RIO DE JANEIRO

2014

S. Sena, Livia, 1990-

O atual estágio do controle judicial das políticas públicas de saúde no Brasil: proteção ou desproteção da saúde? Análise crítica e a busca por um consenso/S. Sena, Livia-2014.

83f; 31cm

Orientador: Fábio de Souza Silva.

Trabalho de conclusão de curso (graduação) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Curso de Direito, 2014.

1. Controle Judicial de Políticas Públicas. 2. Direito à Saúde. 3. Direito Constitucional. I. Silva, Fábio de Souza. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. III. Título.

CDD 341.3517

LIVIA DOS SANTOS SENA

O ATUAL ESTÁGIO DO CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS
PÚBLICAS DE SAÚDE NO BRASIL: PROTEÇÃO OU DESPROTEÇÃO DA
SAÚDE?

Análise crítica e a busca por um consenso

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ____ / ____ / ____

Banca Examinadora:

Fábio de Souza Silva – Presidente da Banca Examinadora
Professor Mestre da Universidade Federal do Rio de Janeiro – Orientador

Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha
Professor Doutor da Universidade Federal do Rio de Janeiro

Eduardo Ribeiro Moreira
Professor Doutor da Universidade Federal do Rio de Janeiro

Ao Enzo, luz da minha vida.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, prof. Fábio Souza, agradeço pela atenção sempre dispensada e, principalmente, pelos rumos apontados, que acrescentaram considerável valor ao trabalho. Sem o incentivo à lapidação das ideias originais, o resultado teria sido muito menos produtivo.

Aos meus pais, Sergio e Rita, agradeço pelo amor e pelo apoio incondicionais em todas as fases e momentos da vida. A vocês eu devo tudo.

Ao meu sobrinho Enzo, pela felicidade que é ver cada sorriso seu. Sua presença é, sempre foi e sempre será fundamental na minha vida.

Ao Vinicius, um agradecimento mais que especial, pelo companheirismo, pelo amor, pela inspiração e pela confiança sem fim. Desde as primeiras palavras, você está em cada entrelinha.

Aos amigos que a Faculdade Nacional de Direito me deu a alegria de conhecer, em especial Clarissa Maria, Clarissa Prallon e Larissa, por tudo o que vivemos ao longo desses cinco anos. Esse foi só o começo.

À amiga de infância Manoela, pelas confidências e experiências compartilhadas por toda a vida, que tempo algum jamais será capaz de apagar.

Aos demais familiares e amigos, pela compreensão e incentivo durante os primeiros passos dessa longa caminhada.

Por fim, a todos os que fizeram da minha estadia na FND uma época repleta de momentos inesquecíveis.

“A antiga moral, notadamente a de Kant, exige do indivíduo ações que se deseja serem de todos os homens. O que é algo belo e ingênuo; como se cada qual soubesse, sem dificuldades, que procedimento beneficiaria toda a humanidade, e portanto que ações seriam desejáveis.”

Friedrich Nietzsche

RESUMO

SENA, L. S. *O atual estágio do controle judicial das políticas públicas de saúde no Brasil: proteção ou desproteção da saúde? Análise crítica e a busca por um consenso*. 2014. 83f. Monografia (Graduação em Direito) – UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO, Rio de Janeiro, 2014.

Em linhas gerais, o presente estudo visa abordar os aspectos limitativos da judicialização da saúde no Brasil, motivado pelas consequências práticas que esse fenômeno tem causado quando considerado no contexto global das políticas públicas. Estabelecidas algumas premissas teóricas acerca do direito à saúde – desde o reconhecimento da fundamentalidade dos direitos sociais, passando pela efetividade do direito à saúde, até chegar aos conceitos interdependentes de mínimo existencial e reserva do possível – a análise adentrará os obstáculos ao controle judicial das políticas públicas sanitárias, consideradas as questões técnicas e institucionais que tangenciam a atuação judicial. Nesse contexto se insere a discussão acerca da sindicabilidade dos atos administrativos sanitários revestidos de discricionariedade técnica, por desempenharem atividade altamente especializada. Em seguida, a abordagem se concentrará na teoria da capacidade institucional, segundo a qual falece ao Poder Judiciário o conhecimento específico necessário à resolução de conflitos políticos, o que o faz desconsiderar o caráter plurilateral das decisões referentes ao direito à saúde, tendo em vista sua função primordial de resolver conflitos individuais. O Poder Judiciário carece de maior aporte técnico e de informações que permitam decisões que considerem todo o contexto fático atingido pela política estabelecida pelo administrador. Assim, o estudo se enveredará pela discussão acerca dos efeitos sistêmicos que a enxurrada de decisões judiciais no âmbito do direito à saúde tem provocado e concluirá pela busca de um caminho consensual entre as instituições.

Palavras-chave: Controle Judicial de Políticas Públicas. Direito à Saúde. Discricionariedade Técnica. Teoria da Capacidade Institucional. Diálogos Institucionais.

ABSTRACT

SENA, L. S. *The current stage of judicial review of public health policies in Brazil: protection or unprotection of health? Critical analysis and the search for a consensus.* 2014. 83f. Monografia (Graduação em Direito) – UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO, Rio de Janeiro, 2014.

Generally speaking, the present study aims to address the restrictive aspects of the judicialization of health in Brazil, motivated by the practical consequences that this phenomenon has caused when considered in the overall context of public policies. A few theoretical assumptions being established about the right to health – from the recognition of social rights fundamentality, passing by the effectiveness of the right to health, until reaching the inter-dependent concepts of minimum existential and reserve for contingencies – the analysis will go into the obstacles to judicial review of public health policies, considered the technical and institutional issues that affect judicial performance. In this context emerges the discussion about the judicial appreciation of health administrative acts covered by technical discretion, for performing highly specialized activity. Then, the approach will focus on the institutional capacity theory, according to which the Judiciary lacks the specific knowledge that is necessary for the resolution of political conflicts, what makes it disregard the plurilateral nature of decisions regarding the right to health, due to its primordial function to solve individual conflicts. The Judiciary lacks greater technical contribution and information allowing decisions that consider the entire factual context affected by the policy established by the administrator. Thus, the study will be placed by the discussion about the systemic effects that the flurry of Court decisions in the context of the right to health has caused and will conclude by the search for a consensual path between the institutions.

Key words : Judicial Review of Public Policies. Right to Health. Technical Discretion. Institutional Capacity Theory. Institutional Dialogues.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 O DIREITO À SAÚDE NA ORDEM CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA. ..	15
2.1 Atual panorama constitucional: o neoconstitucionalismo e sua influência na promoção e no controle das políticas públicas de direitos sociais.	15
2.2 Direitos sociais como direitos fundamentais: algumas considerações.	18
2.2.1 <u>A questão da dupla fundamentalidade</u>	18
2.2.2 <u>Direitos sociais como “direitos a algo”</u>	20
2.3 A efetividade dos direitos sociais ante os argumentos do mínimo existencial e da reserva do possível: o caso particular do direito de acesso à saúde.	22
2.3.1 <u>A efetividade do direito a prestações de saúde</u>	23
2.3.2 <u>O mínimo existencial na esfera do direito à saúde</u>	26
2.3.3 <u>A cláusula da reserva do possível</u>	28
2.4 O disciplinamento do direito à saúde no Brasil e o fenômeno da elitização do controle judicial das políticas públicas sanitárias	31
3 OBSTÁCULOS À JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: O PROBLEMA DA ATECNIA DAS DECISÕES JUDICIAIS E A QUESTÃO INSTITUCIONAL.	34
3.1 A sindicabilidade dos atos administrativos discricionários no âmbito das políticas públicas sanitárias	34
3.1.1 <u>O conceito de discricionariedade e sua relação com os conceitos jurídicos indeterminados</u>	35
3.1.2 <u>Distinções entre discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa</u>	37
3.1.3 <u>A discricionariedade técnica como limite à atuação judicial?</u>	40
3.2 A teoria da capacidade institucional do Poder Judiciário.	44
3.2.1 <u>A origem da crítica institucional</u>	45
3.2.2 <u>A teoria de Cass Sunstein e Adrian Vermeule</u>	47
3.2.3 <u>Efeitos sistêmicos das decisões judiciais no âmbito do direito à saúde</u>	50
3.2.4 <u>O papel do Poder Judiciário na solução dos conflitos distributivos</u>	52
4 TUTELA JUDICIAL DO DIREITO A PRESTAÇÕES DE SAÚDE: DELIMITANDO AS FRONTEIRAS PARA UM CONTROLE SAUDÁVEL.	55
4.1 O impacto das demandas individuais na organização das políticas públicas de saúde	55

4.1.1 <u>O impacto em termos orçamentários</u>	56
4.1.2 <u>O impacto em termos de equidade</u>	58
4.2 O acesso às prestações de saúde através das tutelas coletivas.	59
4.3 Diálogos institucionais: uma alternativa coerente.	63
4.3.1 <u>A busca pelo diálogo institucional.</u>	64
4.3.2 <u>Experiências intersetoriais no direito brasileiro.</u>	67
5 CONCLUSÃO	70
REFERÊNCIAS	73

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, vive-se no Brasil uma era de expansão do Poder Judiciário. De mera boca que pronuncia as palavras da lei, as Cortes passaram a ter um papel criativo na interpretação do Direito, ocupando parte do espaço anteriormente destinado aos protagonistas do processo político majoritário – o Legislativo e o Executivo. Um dos principais fatores que contribuíram para a ascensão institucional do Poder Judiciário foi a constitucionalização do Direito.

Tradicionalmente, a expansão judicial é vinculada à constatação de que instituições ditas democráticas também podem violar direitos fundamentais, a exemplo dos regimes fascistas.¹ A traumática experiência levou à positivação dos direitos fundamentais no texto constitucional e à atribuição da função de fiscalizar o respeito a esses direitos a órgãos judiciais, notadamente em virtude do seu insulamento político.

Neste cenário, a democracia da maioria foi substituída por uma democracia constitucional. Após anos de relegação das Constituições a um papel secundário, em uma verdadeira cultura de insinceridade normativa,² a Lei Fundamental assumiu finalmente seu papel centralizador da ordem jurídica e política, do qual irradiam preceitos de natureza impositiva que consubstanciam valores e fins constitucionais, cuja realização foi atribuída primordialmente às políticas públicas.

Segundo Ana Paula de Barcellos, as políticas públicas compreendem um conjunto de atividades, titularizadas pela Administração Pública, que envolve os mais variados tipos de ações e programas, com o objetivo de “efetivar os comandos gerais contidos na ordem jurídica”.³ Assim, quando esses comandos constitucionais envolvem a promoção de direitos fundamentais, torna-se imprescindível a existência de alguma forma de controle.

Sob o manto da Constituição de 1988, os dois elementos conjugados – a ascensão institucional do Judiciário e a constitucionalização do Direito – foram os principais responsáveis pela atribuição deste controle ao Poder Judiciário. Assim, desenvolveu-se uma

¹ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1ª edição, 2ª tiragem, 2012, p. 4.

² BARROSO, Luís Roberto. **Vinte Anos da Constituição de 1988**: o Estado a que chegamos. Rio de Janeiro, 2008, p. 49.

³ BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, nº 15, janeiro/fevereiro/março, 2007, p.11.

expressiva judicialização da política no Brasil, a qual resultou na submissão de inúmeras questões políticas ao Judiciário.⁴ Em matéria de saúde, a judicialização foi levada ao extremo, e por este motivo foi eleita como o objeto principal deste trabalho.

Desta forma, o primeiro capítulo será dedicado à influência do neoconstitucionalismo no controle judicial das políticas públicas, ao lado de algumas considerações a respeito do direito à saúde como direito fundamental, discorrendo sobre sua efetividade e fazendo um contraponto entre a teoria da reserva do possível e a garantia do mínimo existencial. O capítulo concluirá com a análise de quem são os verdadeiros beneficiários da judicialização da saúde no Brasil.

O segundo capítulo enfrentará a discussão em torno dos limites técnicos e institucionais ao controle exercido pelo Poder Judiciário no que toca às políticas públicas de saúde, contestando a real efetividade deste controle. Há uma avalanche de decisões, sobretudo acerca do fornecimento de medicamentos, em que o Poder Judiciário adentra os critérios técnicos das políticas adotadas pelos administradores, desconsiderando os efeitos dessas decisões no contexto global das políticas públicas.

Adentrando esta discussão, questiona-se a sindicabilidade dos atos administrativos sanitários editados com fundamento em critérios técnicos. Se a decisão é tomada com base em critérios extrajurídicos, não seria correto ceder espaço a um controle exercido por um órgão única e exclusivamente jurídico, pois por mais que se argumente a existência de auxiliares técnicos e peritos, a decisão ao fim e ao cabo será tomada pelo magistrado.

Nesta esteira, a teoria da capacidade institucional do Poder Judiciário adverte que essa interferência dos magistrados nos critérios políticos e especializados definidos pelos administradores é potencialmente falível e gera efeitos sistêmicos, uma vez que eles não detêm as informações necessárias à tomada dessas decisões. A crítica institucional aponta para o fato de que não se espera que o juiz seja um “juiz-Hércules”⁵, e sim que ele exerça sua função consciente de suas limitações.

Em seguida, a terceira parte do estudo abordará as implicações que o atual estágio do controle judicial das políticas públicas sanitárias tem trazido à própria organização da

⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 407.

⁵ O “juiz-Hércules” é uma figura metafórica utilizada por Dworkin para definir o juiz ideal, capaz de encontrar a resposta certa para os casos difíceis. DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**, *apud* FERREIRA, Siddharta Legale. COSTA, Aline Matias da. Núcleo de Assessoria Técnica e Judicialização da Saúde: constitucionais ou inconstitucionais? Revista da Sessão Judiciária do Rio de Janeiro, v. 20, nº 36, p. 219.

Administração Pública, bem como o impacto dessa intervenção em relação aos beneficiários do sistema público de saúde. A intensa atuação dos magistrados nas causas que envolvem o direito à saúde revela a necessidade de se desenvolver essa discussão.

Por fim, serão analisadas duas propostas doutrinárias para a evolução do tema, com destaque para a teoria dos diálogos institucionais. A grande virtude da teoria dialógica é reconhecer as vicissitudes de cada ator institucional, confiando que a interação entre os poderes e a sociedade civil é a chave para a construção de um processo deliberativo mais realista e conducente às melhores decisões.

Parece, portanto, que a judicialização da saúde levada a efeito no Brasil atropela diversos elementos essenciais. Muitos dos aspectos que serão abordados ao longo do trabalho são absolutamente ignorados pelos magistrados ao proferir suas decisões, em atitude que ameaça invadir o terreno da irresponsabilidade. Chega-se então a um impasse, que constitui a razão primordial deste estudo: não configuraria então, essa judicialização excessiva, uma desproteção da saúde?

2 O DIREITO À SAÚDE NA ORDEM CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEA.

2.1 Atual panorama constitucional: o neoconstitucionalismo e sua influência na promoção e no controle das políticas públicas de direitos sociais.

A expressão “neoconstitucionalismo” foi difundida no direito brasileiro a partir da obra de Miguel Carbonell, intitulada *Neoconstitucionalismo(s)*. Desde então, a denominação tem sido utilizada para designar o conjunto de fenômenos que alçou a Constituição ao centro do universo jurídico. Embora encontre referências nos pensamentos dos mais variados juristas⁶, o que revela o caráter heterogêneo do conceito – como sugere o próprio título da obra de Carbonell –, o constitucionalismo contemporâneo reúne alguns elementos comuns a todos eles.

É possível sintetizar os principais aspectos do neoconstitucionalismo em duas classes principais, de acordo com a classificação de Ana Paula de Barcellos⁷. Quanto ao aspecto metodológico-formal, há três premissas teóricas: a força normativa da Constituição, a superioridade da Constituição e a centralidade da Carta nos sistemas jurídicos. O neoconstitucionalismo busca instrumentos aptos a concretizar tais pressupostos formais, realizando a vontade do constituinte originário.

O grande mérito do neoconstitucionalismo é, sem dúvidas, o estímulo a que todos os envolvidos no processo político envidem esforços no sentido de transmutar esses ideais de normatividade, superioridade e centralidade da Constituição em realidade, plenamente aplicável ao contexto fático subjacente à norma. Nesse contexto, surge a discussão acerca do controle das omissões inconstitucionais, o que inclui a omissão relativa a políticas de promoção dos direitos sociais.

A partir da consolidação do paradigma do constitucionalismo contemporâneo, o caráter meramente programático de algumas disposições constitucionais, especialmente daquelas que materializam direitos sociais, deixou de justificar o esquivo ao seu cumprimento, passando a demandar verdadeiras políticas públicas de implementação dos objetivos nelas consubstanciados. A positivação de direitos a prestações de cunho social em

⁶Citando apenas alguns exemplos: Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Peter Häberle.

⁷BARCELLOS, Ana Paula de. op. cit., p.2.

uma Constituição dotada de normatividade exige o comprometimento dos três Poderes à sua efetiva concretização.

É precisamente neste âmbito que se insere a segunda classe de características do neoconstitucionalismo apontada por Barcellos, relativa aos aspectos materiais. Sob esse prisma, há dois elementos de destaque: a incorporação de valores e opções políticas no corpo constitucional, notadamente no que tange aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana, e a expansão de conflitos entre as próprias normas que integram o sistema constitucional.

Por óbvio, o atual momento constitucional está umbilicalmente associado à história do constitucionalismo. De documento essencialmente político, conveniente aos governos ditatoriais legicêntricos que permearam grande parte do século XX, a Constituição passa a concentrar elevada carga axiológica, aproximando-se da concepção que vigorava nos Estados Unidos desde os primórdios do constitucionalismo.⁸

Após a Segunda Guerra Mundial, houve, nas palavras de Luís Roberto Barroso, um “avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária”.⁹ No pós-guerra, a maior parte dos países ocidentais sentiu a necessidade de se evitar que o Estado fosse cúmplice de barbáries, e a solução encontrada foi justamente a constitucionalização de valores e princípios associados aos direitos fundamentais¹⁰. No Brasil, esse movimento de constitucionalização do direito se consolidou com a promulgação da Constituição de 1988, em virtude de nossa redemocratização relativamente tardia.

A ampliação do texto constitucional pelo Poder Constituinte de 1988, que passou a abranger um número muito maior de normas abertas, deu azo a diversos embates entre princípios e valores dotados de *status* constitucional, dentre os quais se destacam aqueles relacionados aos direitos fundamentais. Em razão da impossibilidade de hierarquização *a priori* dos direitos envolvidos nesses conflitos, este movimento de expansão demanda necessariamente a atuação de um órgão, independente e imparcial, para a solução desses conflitos – no nosso sistema jurídico-político, o Poder Judiciário.

Neste sentido, o ativismo judicial acaba por se revelar como uma consequência lógica da supremacia constitucional. No Brasil, a “doutrina brasileira da efetividade”¹¹ –

⁸SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, vol. 3, n. 9, jan. 2009, p. 5.

⁹BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista Consultor Jurídico, dezembro/2008, p. 1.

¹⁰BARCELLOS, Ana Paula de. op. cit., p.4.

¹¹BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização...**, p. 1.

termo cunhado por Cláudio Pereira de Souza Neto – desenvolveu-se no sentido de dar a máxima efetividade possível às normas constitucionais. Portanto, quando as políticas adotadas pelo Poder Público se mostram insuficientes, deficientes, ou até mesmo inexistentes, é possível se falar em inconstitucionalidade, perfeitamente apreciável pelo Poder Judiciário.

Não é tarefa pouco árdua a que assume o Poder Judiciário nessa reviravolta em seu papel constitucional. A atuação judicial cresceu em relevância à medida que os valores e opções políticas, antes considerados fatores externos ao direito, foram absorvidos pelo texto constitucional.¹² Deve-se, contudo, evitar um avanço excessivo do Judiciário no espaço da política, apesar de se reconhecer que seu controle judicial é por vezes indispensável.

Desta forma, as políticas públicas que consubstanciam prestações materiais são constantemente questionadas judicialmente. Em relação à legitimidade do controle judicial das políticas públicas, os limites espaciais desta monografia impedem maiores reflexões a respeito. As imposições constitucionais são dirigidas aos três Poderes constituídos e, aplicando o sistema de freios e contrapesos adotados pela nossa Carta Magna, firma-se aqui o pressuposto de legitimidade do controle de uns pelos outros.

Os direitos sociais, de forma geral, foram universalizados e incluídos no rol de direitos fundamentais com o advento da Constituição de 1988. Tendo em vista sua afinação com o ideal de justiça social e igualdade material que emergiu do novo ideário constitucionalista, surge a reflexão a respeito de sua proteção e do real papel que o Poder Judiciário deve desempenhar nessa conjuntura.

Diante disso, a doutrina tem se digladiado em torno da própria fundamentalidade desses direitos e dos seus limites e garantias. O reconhecimento dos direitos sociais como direitos fundamentais provoca diversas implicações. Porém, em que pese posições em contrário, os direitos sociais, em nosso contexto jurídico-político, não admitem preterição em relação aos direitos individuais e políticos. As controvérsias que envolvem o tema serão a seguir exploradas.

¹² Neste sentido, MENDES e BRANCO: “Como cabe à jurisdição constitucional a última palavra na interpretação da Constituição, que se apresenta agora repleta de valores impositivos para todos os órgãos estatais, não surpreende que o juiz constitucional assumira parcela de mais considerável poder sobre as deliberações políticas de órgãos de cunho representativo.” MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª edição, revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 50.

2.2 Direitos sociais como direitos fundamentais: algumas considerações.

Por mais que, à primeira vista, se afigure inarredável o reconhecimento da fundamentalidade dos direitos sociais na nossa ordem constitucional, dada a sua posituação expressa na nossa Carta Magna, a tese de que os direitos sociais são de fato direitos fundamentais é amplamente controvertida na doutrina.

