

# Revista da AJUFERGS

ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS  
DO RIO GRANDE DO SUL  
05 - 2008

# Revista da AJUFERGS

Publicação oficial da ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES  
FEDERAIS DO RIO GRANDE DO SUL - AJUFERGS

## **Diretor Cultural da Revista**

Gerson Godinho da Costa

## **Conselho Editorial**

Daniel Machado da Rocha

Rafael Farinatti Aymone

Gerson Godinho da Costa

## **Capa, Projeto Gráfico**

Headway Propaganda

## **Revisão**

Lorena Parayba

## **Editoração**

Fábio Teixeira

## **Impressão**

COAN

---

Revista da AJUFERGS / Associação dos Juizes Federais do Rio  
Grande do Sul. – n. 01 (março 2003). – Porto Alegre: AJUFERGS, 2003- .

Irregular.

Descrição de: n. 05 junho 2008

ISSN 1679-2262

1. Direito – Periódico. 2. Poder Judiciário – Brasil. I. Associação  
dos Juizes Federais do Rio Grande do Sul.

CDD 34.05  
CDU 34(05)

---

(Bibliotecária responsável: Ivete Tazima, CRB-10/1117)

As opiniões expressas nos trabalhos são de responsabilidade dos Autores.  
Não são devidos direitos autorais ou qualquer remuneração  
pela publicação dos trabalhos nesta Revista.

**ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS  
DO RIO GRANDE DO SUL**

Fundada em 08 de dezembro de 2001

**CONSELHOS**

**Conselho Executivo**

*Presidente*

Adel Americo Dias de Oliveira

*Vice-presidente Administrativo*

Fábio Dutra Lucarelli

*Vice-presidente de Patrimônio e Finanças*

José Francisco A. Spizzirri

*Vice-presidente Cultural e da ESMAFE*

Daniel Machado da Rocha

*Vice-presidente de Assuntos Institucionais*

Gabriel de J. Tedesco Wedy

*Vice-presidente de Assuntos Jurídicos*

Cândido Alfredo S. Leal Júnior

**Conselho Fiscal**

Marcel Citro de Azevedo

Marciane Bonzanini

Fábio Vitório Mattiello

## **Diretoria AJUFERGS**

*Diretor de Assuntos Legislativos*

Eduardo Gomes Philippsen

*Diretora de Assuntos do Interior do Estado*

Claudia Maria Dadico

*Diretor de Esportes*

Luís Humberto Escobar Alves

## **Diretoria ESMAFE**

*Diretor-Geral*

Daniel Machado da Rocha

*Diretor Administrativo*

Rafael Farinatti Aymone

*Diretor de Ensino*

Paulo Paim da Silva

*Diretor Cultural*

Gerson Godinho da Costa

# SUMÁRIO

## A RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELA DEMORA NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Carla Evelise Justino Hendges ..... 11

## A INDISPONIBILIDADE PATRIMONIAL DO EXECUTADO DO ART. 185-A DO CTN – CONTRIBUIÇÃO PARA O ESBOÇO DE UM REGIME JURÍDICO

Claudia Maria Dadico ..... 51

## RESOLVENDO QUESTÕES DIFÍCEIS QUE ENVOLVEM O EXAME DA QUALIDADE DE SEGURADO E DA CARÊNCIA

Daniel Machado da Rocha ..... 91

## O PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E O ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Enrique Feldens Rodrigues ..... 121

## LIMITE À INVALIDAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Frederico Valdez Pereira ..... 145

## O STF E O ENFRENTAMENTO DO CONFLITO APARENTE ENTRE O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE E O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E DA LIVRE INICIATIVA

Gabriel Wedy ..... 163

## O RECONHECIMENTO DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS COMO ENTIDADES FAMILIARES E A POSSIBILIDADE JURÍDICA DE ADOÇÃO EM CONJUNTO POR PARCEIROS DO MESMO SEXO

Gustavo Pedroso Severo ..... 197

## SENTENÇA - REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Claudia Maria Dadico ..... 223



## PALAVRA DA DIRETORIA

Rotineiramente a solidez das instituições é medida, entre outros fatores, por sua longevidade.

Aplicada essa sentença à realidade histórica da nossa Associação, será possível concluir, precipitadamente, que não cumpre a almejada condição.

Essa ilação, contudo, é resultado de insatisfatória interpretação, e por isso mesmo equivocada. Desconsidera que, se o tempo é o senhor da qualificação em comento, ninguém a alcança por acaso. Esse mal comparado currículo etário não se concretiza de repente. Ele certamente pressupõe o que passou. Mas não prescinde do seu presente. E não deixa de projetar o futuro.

E se o passado, apenas considerados os anos que correram, ainda é breve, a segurança do presente e a perspectiva de auspicioso futuro autorizam afirmar a solidez da nossa Associação.

No entanto, sua consolidação não está completa e acabada. Paradoxalmente quando assim se reputar é por que, lastimavelmente, perdeu sua razão de ser. Por isso o constante esforço por sua maior consistência não significa que assim já não se apresente ao corpo social. Apenas submete-se ao que reclama sua própria natureza: ininterrupto devir em busca da solidez necessária à existência de agremiação que se bata não somente em benefício dos magistrados federais gaúchos, mas também apta a intervir no processo de aperfeiçoamento da democracia.

Foram inúmeras as ações passadas cujos objetivos cingiam-se à defesa dos interesses dos Juízes Federais. Decerto a Associação não saiu vencedora em todos os embates. Mas a história é feita de conquistas e derrotas. E é por intermédio destas que se aproximam forças antes divididas e que se erigem instrumentos mais aperfeiçoados para obtenção de vitórias de maior ressonância.

De outro lado, a publicação da cartilha “Juiz Federal, satisfação em conhecê-lo” é exemplo do propósito de aproximação com a sociedade. Demonstra visibilidade associativa de longo alcance. O conhecimento partilhado de realidades antes desconhecidas pela sociedade proporciona o arrebatamento desta em favor dos reclamos dos Juízes Federais.

O dispêndio de energia passa a ser menor. Se antes voltávamo-nos contra setores articulados e desarticulados, atualmente será preciso perseverar em desfavor daqueles, já que estes se assomam no enfrentamento das resistências pela construção de uma nação mais justa e fraterna.

E depois de tanto esforço, não seria legítimo exigir a reposição do nosso vigor por meio do lúdico? Não é este também um papel associativo? De que adianta lutar e vencer se não houver sobreviventes? As agremiações estão restritas a funções de combate institucional e esclarecimento social, ou, igualmente voltadas à finalidade associativa, precisam estar preparadas ao suprimento de necessidades mais prementes dos indivíduos? Nesse enfoque de atuação, as indagações anteriores podem ser respondidas com outra: qual associação possui envergadura suficiente para propiciar, aos seus associados, período de convivência harmônica para fins de discussões jurídicas e troca de experiências na extraordinária Buenos Aires?

Este é o passado da Associação dos Juizes Federais do Rio Grande do Sul. Esse é o resultado do proceder infundável onde muitos contribuíram adicionado tijolo e concreto. A fase de fundação ou estruturação está terminada.

É preciso prosseguir erguendo paredes. Este é o presente.

E do futuro, o que esperar? Dificuldades, obviamente. Mas a superação dos obstáculos será muito menos pungente, menos por que deixaram de ser enfrentados individualmente, do que pela possibilidade de contarmos com o amparo de uma instituição púbere, é verdade, mas indiscutivelmente sólida.



## EDITORIAL

A Associação dos Juizes Federais do Rio Grande do Sul – AJUFERGS tem o grato aprazimento de disponibilizar à comunidade jurídica o quinto volume de sua Revista, publicação esta que vem se solidificando como importante ferramenta não apenas a pesquisadores, mas especialmente a operadores jurídicos.

Contribuíram para este volume os eminentes Juizes Federais Carla Evelise Justino Hedges, Claudia Maria Dadico, Daniel Machado da Rocha, Enrique Feldens Rodrigues, Frederico Valdez Pereira, Gabriel Wedy e Gustavo Pedroso Severo.

Assim como ocorreu com o volume anterior, por conta do significativo número de trabalhos apresentados, novamente optou-se pela publicação apenas de artigos escritos por associados.

Interessante notar que, a par de nomes que comumente colaboram com qualificados ensaios, a cada novo volume outros colegas têm apresentado importantes reflexões sobre a aplicação cotidiana do Direito.

A resposta jurisdicional, mais do que célere, precisa ser objeto de profunda ponderação. E os escritos periodicamente publicados nesta Revista insofismavelmente auxiliam na construção de soluções inovadoras reclamadas pela nossa atividade profissional.

Também seguindo orientação anterior, o formato da Revista permanece enxuto, objetivando facilitar seu manuseio e consulta.

Retomando o propósito de publicar trabalhos forenses, re-inaugura-se seção correspondente, desta vez contendo sentença elaborada pela ilustre colega e associada Claudia Maria Dadico, na qual apresentou vigorosos argumentos sobre o difícil tema da reprodução assistida.

Agradecemos aos colaboradores ao mesmo tempo em que esperamos contar, para os próximos volumes, com os trabalhos dos associados que se sintam estimulados a compartilhar seus estudos e experiências profissionais.



# DOCTRINA

## A RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELA DEMORA NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Carla Evelise Justino Hendges  
Juíza Federal

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A jurisdição como direito fundamental. 2.1. A função do Poder Judiciário e o acesso à Justiça. 2.2. O direito à razoável duração do processo e a EC 45/2004. 3. A responsabilidade do Estado pelos atos jurisdicionais. 3.1. Evolução das teorias sobre a responsabilidade pelos atos judiciais. 3.2. A responsabilidade do Estado-Juiz no sistema jurídico brasileiro. 4. A morosidade da Justiça e a responsabilidade do Estado. 4.1. A demora no processo como fator de responsabilização do Estado. 4.2. Elementos da pretensão ressarcitória pela demora na entrega da tutela jurisdicional. 5. Considerações Finais.

### 1 INTRODUÇÃO

No Estado Democrático de Direito, compete a toda a sociedade, e, de forma especial, ao Estado, buscar formas eficientes de concretização dos direitos fundamentais. Dentre os poderes do Estado, cabe ao Poder Judiciário a tarefa de prestar jurisdição tendente à pacificação dos conflitos sociais.

A possibilidade de responsabilização do Estado pelo descumprimento, ou deficiente cumprimento dessa tarefa que lhe compete precipuamente, constitui questão controvertida, cuja elucidação passa pela discussão de matérias complexas como a efetividade dos direitos fundamentais, a limitação da soberania, a força da coisa julgada. Em vista desses fatores, ainda há muita discussão jurisprudencial, encontrando-se tendência pela aplicação restrita da responsabilização.

Neste trabalho pretende-se apresentar um breve estudo sobre a responsabilidade do Estado pela demora na prestação jurisdicional. Buscar-se-á uma caracterização da função jurisdicional e da jurisdição no Estado Democrático de Direito. Examinar-se-ão a hipótese de responsabilização posta no texto constitucional e na legislação brasileira, e analisar-se-ão as abordagens doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema,

procurando identificar se há possibilidade de responsabilização do Estado pela demora na prestação jurisdicional, e, em caso positivo, quais as hipóteses em que esta responsabilidade se configura.

A importância do tema avulta especialmente no momento em que vivemos, no qual a sociedade reclama a efetividade dos direitos constitucionalmente assegurados, cuja implementação passa pelo necessário aperfeiçoamento nos serviços judiciários, especialmente em face do aumento da demanda e da complexidade crescente das causas submetidas ao Poder Judiciário.

Para o desenvolvimento do trabalho, o método utilizado será o dedutivo, com base na pesquisa doutrinária, no exame dos textos constitucionais e legais e de precedentes jurisprudenciais.

Por fim, este trabalho será estruturado partindo-se, inicialmente, de uma caracterização da prestação jurisdicional exercida em prazo razoável como direito fundamental. A seguir, far-se-á um breve histórico da evolução da responsabilidade do Estado, com enfoque direcionado à doutrina da responsabilidade pelos atos jurisdicionais. Em prosseguimento, examinar-se-á a demora no processo como hipótese de responsabilização do ente público, à luz da doutrina e jurisprudência brasileira. Nas conclusões, procurar-se-á sintetizar o estado atual do tema e a nossa posição.

Com a elaboração deste trabalho, espera-se contribuir para a discussão sobre a responsabilidade do Estado pelos atos jurisdicionais e para uma reflexão crítica sobre a necessidade de promover uma melhor efetivação do direito fundamental à prestação jurisdicional exercida dentro de prazo razoável, dentro dos moldes preconizados na Emenda Constitucional nº 45/2004.

## **2 A JURISDIÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL**

### **2.1 A função do Poder Judiciário e o acesso à Justiça.**

A noção de Estado Democrático de Direito se encontra intimamente imbricada em sua gênese com as concepções de Constituição e direitos fundamentais. Nessa forma de Estado, iluminada em sua base pelos di-

reitos fundamentais, a sociedade faz jus a um sistema global e eficiente de proteção jurídica, cujo arcabouço fundamental está contido no texto constitucional.