Inicialmente, deve-se alertar que diversas designações são utilizadas pelos mais variados juristas e ordenamentos jurídicos, tais como “direitos humanos”, “liberdades fundamentais”, “direitos subjetivos públicos”. Não há consenso terminológico na doutrina quanto ao significado e conteúdo do que aqui se optou denominar direitos fundamentais, na linha do que sugere Ingo Wolfgang Sarlet¹³. A própria Constituição de 1988 utilizou termos diversos, o que contribui para a discussão que ora se coloca.

Neste sentido, para melhor elucidar a controvérsia, cumpre distinguir os direitos fundamentais dos direitos humanos. Direitos fundamentais consistem nos direitos consagrados no âmbito do direito interno de cada Estado, no plano constitucional, ao passo que direitos humanos são aqueles consagrados no plano internacional.

A partir dessa contraposição de conceitos, e de uma análise puramente formal-positivista da Constituição, poder-se-ia extrair que são fundamentais aqueles direitos previstos no texto constitucional. Realmente, sob este prisma, parece uma obviedade afirmar que os direitos sociais são direitos fundamentais. Contudo, a discussão que se segue apresenta elementos de tal sorte complexos que tal simplificação seria até mesmo irresponsável.

2.2.1 A questão da dupla fundamentalidade.

O primeiro aspecto a se considerar é o que se convencionou chamar de dupla fundamentalidade, formal e material, de que são dotados os direitos fundamentais. A despeito de, conforme já exposto, não se poder limitar a discussão a uma análise meramente topológica

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª edição. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009, p. 26.

da Constituição, também é certo que não se pode desvincular esta análise do que determinou a nossa Carta.

Assim, do ponto de vista formal, não há dúvidas de que os direitos fundamentais contemplam em seu bojo os direitos sociais. O Título II da Constituição prevê os direitos e garantias fundamentais, e nele se encontram abrigados os direitos sociais. O constituinte originário deixou clara a intenção de incluir os direitos sociais na especial proteção designada a todos os direitos fundamentais.

Apesar da controvérsia a respeito da literalidade do artigo 60, §4º, IV, a posição defendida neste trabalho é no sentido de que o legislador disse menos do que devia. Portanto, através de uma interpretação histórica, sistemática e necessariamente universalista dos artigos 60, §4º, IV e 5º, §1º da Constituição da República, tem-se que todos direitos fundamentais abarcados pelo Título II são protegidos contra o poder de reforma, bem como são dotados de máxima eficácia e aplicabilidade imediata.

Já no que diz respeito à fundamentalidade material dos direitos sociais, há forte dissenso na doutrina. De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, a fundamentalidade material se funda na circunstância de ter o constituinte designado a determinados bens jurídicos relevância e essencialidade suficientes a ponto de lhe conceder maior proteção jurídica em relação às demais normas constitucionais.¹⁴

Alguns autores defendem a fundamentalidade de todos os direitos sociais previstos na Constituição, independentemente de sua relação com o princípio da dignidade da pessoa humana. Outros são defensores ferrenhos da tese diametralmente oposta. Na visão de Luís Roberto Barroso, a dignidade da pessoa humana representa o núcleo essencial de cada direito materialmente fundamental.¹⁵ Compartilhando este entendimento, José Afonso da Silva afirma que direitos fundamentais são:

“aquelas prerrogativas e instituições que o [ordenamento jurídico] concretiza em garantia de uma vida digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive”.¹⁶

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações**. Revista de Doutrina, TRF4, nº 24, julho/2008, p. 176.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso...**, p. 273.

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *op. cit.*, p. 176.

Sustentando a tese oposta, Canotilho critica a tentativa de restringir os direitos fundamentais ao princípio da dignidade da pessoa humana. O jurista afirma que a consequência da exclusão dos direitos não diretamente relacionados à dignidade da pessoa humana levaria a uma teoria de direitos fundamentais desconexa com a Constituição, uma vez que esta também consagra direitos fundamentais de pessoas coletivas. Portanto, esta concepção não seria suficiente em nosso contexto constitucional.¹⁷

Não é a tese que se adota neste trabalho. Concorde-se aqui com o exposto por Ingo Sarlet, segundo o qual o princípio da dignidade da pessoa humana consistiria no “fundamento de todo o sistema dos direitos fundamentais, no sentido de que estes constituem exigências, concretizações e desdobramentos da dignidade da pessoa humana e que com base nesta devem ser interpretados”.¹⁸

Assim, parte-se de uma exegese inclusiva, que reconhece a vontade do constituinte de contemplar os direitos sociais na categoria de direitos fundamentais, uma vez que, em maior ou menor grau, todos guardam alguma relação com a dignidade da pessoa humana. Conforme bem sintetizado por Andreas J. Krell, “a interpretação dos direitos sociais não é uma questão [vale dizer, *apenas*] de lógica jurídica, mas de consciência social de um sistema jurídico como um todo”.¹⁹

Em uma sociedade fortemente marcada pela desigualdade social e econômica, os direitos sociais têm importante papel na busca pela igualdade material e, conseqüentemente, na concretização de uma vida digna. Em razão dessa relevância, devem ocupar lugar de destaque na Constituição, com especial proteção, qualificando-se indubitavelmente como direitos fundamentais.

2.2.2 Direitos sociais como “direitos a algo”.

Na clássica dicotomia entre direitos individuais e direitos sociais, coube aos primeiros a definição de que são direitos que implicam em deveres negativos, enquanto aos segundos foi reservado o pressuposto de que exigem do Estado prestações positivas,

¹⁷Idem.

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 109.

¹⁹ KRELL, Andreas J. **Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa)**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 36, nº 144, p. 239-260, outubro/dezembro, 1999, p. 246.

referentes a uma obrigação de fazer, que devem seguir a diretriz de ampliar a fruição da liberdade por uma parcela cada vez maior da população. No entanto, apesar de adequada à finalidade dos direitos sociais, esta concepção não pode ser encarada de forma peremptória.

Consoante lição de Robert Alexy, os direitos sociais são direitos a prestações em sentido estrito, que dizem respeito a “direitos a algo (prestações fáticas) decorrentes da atuação do Estado como Estado Social”.²⁰ Essa atuação do Estado Social pode significar tanto ações positivas quanto ações negativas, e ambas estão inseridas na esfera dos direitos a algo.²¹

Neste sentido, a Constituição de 1988 previu expressamente em seu rol de direitos sociais tanto direitos de defesa (que pressupõem, em regra, ações negativas, como o direito de greve) quanto direitos a prestações (que pressupõem, em regra, ações positivas, como o direito à moradia e à saúde).

Portanto, não se pode vincular necessariamente os direitos sociais a prestações positivas, pois, na ótica do constituinte, também são sociais os direitos que garantem a liberdade e proteção de bens jurídicos especialmente vulneráveis ao poder social, estatal e econômico, como os direitos dos trabalhadores.²²

Nesse contexto, é importante destacar que os direitos de defesa, apesar de primordialmente demandarem uma atuação negativa, e os direitos a prestações, embora naturalmente demandem uma atuação positiva, podem gerar situações em que será necessário inverter essas posições. Assim, muitas vezes um mesmo direito apresentará dimensões positivas e negativas, prescrevendo tanto ações quanto omissões estatais.²³

Exatamente por este motivo, não se pode apor a questão da alocação de recursos, inerente às prestações positivas, como obstáculo à tutela judicial dos direitos sociais. Se não configura um impeditivo aos direitos de defesa, que por vezes apresentam nuances positivas, não pode também configurar impeditivo aos direitos prestacionais.

²⁰ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, apud SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. op. cit., p. 175.

²¹SILVA, Fábio de Souza. *O Dilema de Asclépio*: análise crítica do controle judicial das políticas públicas de saúde. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense para a obtenção do título de Mestre em Sociologia e Direito. Rio de Janeiro, 2009, p. 28.

²²SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. op. cit., p. 176.

²³“*Los derechos económicos, sociales y culturales se caracterizan justamente por involucrar un espectro amplio de obligaciones estatales. Consecuentemente, es falso que las posibilidades de justiciabilidad de estos derechos sean escasas: cada tipo de obligación ofrece un abanico de acciones posibles, que van desde la denuncia de incumplimiento de obligaciones negativas, pasando por diversas formas de control del cumplimiento de obligaciones negativas, hasta llegar a la exigencia de cumplimiento de obligaciones positivas incumplidas*”. Cf. ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales*, p. 10.

O argumento de que direitos negativos não geram custos é equivocado. Não há como se distinguir os direitos individuais e os direitos sociais com base nas obrigações de fazer e não fazer. De acordo com Abramovich e Courtis, se ainda há razões para distinguir estas duas espécies de direitos, certamente essas razões não tem relação com a efetivação dos direitos sociais na via judicial.²⁴

Ressalte-se que não se está aqui a negar o traço indiscutivelmente prestacional dos direitos sociais, com a consequente demanda por vultosos recursos orçamentários. O que aqui se propõe é que não há sentido em se negar a justiciabilidade desses direitos em razão de sua natureza economicamente relevante, uma vez que todos os direitos fundamentais, em maior ou menor intensidade, envolvem a necessidade de gastos públicos.

Assim, em razão da imprescindibilidade de atuação positiva do Poder Público, tanto em relação aos direitos a prestações como em relação aos direitos de defesa, coloca-se a questão da disponibilidade financeira do Estado para garantir a efetividade dos direitos sociais, notadamente do direito a saúde. O tema, a seguir explorado, ocupa grande parte do debate e, se não pode ser subestimado, tampouco deve ser superestimado.

2.3 A efetividade dos direitos sociais ante os argumentos do mínimo existencial e da reserva do possível: o caso particular do direito de acesso à saúde.

Antes de adentrar o debate a que se propõe este segmento do trabalho, há de se fazer uma importante ressalva: o direito constitucionalmente assegurado consiste em um direito a prestações de saúde, e não à saúde propriamente dita.

A relevância da distinção reside na circunstância de que o direito de acesso à saúde abre espaço para o reconhecimento de que, em determinadas situações, o Poder Judiciário deve se abster de conceder o pedido formulado, em função de a prestação material pleiteada estar além dos padrões de saúde que podem ser exigidos do Estado por qualquer indivíduo, na qualidade de cidadão.²⁵

²⁴ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**, *apud* SILVA, Virgílio Afonso da. O Poder Judiciário e as Políticas Públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais, in: SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza (org.). Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 591.

²⁵ “O que a Constituição assegura é que todos tenham, em princípio, as mesmas condições de acessar o sistema público de saúde, mas não que qualquer pessoa, em qualquer circunstância, tenha um direito subjetivo definitivo

O dever do Estado de proteção e promoção da saúde não pode ser encarado como uma imposição pela busca desmesurada por qualquer meio possivelmente apto a salvaguardar a vida de cada pessoa individualmente considerada, como algumas decisões judiciais parecem asseverar. Deve-se sempre ter em mente que se está lidando com “escolhas trágicas”.²⁶

Com efeito, direito à saúde significa o direito a um conjunto de prestações que possibilitem o acesso a patamares minimamente essenciais de saúde, informados pela dignidade da pessoa humana. O direito à saúde propriamente dita não pode ser garantido pelo Estado, pois depende de uma série de fatores externos às políticas públicas que dele razoavelmente se espera.

2.3.1 A efetividade do direito a prestações de saúde.

Segundo Andreas J. Krell, a efetividade significa “o desempenho concreto da função social do Direito, representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social”.²⁷ Corresponde, portanto, à eficácia social do direito.

Com a atribuição de normatividade à Constituição, a programaticidade de algumas de suas disposições não é mais um impeditivo à imediata exigibilidade dos direitos que prescreve, de acordo com o que dispõe o artigo 5º, §1º da CRFB/88. Em decorrência disso, muitos cidadãos recorrem ao Poder Judiciário a fim de efetivar seus direitos constitucionalmente previstos, independentemente de previsão legislativa específica.

Diante disso, é importante ressaltar que grande parte dos enunciados normativos que tangenciam o direito à saúde é formada por princípios dotados de razoável grau de indeterminação, e, como consequência, admitem múltiplas formas de realizar as finalidades que pretendem atingir.²⁸ Portanto, o constituinte delegou ao legislador uma ampla liberdade de conformação.

a qualquer prestação oferecida pelo Estado ou mesmo a qualquer prestação que envolva a proteção de sua saúde”. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 346.

²⁶ Expressão utilizada por Guido Calabresi e Phillip Bobbit para designar as difíceis opções alocativas de recursos que devem ser feitas quando estes são escassos. O termo deu título à obra *Tragic Choices*.

²⁷ KRELL, Andreas J. op. cit., p. 243.

²⁸ “A Constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado (“livre espaço de conformação”). Essa função legislativa seria degradada se entendida como mera função executiva da Constituição. Num sistema pluralista, as normas

Contudo, conforme adverte Ana Paula de Barcellos, incumbir ao direito ordinário a tarefa de delimitar o sentido das disposições constitucionais em toda a sua extensão equivaleria a uma subversão da relação hierárquica existente entre a Constituição e o ordenamento infraconstitucional.²⁹ Assim, embora não seja possível definir precisamente a finalidade pretendida pelo enunciado, há um conteúdo mínimo em torno do qual há consenso de que não pode ser desrespeitado.

Desta forma, a efetividade das normas constitucionais não depende necessariamente de atuação do legislador ordinário. Em se tratando do direito à saúde, a lógica não é diferente. Embora as leis e as políticas públicas cumpram um papel importante na intermediação entre a Constituição e a realidade social, a própria fundamentalidade do direito impede que sua eficácia social seja submetida à mera disponibilidade do Poder Público.

Nesse sentido – embora sob ângulo diverso – e com o intuito de fortalecer a proteção aos direitos sociais, foi desenvolvido o princípio da vedação ao retrocesso social, que visa evitar a redução do grau de concretização que a própria legislação já havia conferido ao enunciado normativo, viabilizando o alcance, em maior escala, da eficácia e efetividade dos direitos fundamentais nele previstos.³⁰

No caso específico do fornecimento de medicamentos, por exemplo, foi editada a Lei Federal 9.313/96, que dispõe acerca da distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do vírus HIV e doentes de AIDS. A revogação dessa lei configuraria verdadeiro retrocesso em relação às conquistas obtidas no âmbito do direito a prestações de saúde, incorrendo em inconstitucionalidade, impugnável na via judicial.³¹

Todavia, o problema maior da reduzida eficácia social dos direitos sociais não é a ausência de leis ordinárias ou a tentativa de supressão dessas leis, e sim a falha na implementação das políticas públicas que elas estabelecem. É aqui que a judicialização encontra sua maior expressão. A ausência de lei permite a concretização do mínimo

constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe principalmente aos órgãos políticos e legislativos”. Cf. *Ibidem*, p. 241.

²⁹ BARCELLOS, Ana Paula. **O Direito a Prestações de Saúde: Complexidades, Mínimo Existencial e o Valor das Abordagens Coletiva e Abstrata**, in: SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza (org.). *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*, 2ª tiragem, 2009, p. 808.

³⁰ 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, nº 11, setembro/outubro/novembro, 2007, p.13.

³¹ “Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional”. Cf. KRELL, Andreas J., *op. cit.*, loc. cit.

existencial pelo Judiciário, mas o seu descumprimento enseja a execução compulsória da política que ela promove.³²

No ano de 2009, foi realizada uma Audiência Pública no Supremo Tribunal Federal para debater as questões afetas à judicialização da saúde, tendo em vista o elevado número de ações buscando a efetividade desse direito. Havia nove recursos interpostos pelo Poder Público contra decisões judiciais que determinavam o fornecimento de medicamentos, que foram reunidos para julgamento conjunto.³³

Após a realização da Audiência Pública, restou demonstrado que a maior parte das ações ajuizadas objetivando o fornecimento de medicamentos decorre da inexecução de políticas públicas já existentes. A constatação deste fato levou o Ministro Gilmar Mendes a consignar que

“[...] na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas. Portanto, não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros Poderes quanto à formulação de políticas públicas”.³⁴

Diante deste cenário, há de se reconhecer que o Poder Judiciário é peça importantíssima para a garantia da efetividade do direito à saúde. No entanto, a justiça encontra limites – que serão abordados ao longo deste estudo – que evidenciam que a plena eficácia social, não só do direito à saúde, como também dos demais direitos sociais, depende de uma atuação conjunta de todos os poderes constituídos, vinculados que são pela Constituição.

Abordar o tema da efetividade do direito à saúde importa em reconhecer que há um conjunto de prestações de saúde exigíveis do Poder Público. Esse reconhecimento, por sua vez, suscita a questão a respeito de quais prestações se inserem no campo de fornecimento obrigatório pelo Estado. A necessidade de uma resposta satisfatória a essa pergunta levou ao desenvolvimento do conceito do mínimo existencial, instituto que será objeto do próximo item.

³² Ibidem, p. 242.

³³ SARLET, Ingo Wolfgang; MOLINARO, Carlos Alberto. **Democracia - Separação de Poderes - Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde no Judiciário brasileiro - Observatório do Direito à Saúde**. Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas. Belo Horizonte, 2010/2011, p. 33.

³⁴ Idem.

2.3.2 O mínimo existencial na esfera do direito à saúde.

A ideia primária da teoria do mínimo existencial remonta ao início da década de 1950, quando, na Alemanha, o jurista Otto Bachof passou a sustentar a necessidade de se garantir recursos mínimos para uma existência digna. A Corte Constitucional Alemã, a partir de uma interpretação sistemática do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à integridade física combinados com o princípio do Estado Social, positivados na Lei Fundamental de Bonn, extraiu o direito a um mínimo indispensável.

No Brasil, o primeiro ensaio destinado a analisar o mínimo existencial foi escrito por Ricardo Lobo Torres, logo após a promulgação da Constituição de 1988, que nele assentou que o mínimo existencial seria o “direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto da intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas”.³⁵

A partir do conceito intencionalmente aberto, pode-se depreender que o mínimo existencial “abrange qualquer direito considerado em sua dimensão essencial e inalienável”,³⁶ e é bom que seja assim. O que é minimamente essencial para determinada sociedade em dado contexto histórico pode não o ser para outra, e portanto a ideia do mínimo existencial varia de acordo com o tempo e o espaço.

Em virtude da fluidez do conteúdo do mínimo existencial, uma definição precisa do núcleo essencial de cada direito só pode ser obtida a partir da análise do caso concreto. Abstratamente considerado, o mínimo existencial é tão etéreo quanto vago.

Entretanto, alguns doutrinadores buscam estabelecer padrões para sua determinação, o que não é tarefa fácil. No âmbito do direito à saúde, Ana Paula de Barcellos³⁷ propõe dois parâmetros para distinguir as prestações de saúde que se incluem na esfera do mínimo existencial das prestações que devem ser excluídas desse círculo por não se adequarem ao conceito.

O primeiro parâmetro seria a relação custo-benefício da prestação. De acordo com este parâmetro, deve-se priorizar a prestação de saúde capaz de atender o maior número de

³⁵ TORRES, Ricardo Lobo. **O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais**. Revista de Direito Processual Geral, Rio de Janeiro, 1990, p. 69.

³⁶ TORRES, Ricardo Lobo. **O Mínimo Existencial como Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais**, in: SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza (org.). **Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**, 2ª tiragem, 2009, p. 305.

³⁷ BARCELLOS, Ana Paula. **O Direito a Prestações...**, p. 810.

pessoas pelo menor custo. Esta prestação, por destinar-se a toda a coletividade de forma homogênea, estaria protegida pelo mínimo existencial. Contudo, a própria autora critica este critério por ter um viés utilitarista, que não se harmonizaria com a ideia de igualdade material.

O segundo parâmetro soa mais adequado. Seria a incorporação no mínimo existencial das prestações de saúde que todos os indivíduos necessitaram, necessitam ou provavelmente necessitarão ao longo da vida. Neste critério incluem-se o acompanhamento pré-natal das gestantes, o saneamento básico e o controle de doenças típicas da terceira idade.

A tentativa de se estabelecer patamares mínimos de acesso à saúde decorre da ideia de que o princípio da dignidade da pessoa humana orienta o mínimo existencial, no sentido de que este está além da garantia de mera existência, ou seja, ele deve abranger mais do que o mínimo vital. A existência digna situa-se “além do limite da pobreza absoluta”³⁸, englobando a concepção de uma vida saudável e com certa qualidade.

Endossando este posicionamento, Luís Roberto Barroso identifica o mínimo existencial como o “conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute dos direitos em geral”³⁹, e proclama que “aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade”⁴⁰.

Neste sentido, a Constituição da Organização Mundial de Saúde define a saúde como o “completo bem-estar físico, mental e social”, o que indica que sua proteção deve ir além da ausência de doenças.⁴¹ Desta forma, é possível inferir que, em matéria de saúde, o mínimo indispensável contempla o direito à saúde preventiva e o direito à saúde curativa, além de aspectos ligados ao bem-estar psicossocial do indivíduo.

Portanto, dispensa maiores comentários a assertiva de que a garantia do mínimo existencial é necessária para direcionar a atuação estatal, servindo como diretriz para a promoção de políticas públicas e como limite à restrição dos direitos fundamentais, o que não significa que as medidas protetivas desses direitos devem se limitar à sua garantia. Com o perdão pela tautologia, o mínimo existencial é limite mínimo, e não máximo, à atuação do Poder Público.

Além disso, o mínimo existencial atua como parâmetro para a intervenção do Poder Judiciário. A garantia de uma vida digna, quando não é assegurada pelas políticas promovidas pelo governo, enseja o controle judicial. Contudo, esse controle esbarra em um elemento

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. op. cit., p. 180.

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso...*, p. 275.

⁴⁰ *Idem*.

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. op. cit., p. 200.

crucial inerente a qualquer escolha que envolva a alocação de recursos públicos: a reserva do possível.

2.3.3 A cláusula da reserva do possível.

A reserva do possível foi um conceito desenvolvido pela jurisprudência alemã no paradigmático caso *Numerus Clausus*, onde se concebeu a ideia de que a “construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição de disponibilidade dos respectivos recursos, localizada no campo discricionário das decisões governamentais e dos parlamentos (composição de orçamentos)”.⁴²

A decisão do Tribunal Alemão utilizou uma linha argumentativa baseada na razoabilidade da pretensão exigida do Estado, no sentido de que o indivíduo só poderia cobrar do Estado aquilo que se pode razoavelmente exigir da sociedade. Ou seja, a concepção de reserva do possível, em sua acepção original, não se restringe à existência de recursos materiais suficientes à concretização do direito.

No entanto, conforme aponta Ricardo Lobo Torres, a teoria da reserva do possível sofreu uma “desinterpretação”⁴³ quando chegou ao Brasil. Na jurisprudência pátria, os tribunais passaram a atrelar a reserva do possível à mera disponibilidade financeira do Estado.⁴⁴ Neste sentido, e em virtude do princípio orçamentário, que presume a necessidade de vinculação de receita, muitas vezes a reserva do possível foi utilizada como um escudo contra a sindicabilidade dos direitos sociais.

Porém, tal entendimento tem sofrido modificações. A jurisprudência, notadamente dos tribunais superiores, passou a exigir a comprovação de impossibilidade efetiva de concretização do direito exigido, em razão da ausência de verba orçamentária para tanto. No julgamento da ADPF 45, o Ministro Celso de Mello asseverou que a “cláusula da reserva do possível – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser

⁴² KRELL, Andreas J. op. cit., p. 246.

⁴³ TORRES, Ricardo Lobo, **O Mínimo Existencial como Conteúdo...**, p. 316.

⁴⁴ Anote-se que, para o ilustre jurista, este atrelamento à disponibilidade financeira do Estado levaria à conclusão de que sempre haveria a possibilidade de concessão da prestação, pois os recursos públicos seriam inesgotáveis. Contudo, neste trabalho se entende que, inicialmente, no Brasil, esta “desinterpretação” teve o efeito inverso, qual seja, impedir a interferência do Poder Judiciário em matérias que ensejariam a realocação de recursos.

invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais”.⁴⁵

Por outro lado, parte da doutrina passou a sustentar a tríplice dimensão da reserva do possível: a disponibilidade fática dos recursos para a concretização do direito exigido; a capacidade jurídica de dispor de recursos materiais e humanos que viabilizem a concretização do direito; e, na esteira do que se consolidou no direito alemão, a proporcionalidade da prestação.⁴⁶

Nesse contexto, há de se esclarecer a distinção estabelecida pela doutrina majoritária entre as duas primeiras dimensões, que equivaleriam à reserva do possível fática e à reserva do possível jurídica, respectivamente. Enquanto aquela consistiria na existência de recursos aptos à satisfação da pretensão, esta corresponderia à “existência de embasamento legal para que o Estado incorra nos gastos necessários à satisfação do direito social reclamado”.⁴⁷

Daniel Sarmento, em uma tentativa de operacionalizar a reserva do possível, afirma que sua dimensão fática deve ser concebida como a possibilidade de universalização da pretensão, considerando os recursos existentes⁴⁸, uma vez que se considerarmos apenas o custo de uma demanda individual frente à totalidade das verbas orçamentárias, sempre seria possível sua concessão.

Em relação à reserva do possível jurídica, o autor sustenta que a existência de autorização orçamentária deve ser um norte para as decisões judiciais, mas não tem o condão de, por si só, impedir a efetivação judicial da prestação pleiteada.

Diante destas considerações, nota-se que o aspecto tripartite da reserva do possível foi uma evolução doutrinária que lhe concedeu contornos mais flexíveis. Ao lado dos componentes fáticos e jurídicos, a utilização do princípio da proporcionalidade como vetor de interpretação da reserva do possível possibilita que, mesmo em situações onde haja disponibilidade fática e jurídica de prestar auxílio ao indivíduo, o Estado se abstenha de fazê-lo, por não ser uma prestação razoavelmente exigível.

Neste sentido, Ingo Sarlet sustenta que a atuação do Estado deve ser subsidiária. O indivíduo tem o dever de zelar pelo seu sustento e o de sua família e, portanto, deve-se

⁴⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45**. Relator: Ministro Celso de Mello. 29 de abril de 2004.

⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. op. cit., p. 189.

⁴⁷ SARMENTO, Daniel. **A proteção judicial dos direitos sociais**: alguns parâmetros ético-jurídicos, in: SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza (org.). *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*, 2ª tiragem, 2009, p. 573.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 572.

perquirir acerca da real necessidade de que o serviço seja prestado pelo Poder Público. Assim, se o indivíduo tiver recursos próprios capazes de lhe prover as mesmas condições de acesso à saúde, não deve ser imposto ao Estado o ônus de arcar com esse custo.⁴⁹

A propósito, muito além da mera ausência de recursos financeiros, a reserva do possível está relacionada à prerrogativa do legislador de eleger prioridades, desde que tal escolha não implique em limitação de outros direitos exigíveis.⁵⁰ Desta percepção advém a fixação do mínimo existencial como um contraponto, pois a reserva do possível não pode servir de fundamento à sua violação. Também ela deve ser limitada. Assim, somente as prestações materiais que ultrapassarem o núcleo essencial estarão sujeitas às restrições apostas pela reserva do possível, cuja aplicabilidade dependerá da análise de cada caso concreto.

Desta forma, o Poder Judiciário deve agir com muita cautela ao julgar os litígios relativos à saúde. Por se tratar de um ambiente em que os recursos são escassos, condicionados à previsão orçamentária, e as necessidades são ilimitadas, deve-se ponderar considerando todo o arsenal de informações potencialmente aptas a influir na decisão, afinal toda e qualquer intervenção provoca a desalocação de recursos.

Por este motivo, o magistrado deve tentar ao máximo evitar uma decisão imprudente, pois que inevitavelmente acarretará a desassistência de outras pessoas que efetivamente necessitam do auxílio estatal. Conforme pondera Luís Roberto Barroso,

“Alguém poderia supor, a um primeiro lance de vista, que se está diante de uma colisão de valores ou de interesses que contrapõe, de um lado, o direito à vida e à saúde e, de outro, a separação de Poderes, os princípios orçamentários e a reserva do possível. A realidade, contudo, é mais dramática. O que está em jogo, na complexa ponderação aqui analisada, é o direito à vida e à saúde de uns *versus* o direito à vida e à saúde de outros. Não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa questão”.⁵¹

Antes de configurar um impedimento à efetivação judicial dos direitos sociais, a reserva do possível atua como um elemento balizador, não só da judicialização destes direitos, como da própria elaboração de políticas públicas, que também deve considerar a faceta orçamentária dos direitos sociais. Nunca é demais enfatizar que a reserva do possível traduz a

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. op. cit., p. 195.

⁵⁰ PERLINGEIRO, Ricardo. **Novas perspectivas para a judicialização da saúde no Brasil**. Scientia Iuridica, Braga, Portugal, Tomo LXII, dezembro de 2013, nº 333, p. 523.

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**, 2008, p. 4.

preocupação com a melhor opção alocativa a ser feita, em um cenário de “escolhas trágicas”. Realmente, não há solução simples.

2.4 O disciplinamento do direito à saúde no Brasil e o fenômeno da elitização do controle judicial das políticas públicas sanitárias.

O direito social fundamental à saúde, previsto nos artigos 6º e 196 da Constituição da República, foi estruturado pela nossa ordem constitucional em um “sistema único”, constituído por uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços públicos de saúde, e disciplinado pela Lei 8.080/90 – a Lei do SUS. Esta estruturação se deu em função de um amplo movimento pela universalização das políticas públicas de saúde na época da elaboração da Constituição de 1988.⁵²

A Lei do Sistema Único de Saúde envolve a implementação de três programas principais: Programa de Atenção Básica, Programa de Medicamentos Estratégicos e Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional. Tais programas abrangem, respectivamente, a distribuição de medicamentos essenciais à maior parte dos problemas de saúde da população, medicamentos que se destinam ao controle de doenças endêmicas e aqueles destinados ao tratamento de doenças raras ou crônicas.

Atualmente, admite-se sem maiores reservas que quando a Administração não cumprir o seu dever de prestar assistência à população, seja por omissão, seja pela prestação deficiente dos serviços previstos nos referidos programas, cabe ao Poder Judiciário suprir as lacunas deixadas pelo administrador e viabilizar o acesso a prestações materiais a fim de concretizar o direito fundamental à saúde.

Nesse contexto, consolidou-se uma espécie de senso comum no sentido de que as camadas sociais menos privilegiadas, e que conseqüentemente não têm suas pretensões acolhidas no processo político majoritário, são compensadas por intermédio da justiça social que é levada a efeito pelo Judiciário.

Em razão desse pensamento amplamente difundido na sociedade, o Judiciário brasileiro tem insistido na concessão das prestações reclamadas, notadamente o fornecimento

⁵² BARROSO, Luís Roberto. **Vinte Anos...**, p. 14.

de medicamentos, nas demandas submetidas à sua apreciação, sem, contudo, avaliar quais os efeitos práticos dessa postura eminentemente concessiva.

Aqui se coloca um ponto crucial no debate: o acesso à justiça. É evidente que o acesso à justiça, no Brasil, não é um direito amplamente propagado entre a população mais carente. Os indivíduos que mais necessitam das políticas públicas implementadas pelo governo muitas vezes não dispõem de meios para acessar o Judiciário. Então, as demandas que vão a juízo na maior parte dos casos são movidas por setores mais abastados da sociedade e, ironicamente, menos afetados pelas políticas públicas de saúde.

Ricardo Lobo Torres critica esta tendência individualista do Judiciário brasileiro, e chega a afirmar que “a insistência do Judiciário brasileiro no adjudicar bens públicos individualizados (ex. remédios), ao revés de determinar a implementação da política pública adequada, tem levado à predação da renda pública pelas elites”.⁵³

Neste sentido, em interessante pesquisa realizada entre os beneficiários das ações de fornecimento de medicamentos, Fernanda Vargas Terrazas⁵⁴ mapeou as decisões judiciais por meio da análise das condições socioeconômicas dos indivíduos que obtiveram êxito nas demandas ajuizadas na comarca de São Paulo.

Os resultados da pesquisa empírica indicaram que a maioria dos beneficiados foi atendida em serviços de saúde privados, o que refuta a hipótese de hipossuficiência dos autores dessas demandas. São pessoas que ordinariamente realizam tratamento nos serviços privados, e apenas quando surge a necessidade de utilizarem medicamentos de custo elevado, recorrem ao SUS.

A conclusão do estudo foi exatamente no sentido de que aqueles que obtêm resultado favorável nas ações de medicamentos pertencem a uma classe mais privilegiada.⁵⁵ Aqui, o acesso à informação, como condicionante basilar do acesso à justiça, atua como o principal elemento de seleção deste público integrante, primordialmente, da classe média.

Portanto, a ideia de que o Judiciário é meio de democratização de acesso às políticas públicas, por atender aqueles que não têm voz no cenário do processo político, é, no mínimo,

⁵³ TORRES, Ricardo Lobo, **O Mínimo Existencial como Conteúdo...**, p. 326

⁵⁴ TERRAZAS, Fernanda Vargas. **O Poder Judiciário como voz institucional dos pobres: o caso das demandas judiciais de medicamentos**, Revista de Direito Administrativo, vol. 253, 2010, p. 97.

⁵⁵ Em pesquisa recente, Daniel Wei Liang Wang e Octávio Ferraz observaram que grande parte das ações ajuizadas pelo Ministério Público beneficia pessoas que moram em regiões menos desassistidas pelas políticas públicas de saúde e priorizam menos as demandas referentes a tratamento básico e primário de saúde. Ver: WANG, Daniel Wei Liang; FERRAZ, Octávio Luiz Motta. **Atendendo os mais necessitados?** Acesso à justiça e o papel dos defensores e promotores públicos no litígio sobre direito à saúde na cidade de São Paulo. Revista Internacional de Direitos Humanos, vol. 10, nº 18, junho de 2013, p. 182.

precipitada. O argumento de que o processo democrático não é influenciado pelas necessidades dos grupos marginalizados, cujos interesses somente seriam acolhidos pelo Poder Judiciário, se mostra inconsistente.

Importante ressaltar, contudo, que a crítica que ora se coloca não pretende deslegitimar o controle judicial das políticas públicas, que é essencial para a proteção dos direitos sociais quando estes são relegados a segundo plano pelo Poder Público. O que aqui se sustenta é que há diversos elementos a serem considerados pelos magistrados e que ultimamente tem sido negligenciados.

É necessário que se visualize a demanda como um problema social e universal, e não apenas como algo contingencial submetido à apreciação jurisdicional, isto porque, ao se ater ao caso concreto individualmente considerado, corre-se o risco de inviabilizar o atendimento de todos aqueles que ainda não recorreram ao Poder Judiciário, às vezes por absoluta falta de meios.⁵⁶

Mais uma vez, não se pode ignorar o fato de que se está diante de “escolhas trágicas”. Em um cenário de escassez de recursos, onde grande parte da população encontra-se em um estado de absoluta dependência das políticas públicas levadas a efeito pelo governo, cada decisão que afete, ainda que indiretamente, a execução dessas políticas, deve ser cuidadosamente analisada em todos os elementos mencionados, a fim de evitar que a justiça de um se torne a injustiça de muitos.

⁵⁶ LEAL, Rogério Gesta. **A quem compete o dever de saúde no direito brasileiro?** Esgotamento de um modelo institucional. Revista de Direito Sanitário da Universidade de São Paulo, vol. 9, nº 1, 2008, p.4.

3 OBSTÁCULOS À JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: O PROBLEMA DA ATECNIA DAS DECISÕES JUDICIAIS E A QUESTÃO INSTITUCIONAL.

3.1 A sindicabilidade dos atos administrativos discricionários no âmbito das políticas públicas sanitárias.

Neste cenário, muito se discutiu e ainda se discute acerca da sindicabilidade dos atos administrativos discricionários, submetidos a um juízo de conveniência e oportunidade do administrador. Conforme anteriormente assinalado, grande parte das normas constitucionais relativas a direitos fundamentais apresentam elevado grau de indeterminação, o que confere ao legislador um amplo espaço de conformação, que este, por muitas vezes, transfere ao administrador.

Há uma gama variável de opções que se abrem ao legislador e ao administrador para a efetivação de políticas públicas. A questão é apenas de gradação. A discricionariedade administrativa é essencial à própria eficiência na organização dos serviços públicos. Como John Locke já afirmava, “muitas questões há que a lei não pode em absoluto prover e que devem ser deixadas à discricção daquele que tenha nas mãos o poder executivo, para serem por ele reguladas, conforme o exigem o bem e a vontade do público”.⁵⁷

É inegável que a definição e a execução das políticas públicas de saúde se inserem no âmbito da discricionariedade do administrador. O Estado intervencionista apresenta normas que fixam objetivos, finalidades, o que proporciona mais liberdade decisória aos órgãos que as implementarão.⁵⁸ Por este motivo, a discussão em torno do controle judicial da discricionariedade se faz necessária a este estudo. Até que ponto seriam justificáveis as opções administrativas feitas no âmbito dos programas governamentais?

Além disso, a crescente especialização da atividade administrativa, que exige o reconhecimento da alta complexidade técnico-científica de que se revestem os atos administrativos da atualidade, impõe a análise de outro instituto correlato ao tema das políticas públicas sanitárias: a controvertida discricionariedade técnica.

⁵⁷ LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**, *apud*, KRELL, Andreas J. Discricionariedade Administrativa e Conceito Legais Indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 14.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 16.

3.1.1 O conceito de discricionariedade e sua relação com os conceitos jurídicos indeterminados.

Tema dos mais polêmicos na doutrina, desde o surgimento da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados na Áustria do século XIX, é o relativo à existência ou não de discricionariedade nos conceitos indeterminados. A maioria dos países europeus nunca estabeleceu uma distinção rígida entre os dois institutos – deve-se à doutrina alemã essa diferenciação.

Eduardo García de Enterría, influenciado pela doutrina germânica, aduz que os conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade não se confundem. O conceito indeterminado conduziria a uma única solução justa no momento de sua aplicação a um caso concreto, em conformidade com o brocardo *tertium non datur*. Isto é: diante de um caso concreto, ou se está ou não se está diante de uma situação que pode ser subsumida ao conceito.⁵⁹ A vagueza do enunciado estaria apenas na sua abstração.

A discricionariedade, por sua vez, admitiria uma pluralidade de soluções justas perante o direito, e caberia ao agente a liberdade de optar por qualquer uma delas, guiado por critérios de conveniência e oportunidade. Desta forma, os conceitos indeterminados ensejariam um processo de interpretação cognitiva da lei, ao passo que a discricionariedade envolveria um processo volitivo.⁶⁰

Esta distinção perpassa pela dicotomia hipótese-mandamento da norma. No caso dos conceitos indeterminados, a pluralidade de opções estaria na hipótese legal da norma, ou seja, no fato-tipo. Porém, quando aplicado a um caso concreto, o conceito indeterminado se tornaria determinado, admitindo apenas uma solução aplicável. Em relação à discricionariedade, a indeterminação estaria no mandamento da norma, caso em que, diante da hipótese concreta, mais de uma solução poderia se afigurar adequada.

A discussão é importante na medida em que os autores adeptos desta distinção utilizam estes argumentos para justificar o tratamento diferenciado dispensado aos dois institutos, fundamentando o pleno controle dos conceitos jurídicos indeterminados – uma vez que o alcance exato do conceito seria extraído da norma – e, ao mesmo tempo, a

⁵⁹ PEREIRA, Cesar A. Guimarães. **Discricionariedade e Apreciações Técnicas da Administração**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, nº 231, janeiro/março, 2003, p. 237

⁶⁰ TOURINHO, Rita. **A Discricionariedade Administrativa perante os Conceitos Jurídicos Indeterminados**. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, nº 15, julho/agosto/setembro, 2008, p. 6.

excepcionalidade do controle dos atos discricionários – baseados na conveniência e oportunidade.

Na Alemanha pós-nazismo esta diferenciação predominou na doutrina, aumentando o volume de atos administrativos sindicáveis pelo Poder Judiciário, em virtude de uma ampla aplicação da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, os quais foram negados como expressão da discricionariedade. Entretanto, nas últimas duas décadas tem crescido o número de doutrinadores alemães que ultrapassaram essa rígida distinção.

Peter Häberle foi pioneiro na pesquisa jurisprudencial em relação ao tema, que o levou a afirmar que a clássica dicotomia estava ultrapassada, pois a diferença entre o controle da abstração na hipótese ou no mandamento não era um fator decisivo nas decisões dos tribunais. Pelo contrário. Na prática, os tribunais decidiam com base nos efeitos práticos da decisão, e não a partir de um raciocínio prefixado.⁶¹

No direito brasileiro, também não há posição unívoca na doutrina nem na jurisprudência. Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem a discricionariedade e os conceitos indeterminados são realidades distintas, as quais, porém, geram os mesmos efeitos jurídicos, adota a tese de que a discricionariedade pode estar tanto na hipótese quanto no mandamento da norma, e a define como

“a margem de ‘liberdade’ que remanesça ao administrador para eleger, segundo os critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante o caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente”.⁶²

Neste trabalho, filia-se ao exposto por Andreas J. Krell quando afirma que parece mais coerente tratar tanto os conceitos jurídicos indeterminados quanto a discricionariedade como “técnicas legislativas de abertura das normas jurídicas, carecedoras de complementação”.⁶³ No Brasil, há uma relativa tendência na jurisprudência a vedar o controle judicial de ambos os institutos, em uma postura de maior deferência à Administração Pública.

Boa parte da doutrina alemã já abandonou a clássica dicotomia. No final da década de 1970, o Tribunal Administrativo Federal alemão passou a reduzir, também, a sindicância

⁶¹KRELL, Andreas J, **Discricionariedade Administrativa...**, p. 39.

⁶² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 973.

⁶³ KRELL, Andreas J, **Discricionariedade Administrativa...**, p. 48.

judicial dos atos administrativos em casos que envolvem matérias de elevada complexidade, “o que aumenta o grau de vagueza de conceitos legais indeterminados, tornando sua concretização tão difícil que o controle judicial chegue a seus limites funcionais”.⁶⁴

Até mesmo García de Enterría, adepto do controle jurisdicional pleno dos conceitos indeterminados, admite que atos que demandem juízos técnicos ou políticos conferem à Administração certa presunção em favor de sua legitimidade, em razão da incerteza do conceito. Como bem alude Andreas J. Krell, “o objetivo almejado não é o controle judicial *máximo* dos atos do Executivo, mas o *melhor* controle possível (“otimizado”), o que exige uma maior cooperação (e não competição) entre os entes estatais”.⁶⁵

3.1.2 Distinções entre discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa.

O termo “discricionariedade técnica” foi empregado, pela primeira vez, por Bernatzik para designar “todo aquele tipo de decisões que, não sendo discricionárias, deveriam contudo ser, pela sua alta complexidade técnica, retiradas do controlo jurisdicional, porque de administração percebem os administradores, e só eles, pela sua formação técnica”.⁶⁶

Contudo, um século e meio depois, a expressão “discricionariedade técnica” tem sido alvo de muitas críticas, tanto no direito brasileiro como no direito estrangeiro. Ela abrange diversas nuances que se submetem a regimes jurídicos distintos, nos mais variados países onde é adotada, tendo diversas vezes se afastado consideravelmente de seu sentido original.⁶⁷

No direito brasileiro, a discricionariedade técnica surgiu por influência do direito norteamericano, e comporta duas acepções: em relação aos atos administrativos propriamente ditos e em relação aos atos normativos das agências reguladoras. Neste estudo, o foco será limitado à primeira acepção, analisando a sindicabilidade dos aspectos técnicos das decisões administrativas.