Todavia, para que se logre a consecução dos objetivos não basta a previsão no texto constitucional de ampla proteção aos direitos e liberdades fundamentais; é necessário também assegurar a força normativa e a máxima otimização da letra constitucional.

A concretização dos conteúdos hipoteticamente estabelecidos faz-se mediante um conjunto ordenado de atividades da sociedade e do Estado. No âmbito das atribuições estatais, ao lado do administrador e do legislador, sobressai a esfera de atuação do Poder Judiciário, que, no Estado Democrático de Direito é agente privilegiado na implementação dos direitos e na concretização do sistema constitucional.

Vale referir que não há distinção ontológica substancial entre os processos legislativo e jurisdicional, constituindo ambos, na síntese de Mauro Cappelletti, processos de criação do direito.<sup>1</sup> Enquanto ao Poder Legislativo compete a edição de normas gerais, abstratamente consideradas, ao Poder Judiciário compete a criação do Direito, deusificado diante do caso concreto.

A legitimidade do *judicial review* é conferida pelo próprio Poder Constituinte, como forma de proteção e garantia da supremacia e efetividade da Constituição, não só aceitável, como imprescindível à realização dos fins dos regimes constitucionais democráticos. Sobre esse tema, vale a lição de Antônio Carlos Volkmer, que, reportando-se a José Castán Tobeñas e a Amílcar de Castro, refere que:

somente através do juiz é que a ordem jurídica se manifesta, pois o legislador não tem, nem pode ter, função criadora do Direito (...) o legislador faz as leis, mas lei não é Direito, lei é norma geral, impessoal, enquanto o Direito é necessariamente pessoal, particular.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> CAPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1993. p. 27.

<sup>2</sup> VOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, estado e direito*. São Paulo: RT, 1989. p. 143.

Na síntese de Luiz Flávio Gomes, o Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito tem papel relevante na condução à efetivação dos princípios constitucionais, já que lhe cabe não só função criadora como também transformadora e recriadora do Direito.<sup>3</sup>

A função jurisdicional é, pois, uma atividade própria e privativa do Estado, garantidora da supremacia e efetividade da Constituição e imprescindível à realização dos fins dos regimes constitucionais democráticos. A jurisdição, assim, constitui direito-garantia, que, de um lado, visa realizar o anseio por justiça, e, de outro, fazer valer os demais direitos, garantias e liberdades constitucionais.

O acesso à Justiça, ou seja, a garantia de obter a tutela judicial para a defesa de direitos, insere-se no conjunto de direitos indispensáveis à construção da cidadania, vindo a constituir, como refere Mauro Cappelletti “... ‘o mais básico dos direitos humanos’ de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar, os direitos de todos”.<sup>4</sup>

A inclusão do direito à prestação jurisdicional entre os direitos fundamentais ocorre independentemente de estar ou não taxativamente previsto em texto constitucional, pois se agrega à própria existência dos direitos. Representa o corolário da vedação, pelo Estado, da autotutela, não se podendo conceber, no Estado Democrático de Direito, organização estatal que prescindia da função jurisdicional.

No sistema constitucional brasileiro, na linha da tendência dos Estados mais avançados,<sup>5</sup> o acesso à justiça foi incluído no rol de direitos

---

<sup>3</sup> GOMES, Luiz Flávio. **A dimensão da magistratura no estado constitucional e democrático de direito**. São Paulo: RT, 1997. p. 47.

<sup>4</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 12.

<sup>5</sup> Como refere Carvalho Dias, “vislumbra-se a tendência de os Estados reconhecerem e definirem o direito à tutela jurisdicional como direito fundamental do povo nos seus ordenamentos constitucionais, mediante enunciados normativos gerais expressos nos respectivos textos”. A seguir, exemplifica citando as Constituições de Portugal (art. 20), Espanha (art. 24, I), da Itália (art. 24) da Alemanha (art. 103), da Venezuela (art. 49), da Grécia (art. 20), da Holanda (art. 17) e da Colômbia (art. 86) (in DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 117/118).

fundamentais, consagrado expressamente no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito”.

A par de incluir no rol dos direitos fundamentais o acesso à jurisdição, o texto constitucional estabeleceu ainda garantias processuais, tanto na esfera cível quanto na penal, e inclusive, administrativa,<sup>6</sup> o que bem evidencia a intenção do constituinte de conceder múltiplas garantias para outorgar a máxima efetividade aos direitos fundamentais.

Estabelecida a premissa de que a jurisdição constitui um direito fundamental, em prosseguimento, releva indagar da duração razoável do processo como forma de garantir a efetividade do direito à prestação jurisdicional.

## 2.2 O direito à razoável duração do processo e a EC 45/2004.

Sendo o acesso à justiça um direito fundamental, em corolário, surge para o Estado o dever de implementar os meios necessários à prestação jurisdicional, como forma de dar a maior efetividade possível à norma constitucional fundamental. Sobre essa exigência de concretização material, leciona Cármen Lucia Antunes Rocha:

O direito à jurisdição apresenta-se em três fases que se encadeiam e se completam, a saber: a) o acesso ao poder estatal prestador da jurisdição; b) a eficiência e prontidão da resposta estatal à demanda de jurisdição; e c) a eficácia da decisão jurística.<sup>7</sup>

Para concretizar o direito de acesso à jurisdição, não basta a garantia de obtenção de uma resposta à pretensão posta em juízo; o processo judicial deve estar dotado tanto de instrumentos de tutela que permitam

<sup>6</sup> Vejam-se as previsões dos incisos XXXIV, ‘a’, XXXV, LVI, LIX, LXVIII, LXIX, LXX, LXXI, LXII, LXIII, todos do art. 5º da CF/88, que incluem os princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, dentre outros.