⁶⁴ Ibidem, p. 56.

⁶⁵ Ibidem, p. 57.

⁶⁶ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa.** Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, fevereiro/março/abril, 2007, p. 4.

⁶⁷ Exemplificando, César Pereira identifica cinco fenômenos distintos designados sob o rótulo da “discricionariedade técnica”. Ver: PEREIRA, Cesar A. Guimarães, op. cit., p. 254 ss.

No direito italiano, grande contribuição ao estudo da discricionariedade técnica foi oferecida por Renato Alessi. O autor conceitua a discricionariedade como uma apreciação comparativa entre o interesse público e uma forma de atividade como meio adequado à sua satisfação, e afirma que há casos em que a referida apreciação exige a utilização de critérios técnicos e soluções de questões técnicas.⁶⁸ Nessas hipóteses, seria necessário distinguir os casos em que as questões técnicas estariam indissociavelmente ligadas a questões administrativas das situações em que não haveria conexão entre ambas.

No primeiro caso, o intérprete estaria diante de uma “discricionariedade técnico-administrativa”,⁶⁹ onde haveria um momento de cognição técnica e outro posterior de decisão administrativa, ou seja, a questão técnica seria pressuposto para a solução da questão administrativa. Assim, a partir dos dados fornecidos pelo órgão técnico, a Administração faria uma análise de conveniência e oportunidade para definir qual decisão atenderia melhor ao interesse público.

De acordo com Cesar Guimarães Pereira, o momento referente à cognição técnica estaria sujeito a ampla revisão judicial, uma vez que a apreciação técnica deve ser formulada “tal como resulta da técnica”.⁷⁰ A discricionariedade residiria apenas na decisão que foi tomada segundo aqueles critérios. Em sentido diverso, Renato Alessi afirma que não seria possível uma revisão do juízo técnico sem uma correspondente revisão do juízo discricionário, e por este motivo configuraria verdadeira discricionariedade.

Aplicando o conceito aos atos administrativos sanitários, pode-se citar como exemplo a edição, pelo órgão federal de vigilância sanitária, da relação de medicamentos bioequivalentes registrados no país. A partir desta lista de fármacos intercambiáveis, caberia à Administração optar por quais deles serão disponibilizados no âmbito do Sistema Único de Saúde, de acordo com critérios de conveniência e oportunidade.

No segundo caso, entretanto, o agente estaria diante de uma espécie de remissão da lei a conceitos técnicos, na qual não haveria discricionariedade propriamente dita, pois seria necessária apenas uma atividade de integração do conceito legal por um juízo especializado. Esta hipótese importaria na vinculação do administrador ao que foi definido pelo órgão

⁶⁸ ALESSI, Renato. **Instituciones de Derecho Administrativo**. Tradução: Buenaventura Pellisé Prats. 3ª edição italiana. Barcelona: BOSCH, Casa Editorial, 1970, p. 197.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 198.

⁷⁰ PEREIRA, Cesar A. Guimarães, *op. cit.*, p. 259

técnico, sendo, na visão de Cesar Guimarães Pereira⁷¹, plenamente sindicável pelo Poder Judiciário.

Neste caso, pode-se exemplificar com base no artigo 2º da Lei 9.787/99, segundo o qual compete ao órgão federal de vigilância sanitária estabelecer critérios e condições para o registro de medicamentos genéricos. A ANVISA é o órgão responsável pela definição de tais critérios, e a Administração estaria adstrita à observância das condições por ela estabelecidas quando da concessão do registro.

Diante deste quadro, Alessi afirma que *“es erroneo hablar de una discrecionalidad ‘meramente técnica’, ya que los términos ‘discrecionalidad’ y ‘técnica’ son esencialmente inconciliables”*.⁷² Por sua vez, Pereira chega à conclusão de que o melhor seria abandonar o termo “discricionariiedade técnica”, pois o mesmo só traria impressões equivocadas quanto à sua controlabilidade ou não pelo Poder Judiciário.

Com fundamento nas lições de Alessi, ao se referir à discricionariiedade “puramente” técnica e considerando que esta geraria a vinculação do ato administrativo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro conclui que

“a distinção entre discricionariiedade administrativa e discricionariiedade técnica ou imprópria está em que, na primeira, a escolha entre duas ou mais alternativas válidas perante o direito se faz segundo critérios de oportunidade ou conveniência (mérito) e, na segunda, não existe propriamente liberdade de opção, porque a Administração tem que procurar a solução correta segundo critérios técnicos.”⁷³

No entanto, esta hipótese não difere muito do que acontece na maior parte dos casos de conceitos jurídicos indeterminados. Portanto, a existência de um conceito legal de caráter técnico não inibe a ocorrência de indeterminação, o que, como visto, não gera necessariamente uma única solução correta.⁷⁴ Afinal, também na área do saber científico há imprecisão conceitual, caso em que estaremos diante de um poder discricionário de escolha.

⁷¹ *Ibidem*, p. 257.

⁷² ALESSI, Renato, *op. cit.*, p. 199.

⁷³ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *op. cit.*, p. 6.

⁷⁴ “[...]en los conceptos jurídicos indeterminados no hay una única solución correcta, sino un margen de discrecionalidad instrumental, lo que no significa que la Administración tenga una discrecionalidad fuerte para su aplicación que excluya el control judicial pleno porque precisamente es a los tribunais a los que el sistema confiere la función de interpretar el Derecho y de resolver los casos litigiosos conforme el mismo”. Cf. DAROCA, Eva Desdentado. **Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico** – construcción teórica y análisis jurisprudencial, *apud*, ELIAS, Alexandre Nemer. A discricionariiedade técnica nos atos administrativos sanitários. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Saúde Pública da Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo para a obtenção do título de Mestre em Saúde Pública. São Paulo, 2008, p. 36.

Conforme salienta Andreas Krell, “não é incomum que, de acordo com os fundamentos teóricos assumidos pelo respectivo especialista, podem ser defendidas – dentro de certa margem de variação – diferentes respostas e conclusões em relação aos mesmos fatos e problemas”.⁷⁵ O modo como a presença de questões técnicas influenciará o controle judicial da discricionariedade será tema do próximo tópico.

3.1.3 A discricionariedade técnica como limite à atuação judicial?

Durante muito tempo, a discricionariedade (*lato sensu*) dos atos administrativos foi vista como um impedimento à apreciação judicial, em virtude principalmente do princípio da separação dos poderes. A discricionariedade era considerada aspecto inerente ao poder de império da Administração, e por isso estava imune ao controle judicial.

Contudo, com a instauração do Estado de Direito, a Administração Pública passou a se submeter ao princípio da legalidade, que foi evoluindo com o tempo até finalmente incorporar vetores axiológicos ao seu conteúdo, o que ampliou a possibilidade de controle judicial. Conforme aduz Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “hoje a discricionariedade administrativa é vista como uma liberdade entre duas ou mais alternativas válidas perante o *direito*, e não apenas perante a *lei*”.⁷⁶

Ao lado do princípio da legalidade, atualmente o clássico princípio da separação dos poderes passou a ser entendido como o princípio da divisão de funções, e assumiu papel relevante no Estado Democrático. Longe de consistir em uma rígida tricotomia de poderes, ele enfatiza o controle e a fiscalização recíprocos que deve existir entre os diferentes órgãos. Neste sentido, assevera Afonso Queiró:

“Parece-nos que a ideia rousseauiana da *superioridade da lei* (vontade geral) postula a existência duma repartição orgânica das funções do Estado, pois só se concebe que a lei seja revestida de superioridade quando há órgãos que na realização das suas funções lhe devam obediência. Quero dizer: Rousseau é insuficiente por si, e só ao lado de Montesquieu o seu pensamento adquire relevância para a ciência do direito público”.⁷⁷

⁷⁵ KRELL, Andreas J., **Discricionariedade Administrativa...**, p. 71.

⁷⁶ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di, op. cit., p. 3.

⁷⁷ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues, **A teoria do “desvio de poder” em direito administrativo**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, vol. 6, outubro/dezembro de 1946, p. 55.

No que diz respeito às questões científicas, em sua concepção primária sobre a discricionariedade técnica, Bernatzik a situava fora do controle judicial, afirmando que o agente público estaria sujeito apenas a uma responsabilidade penal ou disciplinar. Após sofrer severas críticas por parte da doutrina, passou a conceder um controle jurisdicional de anulação do ato, mas nada além disso.⁷⁸

Na França, o Conselho de Estado adota a teoria do erro manifesto, segundo a qual a apreciação dos aspectos técnicos é reconhecida como faculdade discricionária da Administração, excluída do controle jurisdicional, que só é admitido nos casos onde haja erro manifesto, verificável mesmo com a ausência de conhecimento especializado. No mesmo sentido, em grande parte dos países europeus o Judiciário não controla a incidência de conceitos técnico-científicos.⁷⁹

No Brasil, a jurisprudência tem se mostrado leniente diante da discricionariedade (administrativa e técnica) dos atos administrativos, negando o controle judicial e permitindo muitas vezes que beirem o arbítrio. Porém, na atual fase do nosso constitucionalismo, onde a intervenção do Estado nos direitos fundamentais é essencial para que sejam protegidos e promovidos, exige-se uma atuação cada vez mais efetiva e consciente do Poder Judiciário.

Ao mesmo tempo em que a substituição da atividade administrativa pela função jurisdicional é indesejável, também o é a ausência de controle dos atos administrativos discricionários. Deve-se, portanto, apor limites à atuação judicial, dentro dos quais o juiz deve se manter, nada além nem aquém.

Neste sentido, tem prosperado a visão jurídico-funcional do controle da discricionariedade, que exige a “distribuição de tarefas e responsabilidades ‘funcionalmente adequada’ entre o Executivo e o Judiciário”, que deve considerar a idoneidade do órgão para tomar a decisão, tendo em vista razões de estrutura orgânica, legitimação, preparação técnica, dentre outras.

Em outras palavras, “o controle da Administração pelos tribunais somente deve ir até aonde se possa esperar da decisão judicial uma ‘qualidade material pelo menos igual’ à da decisão administrativa que se pretende corrigir”.⁸⁰ Assim, o controle judicial será menor

⁷⁸ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues, op. cit., p. 47.

⁷⁹ KRELL, Andreas J., **Discricionariedade Administrativa...**, p. 74.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 64.

quando o ato administrativo tiver por base um conhecimento técnico que se presume próprio da Administração e alheio à idoneidade do órgão jurisdicional.⁸¹

Na doutrina pátria, Gustavo Binbenjón é um dos autores que mais se dedicou ao tema. O autor propõe um sistema baseado em diferentes *standards*, que aumenta a intensidade do controle judicial à medida que aumenta o grau de restrição imposto aos direitos fundamentais. Todavia, se a matéria contiver um alto grau de complexidade técnica e a decisão tiver sido tomada por órgãos especializados, a intensidade do controle judicial deve ser restringida.⁸²

Entretanto, o Judiciário brasileiro, apesar de bastante condescendente em relação à maior parte dos litígios que envolvem atos discricionários, não adota esta postura no âmbito do direito à saúde. O ativismo judicial, especialmente nas demandas relativas ao fornecimento de medicamentos, se revela excessivo, a ponto de nos referirmos a um fenômeno à parte: a judicialização da saúde. Com o auxílio de peritos, muitas vezes os juízes substituem as decisões administrativas, inclusive nos casos onde o ideal seria uma maior autorrestricção do Poder Judiciário, em razão da elevada tecnicidade da matéria.

Com efeito, reconhece-se que a efetividade do direito a prestações de saúde depende em larga escala da possibilidade de controle dos aspectos técnicos das decisões administrativas tomadas no seio das políticas públicas sanitárias. No entanto, a formação dos juízes é essencialmente jurídica, e argumentar pura e simplesmente com base na existência de auxiliares técnicos e provas periciais importaria em retirar do magistrado a responsabilidade pela decisão.⁸³

Exemplos corriqueiros na prática forense são as demandas em que os autores pleiteiam a entrega de medicamentos não incorporados ao SUS, ou ainda aqueles em que questionam a equivalência do princípio ativo dos medicamentos genéricos disponibilizados pelo SUS, reclamando os originais. Todos estes casos envolvem questões técnicas que foram analisadas por órgãos especializados da Administração, o que enseja a preocupação com a qualidade técnica da decisão que será tomada pelo juiz.

⁸¹ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales**, in: SARLET, Ingo W. *Direitos fundamentais sociais*, 2003, p. 9.

⁸² KRELL, Andreas J., **Discricionariedade Administrativa**..., p. 82.

⁸³ “Difícilmente o juiz deixa de reconhecer a verdade revelada pela prova pericial, porque ele, magistrado, não é – ou não se presume ser – portador dos conhecimentos próprios do perito. Neste ponto, reside o maior risco da prova pericial, que é justamente o de transformar o perito em juiz.” Cf. GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**, *apud*, PERLINGEIRO, Ricardo. A tutela judicial do direito público à saúde no Brasil. *Direito, Estado e Sociedade*, nº 41, julho/dezembro de 2012, p. 11.

O Conselho Nacional de Justiça, reconhecendo a questão que aqui se coloca, editou a Recomendação nº 31/2010, recomendando aos Tribunais a adoção de medidas que viabilizem apoio técnico aos magistrados a fim de auxiliá-los nas demandas relativas à saúde, bem como orientando que evitem autorizar o fornecimento de medicamentos não autorizados pela ANVISA.

No entanto, esta medida não é nem de longe suficiente. Em alguns países europeus, como a Inglaterra e a França, há órgãos jurisdicionais especializados em saúde pública. Além disso, na França, por exemplo, tais órgãos possuem composição multidisciplinar, da qual fazem parte médicos, veterinários e eventualmente farmacêuticos que atuam como auxiliares permanentes do juiz.⁸⁴

O exemplo alemão é ainda mais interessante: o sistema judicial de direitos sociais é composto por juízes leigos, onde aqueles formados na área de saúde julgam litígios relativos ao direito à saúde. Segundo Ricardo Perlingeiro, “a grande vantagem é que, sendo verdadeiros juízes, não apenas peritos auxiliares (funcionários auxiliares), a atuação desses agentes deteria maior legitimidade em razão da independência efetiva assegurada aos juízes”.⁸⁵

Conforme já exposto, o papel do Estado na efetivação dos direitos fundamentais torna essencial a existência de um controle judicial efetivo e consciente. Porém, isto não significa que a apreciação judicial deva ser livre e intensa. É necessário que o Judiciário atue de forma limitada e precavida, principalmente quando a decisão administrativa pautar-se em critérios extrajurídicos.

Por este motivo, a doutrina apregoa como fundamental a motivação do ato administrativo. Quando os fundamentos técnicos do ato estiverem bem motivados, os magistrados devem abster-se do controle. Caso contrário, e levando em consideração a restrição que a decisão impõe a direitos fundamentais, os juízes não só podem como devem anulá-la, e, se possível, conceder a prestação efetivamente devida.

Assim, a discricionariedade técnica presente nos atos administrativos sanitários, apesar de inicialmente inibir a tutela judicial, está longe de configurar um impeditivo ao controle das decisões especializadas. Enquanto não forem implementados sistemas mais eficientes de prestação jurisdicional em matéria de saúde pública, o juiz deverá sempre realizar uma ponderação cautelosa no caso concreto, que poderá levar ou não à sindicância do ato.

⁸⁴Idem.

⁸⁵ Idem.

3.2 A teoria da capacidade institucional do Poder Judiciário.

Ainda dentro do debate acerca da interferência do Poder Judiciário na esfera das atribuições conferidas à Administração Pública pelo constituinte, devido à sua especialização, surge uma corrente importante, na teoria jurídica contemporânea, que preconiza que a interpretação do direito deve ser realizada à luz das capacidades institucionais de cada um dos poderes envolvidos na solução da controvérsia.

Segundo esta teoria, o papel de cada agente deve ser considerado dentro do arranjo institucional estabelecido pela Constituição, devendo-se perquirir acerca de qual poder está habilitado a produzir a decisão mais apta a otimizar os resultados. Nesse contexto, a intervenção judicial nas políticas públicas tem sido alvo da discussão.

Partindo da obra de Cass Sunstein e Adrian Vermeule, *Interpretation and Institutions*, a teoria centra-se na falibilidade judicial e nos efeitos sistêmicos das decisões tomadas pelo Poder Judiciário, que são frequentemente desconsiderados na aplicação do direito. A crítica institucional aponta para a incapacidade dos órgãos jurisdicionais de lidar com conflitos políticos, com fundamento na inadequação da adjudicação como forma de resolução desses conflitos.

Nesse sentido, Gustavo Amaral, em importante lição, nos ensina que

“Há empecilhos funcionais que não recomendam a atuação destacada do Judiciário. Todo modo de funcionar da judicatura, a iniciativa por provocação, o impulso oficial, a linearidade do procedimento e as regras de preclusão não constituem procedimentos apropriados para lidar com a dinâmica das decisões alocativas. Tais decisões são sempre mutáveis em função da evolução dos fatos, do conhecimento que deles se tenha e da percepção daí advinda.”⁸⁶

Os conflitos político-sociais, nos quais se inserem as demandas relativas ao direito à saúde, qualificam-se como conflitos de justiça distributiva. Há uma verdadeira dificuldade institucional encontrada pelos magistrados na resolução desse tipo de conflito, visto que sua função se limita a resolver as demandas individuais submetidas à sua apreciação. A finalidade institucional do Poder Judiciário é dirimir conflitos pontuais, e não fazer justiça distributiva.

Desta forma, a teoria da capacidade institucional sustenta que o Poder Judiciário não detém os instrumentos necessários à resolução de conflitos distributivos – “policêntricos”⁸⁷ –

⁸⁶ AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001, p. 206-207.

⁸⁷ FULLER, Lon. **The Forms and Limits of Adjudication**. Harvard Law Review, vol. 92, 1978-1979.

o que o faz desconsiderar o caráter plurilateral das decisões que toma, uma vez que a própria estrutura do processo judicial tradicional comporta somente a resolução de conflitos bilaterais.

Conforme assevera José Reinaldo de Lima Lopes, “institucionalmente, o Judiciário está pouco aparelhado para fazer a justiça distributiva na medida em que foi montado e desenhado para supervisionar conflitos individuais e, sobretudo, bilaterais, em que há um jogo de soma zero”.⁸⁸

Antes de prosseguir, cumpre fazer uma observação final: no Brasil, poucos autores se dedicam ao estudo do tema, que ainda carece de amadurecimento. Por esta razão, optou-se aqui por expor as principais posições defendidas no direito norteamericano, berço da teoria da capacidade institucional e cujo Judiciário apresenta aspectos semelhantes ao brasileiro.

Entretanto, saliente-se que a realidade brasileira é bem distinta da norteamericana, razão pela qual qualquer tentativa de incorporar as soluções propostas por estes autores deve ser cautelosamente avaliada. Nada impede, porém, a absorção das importantes críticas feitas à judicialização da política naquele país, fenômeno que data de mais de 200 anos e pode guiar os passos de nossa democracia, que ainda está na sua infância.⁸⁹

3.2.1 A origem da crítica institucional.

A origem da crítica institucional tem raízes antigas no direito norteamericano, tendo sido inicialmente concebida a partir do intenso ativismo progressista da Suprema Corte em matéria de direitos fundamentais nos anos 1950. A importância política conferida aos direitos deslocou o debate das circunstâncias em que os tribunais deveriam protegê-los para a questão da identificação dos direitos e da melhor forma de aplicá-los, bem como para a escolha da instituição que deveria ter a palavra final sobre ela.⁹⁰

Neste sentido, a supremacia judicial se intensificou por meio da crença de que o Judiciário apresentaria uma capacidade institucional superior à do Legislativo para a interpretação da Constituição. A independência política, a vinculação ao direito e a *expertise*

⁸⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima. **Justiça e poder Judiciário ou a virtude confronta a instituição.** Revista da Universidade de São Paulo, nº 21, março/maio de 1994, p. 32.

⁸⁹ BRANDÃO, Rodrigo, op. cit., p. 200-202.

⁹⁰ Idem.

jurídica aliadas à análise casuística lhe proporcionariam uma ótica privilegiada da aplicação concreta dos direitos, tornando-o mais bem habilitado à aplicação dos direitos fundamentais.⁹¹

Diante desta convicção, as críticas institucionais se proliferaram, sobretudo no contexto da ampla judicialização da política que dominou os Estados Unidos com especial intensidade nas décadas de 1960 e 1970. No início da construção doutrinária sobre o tema, a crítica se fundou na contestação da capacidade das Cortes de resolver conflitos políticos, uma vez que suas características institucionais – seus instrumentos – não seriam adequadas a este propósito.

A crítica foi então rotulada por Owen M. Fiss como instrumental, pois o problema seria uma derivação do aparato instrumental que é inerente aos órgãos jurisdicionais. A inércia, a imparcialidade e todo o modo de funcionamento do processo judicial, voltado para conflitos bilaterais ocorridos no passado, seriam exemplos dos instrumentos de que dispõe o Poder Judiciário, que não seriam adequados para a solução dos conflitos sociais e políticos que batem às portas da justiça.⁹²

Contudo, para aqueles que encaravam a crítica instrumental como óbice à intervenção judicial nas escolhas políticas administrativas, Fiss fez uma ressalva:

*“In the domain of instrumentalism, of means-end rationality, courts have no special claim to competency. Their competency lies elsewhere, in the domain of constitutional values, a special kind of substantive rationality, and that expertise is derived from the special quality of the judicial process - dialogue and independence. The reconstructive endeavor, calling for instrumental judgments, should be seen (for reasons to be elaborated later) as but a necessary incident of that meaning-giving enterprise, as an attempt by the judge to give meaning to constitutional values in practical reality”.*⁹³

Imbuído do mesmo espírito, Donald L. Horowitz⁹⁴ enfrentou a questão da capacidade institucional das cortes para a solução de conflitos envolvendo políticas públicas. O autor afirmava que o controle judicial dos problemas sociais é uma consequência do vasto emprego de conceitos indeterminados pelo legislador e identificou a origem da crítica institucional: a integração dessa nova função ao Judiciário acabou por transferir o debate da legitimidade do controle judicial para a capacidade de decidir de forma competente.

⁹¹ Ibidem, p. 204.

⁹² “The argument is that the judge should be limited to doing what he does best – dispute resolution. Under the instrumental critique, dispute resolution becomes the ideal simply because it is what courts can do best”. Cf. FISS, Owen M. **The Forms of Justice**. Yale Law School Faculty Scholarship Series, paper 1220, 1979, p. 31.

⁹³ FISS, Owen M., op. cit., p. 34.

⁹⁴ HOROWITZ, Donald L. **The Courts and Social Policy**. Washington, D.C.: The Brookings Institution Press, 1977.

Horowitz pondera que a questão principal está em que as políticas públicas muitas vezes demandam conhecimentos especializados e os juízes são generalistas, o que significa que, além de não dominarem as informações inerentes às políticas sociais, eles não possuem a experiência e as habilidades necessárias para interpretar as informações especializadas que possam vir a receber.⁹⁵

Ademais, aduz o jurista que “*the adjudication process conspires in a dozen small and large ways to keep the judge ignorant of social context*”.⁹⁶ Ao final da exposição, conclui o autor que o processo judicial não é compatível com o balanceamento de alternativas e o cálculo de custos que são indispensáveis ao delineamento das políticas públicas.

Como se pode perceber, em um primeiro momento a crítica institucional se concentrou em questionar a capacidade de órgãos judiciais lidarem com questões políticas, tendo em vista suas capacidades institucionais.⁹⁷ Os autores criticavam especificamente a atuação judicial no âmbito das políticas públicas, aduzindo a inadequação da via judicial para a solução de conflitos políticos. Entretanto, posteriormente a crítica foi incorporada à hermenêutica jurídica e assumiu uma nova feição.

3.2.2 A teoria de Cass Sunstein e Adrian Vermeule.

Na doutrina constitucional contemporânea, a teoria da capacidade institucional, tal qual idealizada por Sunstein e Vermeule, tem enfoque no âmbito das teorias de interpretação do direito. Os autores advertem que há, atualmente, uma variedade extraordinária de doutrinadores que tem explorado estratégias interpretativas sem atentar ao fato de que tais estratégias serão, inevitavelmente, usadas por pessoas falíveis e com efeitos dinâmicos que se estendem muito além do caso concreto.⁹⁸ Tal patologia se funda na condição de se constantemente formular a pergunta errada, qual seja: “Como, a princípio, um dispositivo legal deve ser interpretado?”.⁹⁹

⁹⁵ Ibidem, p. 31.

⁹⁶ Idem.

⁹⁷ VERÍSSIMO, Marcos Paulo. **A Judicialização dos Conflitos de Justiça Distributiva no Brasil**: o processo judicial no pós-1988. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito Processual, p. 86.

⁹⁸ SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. **Interpretation and Institutions**. Public Law and Legal Theory Working Paper, Chicago, nº 28, 2002, p. 46-47.

⁹⁹ Ibidem, p. 3

Diante deste quadro, Sunstein e Vermeule argumentam que a estratégia de raciocínio que deve ser utilizada deve considerar as capacidades institucionais comparativas dos agentes, reconhecendo que a interpretação preferível não é aquela que conduza o intérprete a uma solução ideal, mas sim a que, adotando uma postura comparativa entre as alternativas possíveis, busque eleger aquela que conduza à solução ótima. Afinal, deve-se sempre considerar as “capacidades específicas de intérpretes reais e falíveis, e o risco de que cometam erros”.¹⁰⁰

Estabelecidas essas premissas, os autores concluem que há temas que não encontram no Poder Judiciário o melhor árbitro, devido aos elementos de falibilidade judicial e efeitos sistêmicos das decisões que afetarão uma variedade indeterminada de pessoas. Os juízes, como generalistas que são, não tem o conhecimento ou a informação específica necessária para decidirem a respeito de escolhas políticas ou altamente complexas, o que aumenta a probabilidade de erro e recomenda uma postura mais cautelosa.¹⁰¹

A teoria da capacidade institucional, sob a perspectiva posta por Sunstein e Vermeule, apesar de fugir de uma análise estrita da idoneidade judicial para solucionar problemas políticos, resvala no estudo do controle judicial de políticas públicas. A teoria propõe uma atitude reconhecedora de que a melhor solução possível nem sempre será a mais desejada, considerando o amplo espectro de informações necessárias à tomada de certas decisões que não é compartilhado pelos magistrados. Portanto, a pergunta original deve ser reformulada, a saber: “Como determinadas instituições, com distintas habilidades e limitações, devem interpretar certos dispositivos legais?”.¹⁰²

A originalidade da formulação de Sunstein e Vermeule consiste justamente em reconhecer as variações da discrepância entre o mundo real e o mundo ideal e abandonar a solução ideal em favor da segunda melhor opção.¹⁰³ Segundo os autores, se o jurista, ao se deparar com questões complexas, tiver a consciência de suas limitações, ele optará pela

¹⁰⁰ SARMENTO, Daniel. **A proteção judicial...**, p. 32.

¹⁰¹ BRANDÃO, Rodrigo, op. cit., p. 184.

¹⁰² SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian, op. cit., p. 3.

¹⁰³ “Consider an analogy. In economics, the idea of second best demonstrates that if perfect efficiency cannot be obtained, efficiency is not necessarily maximized by approximating the first-best efficiency conditions as closely as possible; the second-best outcome might, in principle, be obtained by departing from the first-best conditions in other respects as well. So too, if an imperfect judge knows he will fall short of the standard of perfection defined by the reigning first-best account of interpretation, it is by no means clear that he should attempt to approximate or approach that standard as closely as possible.” Cf. SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian, op. cit., p. 24.

melhor forma de decidir (decisão sobre como decidir), e se desvencilhará do dilema de tentar construir a interpretação *correta*.¹⁰⁴

O grande risco da recente empolgação doutrinária com a teoria das capacidades institucionais é o uso recorrente de argumentos que, embora façam referência expressa à obra de Sunstein e Vermeule, possuem características que não são próprias da teoria na forma proposta pelos autores. Conforme bem apontado por Diego Werneck Arguelhes e Fernando Leal, há usos distorcidos da teoria da capacidade institucional que descambam ora para a banalidade, ora para a redundância, ora para o absurdo.¹⁰⁵

Os autores alertam para a banalização da teoria quando utilizada tão somente para enfatizar a dissonância entre o plano ideal e o plano da realidade, assumindo que aquele nunca será capaz de se reproduzir integralmente neste sem apresentar falhas no momento da transição. A banalidade desta simplificação reside no fato de que qualquer debate minimamente sofisticado acerca das teorias de interpretação e aplicação do direito reconhece esta condição.

O segundo uso problemático da teoria seria a utilização desta nomenclatura para fazer referência a categorias já conhecidas, como separação dos poderes, dificuldade contramajoritária ou até mesmo a discricionariedade técnica, aqui já definida de forma estanque à teoria da capacidade institucional. Neste sentido, o uso da capacidade institucional é tido pelos autores como irrelevante, à medida que só apresenta um novo rótulo para antigos problemas.¹⁰⁶

Por fim, o uso absurdo da teoria seria aquele que emprega a expressão “capacidades institucionais” ignorando as normas jurídicas que desenham o modelo institucional vigente, através de uma argumentação puramente consequencialista. Isto é: o absurdo seria distorcer o direito positivo para adequá-lo às melhores consequências, e não o contrário. A leitura institucionalista não pode se desprender do arranjo constitucional, notadamente no que diz respeito à divisão de funções entre os poderes e à sua organização.

Portanto, desde as primeiras formulações das bases da crítica institucional até a teoria proposta por Sunstein e Vermeule, com ênfase na interpretação do Direito, é possível notar a necessidade de que a crítica institucional ocupe uma posição de destaque nos debates acadêmicos. Afinal, a indiferença às questões institucionais tem provocado consequências

¹⁰⁴ BRANDÃO, Rodrigo, op. cit., p. 186.

¹⁰⁵ ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. **O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo**. Revista de Direito, Estado e Sociedade da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, n° 38, janeiro/junho de 2011.

¹⁰⁶ Ibidem, p. 35.

danosas não só para o debate acadêmico como também para as instituições jurídicas e, conseqüentemente, para as questões que solucionam.

No âmbito das políticas públicas, não se pode ignorar o fato de que o controle judicial é realizado por um órgão que não apresenta, dentre suas finalidades institucionais, a função de promover políticas sociais e, por este motivo, acaba por fornecer respostas destoantes da real necessidade da população. Neste sentido, uma análise comparativa dos méritos e deméritos de cada instituição seria não só conveniente como útil para a composição de conflitos entre os poderes.

3.2.3 Efeitos sistêmicos das decisões judiciais no âmbito do direito à saúde.

O segundo aspecto em que se funda a teoria desenvolvida por Sunstein e Vermeule consiste nos efeitos sistêmicos de determinada abordagem para atores públicos e privados variados. Os autores aludem que um sistema de interpretação racional é baseado no reconhecimento da alta probabilidade de ocorrência de efeitos dinâmicos externos ao processo.¹⁰⁷ É o impacto das decisões judiciais para além do caso concreto.

No âmbito dos programas governamentais, como resultado da incapacidade institucional do Poder Judiciário para a definição de políticas públicas, as decisões nesta seara não são capazes de considerar todo o contexto fático atingido pela política estabelecida pelo administrador, o que pode gerar conseqüências dramáticas e imprevisíveis.

Falta aos magistrados, moldados para atuar em demandas individuais e com o raciocínio voltado para a resolução do caso concreto apresentado, o conhecimento técnico necessário à compreensão dos efeitos plúrimos das decisões que tomam, pois estas devem ser consideradas no contexto da macrojustiça.¹⁰⁸ Falta-lhes a visão sistêmica do todo, uma vez

¹⁰⁷ SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian, op. cit., p. 13.

¹⁰⁸ Neste sentido, Ana Paula de Barcellos: “Ainda que superadas as críticas anteriores, o fato é que nem o jurista, e muito menos o juiz, dispõem de elementos ou condições de avaliar, sobretudo em demandas individuais, a realidade da ação estatal como um todo. Preocupado com a solução dos casos concretos – o que se poderia denominar de *micro-justiça* –, o juiz fatalmente ignora outras necessidades relevantes e a imposição inexorável de gerenciar recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas: a *macro-justiça*. Ou seja: ainda que fosse legítimo o controle jurisdicional das políticas públicas, o jurista não disporia do instrumental técnico ou de informação para levá-lo a cabo sem desencadear amplas distorções no sistema de políticas públicas globalmente considerado”. Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais**: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático, Revista de Direito do Estado 3:32, 2006, *apud*, BARROSO, Luís Roberto, Da falta de efetividade..., p. 27.

que estão habituados a resolver conflitos bilaterais, cujos efeitos com rara frequência ultrapassam a esfera jurídica das partes.

Nesse contexto, as políticas públicas de saúde são constantemente afetadas pelas decisões judiciais que determinam o fornecimento de medicamentos. Todos os conflitos relativos aos direitos sociais, como direito coletivos por excelência, envolvem a distribuição de recursos públicos e, em última análise, afetam a própria universalização do acesso aos serviços públicos prestados.¹⁰⁹

Conforme anteriormente assinalado, a postura concessiva do Poder Judiciário no campo das políticas públicas de saúde compromete a alocação dos escassos recursos. Quando é proferida uma decisão em um litígio individual, para cumprir a determinação judicial muitas vezes o administrador retira o medicamento do programa, desatendendo o cidadão regularmente cadastrado.¹¹⁰

A questão que aqui se coloca está relacionada à natureza plurilateral dos conflitos distributivos. Os casos submetidos à apreciação judicial que versam sobre direitos coletivos, tais como as demandas por medicamento, dizem respeito à apropriação individual de recursos comuns. A ideia de justiça distributiva pressupõe a repartição proporcionalmente igualitária de bens comuns, pertencentes à toda coletividade.¹¹¹

Contudo, a falta de *expertise* técnica dos magistrados, bem como a ausência de percepção global dos efeitos de suas decisões é extremamente prejudicial à dinâmica das políticas sociais desenhadas pelo administrador, que, ao contrário do magistrado, tem o raciocínio voltado para a coletividade. O próprio caráter reativo da jurisdição implica em decisões erráticas e regressivas, que contribuem para a irracionalidade distributiva.¹¹² Daí decorrem os efeitos sistêmicos tão enfatizados por Sunstein e Vermeule.

No que tange à distribuição de medicamentos, a postura casuística da jurisprudência brasileira tem levado à desorganização da Administração Pública. Há diversos casos em que o Judiciário concede o fornecimento de medicamentos que não estão na lista ou que tem custo muito elevado, desconsiderando totalmente que as demandas individuais por medicamentos se inserem no contexto mais amplo das políticas de saúde. Aqui, é válida a velha metáfora do cobertor curto: quando se cobre a cabeça, se descobrem os pés.

¹⁰⁹ MARINHO, Carolina Martins, op. cit., p. 5.

¹¹⁰ NETO, Cláudio Pereira de Souza. **A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros**, in: SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza (org.). *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*, 2ª tiragem, 2009.

¹¹¹ LOPES, José Reinaldo de Lima, op. cit., p. 27.

¹¹² VERÍSSIMO, Marcos Paulo, op. cit., p. 96.

3.2.4 O papel do Poder Judiciário na solução dos conflitos distributivos.

Segundo o filósofo John Rawls, a questão principal da justiça distributiva é a escolha de um sistema social, que deve ser estruturado de modo que “a distribuição resultante seja justa, independentemente do que venha a acontecer”.¹¹³ Para tanto, seria necessária uma organização apropriada das instituições políticas e jurídicas, sem a qual o “resultado do processo distributivo não será justo. Faltarão a equidade do contexto”.¹¹⁴

A partir do excerto acima, é possível delinear o problema da justiça distributiva que tem recheado a agenda do Poder Judiciário brasileiro. A discussão judicial dos conflitos coletivos, que exigem soluções voltadas à distribuição igualitária dos bens comuns, tem sido feita às avessas, sob o signo de um confronto de interesses entre dois indivíduos, ainda que um deles seja o Estado.

As regras de justiça distributiva não podem ser definidas a partir de um caso concreto. As decisões que pretendem fazer justiça distributiva – ou mesmo aquelas que, ignorando este aspecto dos direitos sociais, acabam ainda assim por fazê-la – acabam gerando o resultado inverso a que se propõem: fazem injustiça ao invés da justiça, pois passam por cima do critério de igualdade que deve nortear as decisões relativas aos interesses da mesma classe.¹¹⁵

Neste sentido, surgem os limites atinentes ao Poder Judiciário na realização da justiça distributiva, que decorrem da própria dinâmica do processo judicial, idealizado com foco nas questões bilaterais de justiça comutativa, nas quais os interesses em jogo não ultrapassam as partes nele representadas. Nesse tipo de conflito, a atuação judicial corresponderia a um mero serviço público de resolução de conflitos individuais, através da aplicação direta de regras de incidência retrospectiva.¹¹⁶

Por sua vez, as questões de justiça distributiva funcionam de modo diverso. Elas têm por objeto o bem comum, que não se confunde com a soma dos interesses individuais da coletividade.¹¹⁷ Os conflitos distributivos envolvem o problema da alocação de recursos escassos, o que demanda dos juízes uma “adequada visão de conjunto, o que é muito difícil de

¹¹³ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução: Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. Editora Martins Fontes: São Paulo, 2ª tiragem, 2000, p. 303.

¹¹⁴ Idem.

¹¹⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima, op. cit., p. 29.

¹¹⁶ Ibidem, p. 24.

¹¹⁷ Ibidem, p. 27.

se obter no âmbito de um processo judicial”.¹¹⁸ As limitações do próprio modelo adjudicatório obstam a concretização do ideal de justiça distributiva, até mesmo pelo juiz mais bem intencionado.

Nessa esteira, Lon Fuller, ainda na década de 1950,¹¹⁹ realizou interessante estudo acerca dos limites da função jurisdicional, denominado *The Forms and Limits of Adjudication*. O autor inicia a discussão acerca do policentrismo dos conflitos políticos, abordando as dificuldades que o modelo adjudicatório enfrenta como meio de resolução desses conflitos.

Inicialmente, Fuller define a adjudicação como uma forma de ordenação social por meio da qual as relações entre os homens são governadas e reguladas.¹²⁰ A adjudicação funcionaria segundo o modelo de participação das partes afetadas mediante a apresentação de provas e argumentos racionais. Seria, portanto, essencialmente racional e baseada em disputas sobre direitos.

O autor aponta também que a adjudicação tem um viés retrospectivo que deriva do próprio modo de participação das partes no processo. Ela se volta à solução do conflito entre os sujeitos que integram o processo judicial. Estes, através da apresentação de provas e argumentos racionais, tentam convencer o juiz a decidir as demandas por direitos ou acusações de culpa. Aduz o autor:

“It is not so much that adjudicators decide only issues presented by claims of right or accusations. The point is rather that whatever they decide, or whatever is submitted to them for decision, tends to be converted into a claim of right or an accusation of fault or guilt. This conversion is effected by the institutional framework within which both the litigant and the adjudicator function.”¹²¹

Mais adiante em sua abordagem, Fuller sustenta que o problema de conflitos policêntricos pode ser equiparado a uma teia de aranha: qualquer ação em um ponto da teia espalha seus efeitos, sem um padrão definido, através da teia como um todo. Outra ação no mesmo ponto não irá necessariamente dobrar os efeitos já produzidos, mas talvez seja capaz de criar um padrão diferente e complicado de repercussões.¹²²

¹¹⁸ SARMENTO, Daniel, **A proteção judicial...** p. 33.

¹¹⁹ Registre-se que a obra de Lon Fuller, apesar de escrita e difundida no meio acadêmico na década de 1950, somente veio a ser publicada postumamente, em 1978. Ver: VERÍSSIMO, Marcos Paulo, op. cit., p. 87.

¹²⁰ FULLER, Lon, op. cit., p. 357.

¹²¹ Ibidem, p. 369.

¹²² Ibidem, p. 394.

Assim, para Fuller, problemas policêntricos geram efeitos imprevisíveis e multilocalizados, e por esta razão, não se enquadrariam no modelo de adjudicação. Deveriam, portanto, ser resolvidos mediante “métodos parlamentares” que incluem uma espécie de acordo político. Qualquer tentativa de forçar questões policêntricas no processo judicial estaria destinada a fracassar.

O jurista então conclui que, em razão da adjudicação consistir em decidir questões ligadas a direitos e acusações de culpa, os conflitos policêntricos, que não se submetem a esse tipo de racionalidade, não encontram no processo judicial o caminho mais apropriado para sua resolução. Afinal, conforme interessante tese de doutorado desenvolvida por Marcos Paulo Veríssimo,

“A incapacidade de pensar em termos de preferências, a incapacidade de lidar com a barganha em plano coletivo (não se transacionam direitos indisponíveis, como aqueles de natureza coletiva ou os que envolvem as políticas do Estado, diz o cânone), a necessidade de transformar pontos de vista parciais em direitos que precisam ser ou não ser titularizados por quem os afirma, em um jogo de tudo ou nada, a necessidade de adstrição ao caso concreto e a correlativa impossibilidade de extrapolá-lo ou ampliá-lo de sorte a contemplar outras necessidades sociais e, enfim, a incapacidade de gerir a própria agenda e determinar as próprias soluções fariam do Judiciário, ao fim e ao cabo, um péssimo alocador de recursos.”¹²³

No campo do direito à saúde, as demandas por fornecimento de medicamentos e tratamentos custeados pelo Poder Público provocam efeitos avassaladores nos programas estabelecidos pelo governo. As concessões em litígios individuais acabam por resultar na desproteção da saúde como direito universal e igualitário, tendo em vista que a escassez de recursos pressupõe a retirada de parte do bolo para atender à determinação judicial. O beneficiário da demanda acaba sendo privilegiado em detrimento dos demais indivíduos que são atendidos pelos programas.

Vê-se, portanto, que as críticas apostas pelas diversas vertentes da teoria da capacidade institucional apresentam nuances que têm sido negligenciadas no atual contexto de judicialização da política em andamento no Brasil. A experiência norteamericana a partir da década de 1950 em muito se parece com a atual fase vivenciada em nosso país, e as reflexões trazidas por estes estudiosos são de grande valia para o estudo do controle judicial das políticas públicas no Brasil.

¹²³ VERÍSSIMO, Marcos Paulo, *op. cit.*, p. 18.