<sup>7</sup> ROCHA, Cármen Lucia Antunes. O direito constitucional à jurisdição. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993. pp. 31-51.

produzir o melhor resultado dentro do menor prazo possível, quanto de meios de executar a decisão, de forma a permitir a plena realização do direito. É preciso que haja uma resposta *pronta e adequada* à sociedade que busca no Poder Judiciário a pacificação dos conflitos. Na lição de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias,

isto significa dever de prestação jurisdicional pelo Estado mediante a garantia de um processo sem dilações indevidas, processo cujos atos sejam realizados naqueles prazos fixados pelo próprio Estado nas normas de direito processual. Em outras palavras, o direito fundamental do povo de acesso à jurisdição envolve o direito de obter do Estado uma decisão jurisdicional em prazo razoável.<sup>8</sup>

Sobre a dimensão material do princípio do acesso à justiça, leciona, com muita propriedade, Jorge de Oliveira Vargas que:

O acesso à justiça tanto pode ser formal como material ou efetivo. É meramente formal aquele que simplesmente possibilita a entrada em juízo do pedido formulado pela parte. Isso não basta. É importante garantir o início e o fim do processo, em tempo satisfatório, razoável, de tal maneira que a demora não sufoque o direito ou a expectativa do direito.<sup>9</sup>

A respeito dos prejuízos decorrentes da mora na resposta jurisdicional, é perfeita a síntese de Cármen Lucia Antunes Rocha, para quem:

Não basta, contudo, que se assegure o acesso aos órgãos prestadores da jurisdição para que se tenha por certo que haverá estabelecimento da situação de justiça na hipótese concretamente posta a exame. Para tanto, é necessário que a jurisdição seja prestada – como os demais serviços

<sup>8</sup> Op. cit., p. 116/117.

<sup>9</sup> VARGAS, Jorge de Oliveira. *Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 1999. p. 12.



públicos – com a presteza que a situação impõe. Afinal, às vezes, a justiça que tarda, falha. E falha exatamente porque tarda.

Não se quer a justiça do amanhã. Quer-se a justiça de hoje. Logo, a presteza da resposta jurisdicional pleiteada contém-se no próprio conceito do direito-garantia que a jurisdição representa.

A liberdade não pode esperar, porque, enquanto a jurisdição não é prestada, ela pode estar sendo afrontada de maneira irreversível; a vida não pode esperar, porque a agressão ao direito à vida pode fazê-la perder-se; a igualdade não pode aguardar, porque a ofensa a este princípio pode garantir a discriminação e o preconceito; a segurança não espera, pois a tardia garantia que lhe seja prestada pelo Estado terá concretizado o risco por vezes com a só ameaça que torna incertos todos os direitos.<sup>10</sup>

O direito à jurisdição não é um mero direito de defesa, pois traz em si agregado o direito de exigir a sua prestação do Estado. Na síntese da autora citada:

O direito à jurisdição é o direito público subjetivo constitucionalmente assegurado ao cidadão de exigir do Estado a prestação daquela atividade. A jurisdição é, então, de uma parte, direito fundamental do cidadão, e de outro, dever do Estado.<sup>11</sup>

Na Constituição Federal de 1988, como já referido, há cláusula constitucional que assegura o acesso à justiça (art. 5º, XXXV); nesta, já se considerava ínsita a garantia de efetividade da tutela jurisdicional – a qual tem por pressuposto a sua tempestividade. Nesse sentido, a lição de Teori Albino Zavascki, para quem

---

<sup>10</sup> Op. cit., p. 37.

<sup>11</sup> Op. cit., p. 33.

o direito fundamental à efetividade do processo – que se denomina também, genericamente, direito de acesso à justiça ou direito à ordem justa – compreende, em suma, não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas também e principalmente o de obter, em prazo adequado, uma decisão justa e com potencial e atuar eficazmente no plano dos fatos.<sup>12</sup>

Na mesma linha, José Augusto Delgado, em artigo publicado em 1996, lecionava que

constitui garantia individual implícita (art. 5º, par. 2º, da CF) a prestação jurisdicional dentro dos prazos fixados pela legislação ordinária, não só com o apoio no princípio da legalidade, quando o Estado deve suportar a lei que ele próprio fez, como também por ser inconciliável com o sistema democrático o fato de não gerar responsabilidade o descumprimento do direito positivado.<sup>13</sup>

A sede material do direito à prestação jurisdicional exercida em prazo razoável, antes da EC nº 45, também poderia ser situada nos tratados e convenções subscritos pelo Brasil, especialmente na Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de San José da Costa Rica, do qual o país é signatário desde 1978 e que foi incorporado ao sistema jurídico brasileiro pelo Decreto nº 678/92. Esse pacto inclui, dentre as garantias judiciais estabelecidas em seu art. 8º, o direito a um julgamento sem dilações indevidas.

Não obstante, a Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, introduziu no rol de direitos fundamentais o direito à razoável duração do processo e aos meios para a justiça mais célere: “Art. 5º (...) LXXVIII. A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados

<sup>12</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 64.

<sup>13</sup> DELGADO, José Augusto. A demora na entrega da prestação jurisdicional - responsabilidade do Estado – indenização. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 14, 1996, pp. 249/266. p. 253.

a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade e de sua tramitação”.<sup>14</sup>

O constituinte derivado, diga-se de passagem, revelou em diversos outros dispositivos da reforma, preocupação com a celeridade processual,<sup>15</sup> na linha das mais avançadas declarações de direitos, tratados e constituições contemporâneas.<sup>16</sup>

A demora da justiça é uma das maiores preocupações atualmente, em todo o mundo, contribuindo sobremaneira para a crise que atravessam as instituições jurídicas. Em nosso país, se verifica a insuficiência do sistema para atender a demanda. Para constatar a falha, basta lembrar o acúmulo de processos nas diversas instâncias, que atinge indistintamente a todos os órgãos jurisdicionais.

---

<sup>14</sup> Concordamos integralmente com Cândido Dinamarco, ao asseverar que esse dispositivo tem eficácia imediata, dispensando complementação legislativa, por trazer em si os elementos necessários para sua aplicação. *In* O processo civil na reforma constitucional do Poder Judiciário. Disponível em [http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID\\_48.pdf](http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_48.pdf), acessado em 15 de setembro de 2005.

<sup>15</sup> Assim, por exemplo, previu a necessidade de proporcionalidade entre o número de juízes, a efetiva demanda e a população (art. 93, XIII), bem como a imediatidade da distribuição de processos tanto no Poder Judiciário quanto no Ministério Público (art. 93, XV e 129, par. 5º); legitimou a delegação aos servidores da prática de atos de administração e de mero expediente sem caráter decisório (art. 93, XIV). Também, no art. 7º, determinou ao Congresso Nacional a formação de comissão especial mista, destinada a elaborar, no prazo de cento e oitenta dias, os projetos de lei destinados a regulamentação das disposições da Emenda, bem como a “promover alterações na legislação federal objetivando tornar mais amplo o acesso à justiça e mais célere a prestação jurisdicional”.