4 TUTELA JUDICIAL DO DIREITO A PRESTAÇÕES DE SAÚDE: DELIMITANDO AS FRONTEIRAS PARA UM CONTROLE SAUDÁVEL.

4.1 O impacto das demandas individuais na organização das políticas públicas de saúde.

Considerando todas as críticas já expostas, chega-se a uma objeção óbvia: a intensa atuação judicial na concretização do direito à saúde, principalmente através do fornecimento de medicamentos, provoca a desorganização da Administração Pública. Esta crítica tem sido corrente, e há motivo para tanto: as decisões judiciais comprometem a capacidade de planejamento da Administração, privando-a de eficiência e impedindo a otimização das políticas de promoção à saúde pública.¹²⁴

Em termos orçamentários, é evidente que o Poder Judiciário impede a maximização dos benefícios advindos dos investimentos públicos quando interfere na política de distribuição de medicamentos estabelecida pelo governo. Ao invés de promover a universalização do acesso à saúde, a judicialização tem levado à redução do impacto da atuação pública, cuja estruturação os magistrados desconhecem.¹²⁵

Não se trata de uma análise puramente econômica do direito. Os valores axiológicos por trás da alocação adequada dos recursos orçamentários residem na própria ideia de universalização e acesso igualitário à saúde. O cálculo custo-benefício é indispensável em um ambiente de recursos finitos e necessidades ilimitadas, e a abordagem individualista da jurisprudência tem causado sérios transtornos à gestão eficiente dos recursos públicos como política social.¹²⁶

A fim de elucidar melhor o ponto, cabe fazer algumas observações de ordem financeira e orçamentária a respeito do impacto das decisões judiciais na organização das políticas de saúde. Pesquisas recentes demonstram que a participação do Judiciário em função

¹²⁴ BARROSO, Luís Roberto, **Da falta de efetividade...**, p. 25.

¹²⁵ NETO, Cláudio Pereira de Souza, op. cit., p. 19.

¹²⁶ “Não é possível que o Judiciário sirva de instrumento para impor à Administração, em favor apenas dos demandantes, deveres estatais que pela própria essência seriam aproveitados por toda a sociedade. Não é lógico que uma atuação administrativa originariamente destinada à coletividade, uma vez judicializada, seja oponível tão somente aos demandantes ou aos que se dispuserem a demandar. Além de fragmentar ou mesmo desestruturar o sistema de saúde, esse mecanismo também evidencia um modelo excludente das minorias, daqueles que não tem acesso à justiça, rompendo com a ideia de um sistema de saúde universal e igualitário.” Cf. PERLINGEIRO, Ricardo, op. cit., p. 195-196.

de deliberações judiciais interfere no orçamento em proporção comparável a do Poder Legislativo, o que denota o excesso de uma atuação que deveria ser excepcional, pois envolve uma série de componentes econômicos que passam ao largo da esfera de conhecimento do magistrado.¹²⁷

4.1.1 O impacto em termos orçamentários.

A Política Nacional de Medicamentos, aprovada pela Portaria nº 3.916/98, foi editada com o propósito de garantir a segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos, a promoção do uso racional e o acesso àqueles considerados essenciais. A definição das listas de medicamentos é realizada por meio da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME. É a partir desta relação nacional que os governos estaduais e municipais selecionam os medicamentos para as listas regionais.¹²⁸

Fabiola Vieira e Paola Zucchi¹²⁹ realizaram importante pesquisa empírica acerca da desestruturação da política de medicamentos provocada pela reivindicação judicial da aquisição de medicamentos que não constam na relação de medicamentos essenciais. O estudo foi realizado no âmbito da Secretaria Municipal de Saúde de São Paulo durante o ano de 2005.

A pesquisa distribuiu os medicamentos requeridos nas ações em cinco categorias e o resultado foi impressionante. Constatou-se que o gasto total da Secretaria de Saúde derivado dessas ações foi de R\$ 876 mil e que 62% dos medicamentos solicitados faziam parte de listas de programas do SUS. Dentre os medicamentos requeridos que não constavam em lista alguma, 73% possuía substitutos para o tratamento registrados no país.¹³⁰

Entretanto, o dado mais impactante foi aquele relativo à categoria de medicamentos antineoplásicos, cujo fornecimento é feito através dos centros de alta complexidade em oncologia, vinculado à atenção integral ao paciente mediante a destinação de recursos

¹²⁷ OLIVEIRA, Fernando Frões. **Finanças Públicas, Economia e Legitimação**: Alguns Argumentos em Defesa do Orçamento Autorizativo. Revista de Direito Processual Geral, Rio de Janeiro, nº 64, 2009, p. 85.

¹²⁸ PEREIRA, Delvechio de Souza. **O orçamento público e o processo de judicialização da saúde**. Artigo apresentado ao Instituto Serzedello Corrêa – ISC/TCU como requerimento parcial à obtenção do grau de Especialista em Orçamento Público. Brasília, Distrito Federal, 2010, p. 16.

¹²⁹ VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola. **Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil**. Revista de Saúde Pública, nº 41, 2007.

¹³⁰ Ibidem, p. 218

financeiros específicos. No total, esses medicamentos geraram um gasto equivalente a 75% do valor total gasto com medicamentos decorrentes de ordem judicial, com total desconsideração da organização do SUS para esse tipo de tratamento, e cujos beneficiários somavam apenas 7,2% dos autores das demandas.¹³¹ Ou seja, dispensam-se verbas elevadíssimas para o atendimento de uma parcela ínfima da população.

A pesquisa revelou também que muitas decisões determinam o fornecimento, pela Secretaria Municipal, de remédios que fazem parte da lista de medicamentos sob responsabilidade dos governos estaduais e federal. Tais medicamentos incluem-se na categoria de alto custo, por se destinarem ao Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional.

Todavia, não é somente na esfera municipal que as demandas judiciais ocasionam prejuízo à organização do SUS. No âmbito dos estados, o resultado é ainda pior. Para se ter uma ideia, o elevado número de ações judiciais levaram a Secretaria Estadual de Saúde de São Paulo a criar a Farmácia de Assistência Judicial, destinada a atender especialmente os pacientes que obtiveram decisões favoráveis na justiça.

Em outro estudo anteriormente mencionado, Fernanda Vargas Terrazas constatou que, no ano de 2006, a Secretaria Estadual de São Paulo gastou R\$ 65 milhões para atender as decisões judiciais apenas da comarca da capital, que beneficiaram cerca de 3.600 pessoas. A título de comparação, no mesmo ano a Secretaria desembolsou R\$ 838 milhões para atender 380 mil pessoas no Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional.¹³²

Os gastos públicos com a aquisição de medicamento ordenada pela justiça cresceram muito nos últimos anos. Em 2007, o então Ministro da Saúde José Gomes Temporão afirmou que os estados desembolsavam, em média, R\$ 500 milhões por ano só para atender as demandas judiciais.¹³³ Entre os anos de 2005 e 2009, o valor gasto pelo Ministério da Saúde com ações judiciais destinadas a garantir o fornecimento de medicamentos saltou de R\$ 2,5 milhões para R\$ 83,2 milhões.¹³⁴

¹³¹ *Ibidem*, p. 220

¹³² TERRAZAS, Fernanda Vargas, *op. cit.*, p. 106.

¹³³ Dados obtidos a partir de: WANG, Daniel Wei Liang. **Poder Judiciário e participação democrática nas políticas públicas de saúde**. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito do Estado. São Paulo, 2009, p. 18.

¹³⁴ PEREIRA, Delvechio de Souza, *op. cit.*, p. 24.

4.1.2 O impacto em termos de equidade.

Diante dos dados elencados, é inegável a desorganização tanto administrativa quanto financeira que a judicialização da saúde tem causado à Política Nacional de Medicamentos. As decisões judiciais têm gerado não só o aumento da irracionalidade no uso dos recursos financeiros do Poder Público, como também tem trazido enorme prejuízo à equidade.

A concessão desenfreada de fornecimento de medicamentos sob o signo da garantia de acesso universal e igualitário à saúde é um contrassenso, uma vez que a desorganização da gestão do SUS impede que a Administração efetive as opções mais racionais e que atenderão a um maior número de pessoas.

Por exemplo, a política de saneamento básico é essencial para a promoção da saúde preventiva, e muito mais efetiva do que a dispensação de medicamentos. No entanto, quanto mais se gasta para atender às decisões judiciais, menos se investe nas áreas que mais necessitam de custeio a longo prazo. Como se pode observar a partir das pesquisas realizadas, o crescente gasto de recursos para o cumprimento de decisões judiciais trará um prejuízo cada vez maior à universalidade do sistema.

Deve-se, contudo, tomar cuidado para não incorrer em um utilitarismo incompatível com o direito que se pretende conservar. Por este motivo, é importante ressaltar que o Estado pode realizar diversos serviços simultaneamente. Não é necessário que se escolha entre a distribuição de medicamentos e a política de saneamento básico.¹³⁵ O que se faz necessário é que o Judiciário não interfira demasiadamente em aspectos que estão fora do alcance de sua compreensão.

Observou-se também a partir das pesquisas que, com frequência, os medicamentos requeridos nas ações judiciais encontram-se nas listas dos programas do SUS. As doenças mais referidas nas ações foram o câncer e o diabetes, que são patologias para as quais há previsão de tratamento no SUS. Tal fato indica falhas na garantia de acesso aos medicamentos ou o desconhecimento da disponibilidade do remédio respectivo.¹³⁶

Portanto, muitas vezes a questão que chega ao Judiciário é a exigência de se tratar a doença com medicamento diferente do que é disponibilizado pelos programas. Caso se trate de um medicamento já constante da lista, não há óbices a que o Judiciário defira o pedido,

¹³⁵ NETO, Claudio Pereira de Souza, *op. cit.*, loc cit.

¹³⁶ VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola, *op. cit.*, p. 221.

bastando que determine a reposição do estoque para que outro paciente que já se encontrava no programa não fique desassistido.¹³⁷ Esta medida não elimina o impacto orçamentário da decisão judicial, mas evita a sua pior consequência.

Entretanto, no que tange aos medicamentos que não se encontram nas listas, seja porque não estão registrados na ANVISA, seja porque há outros semelhantes (com ou sem o mesmo princípio-ativo, mas que servem ao tratamento da mesma doença), é recomendável que o Judiciário adote uma postura mais deferente em relação à política definida pela Administração.

Afinal, há muitos aspectos que são levados em conta pelo administrador na elaboração das listas de medicamentos a serem disponibilizados, e sua opção deve ser respeitada para viabilizar o atendimento da finalidade pretendida, que é justamente a garantia de acesso a padrões dignos de saúde pelo maior número de pessoas possível. Nessa seara, portanto, é imprescindível uma maior autocontenção judicial.

Ante todas as limitações do Poder Judiciário na concretização do direito à saúde já analisadas neste trabalho, poder-se-ia supor que qualquer intervenção judicial na saúde está fadada ao insucesso. Contudo, nem se questiona sua essencialidade para evitar a negligência do Estado. Hoje em dia, já se afigura inafastável o controle judicial para a garantia da efetividade das políticas públicas. Qual seria, então, o ponto de equilíbrio? Há duas possíveis soluções apontadas pela doutrina para minimizar esse problema que serão abordadas a seguir.

4.2 O acesso às prestações de saúde através das tutelas coletivas.

Diante do quadro de tamanha ineficiência da atuação judicial na tentativa de promoção dos direitos sociais, uma alternativa vem conquistando adeptos entre os doutrinadores¹³⁸: a priorização das tutelas coletivas. As razões para o suposto sucesso dessa empreitada são basicamente as mesmas, embasadas no fundamento de que os efeitos danosos das demandas individuais seriam, desse modo, contornáveis.

Dentre as vantagens da adoção da via coletiva apontadas pelos juristas, encontram-se a representatividade dos legitimados ativos; a visão global do contexto geral das políticas

¹³⁷ GOUVÊA, Marcos Maselli. **O direito ao fornecimento estatal de medicamentos**, p. 22.

¹³⁸ Adeptos desta tese: Ana Paula de Barcellos, Luís Roberto Barroso, Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmiento, dentre outros.

públicas afetadas, o que desorganizaria menos a Administração Pública, possibilitando uma análise mais acurada do impacto orçamentário da decisão e dos aspectos técnicos envolvidos; a universalização da prestação – tendo em vista os efeitos *erga omnes* das decisões; e o estímulo à atuação política conjunta, evitando a exclusão daqueles que não tem acesso à justiça.¹³⁹

Corroborando este posicionamento, Ana Paula de Barcellos sustenta que “a importância das modalidades de controle coletiva e abstrata é alimentada de forma particular pelas limitações próprias ao controle subjetivo individual, que em determinados ambientes podem desencadear efeitos colaterais pouco desejáveis”. De fato, como já analisado, as limitações do modelo adjudicatório geram efeitos nocivos quando os conflitos coletivos são nele introduzidos. Entretanto, a tutela coletiva também encontra objeções no que tange à sua utilização como meio adequado para a solução dos conflitos relativos a direitos sociais.

Em primeiro lugar, cumpre assinalar que não há como se restringir o acesso individual ao Poder Judiciário para satisfazer um direito subjetivo público, que é uma das facetas do direito à saúde. Ele é direito coletivo, e não há qualquer dúvida a esse respeito, mas também consubstancia um direito individual indisponível. Assim, inviável seria subtrair do indivíduo a possibilidade de demandar individualmente, pois isso iria de encontro à ideia de proteção máxima e universal dos direitos fundamentais, bem como afrontaria o princípio da inafastabilidade de jurisdição.

Em segundo lugar, conforme assevera Ricardo Perlingeiro¹⁴⁰, as próprias características do sistema judicial de ações coletivas o tornam inadequado. Por exemplo, o mecanismo do *right opt in/right opt out* possibilita que um indivíduo ou grupo seja incluído ou excluído dos efeitos da ação coletiva. Ademais, os efeitos dessas ações se restringem à esfera territorial submetida à jurisdição do órgão judicial prolator da decisão.

O terceiro óbice à priorização das tutelas coletivas decorre da postura refratária do Poder Judiciário em relação a essas demandas. No Brasil, além de prevalecerem as ações individuais, os magistrados tendem a rejeitar o controle de políticas públicas realizado no bojo das ações coletivas.¹⁴¹ As análises das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal na Suspensão de Tutela Antecipada nº 91 e na Suspensão de Tutela Antecipada nº 185 são

¹³⁹ Neste sentido, ver: NETO, Cláudio Pereira de Souza, op. cit., p. 30.

¹⁴⁰ PERLINGEIRO, Ricardo, op. cit., p. 196.

¹⁴¹ Em pesquisa recente realizada por Daniel Wei Liang Wang e Octávio Ferraz, constatou-se que a taxa de êxito das Ações Cíveis Públicas ajuizadas em tribunais superiores é menor do que nos casos individuais, confirmando o entendimento de que os tribunais têm certa aversão a lidar com problemas estruturais. Cf. WANG, Daniel Wei Liang; FERRAZ, Octávio Luiz Motta, op. cit., loc. cit.

exemplos do que aqui se afirma. Os julgados foram proferidos pela Ministra Ellen Gracie, que presidia o Tribunal à época.

A STA 91 foi interposta pelo Estado de Alagoas nos autos de uma Ação Civil Pública em que foi concedida a antecipação de tutela determinando o fornecimento de todo e qualquer medicamento necessário a pacientes renais crônicos ou transplantados. A Ministra deferiu parcialmente o pedido para limitar os medicamentos fornecidos, com base nos seguintes argumentos: necessidade de racionalização dos gastos em virtude da escassez de recursos, o que prejudicaria o atendimento de um maior número de pessoas; o direito à saúde deveria ser considerado sob a perspectiva de direito concretizado por meio de políticas públicas para um acesso coletivo, igual e universal; dever-se-ia respeitar a escolha alocativa feita pela Administração Pública no sentido de fornecer somente os medicamentos constantes da lista do Ministério da Saúde.¹⁴²

Já na STA 185, também interposta no bojo de uma Ação Civil Pública, a Ministra externou claramente seu posicionamento no sentido de que, em matéria de tutela judicial de direitos sociais, deve-se adotar uma análise casuística, em detrimento da tutela coletiva, tendo em vista que esta repercute “na programação orçamentária federal, ao gerar impacto nas finanças públicas”, o que caracterizaria “grave lesão à ordem pública, em sua acepção jurídico-constitucional”.¹⁴³

Ao lado de todos esses empecilhos à consolidação da tutela coletiva como solução para a judicialização das políticas públicas, há ainda a dificuldade de execução coercitiva das decisões judiciais nas ações coletivas, quando não são adimplidas voluntariamente pelo Poder Público. Exemplo disso foi a decisão em sede de Ação Civil Pública que determinou ao Estado do Ceará que resolvesse o problema da falta de leitos em UTI no prazo de 90 dias. Contudo, anos depois, a decisão ainda não havia sido cumprida.¹⁴⁴

Além disso, o já referido problema das implicações orçamentárias e da falta de conhecimento técnico e competência institucional do magistrado para determinar uma medida genérica que surta os efeitos sociais desejados constituem impeditivos ao sucesso dessas

¹⁴² WANG, Daniel Wei Liang, op. cit., p. 46.

¹⁴³ SARMENTO, Daniel, op. cit., p. 35.

¹⁴⁴ FERREIRA, Marina Costa. **Direito à Proteção da Saúde pela Via Judicial**: em busca de efetividade e equidade. Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília, 2011, p. 64.

ações.¹⁴⁵ Assim, é possível constatar que o argumento em prol das ações coletivas apresenta tantas falhas quanto o que apregoa a ampla justiciabilidade dos direitos sociais.

Neste sentido, a Comissão Internacional de Juristas concluiu, no relatório do ano de 2008, que os procedimentos coletivos e de interesse público envolvendo reformas estruturais, omissões e políticas deficientes exigem uma abordagem ainda mais cuidadosa. Os juristas sustentam que é necessário que haja uma ampliação da interação entre o Judiciário e as instituições políticas a fim de flexibilizar as decisões, permitindo a satisfação de todos os objetivos pretendidos.¹⁴⁶

Na tentativa de oferecer uma alternativa a essa questão, Ricardo Perlingeiro sugere:

“a solução ideal – que no Brasil dependeria de norma – seria considerar o fundamento da pretensão individual (qual seja, a alteração da lista de medicamentos) uma questão prejudicial dependente de um processo autônomo de natureza coletiva e de iniciativa de órgãos públicos dotados de independência. Esse incidente seria de competência privativa de um único tribunal e capaz de ensejar uma decisão com eficácia *erga omnes*, enquanto a causa individual originária permaneceria suspensa por prazo razoável, sem prejuízo do deferimento de medidas de urgência”.¹⁴⁷

Por sua vez, há autores que defendem que uma ampliação da atuação do Ministério Público, em razão de seu relevante papel no arranjo institucional, sanaria grande parte das dificuldades encontradas pelos magistrados. A percepção do Ministério Público como promotor da cidadania e da inclusão social é o grande impulsionador dessa posição que, apesar de encontrar opositores, tem ampla aceitação na doutrina.

Daniel Wei Liang Wang, a fim de analisar a viabilidade da proposta, realizou uma pesquisa com base nas Ações Civis Públicas ajuizadas pelo Ministério Público no Estado de São Paulo em janeiro de 2009.¹⁴⁸ O autor constatou uma diminuição no número de ações propostas ao longo dos anos, ao mesmo tempo em que houve aumento no número de inquéritos civis públicos arquivados sem a propositura da ação.

¹⁴⁵ “A fluidez dos conceitos que se liga à proteção coletiva – e aos instrumentos a ela ligados, como a noção de proporcionalidade, de interesse público e de bem comum – outorga, em última análise, ao magistrado um poder semelhante àquele desempenhado pelos representantes políticos da sociedade, impondo ao juiz uma nova forma de pensar as questões a ele sujeitas”. Cf. ARENHART, Sergio C. **As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário**. Revista Eletrônica do Ministério Público Federal, ano I, nº 1, 2009, p. 3.

¹⁴⁶ FERREIRA, Marina Costa, op. cit., p. 66.

¹⁴⁷ Esta é a saída preconizada no código euroamericano de justiça administrativa e também parcialmente adotada no anteprojeto do código modelo de justiça administrativa que está sendo discutido no Instituto Iberoamericano de Direito Processual. Ver: PERLINGEIRO, Ricardo, op. cit., p. 198.

¹⁴⁸ WANG, Daniel Wei Liang. **Poder Judiciário e Políticas Públicas de Saúde: participação democrática e equidade**. Caderno Gestão Pública e Cidadania, vol. 14, nº 54, janeiro/junho de 2009.

A conclusão da pesquisa, portanto, foi no sentido de que houve um aumento significativo de demandas resolvidas na fase pré-judicial, o que indica uma tendência de maior “juridicização” e menor judicialização.¹⁴⁹ Esse dado interessante aponta um caminho de diálogo institucional que vem sendo traçado por alguns doutrinadores, em consonância com a posição sustentada pela Comissão Internacional de Juristas.

4.3 Diálogos institucionais: uma alternativa coerente.

A visão solidificada no Brasil de que o Poder Judiciário é quem tem a “última palavra” sobre os direitos fundamentais é um ponto da nossa tradição jurídica a ser revisitado. Em vez de “teorias sobre a última palavra”, há farta produção acadêmica no direito anglo-saxão que focaliza o diálogo entre os diversos órgãos e instituições na interpretação constitucional.¹⁵⁰ Esta é a chamada “teoria dos diálogos institucionais”, que preconiza que, em uma democracia, não há espaço para última palavra.¹⁵¹

De início, deve-se observar que as teorias sobre diálogos institucionais aqui expostas não se confundem com aquelas voltadas para o controle de constitucionalidade. Apesar apresentarem aspectos muito semelhantes, uma vez que todas buscam uma readaptação da separação dos poderes para adequá-la às mudanças no atual panorama, o objetivo aqui é unicamente o enfrentamento da questão relativa à implementação dos direitos sociais.

A teoria que será analisada visa uma abordagem institucional que promova o equilíbrio entre a defesa dos direitos sociais, a atuação adequada da função jurisdicional e o processo político majoritário envolvido. Busca-se uma posição intermediária entre a judicialização excessiva que consubstancia a supremacia do Poder Judiciário e a autocontenção judicial que enfraquece a proteção dos direitos sociais.