<sup>16</sup> Na Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, a celeridade da justiça está inserto nas disposições do Art. 47: “Direito à ação e a um tribunal imparcial. Toda a pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido violados tem direito a uma ação perante um tribunal. Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei. Toda a pessoa tem a possibilidade de se fazer aconselhar, defender e representar em juízo. É concedida assistência judiciária a quem não disponha de recursos suficientes, na medida em que essa assistência seja necessária para garantir a efetividade do acesso à justiça”. Também podem ser referidos, entre outros, a Constituição portuguesa (art. 20. n. 4º); a Constituição espanhola (art. 24, 2); a Convenção Européia dos Direitos do Homem (art. 6.1); e a já referida Convenção Americana de Direitos Humanos, subscrita pelo Brasil.

As causas que se apontam para o problema são de naturezas variadas, relacionadas a fatores sociais, econômicos, políticos e jurídicos. Dentre outros determinantes, apontam-se: a complexidade crescente das relações sociais; a explosão de demandas; a insuficiência de servidores e juízes e de atendimento na Defensoria Pública; a burocracia estatal; a falta de recursos financeiros, técnicos e administrativos; as deficiências do ensino jurídico; a burocratização e inacessibilidade do processo, o excesso de recursos, o mau uso dos instrumentos processuais.

As conseqüências da intempestividade na entrega da prestação jurisdicional são nefastas, pois desconsideram a fundamentalidade do direito à jurisdição, interferem na implementação dos próprios direitos e garantias que o sistema jurídico visa proteger, desacreditam o Estado e as instituições jurídicas.

Os reflexos negativos da tardia prestação jurisdicional atingem e prejudicam a toda a sociedade, não só na esfera jurídica. A morosidade tem repercussões na economia do país, favorece a especulação, estimula a inadimplência; e o mais grave é que, em regra, a demora no processo prejudica mais os interesses dos desfavorecidos, para quem pode chegar a constituir a denegação da própria justiça.

Enfim, sem indagar de forma aprofundada das causas da demora, nem a que interesses serve a postergação do desfecho das lides, por serem questões que escapam ao âmbito deste trabalho, de tudo releva que o sistema judicial, no país, não vem conseguindo oferecer formas eficientes de pacificação dos conflitos sociais, do que decorre uma situação de descrédito generalizado.

Fala-se em crise do Estado, do Direito e da Justiça; a sociedade clama por um novo modelo de justiça, que, além de acessível e empenhado com a efetivação dos princípios e garantias fundamentais, seja mais rápido e mais eficiente.

Delineada a caracterização do direito à jurisdição célere como direito fundamental, a fim de responder a nossa indagação sobre a possibilidade de responsabilização do Estado pela demora na entrega da prestação jurisdicional, cabe, na próxima parte deste trabalho, perquirir acerca da responsabilidade do Estado pelo ato jurisdicional.

### 3 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELOS ATOS JURISDICIONAIS

#### 3.1 Evolução das teorias sobre a responsabilidade pelos atos judiciais.

O enfoque do tema da responsabilidade do Estado<sup>17</sup> evoluiu desde a teoria da total irresponsabilidade, identificada com o paradigma do absolutismo – o rei não erra – até chegar na admissão de responsabilidade objetiva do Estado, cujo dever de indenizar se assenta no princípio geral do não enriquecimento sem causa e na assunção do risco da atividade.

Num primeiro momento, não se admitia a responsabilidade do Estado, reconhecendo-se exclusivamente a responsabilidade pessoal dos agentes públicos, por culpa ou dolo. Diversas fundamentações doutrinárias, identificadas com as diferentes correntes filosóficas sobre o papel do Estado – teorias civilísticas, do acidente administrativo, da falta do serviço, do dano objetivo, do risco administrativo – foram gradativamente ampliando a admissão da responsabilização do Estado por seus atos, de forma a garantir que também na seara da administração pública seja observada a máxima de que nenhum dano injusto deve ficar sem reparação.

O dogma da irresponsabilidade foi superado primeiramente pela doutrina da responsabilidade subjetiva, oriunda do direito privado, segundo a qual, para o surgimento da obrigação de indenizar, é exigível a prova da ocorrência de culpa do agente.

---

<sup>17</sup> Adota-se neste texto a expressão “responsabilidade do Estado”, sem o adjetivo ‘civil’. Na crítica de Alberto Cotrim, a locução ‘responsabilidade civil do Estado’ tem origem na matriz do direito privado. Entretanto, passou a ser imprópria, pois a responsabilidade do Estado passou a ter fundamentação jurídica diversa daquela do direito privado, e regime jurídico publicístico. Ver, a respeito: (a) COTRIM NETO, Alberto Bittencourt. Da responsabilidade do Estado por atos de juiz em face da Constituição de 1988. In: *Revista da AJURIS*, n. 55, ano XIX, julho de 1992, pp. 76-103, p. 103 e (b) DELGADO, José Augusto. Op. cit., A demora na entrega da prestação jurisdicional - responsabilidade do Estado – indenização. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 14, 1996, pp. 248/266.

A superação da teoria da responsabilidade subjetiva do Estado deu-se gradativamente, com o surgimento das concepções mais modernas sobre o papel do Estado e seus limites de atuação. Essa evolução culminou no princípio da responsabilidade objetiva, atualmente adotada no sistema jurídico-constitucional brasileiro.

A responsabilidade objetiva se funda, inicialmente, no dogma da legalidade, por considerar que, se o Estado edita as normas jurídicas, na sua atuação deve também se sujeitar a elas, respondendo, assim como todos os cidadãos, pelos atos que causarem dano injusto aos seus destinatários.

A responsabilidade direta do Estado encontra substrato, também, no princípio da isonomia. Todos, inclusive e especialmente o próprio Estado, devem igualmente sujeitar-se às normas legais, descabendo o estabelecimento de exceções desarrazoadas.

A responsabilidade objetiva do Estado atende também ao princípio da solidariedade, dado que o risco da necessária atuação estatal não deve ser assumido apenas por aquele que for indevidamente prejudicado, mas, sim, distribuído entre toda a coletividade. Como aduz Edmir Netto de Araújo,

sendo o Estado a síntese de todos os contribuintes, deve sua responsabilidade se fundamentar na solidariedade patrimonial de toda a coletividade frente aos ônus e encargos suportados por um determinado administrado em consequência da ação danosa de um agente público. Os ônus e encargos públicos devem ser eqüitativamente distribuídos entre todos os membros da coletividade que institui o Estado para administrá-la.<sup>18</sup>

A responsabilidade do Estado pode ser abordada na multiplicidade das atribuições estatais – administrativa, legislativa e judicial. Entretanto, dentro da teoria geral da responsabilidade do Estado, a sindicabilidade dos atos do Poder Judiciário e do Poder Legislativo é o ponto em que

---

<sup>18</sup> ARAÚJO, Edmir Netto de. O Estado-Juiz e sua responsabilidade. In: *Boletim de Direito Administrativo*, ano II, janeiro de 1986. pp. 20-27.

se verifica maior dificuldade de admissão da teoria da publicização dos riscos da atividade estatal.