Conforme bem sintetizado por Ana Paula de Barcellos, “não existem apenas duas opções radicais: a *colonização* total da política pelo direito ou a absoluta ausência de controle

¹⁴⁹ ASENSI, Felipe Dutra. **Indo Além da Judicialização: o Ministério Público e a saúde no Brasil**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Centro de Justiça e Sociedade, 1ª edição, 2010.

¹⁵⁰ SARMENTO, Daniel, **O Neoconstitucionalismo...**, p. 31.

¹⁵¹ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação**. Tese apresentada ao Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo para a obtenção do título de Doutor em Ciência Política. São Paulo, 2008.

jurídico em matéria de políticas públicas. Existem possibilidades intermediárias de controle aguardando desenvolvimento”.¹⁵²

4.3.1 A busca pelo diálogo institucional.

Em virtude da disseminação de uma cultura de intenso ativismo judicial nos mais variados países – e tendo em vista a miríade de implicações que suscita –, a literatura mais recente no âmbito da judicialização dos direitos sociais tem se pautado na construção de modelos teóricos que coadunem a garantia da efetividade dos direitos sociais com a deliberação democrática. Admitindo a necessidade do controle judicial, mas também reconhecendo suas limitações, a doutrina tem se enviesado pelo caminho de uma solução compartilhada: o diálogo entre as instituições.

A busca por um modelo institucional equilibrado visa evitar que a “obsessão”¹⁵³ de alguns sistemas jurídicos pelo protagonismo do Poder Judiciário leve a um esvaziamento da mobilização cívica do cidadão, e, conseqüentemente, do espaço de deliberação pública. Somando-se a isso os diversos entraves que a supremacia judicial tem causado à máxima efetividade das políticas públicas, torna-se crucial o desenvolvimento de uma nova diretriz para a atuação jurisdicional.

No Brasil, a idealização da figura do juiz aliada à crise de representatividade das instâncias democráticas contribui exponencialmente para a sobreposição do Poder Judiciário em face dos demais poderes. Daniel Sarmento, em crítica ácida, aduz:

“Com efeito, não é um bom lenitivo para a crise – real e grave – das instituições da democracia representativa, a transferência de poder para uma instância não-responsiva perante a vontade popular, como o Judiciário. As crônicas patologias do processo político brasileiro justificam correções de rumo na nossa incipiente democracia, mas entre elas não está o esvaziamento das instâncias de representação democrática. Não se trata da doença matando o doente”.¹⁵⁴

Nesse contexto, a abordagem doutrinária tem se concentrado em elementos da crítica democrática. Um desses expoentes é Roberto Gargarella, que defende uma concepção de

¹⁵² BARCELLOS, Ana Paula, **O Direito a Prestações...**, p. 824-825.

¹⁵³ SARMENTO, Daniel, **O Neoconstitucionalismo...**, p. 28.

¹⁵⁴ SARMENTO, Daniel, **A proteção judicial...**, p. 10.

democracia deliberativa segundo a qual as decisões públicas somente devem ser tomadas após uma discussão travada entre todas as partes que serão por ela afetadas.¹⁵⁵ O autor não chega a sugerir que o Poder Judiciário seja afastado por completo do controle dos direitos sociais, mas rejeita a supremacia judicial. A posição sustentada pelo jurista é a de que o Judiciário deve ser uma instância de participação dos grupos marginalizados.¹⁵⁶

No mesmo sentido, Rosalind Dixon constrói um argumento baseado nas vantagens das decisões coparticipadas, sustentando a tese de que um constitucionalismo cooperativo com foco na abordagem dialógica seria capaz de revelar o pleno potencial e os limites institucionais dos três poderes no processo de interpretação constitucional e defesa de direitos.¹⁵⁷

Segundo a autora, é importante destacar que a teoria do diálogo não supõe que a intervenção judicial somente deve se dar em caso de erro evidente ou flagrante incoerência ou irracionalidade do legislador ou do administrador, mas sim que os tribunais têm o direito de intervir, quer coercitivamente, quer comunicativamente (ou, no caso do diálogo, potencialmente das duas formas), em circunstâncias onde há falhas discutíveis de previsão, perspectiva, acomodação ou responsividade.¹⁵⁸

Por sua vez, Mark Tushnet, fazendo uma crítica à postura agressiva do Poder Judiciário na proteção dos direitos sociais, propõe uma estrutura que relacione a intensidade do controle judicial ao conteúdo dos direitos sociais. O autor divide os direitos sociais em três modalidades e as classifica em razão do nível de justiciabilidade de cada uma delas.¹⁵⁹

A primeira modalidade se refere aos direitos sociais meramente declaratórios, que seriam excluídos da apreciação judicial, devendo ser implementados através da mobilização política da sociedade civil. A segunda modalidade se refere aos direitos sociais materialmente

¹⁵⁵ GARGARELLA, Roberto. **Theories of Democracy, The Judiciary and Social Rights**, in: GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis. *Courts and Social Transformation in New Democracies: An Institutional Voice for the Poor?* Aldershot/Burlington: Ashgate, p. 13-34, *apud* FERREIRA, Marina Costa, op. cit., p. 29.

¹⁵⁶ “[...] quienes apoyan esta visión «deliberativa» de la democracia entienden que la principal virtud de la democracia es la de que en ella se facilita y promueve la discusión pública: si tal discusión faltara, luego, no sería razonable esperar que las decisiones que se adoptaran resultarían ser unas decisiones imparciales, ni tampoco quedarían demasiadas buenas razones para apoyar tal sistema político como particularmente valioso”. Cf. GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial**. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 1ª reimpressão, 2011, p. 178.

¹⁵⁷ DIXON, Rosalind. **Creating dialogue about social-economic rights: strong v. weak-form judicial review revisited**. NYU School of Law, New York. Center for Human Rights and Global Justice Working Paper. Economic, Social and Cultural Rights Series, n. 3, 2006, p. 3.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 29.

¹⁵⁹ TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights: judicial review and social welfare rights in comparative Constitutional Law**. Princeton: Princeton University Press, 2009, p. 237.

fracos, que proporcionam poucas garantias de provisões sociais. A justiciabilidade desta categoria estaria limitada à aferição da razoabilidade das políticas públicas que implementam esses direitos. Por fim, a terceira modalidade se refere aos direitos materialmente fortes, que permitiriam uma atuação mais abrangente do Poder Judiciário para a garantia de sua efetividade.

Como exemplo desta última categoria de direitos sociais, Tushnet se refere ao caso examinado pela Suprema Corte da África do Sul que envolvia o fornecimento de medicamento inibidor da transmissão do vírus da AIDS da mãe para o filho no momento do nascimento. No julgamento do caso, a Corte reconheceu que o direito à saúde, em alguns aspectos, é um direito materialmente forte.¹⁶⁰

Sabel e Simon propõem uma abordagem mais ousada, que denominam “*experimentalist approach*”, onde as partes em comum acordo elaboram um plano que deve ser reavaliado ao longo do tempo. O plano deve especificar metas a serem atingidas, mas a ideia é que as medidas eleitas sejam facilmente adaptáveis, podendo ser modificadas de acordo com circunstâncias supervenientes. Os autores afirmam que “*whatever the technical legal status of the plans, their function is not so much to coerce obedience as to induce internal deliberation and external transparency*”.¹⁶¹

Através desta breve exposição de diferentes autores, é possível verificar que a teoria do diálogo encontra subdivisões. Não é uma teoria uníssona, mas é possível identificar que todas apontam para a urgente necessidade de reequilíbrio entre os três poderes. Além disso, são também pontos tangenciais às diferentes abordagens a defesa de um controle judicial mais brando do que o atual e a concretização dos direitos fundamentais em favor dos mais necessitados.¹⁶²

A vantagem do modelo dialógico consiste em reconhecer que não há instituição infalível.¹⁶³ A teoria dos diálogos “torna a concretização da Constituição um processo interativo, no qual cada um dos poderes contribui com seus conhecimentos específicos, redundando na construção de um modelo de tomada de decisão mais qualificado”,¹⁶⁴ o que tende a produzir decisões melhores, através do consenso.

¹⁶⁰ Ibidem, p. 247.

¹⁶¹ SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds**. Harvard Law Review, vol. 117, nº 4, fevereiro de 2004, p. 1071.

¹⁶² MARQUES, Gabriel Lima; LOIS, Cecília Caballero. **Reforma Política e Diálogos Institucionais: novas possibilidades de superação da judicialização da política no Brasil**. Trabalho submetido ao XXI Congresso Nacional do CONPEDI. Uberlândia, junho de 2012, p. 11.

¹⁶³ MENDES, Conrado Hübner, op. cit., p. 11.

¹⁶⁴ BRANDÃO, Rodrigo, op. cit., p. 289.

Malcolm Langford dá exemplos de remédios judiciais “dialogais” e “cautelares”¹⁶⁵ que tem sido adotados ao redor do mundo: declaração retardatária de invalidez do ato, proporcionando que o próprio governo encontre uma forma de solucionar o problema; maior uso do processo judicial como forma de diálogo entre as partes, estimulando-as a entrarem em acordo antes da decisão final; e a elaboração de recomendações.

No Brasil, os efeitos da judicialização impulsionaram a criação de alguns mecanismos dialógicos, pois se percebeu que a atuação judicial, por si só, não poderia assegurar a realização igualitária do direito à saúde, muito menos fazer justiça social.¹⁶⁶ A teoria dos diálogos contribui para a discussão na medida em que firma a imprescindibilidade do compromisso interinstitucional para a efetividade dos direitos sociais. Alguns desses instrumentos dialógicos recém-nascidos no contexto brasileiro serão objeto da próxima seção.

4.3.2 Experiências intersetoriais no direito brasileiro.

O reconhecimento da importância da promoção do diálogo interinstitucional para a garantia da efetividade dos direitos sociais provocou alterações significativas no cenário político afeto às questões de saúde no Brasil.¹⁶⁷ Algumas experiências introduzidas pelo próprio Poder Judiciário têm contribuído sensivelmente para a transferência do debate da arena judicial para a deliberação pública.

Por exemplo, a Audiência Pública em saúde convocada pelo Ministro Gilmar Mendes em 2009 ouviu 50 especialistas, entre juristas, profissionais da saúde, gestores e usuários do SUS. O objetivo da audiência foi colher opiniões dos mais variados setores da sociedade civil, incrementando o acervo de informações disponíveis para que os Ministros pudessem formar seu convencimento.

A partir dos resultados obtidos com a Audiência Pública, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 107/10, que instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para a Assistência à Saúde, “com a atribuição de elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento de procedimentos, o reforço à efetividade dos processos

¹⁶⁵ LANGFORD, Malcolm. **Judicialização dos direitos econômicos, sociais e culturais no âmbito nacional: uma análise sócio-jurídica.** Revista Internacional de Direitos Humanos, vol. 6, nº 11, dezembro de 2009, p. 116.

¹⁶⁶ “Uma das mais sólidas objeções à justiciabilidade dos DESC é que, por meio desta, não é possível satisfazer à expectativa de alcançar a justiça social individual e transformadora”. Cf. *Ibidem*, p. 117.

¹⁶⁷ FERREIRA, Marina Costa, *op. cit.*, p. 80.

judiciais e à prevenção de novos conflitos”.¹⁶⁸ Foi editada também a já citada Recomendação nº 31/10 a fim de viabilizar maiores subsídios aos magistrados para assegurar mais eficiência na solução dos litígios de saúde.¹⁶⁹

De acordo com as informações coletadas na audiência, alguns estados já contavam com apoio técnico aos magistrados. Pioneiramente, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em parceria com a Secretaria Estadual de Saúde, criou o Núcleo de Assessoria Técnica, formado por uma equipe multidisciplinar composta por farmacêuticos, nutricionistas, enfermeiros e médicos incumbidos de auxiliar os juízes.¹⁷⁰ A iniciativa tem se espalhado pelo país.¹⁷¹

Entretanto, as mudanças não se restringiram ao interior do Judiciário. Após a Audiência Pública, o Ministério da Saúde noticiou a instalação do Comitê Interinstitucional de Resolução Administrativa de Demandas da Saúde, com a finalidade de resolver administrativamente as demandas entre os cidadãos e o SUS que chegam à Defensoria Pública, evitando a judicialização do litígio.¹⁷²

Nesse contexto, é importante destacar a função desempenhada pelo Ministério Público na busca por uma interface entre os diversos setores da sociedade civil, gestores e o próprio Ministério Público, potencializando a participação de todos a fim de aprimorar a discussão e incorporar as nuances tradicionalmente alheias à formação jurídica.

Em interessante estudo sobre o papel do Ministério Público na defesa do direito à saúde, Felipe Asensi analisou minuciosamente as estratégias de atuação do *Parquet* para reduzir esses desafios e otimizar os resultados. Dentre elas se destacam a realização de frequentes cursos de especialização em direito sanitário, a convocação de audiências públicas e até mesmo a elaboração de um “Manual de Atuação do Ministério Público Federal em defesa do direito à saúde”.¹⁷³

¹⁶⁸ Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 107 de 06 de abril de 2010.**

¹⁶⁹ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., p. 789-790.

¹⁷⁰ FERREIRA, Siddharta Legale; COSTA, Aline Matias da., op. cit., p. 221.

¹⁷¹ No Piauí, foi assinado um Termo de Cooperação Técnica pelo Presidente do Tribunal de Justiça, a Secretaria de Saúde, o Presidente da Fundação Municipal de Saúde e diversos Conselhos Regionais integrantes do setor da saúde. Em Minas Gerais foi criado um Comitê de Suporte Técnico-Consultivo às Decisões Judiciais na área de saúde, integrado por membros do Tribunal de Justiça, do Ministério Público, da Fazenda Pública, da Defensoria Pública, das Secretarias de Saúde, dentre outros. No Espírito Santo foi instalado um Fórum Intersetorial de Assistência Farmacêutica, composto por membros do Poder Executivo, do Poder Judiciário, dos Conselhos de Saúde, da Procuradoria-Geral do estado, de usuários e do Ministério Público. Esses são alguns exemplos citados em: FERREIRA, Marina Costa, op. cit., p. 81-82.

¹⁷² MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., loc. cit.

¹⁷³ ASENSI, Felipe Dutra, op. cit., p. 118.

Na pesquisa empírica realizada no município de Porto Alegre, Asensi constatou que os principais colaboradores do Ministério Público são os Conselhos de Saúde, o que revela a nota dialógica da atuação que a instituição pretende promover, uma vez que os Conselhos são divididos entre 50% de usuários, 25% de profissionais da saúde e 25% do governo e prestadores de serviço conveniados.¹⁷⁴ Vê-se, portanto, que os Conselhos de Saúde também almejam a participação democrática nas políticas públicas, permitindo que cidadãos comuns contribuam ativamente para a tomada de decisões.

Em trecho de entrevista realizada com um membro do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, a busca por uma abordagem dinâmica e que integre todos os setores atingidos pela política pública ficou clara como diretriz principal da atuação do Ministério Público. O promotor questionou: “Qual foi o nosso primeiro passo aqui quando eu e meus demais colegas assumimos esta promotoria?”, e afirmou: “Primeiro passo foi: nessa área da saúde começar a conversar”.¹⁷⁵

Não só o Ministério Público, mas todas as demais instituições envolvidas na elaboração e execução de políticas públicas são peças fundamentais para a construção de novos caminhos. O movimento dos diversos setores da sociedade em busca de uma solução minimizadora dos riscos da judicialização da saúde e maximizadora de seus benefícios sinaliza uma abertura ao diálogo. A adjudicação indiscriminada de prestações sociais não encontra mais guarida em nosso contexto social – o modelo atual está ultrapassado.

Portanto, é preciso redimensionar a questão da judicialização no Brasil e firmar um compromisso interinstitucional com o próprio direito à saúde. À luz de tudo o que já foi exposto, não há outro caminho senão afastar uma postura demasiadamente simplista, que defende ora um controle judicial agressivo das políticas de saúde, ora um total absentismo judicial.

É necessário enxergar o problema de maneira pragmática: todas as instituições são falíveis. Depositar todas as expectativas em um único poder, seja ele qual for, nunca trará um resultado satisfatório.¹⁷⁶ Por este motivo, a abordagem dialógica se mostra ideal, uma vez que ela se propõe a obter um consenso. Afinal, somente a partir da participação ativa de todos os atores sociais será possível se falar em justiça social.¹⁷⁷ As produtivas experiências intersetoriais demonstram que o primeiro passo já foi dado. Resta trilhar o caminho.

¹⁷⁴ WANG, Daniel Wei Liang, **Poder Judiciário e participação...**, p. 30.

¹⁷⁵ ASENSI, Felipe Dutra, op. cit., p. 121.

¹⁷⁶ BRANDÃO, Rodrigo, op. cit., p. 288.

¹⁷⁷ FERREIRA, Marina Costa, op. cit., p. 83-85.

5 CONCLUSÃO

A partir dos delineamentos esboçados neste trabalho, é possível observar que o controle judicial das políticas públicas de saúde é tema dos mais sensíveis e controvertidos da atualidade. A origem deste fenômeno é usualmente associada à influência do neoconstitucionalismo na busca pela efetividade dos direitos constitucionalmente consagrados, em especial aqueles de cunho social, que exigem uma atuação pública eficaz e concretizadora de seus comandos.

No entanto, há uma crença equivocada em torno da primazia do Poder Judiciário, que imputa a ele o dever de zelar pela proteção dos direitos sociais a todo custo, como se a supremacia judicial fosse a resposta para o problema da falta de efetividade desses direitos. Às Cortes teria sido reservado o mítico papel de guardiães últimas da Constituição e, conseqüentemente, a função de concretizá-la. Contudo, esta idealização romantizada da função judicial não pode ser aceita acriticamente.

Desta forma, procurou-se neste trabalho elaborar uma crítica ao atual estágio da judicialização da saúde no Brasil. Inicialmente estabelecidas algumas premissas, indispensáveis para situar o problema dentro do contexto brasileiro, firmou-se o pressuposto da fundamentalidade do direito à saúde e foram tecidos alguns comentários a respeito da suposta justiça social que é feita pelo Poder Judiciário mediante o acolhimento das pretensões de camadas excluídas da participação política.

Através da análise de pesquisas empíricas, restou comprovado que a dificuldade de acesso à justiça entre a população mais carente ainda é uma realidade em nosso país. Em virtude disso, chegou-se à conclusão de que a difusão desta ideia equivocada do papel do Judiciário como “a voz institucional dos pobres” acaba por conduzir a uma indesejada elitização das políticas públicas de saúde.

Na segunda parte do trabalho centraram-se as principais críticas à judicialização da saúde: a atecnia das decisões judiciais e a questão institucional. Primeiro, procurou-se demonstrar que a atuação judicial em matéria de saúde tem adentrado os critérios técnicos utilizados na definição das políticas públicas sem muitos pudores. Em uma área de conhecimento totalmente alheia à formação dos magistrados, tal postura pode levar a um resultado desastroso. Inclusive, este problema foi reconhecido pelo Conselho Nacional de Justiça, que incentivou a adoção de algumas medidas para minimizar seus efeitos.

Em seguida, a análise versou sobre a capacidade institucional do Poder Judiciário a partir de três perspectivas: a crítica institucional, os efeitos sistêmicos das decisões judiciais que resolvem conflitos coletivos e a dificuldade das Cortes em lidar com problemas de justiça distributiva.

A crítica institucional, originalmente elaborada no contexto da judicialização da política no direito norteamericano, foi reinventada na teoria jurídica contemporânea. No entanto, ambas servem ao mesmo propósito: criticar a postura do Judiciário de quem tem sempre a razão. Há limites inerentes à estrutura do processo judicial e à própria falibilidade humana que impedem que os magistrados encontrem a solução ideal para os casos concretos, o que suscita a dúvida a respeito do dogma da supremacia judicial.

Quanto aos efeitos sistêmicos das decisões judiciais, conclui-se que o Poder Judiciário não detém o conhecimento nem os instrumentos necessários para proferir decisões que envolvam escolhas políticas. Não se pode esquecer que as políticas públicas de saúde envolvem a alocação de recursos e qualquer intervenção que altere a sistemática de distribuição de recursos acaba por afetar a efetividade dessas políticas. Uma decisão judicial que determine o fornecimento de um medicamento invariavelmente retirará este medicamento do programa, onde atenderia a um cidadão regularmente cadastrado.

Daí decorre a incapacidade do Poder Judiciário de resolver satisfatoriamente as demandas que versem sobre conflitos coletivos, e conseqüentemente de fazer justiça distributiva. A própria dinâmica do processo judicial, voltada à solução de conflitos bilaterais ocorridos no passado, é inadequada a este fim. Neste sentido, a concessão de medicamentos no campo dos litígios individuais tem o efeito inverso, uma vez que, incapaz de pensar em termos coletivos, deságua na irracionalidade distributiva.

Por fim, a última parte do trabalho concentrou-se, a princípio, na análise dos impactos das decisões individuais no âmbito das políticas públicas, tanto em termos orçamentários, quanto em termos equitativos. Concluiu-se que, comparativamente, há uma parcela ínfima da população que é beneficiada por decisões judiciais enquanto a maior parte é prejudicada em razão da retirada de medicamentos e/ou verbas dos serviços habitualmente prestados para atender a essas demandas individuais.

Não há somente uma demanda em Juízo, há milhares. A intervenção judicial nas políticas públicas de saúde, sobretudo no que tange ao fornecimento de medicamentos, não tem sido pontual, ela tem sido a regra. Quando a exceção se torna a regra, a lógica se inverte e

as consequências para a coletividade são intensificadas. À luz das controvérsias aqui expostas, a judicialização da saúde se revela um intrigante paradoxo: a busca pela proteção da saúde tem sido constantemente convertida na sua desproteção, contrariando sua própria teleologia.