Consigne-se que, na limitada abordagem deste trabalho, o que se perquire é da responsabilidade do Estado-Juiz exclusivamente no plano jurídico, sem desconhecer que o tema pode ser examinado sob múltiplos enfoques. Na sistematização proposta por Cappelletti, a responsabilidade do Estado-Juiz também pode se abordada em termos de responsabilidade política e social.<sup>19</sup>

De outro lado, não se olvide que o direito à indenização por dano decorrente de atos jurisdicionais pode ser examinado também sob a ótica da imputabilidade pessoal do magistrado, que não exclui e nem se confunde com a responsabilidade do órgão;<sup>20</sup> esse tema, igualmente, escapa ao âmbito deste trabalho.

No plano jurídico, diversas correntes rejeitam a responsabilização do Estado pelos atos jurisdicionais. Os argumentos que conduzem essas teorias dizem com quatro linhas principais: a soberania, a eficácia da coisa julgada, a condição diferenciada dos juízes entre os agentes estatais e a natureza especial da atividade jurisdicional.

No que toca à soberania, vale referir que é um atributo do próprio Estado, e não de qualquer de seus poderes. Desde longa data, admite-se que os atos do Estado-Administrador não são insindicáveis pelo fato da soberania; assim, também não o poderão ser os atos do Poder Judiciário.

---

<sup>19</sup> A respeito, ver: (a) o capítulo “Uma tipologia da responsabilidade judicial”, in CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* Porto Alegre: Fabris, 1989; (b) o capítulo ‘Espécies de responsabilidade do juiz’, na obra de LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *A responsabilidade civil do juiz*. São Paulo: RT, 2000; (c) o capítulo “Os vários tipos de responsabilidade”, no artigo de CARPI, Federico. A responsabilidade do juiz. In: *Revista de Processo*, n. 78, abr-jun 1995, ano 20, pp. 123-132 e (d) o artigo de Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Responsabilidade política e social dos juízes nas democracias modernas. In: *Revista da Ajuris*, n. 70, julho de 1997, pp. 07-33.

<sup>20</sup> A responsabilidade jurídica pessoal do juiz é objeto de dispositivos legais esparsos em nosso ordenamento, entre os quais o art. 133 do Código de Processo Civil e o art. 46 da LOMAN.

O argumento da definitividade da coisa julgada cede passo em face da necessidade de oferecer um mecanismo que garanta a indenização, ao prejudicado, do dano injusto decorrente do erro judiciário. Como bem refere Edmir Netto de Araújo, a defesa da incontestabilidade da coisa julgada não pode chegar ao extremo de erigir essa qualidade como fundamento para afastar a responsabilidade do Estado pela reparação do dano injustificadamente causado ao destinatário da prestação jurisdicional.<sup>21</sup>

A tese da irresponsabilidade do Estado em razão da condição especial dos juízes, igualmente, não mais subsiste. Ainda que os juízes integrem, dentro da esfera pública, uma categoria especial, e que não exerçam função executiva e sim de dicção do Direito - dispondo, para tanto, de prerrogativas próprias -, não deixam de ser agentes públicos. Mesmo que os juízes sejam salvaguardados em suas prerrogativas, respondendo somente de forma subjetiva pelo dano, não resta excluída a responsabilidade objetiva do Estado pelos atos judiciais. Como bem anota Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, os magistrados não estão imunes à falibilidade humana:

A missão de julgar, tarefa de tremendas responsabilidades, eis que joga com a alma, com os bens, com a liberdade, com a honra, enfim com a própria vida daqueles que batem às portas da Justiça, ou que perante ela são arrastados, embora reclame qualidades particulares daqueles que a exercem, sendo praticada por homens, está sujeita, naturalmente, à fraqueza das faculdades humanas, podendo originar danos aos jurisdicionados.<sup>22</sup>

Com relação ao argumento de malferimento ao princípio da independência da magistratura, cabe transcrever os argumentos de João Sento Sé:

Não vemos oposição entre a responsabilidade do Estado e a independência do magistrado. A responsabilidade por atos judiciais somente é cabível quando verificados certos pressu-

<sup>21</sup> Op. cit., p. 26.

<sup>22</sup> LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. Responsabilidade do Estado por atos judiciais. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 138, abr/jun 1998, pp. 55-63.



postos, conforme sucede quanto à responsabilidade do Poder Público em geral. Não sustentamos, evidentemente, a abolição da **independência funcional dos juízes**, sem a qual viveriam em permanente sobressalto, ante o medo de serem responsabilizados civilmente, em ação direta ou via regressiva, a chamado do Estado...<sup>23</sup>

É certo que a decisão judicial é ato de poder; todavia, no Estado de Direito todo o poder encontra limites no ordenamento jurídico. A responsabilização pela indenização dos danos causados na atividade jurisdicional é forma de qualificação da atividade jurisdicional, ao instituir um controle, pelo Poder Judiciário, de seus próprios atos.

Por fim, não há distinção ontológica entre os atos administrativos, legislativos ou judiciais para fins de responsabilização do Estado; a todos se aplicam indistintamente os princípios gerais da confiança e da solidariedade na repartição dos ônus da atuação estatal. Não há causa lógica ou jurídica que autorize a outorga de imunidade ao Estado-Juiz, deixando ao desamparo os direitos e interesses daqueles que forem eventualmente lesados injustamente.

Diga-se de passagem que a possibilidade de controle ocorre não só em relação aos atos jurisdicionais, mas aos atos judiciais *lato senso*, abrangendo os atos administrativos e os atos jurisdicionais. E, quanto a esses, não abrange apenas o ato jurisdicional magno – a sentença –, mas se estende aos atos praticados no curso do processo, antes ou depois da sentença, e até aos serviços da justiça.<sup>24</sup>

Consigne-se, por fim, que, consideradas as peculiaridades da função jurisdicional, a responsabilidade do Estado-Juiz reclama a construção de paradigma próprio, diverso da regra geral de responsabilidade objetiva do Estado. Sobre as necessárias cautelas quanto à responsabilidade pela prestação jurisdicional, assevera Lucia Valle Figueiredo:

---

<sup>23</sup> SÉ, João Sento. Responsabilidade civil do Estado-Juiz. In: *Revista de Direito Público*, n. 82, abril-jun 1987, ano XX, pp. 132-140, grifo original.

<sup>24</sup> A respeito, ver AGUIAR JR, Ruy Rosado de. A responsabilidade civil do estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil. In: *Revista da Ajuris*, n. 59, novembro de 1993. pp. 5-48.

Os atos praticados pelo Legislativo e Judiciário, consoante nosso entender, empenham responsabilidade estatal. (...) Quanto a nós, não vemos empecos para responsabilizar o Estado por atos praticados por uma de suas funções, a judiciária. Efetivamente, encarna o Judiciário também a figura do agente público, de alguém que diz o Direito em normas concretas e por conta do Estado. Se assim é, dentro de certas comportas, que o regime jurídico da função postula, há de ser também responsabilizado na hipótese de lesão. É evidente que se há de colocar ‘standards’ e critérios de razoabilidade para decisões judiciárias. Entretanto, se houver decisões lesivas, desconcertadas do Direito, certamente responderá por elas.<sup>25</sup>

A obrigação de indenizar em matéria de atos judiciais não pode chegar ao extremo de constituir um seguro universal. Em hipótese alguma o simples prejuízo material ou moral decorrente da denegação da pretensão posta em juízo poderia configurar lesão indenizável, sob pena de restar inviabilizada a atividade jurisdicional.

Enfim, do exposto, resta que, a liberdade, a independência e a segurança são garantias necessárias para o bom exercício do ofício de julgar; não implicam irresponsabilidade, mas acarretam a necessidade de equacionamento especial da regra geral da responsabilidade objetiva, de modo a que sejam preservados os predicamentos próprios da atividade jurisdicional.

Como refere Eduardo Kraemer, a regra da responsabilidade, no caso dos atos judiciais, deve ser compatibilizada “com o conjunto de princípios e regras que informam a atividade jurisdicional”,<sup>26</sup> de forma a assegurar aquilo que Mauro Cappelletti denomina de “exigência de equilíbrio entre o valor democrático do dever de prestar contas e o valor de garantia da independência”.<sup>27</sup>

<sup>25</sup> FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 185.

<sup>26</sup> KRAEMER, Eduardo. *A responsabilidade do Estado e do magistrado em decorrência da deficiente prestação jurisdicional*. Porto Alegre: Advogado, 2004. p. 68.

<sup>27</sup> CAPPELLETTI, 1989, p. 30.

Em conclusão, as teorias que defendem a irresponsabilidade do Estado-Juiz não encontram fundamento no Estado Democrático de Direito. A jurisdição é, de um lado, atividade essencial típica do Estado e, de outro, direito fundamental da sociedade. A sua deficiente prestação deve ensejar a correspondente responsabilidade, ainda que não de forma irrestrita. Nas palavras de Luiz Rodrigues Wambier,

é preciso não descurar dos mecanismos para a solução dos eventuais conflitos decorrentes da própria atividade jurisdicional do Estado, que, exercida por homens, não está imune ao cometimento de danos, em prejuízo dos cidadãos e da sociedade.<sup>28</sup>

Fixadas essas premissas no sentido de admissão da responsabilização do Estado com relação aos seus atos, inclusive jurisdicionais, antes de adentrar num exame mais aprofundado da questão da delonga na prestação jurisdicional como fator de responsabilização do Estado, passa-se a traçar um breve panorama do trato da questão da responsabilidade do Estado sobre os atos jurisdicionais no ordenamento jurídico brasileiro, no direito posto, na doutrina e na jurisprudência.

### **3.2 A responsabilidade do Estado-Juiz no sistema jurídico brasileiro.**

A Constituição Federal de 1988 não disciplinou de forma expressa a responsabilidade do Estado por atos judiciais. Como regra geral, o texto constitucional estabeleceu a responsabilidade de todos os agentes das pessoas jurídicas de direito público e das prestadoras de serviços públicos, de forma abrangente, no parágrafo sexto do art. 37,<sup>29</sup> não distinguindo, nem excluindo, nenhuma espécie de atividade estatal.

<sup>28</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. A responsabilidade civil do Estado decorrente dos atos jurisdicionais. In: *Revista dos Tribunais*. Ano 77, julho de 1988, vol. 833, pp. 34-42.

<sup>29</sup> “Art. 37. (...) § 6.º: As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo e culpa”.

Nesse dispositivo, a nova Constituição dirimiu qualquer dúvida em relação aos agentes cujos atos podem ensejar a responsabilidade do Estado: em vez de, como dantes, incluir como passíveis de responsabilização estritamente os atos cometidos por ‘funcionários’ ou ‘servidores públicos’, referiu-se a ‘agentes’, expressão que tem conteúdo mais amplo.<sup>30</sup> Ainda, no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, o constituinte deixou assentada a submissão de todos os entes estatais aos princípios gerais que regem a administração pública.<sup>31</sup>

No que toca à responsabilidade por atividade judicial, a Constituição Federal de 1988 inseriu entre as garantias fundamentais, no inciso LXXV do art. 5º, o direito de obter indenização do Estado pelos danos sofridos em razão de condenação indevida decorrente de erro judiciário: “O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”.

A amplitude dessa inserção é bastante discutida. Há quem, como Juarez Freitas, cogite de identificar nesse dispositivo uma cláusula geral de responsabilidade pelo erro judiciário, dispensando qualquer construção hermenêutica.<sup>32</sup> Posição restritiva, diametralmente oposta, é defendida por Tupinambá Nascimento, para quem esse dispositivo só trata da reparação do erro judiciário penal.<sup>33</sup>

<sup>30</sup> Segundo o magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello, ‘agentes públicos’ constitui gênero que abrange não somente os servidores públicos, mas alcança todos aqueles que desempenham funções estatais: “Esta expressão – *agentes públicos* – é a mais ampla que se pode conceber para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumentos expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente. Quem quer que desempenhe funções estatais, *enquanto as exercita*, é um agente público”. In MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 12.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 218.

<sup>31</sup> “Art. 37. A administração pública direta e indireta, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)”.

<sup>32</sup> FREITAS, Juarez. *Estudos de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 119.

<sup>33</sup> NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Responsabilidade civil do Estado*. Rio de Janeiro: Aide, 1995. p. 32/33.

Alberto Bittencourt Cotrim Neto assume posição intermediária, assinalando que a cláusula tem amplitude ainda não devidamente entendida, abrangendo a reparação de qualquer condenação decorrente de erro judiciário, tendo “aplicação em todos os campos em que o indivíduo possa ser condenado: no juízo criminal, como no civil, no trabalhista ou no militar e até no eleitoral”.<sup>34</sup>

Essa última posição parece a mais razoável. A abordagem restritiva é inadmissível, pois não se pode outorgar compreensão ao dispositivo em questão, eficácia que condicione a sua amplitude ao erro judiciário na esfera penal, impondo restrição a um direito fundamental que o constituinte não restringiu.