Diante disso, viu-se que a doutrina tem apresentado algumas possíveis soluções para evitar que a judicialização da saúde acabe por se tornar um mecanismo de promoção da desigualdade social e contribuir para a inefetividade das políticas sanitárias. A primeira opção oferecida pela doutrina consiste na priorização das tutelas coletivas em detrimento dos litígios individuais, a fim de racionalizar a realocação orçamentária e adotar decisões padronizadas. Contudo, verificou-se que o Poder Judiciário ainda adota uma postura demasiadamente reticente ao se deparar com decisões políticas em ações de índole coletiva.

O segundo caminho apontado pela doutrina reflete a necessidade de adequar as decisões judiciais ao contexto social e político em que são tomadas as decisões relativas a políticas públicas. A teoria dos diálogos institucionais propugna por uma atuação conjunta de todos os atores sociais, com o intuito de abordar o problema de forma interinstitucional e, deste modo, definir parâmetros para um consenso. A grande vantagem do modelo dialógico é reconhecer os vícios e virtudes de cada instituição e, através de um processo interativo, captar o melhor que cada um tem a oferecer.

As bem-sucedidas experiências intersetoriais brasileiras demonstram que o país está se adaptando a essa nova realidade, e revelam a confissão de que a judicialização da saúde é o arquétipo de um modelo já saturado. Portanto, a teoria dos diálogos institucionais se mostra como uma alternativa coerente. A abordagem dialógica reconhece que a resolução de conflitos políticos através da judicialização pura e simples é anacrônica, e propõe uma solução compartilhada em busca de um controle saudável.

Definitivamente, o diálogo entre as instituições é um caminho novo que merece ser explorado. É premente a necessidade de se superar a hegemonia do controle *judicial*, e introduzir paulatinamente a ideia do controle *interinstitucional*. Especialmente quando se trata do direito fundamental à saúde, o diálogo não é só uma forma salutar de controle, ele é o caminho para sua materialização. Somente assim será possível reverter o desordenado cenário atual e alcançar o objetivo primário – a proteção da saúde. Do contrário, corre-se o risco de morrer da cura.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales.** Disponível na internet: <http://miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Exigibilidad_de_los_DESC_Abramovich.pdf> Acesso em: 21 de fevereiro de 2014.

_____. **Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales**, in: SARLET, Ingo W. Direitos fundamentais sociais, 2003. Disponível na internet: <<http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/apuntes-sobre-la-exigibilidad-judicial-de-los-derechos-sociales-2.pdf>>. Acesso em: 26 de fevereiro de 2014.

ALESSI, Renato. **Instituciones de Derecho Administrativo.** Tradução: Buenaventura Pellisé Prats. 3ª edição italiana. Barcelona: BOSCH, Casa Editorial, 1970.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha.** Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001.

ARENHART, Sergio Cruz. **As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário.** Revista Eletrônica do Ministério Público Federal, ano I, nº 1, 2009, p. 1-20. Disponível na internet: <http://www.prrj.mpf.gov.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Tut_Col_Arenhart%2001.pdf>. Acesso em: 24 de março de 2014.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. **O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo.** Revista de Direito, Estado e Sociedade da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, nº 38, janeiro/junho de 2011, p. 6-50. Disponível na internet: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/01_Arguelhes_Leal.pdf>. Acesso em: 15 de março de 2014.

ASENSI, Felipe Dutra. **Indo Além da Judicialização: o Ministério Público e a saúde no Brasil.** Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, Centro de Justiça e Sociedade, 1ª edição, 2010.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 4ª edição, revista, 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas.** Revista Diálogo Jurídico, Salvador, nº 15, janeiro/fevereiro/março, 2007. Disponível na internet: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_.pdf>. Acesso em: 18 de março de 2013.

_____. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais:** o controle político-social e o controle jurídico no Espaço Democrático. *Revista de Direito do Estado*, vol. 1, nº 3, julho/setembro, 2006, p. 17-54.

_____. **O Direito a Prestações de Saúde:** Complexidades, Mínimo Existencial e o Valor das Abordagens Coletiva e Abstrata, in: SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza (org.). *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*, 2ª tiragem, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** Disponível na internet: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 20 de março de 2013.

_____. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva:** direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Parecer solicitado pela Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Disponível na internet: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/168750/DLFE29287.pdf/rev630402Dr.LuisRobertoBarroso.pdf>>. Acesso em: 28 de outubro de 2013.

_____. **Constituição, democracia e supremacia judicial:** direito e política no Brasil contemporâneo. Disponível na internet: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf>. Acesso em: 28 de outubro de 2013.

_____. **Vinte Anos da Constituição de 1988:** o Estado a que chegamos. Rio de Janeiro, 2008. Disponível na internet: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20081127-03.pdf>. Acesso em: 18 de maio de 2013.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais:** a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1ª edição, 2ª tiragem, 2012.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 107 de 06 de abril de 2010.** Disponível na internet: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12225-resolucao-no-107-de-06-de-abril-de-2010>>. Acesso em: 29 de março de 2014.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 31 de 30 de março de 2010**. Disponível na internet: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/12113-recomendacao-no-31-de-30-de-marco-de-2010>>. Acesso em: 29 de março de 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45**. Relator: Ministro Celso de Mello. 29 de abril de 2004. Disponível na internet: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 29 de março de 2014.

Crise na saúde pública: ações judiciais não são cumpridas pelo poder público. Notícia de 10/11/2007. Página eletrônica do Diário do Nordeste. Disponível em: <<http://diariodonordeste.verdesmares.com.br/cadernos/cidade/acoes-judiciais-nao-sao-cumpridas-pelo-poder-publico-1.403910>>. Acesso em: 26 de março de 2014.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR. Hermes. **Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo**, vol. 4, 7ª edição, Editora JusPodium: Salvador, Bahia, 2012.

DIXON, Rosalind. **Creating dialogue about social-economic rights: strong v. weak-form judicial review revisited**. NYU School of Law, New York. Center for Human Rights and Global Justice Working Paper. Economic, Social and Cultural Rights Series, number 3, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução: Nelson Boeira. 1ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ELIAS, Alexandre Nemer. **A discricionariedade técnica nos atos administrativos sanitários**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Saúde Pública da Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo para a obtenção do título de Mestre em Saúde Pública. São Paulo, 2008.

FERREIRA, Marina Costa. **Direito à Proteção da Saúde pela Via Judicial:** em busca de efetividade e equidade. Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília, 2011. Disponível na internet: <http://bdm.bce.unb.br/bitstream/10483/1887/1/2011_MarinaCostaFerreira.pdf>. Acesso em: 27 de março de 2014.

FERREIRA, Siddharta Legale; COSTA, Aline Matias da. **Núcleo de Assessoria Técnica e Judicialização da Saúde:** constitucionais ou inconstitucionais? Revista da Sessão Judiciária do Rio de Janeiro, vol. 20, nº 36, p. 219-240, abril, 2013. Disponível na internet: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/view/371>. Acesso em: 21 de maio de 2013.

FISS, Owen M. **The Forms of Justice**. Yale Law School Faculty Scholarship Series, paper 1220, 1979. Disponível na internet: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1220>. Acesso em: 14 de março de 2014.

FRANCISCO, José Carlos. **Dignidade Humana, Custos Estatais e Acesso à Saúde**, in: SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza (org.). *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*, 2ª tiragem, 2009.

FULLER, Lon. **The Forms and Limits of Adjudication**. Harvard Law Review, vol. 92, 1978-1979. Disponível na internet: <<http://people.rit.edu/wlrgsh/Fuller.pdf>>. Acesso em: 29 de outubro de 2013.

GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial**. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 1ª reimpressão, 2011. Disponível na internet: <http://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/corte/pdfs/la_justicia_frente_al_gobierno.pdf>. Acesso em: 28 de março de 2014.

GOUVÊA, Marcos Maselli. **O direito ao fornecimento estatal de medicamentos**. Disponível na internet: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15709-15710-1-PB.pdf>>. Acesso em: 20 de março de 2014.

HOROWITZ, Donald L. **The Courts and Social Policy**. Washington, D.C.: The Brookings Institution Press, 1977. Disponível na internet: <http://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=JqIm3lX3dGUC&oi=fnd&pg=PA1&dq=the+courts+and+social+policy&ots=d0PTgyhnnD&sig=U2Hj8lJ9ZdFmNJfynuAf_RSVsg#v=onepage&q=the%20courts%20and%20social%20policy&f=false>. Acesso em: 14 de março de 2014.

KRELL, Andreas J. **Discricionariedade Administrativa e Conceitos Legais Indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos**. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. **Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa)**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 36, nº 144, p. 239-260, outubro/dezembro, 1999. Disponível na internet: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/545/r14417.PDF?sequence=4>>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2014.

LANGFORD, Malcolm. **Judicialização dos direitos econômicos, sociais e culturais no âmbito nacional: uma análise sócio-jurídica**. Revista Internacional de Direitos Humanos, vol. 6, nº 11, dezembro de 2009, p. 99-134. Disponível na internet:

<http://www.surjournal.org/conteudos/getArtigo11.php?artigo=11,artigo_05.htm>. Acesso em: 27 de março de 2014.

LEAL, Rogério Gesta. **A quem compete o dever de saúde no direito brasileiro?** Esgotamento de um modelo institucional. Revista de Direito Sanitário da Universidade de São Paulo, vol. 9, nº 1, 2008. Disponível na internet: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13101/14904>>. Acesso em: 26 de fevereiro de 2014.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Justiça e poder Judiciário ou a virtude confronta a instituição.** Revista da Universidade de São Paulo, nº 21, março/maio de 1994, p. 22-33. Disponível na internet: <<http://www.usp.br/revistausp/21/03-reinaldo.pdf>>. Acesso em: 14 de março de 2014.

MÂNICA, Fernando Borges. **Teoria da Reserva do Possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas.** Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, nº 25, fevereiro/março/abril, 2011. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-25-ABRIL-2011-FERNANDO-BORGES-MANICA.pdf>>. Acesso em: 25 de outubro de 2013.

MARINHO, Carolina Martins. **Justiciabilidade dos direitos sociais: análise de julgados no direito à educação sob o enfoque da capacidade institucional.** Dissertação apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Teoria Geral e Filosofia do Direito. São Paulo, 2009. Disponível na internet: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-03052010-131241/pt-br.php>>. Acesso em: 21 de outubro de 2013.

MARQUES, Gabriel Lima; LOIS, Cecília Caballero. **Reforma Política e Diálogos Institucionais: novas possibilidades de superação da judicialização da política no Brasil.** Trabalho submetido ao XXI Congresso Nacional do CONPEDI. Uberlândia, junho de 2012. Disponível na internet: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=470e7a4f017a5476>>. Acesso em: 28 de março de 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 27ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 7ª edição, revista e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação.** Tese apresentada ao Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e

Ciências Humanas da Universidade de São Paulo para a obtenção do título de Doutor em Ciência Política. São Paulo, 2008. Disponível na internet: <<http://pct.capes.gov.br/teses/2008/33002010030P6/TES.pdf>>. Acesso em: 27 de março de 2014.

NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Teoria da Constituição, Democracia e Igualdade**. Disponível na internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto1129%283%29.pdf>>. Acesso em: 25 de outubro de 2013.

_____. **A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros**, in: SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza (org.). **Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**, 2ª tiragem, 2009.

OLIVEIRA, Fernando Fróes. **Finanças Públicas, Economia e Legitimação: alguns argumentos em defesa do orçamento autorizativo**. Revista de Direito Processual Geral, Rio de Janeiro, nº 64, 2009, p. 80-98.

OLIVEIRA NETTO, Sergio. **O Princípio da Reserva do Possível e a Eficácia das Decisões Judiciais**, 2005. Disponível na internet: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=739>. Acesso em: 30 de outubro de 2013.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. **Discricionariedade e Apreciações Técnicas da Administração**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, nº 231, janeiro/março, 2003, p. 217-267. Disponível na internet: <<http://www.guimaraespereira.com.br/artigos/ARTIGO12.pdf>>. Acesso em: 26 de fevereiro de 2014.

PEREIRA, Delvechio de Souza. **O orçamento público e o processo de judicialização da saúde**. Artigo apresentado ao Instituto Serzedello Corrêa – ISC/TCU como requisito parcial à obtenção do grau de Especialista em Orçamento Público. Brasília, Distrito Federal, 2010. Disponível na internet: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2055752.PDF>>. Acesso em: 20 de março de 2014.

PERLINGEIRO, Ricardo. **A tutela judicial do direito público à saúde no Brasil**. Direito, Estado e Sociedade, nº 41, julho/dezembro de 2012, p. 184-203. Disponível na internet: <<http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/9artigo41.pdf>>. Acesso em: 26 de fevereiro de 2014.

_____. **Novas perspectivas para a judicialização da saúde no Brasil**. Scientia Iuridica, Braga, Portugal, Tomo LXII, dezembro de 2013, nº 333, p. 519-539. Disponível na

internet: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2363398>. Acesso em: 05 de abril de 2014.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, fevereiro/março/abril, 2007. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 11 de outubro de 2013.

POSNER, Richard. **Reply: The Institutional Dimension of Statutory and Constitutional Interpretation**. Michigan Law Review, vol. 101, p.952-971, fevereiro de 2003. Disponível na internet:<http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2899&context=journal_articles>. Acesso em: 01 de novembro de 2013.

QUEIRO, Afonso Rodrigues. **A teoria do “desvio de poder” em direito administrativo**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, vol. 6, outubro/dezembro de 1946, p. 41-78. Disponível na internet: <<http://pt.slideshare.net/adrianosoaesdacosta/afonso-rodrigues-queir-a-teoria-do-desvio-de-poder-em-direito-administrativo-rda-vol-6-1946>>. Acesso em: 05 de março de 2014.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução: Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. Editora Martins Fontes: São Paulo, 2ª tiragem, 2000.

SABEL, Charles F.; SIMON, William H. **Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds**. Harvard Law Review, vol. 117, nº 4, fevereiro de 2004, p. 1015-1101. Disponível na internet: <<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CDYQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww2.law.columbia.edu%2Fsabel%2FDestabilization%2520Rights%2520-%2520Westlaw.doc&ei=TYE1U4n1EqnlSAtInoC4BQ&usq=AFQjCNGDCsIVWmRao8W6AgPBKypUAbb6dQ&bvm=bv.63808443,d.cWc>>. Acesso em: 28 de março de 2014.

SANTANA, Izaias José de. **O Poder Judiciário e o controle do conteúdo das políticas públicas de saúde**. Tese apresentada no Programa de Estudos de Pós-Graduação em Direito do Estado em nível de Doutorado na Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações**. Revista de Doutrina, TRF4, nº 24, julho/2008. Disponível na internet: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html>. Acesso em: 25 de outubro de 2013.

_____. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª edição. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais:** contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição de 1988. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. 20 Anos de Constitucionalismo Democrático – E Agora? Porto Alegre-Belo Horizonte, 2008, p. 163-206. Disponível na internet: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf>. Acesso em: 21 de outubro de 2013.

_____. **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, nº 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível na internet: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31953-37383-1-PB.pdf>>. Acesso em: 21 de outubro de 2013.

_____; MOLINARO, Carlos Alberto. **Democracia - Separação de Poderes - Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde no Judiciário brasileiro - Observatório do Direito à Saúde.** Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas. Belo Horizonte, 2010/2011. Disponível na internet: <http://democraciaejustica.org/cienciapolitica3/sites/default/files/democracia_-_separacao_de_poderes_eficacia_e_efetividade_do_direito_a_saude_no_judiciario_brasileiro.pdf>. Acesso em: 23 de março de 2014.

_____; MARINONI, Luís Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel. **A Ubiquidade Constitucional:** os dois lados da moeda. Revista de Direito do Estado, ano 21, nº 6, janeiro/dezembro, 2011. Disponível na internet: <<http://www.trabalhosfeitos.com/ensaios/Ubiqu%C3%BCidade-Constitucional-Os-Dois-Lados-Da/733682.html>>. Acesso em: 22 de março de 2013.

_____. **O Neoconstitucionalismo no Brasil:** riscos e possibilidades. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, vol. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível na internet: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2014.

_____. **A proteção judicial dos direitos sociais:** alguns parâmetros ético-jurídicos, in: SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza (org.). Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie, 2ª tiragem, 2009. Disponível na internet: <<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CDgQFjAB&url=http%3A%2F%2Fxa.yimg.com%2Fkq%2Fgroups%2F22755799%2F644576516%2Fname%2FA%2BProtecao%2BJudicial%2Bdos%2Bdireitos%2BSociais%2B->>

%2Bsarmento.pdf&ei=AJpuUoWYHaPz2QX2zYGYAw&usg=AFQjCNGv33rAyoZT8RKR6PosCs0_N3G5gQ&sig2=TO3hJUsgqFEcA4IE6dJpYA&bvm=bv.55123115,d.b2I>. Acesso em: 25 de outubro de 2013.

_____; NETO, Cláudio Pereira de Souza (org.). **Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**, 2ª tiragem, 2009.

SILVA, Fábio de Souza. **O Dilema de Asclépio**: análise crítica do controle judicial das políticas públicas de saúde. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense para a obtenção do título de Mestre em Sociologia e Direito. Rio de Janeiro, 2009. Disponível na internet: <http://www.uff.br/ppgsd/dissertacoes/f%Elbio_de_souza2009.pdf>. Acesso em: 15 de outubro de 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O Poder Judiciário e as Políticas Públicas**: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais, in: SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza (org.). **Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Disponível na internet: <http://www.teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2008-Judiciario_e_politicas_publicas.pdf>. Acesso em: 29 de outubro de 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. **Controle judicial dos atos administrativos**: questões técnicas e os limites da tutela de urgência. *Revista Interesse Público*, nº 16, 2002, p. 23 ss. Disponível na internet: <<http://www.amdjus.com.br/doutrina/administrativo/78.htm>>. Acesso em: 26 de fevereiro de 2014.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. **Interpretation and Institutions**. *Public Law and Legal Theory Working Paper*, Chicago, nº 28, 2002. Disponível na internet: <<http://www.law.uchicago.edu/files/files/156.crs-av.interpretation.pdf>>. Acesso em: 01 de novembro de 2013.

_____; KAHNEMAN, Daniel; SCHKADE, David; RITOV, Ilana. **Predictably Incoherent Judgments**. *University of Chicago Law & Economics Olin Working Paper*, Chicago, nº 131, 2001. Disponível na internet: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=279181>. Acesso em: 14 de março de 2014.

TERRAZAS, Fernanda Vargas. **O Poder Judiciário como voz institucional dos pobres**: o caso das demandas judiciais de medicamentos. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 253, 2010, p. 79-115. Disponível na internet: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewArticle/8047>>. Acesso em: 28 de outubro de 2013.

TORRES, Edgard Marcelo Rocha. **O controle dos atos administrativos pelos tribunais diante da nova dimensão dos conceitos de discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa.** Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, vol. 76, nº 3, ano XXVIII, julho/setembro de 2010, p. 69-76. Disponível na internet: <<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1019.pdf>>. Acesso em: 27 de fevereiro de 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Mínimo Existencial como Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais,** in: SARMENTO, Daniel; NETO, Cláudio Pereira de Souza (org.). Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie, 2ª tiragem, 2009, p. 304-330.

_____. **O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais.** Revista de Direito Processual Geral, Rio de Janeiro, 1990, p. 69-79. Disponível na internet: <<http://download.tj.gov.br/documentos/10112/932407/DLFE-48620.pdf/REVISTA4269.pdf>>. Acesso em: 21 de fevereiro de 2014.

TOURINHO, Rita. **A Discricionariedade Administrativa perante os Conceitos Jurídicos Indeterminados.** Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, nº 15, julho/agosto/setembro, 2008. Disponível na internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-15-JULHO-2008-RITA%20TOURINHO.PDF>>. Acesso em: 15 de outubro de 2013.

TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights: judicial review and social welfare rights in comparative Constitutional Law.** Princeton: Princeton University Press, 2009. Disponível na internet: < <http://pt.scribd.com/doc/160825008/Mark-Tushnet-Weak-Courts-Strong-Rights-Judicia-Bookos-org>>. Acesso em: 26 de março de 2014.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. **A Judicialização dos Conflitos de Justiça Distributiva no Brasil: o processo judicial no pós-1988.** Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito Processual. São Paulo, 2006. Disponível na internet: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-10042007-153328/pt-br.php>>. Acesso em: 28 de outubro de 2013.

VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola. **Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil.** Revista de Saúde Pública, nº 41, 2007, p.214-222. Disponível na internet: <<http://www.scielo.br/pdf/rsp/v41n2/5587.pdf>>. Acesso em: 20 de março de 2014.

WANG, Daniel Wei Liang. **Poder Judiciário e participação democrática nas políticas públicas de saúde.** Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São

Paulo como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito do Estado. São Paulo, 2009. Disponível na internet: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-21062011-134507/fr.php>>. Acesso em: 21 de março de 2014.

_____. **Poder Judiciário e Políticas Públicas de Saúde:** participação democrática e equidade. Caderno Gestão Pública e Cidadania, vol. 14, nº 54, janeiro/junho de 2009, p. 51-87. Disponível na internet: <<http://www.spell.org.br/documentos/ver/260/poder-judiciario-e-politicas-publicas-de-saude---->>. Acesso em: 27 de março de 2014.

_____; FERRAZ, Octávio Luiz Motta. **Atendendo os mais necessitados?** Acesso à justiça e o papel dos defensores e promotores públicos no litígio sobre direito à saúde na cidade de São Paulo. Revista Internacional de Direitos Humanos, vol. 10, nº 18, junho de 2013, p. 167-190. Disponível na internet: <<http://www.surjournal.org/conteudos/pdf/18/09.pdf>>. Acesso em: 27 de março de 2014.