Por outro lado, a previsão inserta nesse dispositivo é insuficiente para fundamentar uma regra geral sobre a responsabilidade do Estado por atos judiciais, porque só abrange a reparação do dano decorrente de condenação, sendo que da atividade judicial podem decorrer danos de todos os atos praticados no curso do processo, não só do ato sentencial, pode se configurar mesmo quando a decisão não for condenatória, ou pode decorrer de omissão e não de ação.

A legislação infraconstitucional também não prevê uma disciplina geral sobre a responsabilidade do Estado por atos do Poder Judiciário. A possibilidade de responsabilização consta apenas em dispositivos legais esparsos,<sup>35</sup> dirigidos à responsabilidade pessoal do julgador e não do Estado.

Do exposto, nesse breve exame da Constituição e da legislação, conclui-se não haver, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, dispositivo constitucional ou legal que estabeleça uma regra geral sobre a responsabilidade do Estado especificamente no que toca aos atos judiciais.<sup>36</sup>

---

<sup>34</sup> Op. cit., p. 99.

<sup>35</sup> Entre eles, os já citados art. 133 do Código de Processo Civil; o art. 46 da LOMAN - Lei Orgânica da Magistratura Nacional, podendo-se referir também o art. 11, II, da Lei n° 8.429-92 - Lei de Improbidade Administrativa.

<sup>36</sup> O projeto de Emenda Constitucional de Reforma do Judiciário estabelecia expressamente a responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais, modificando a redação do art. 95 da CF/88 para introduzir § 4.º, nos seguintes termos: “A União e os Estados respondem pelos danos que os respectivos juízes causarem no exercício de suas funções jurisdicionais, assegurado o direito de regresso nos casos de dolo”. O dispositivo não foi aprovado na redação final da EC 45.

Todavia, a irresponsabilidade do Estado-Juiz não tem respaldo na Constituição Federal de 1988, alinhada com a premissa da solidariedade na distribuição dos riscos da atividade estatal e com os princípios que norteiam a atuação da administração pública.

Não obstante a doutrina e jurisprudência pátrias admitam a responsabilidade do Estado em questão de atos jurisdicionais, prevalece a noção de que essa responsabilização comporta temperamentos em razão da necessária compatibilização com as garantias próprias e necessárias ao desempenho da atividade jurisdicional.

A doutrina prega a definição de critérios de razoabilidade para a responsabilização do Estado pelas decisões jurisdicionais. É interessante a síntese feita por Ruy Rosado de Aguiar Júnior, no sentido de que, em princípio, a regra geral da responsabilidade objetiva não se aplica aos atos judiciais:

O princípio da responsabilidade objetiva, que se satisfaz com a causação do dano, não pode ser aceito no âmbito dos atos judiciais porque sempre, ou quase sempre, da atuação do Juiz na jurisdição contenciosa resultará alguma perda para uma das partes. Se esse dano fosse indenizável, transferir-se-ia para o Estado, na mais absoluta socialização dos prejuízos, todos os efeitos das contendas entre os particulares. É por isso que a regra ampla do art. 37. par. 6º, da Constituição, deve ser trazida para os limites indicados no seu art. 5º, LXXV, que admite a indenização quando o ato é falho (erro na sentença) ou quando falha o serviço (excesso de prisão).<sup>37</sup>

Mais recentemente, alguns doutrinadores vêm defendendo a aplicação da responsabilidade objetiva do Estado, fundada na falta do serviço. Na síntese de Cretella Junior:

Voluntário ou involuntário, o erro de conseqüências danosas exige reparação, respondendo o Estado civilmente pelos prejuízos causados. Se o erro foi causado por falta de pes-

<sup>37</sup> AGUIAR JR, Rui Rosado de. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil. In: *Revista da AJURIS*, n. 59, novembro de 1993. p. 36.

soal do órgão judicante, ainda assim o Estado responde, exercendo a seguir o direito de regresso sobre o causador do dano, por dolo ou culpa.<sup>38</sup>

Essa diretriz ainda não vem sendo acompanhada pelos tribunais, havendo, quanto à questão da responsabilidade civil do Estado-Juiz, situação de verdadeira 'inquietude jurisprudencial'.<sup>39</sup> A tendência que vem predominando na jurisprudência é restritiva, partindo, basicamente, do afastamento do paradigma da responsabilidade objetiva, salvo quando houver prévia estipulação legal.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu em diversos julgados (inclusive posteriores à Constituição de 1988) pela inaplicabilidade do princípio da responsabilidade objetiva aos atos do Poder Judiciário, a não ser nos casos de expressa previsão legislativa, como se verifica nos precedentes que seguem:

RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. ATO DO PODER JUDICIÁRIO. O princípio da responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos do Poder Judiciário, salvo os casos expressamente declarados em lei. Orientação assentada na jurisprudência do STF. Recurso conhecido e provido. (Recurso Extraordinário n. 219.117-4/PR. Primeira Turma. Julg. em 03/08/1999. DJ: 29/10/1999. Min. Ilmar Galvão. Ementário nº 1969-3).

Responsabilidade objetiva do Estado. Ato do Poder Judiciário. - A orientação que veio a predominar nesta Corte, em

<sup>38</sup> CRETELLA JR. Responsabilidade do Estado por atos judiciais. In: *Revista de Direito Administrativo*, n. 99, Rio de Janeiro, jan./mar. 1970. p. 31.

<sup>39</sup> Conforme DELGADO, José Augusto. A demora na entrega da prestação jurisdicional - responsabilidade do Estado - indenização. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 14, 1996. p. 253. Artur Silva refere ser o tema da responsabilidade civil do Estado-Juiz objeto de 'reflexão por parte da doutrina e tímida reação da jurisprudência' (SILVA FILHO, Artur Marques da. Juízes irresponsáveis? In: *Revista dos Tribunais*, ano 80, dezembro de 1991, vol. 674. p. 70); Rui Stoco menciona que a questão vem sendo tratada 'de forma tímida (...) sempre em caráter de excepcionalidade' (STOCO, Rui. Responsabilidade do Estado por ato de seus juízes. In: *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina*. Ano 8, vol. 14. p. 99).

face das Constituições anteriores à de 1988, foi a de que a responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos do Poder Judiciário a não ser nos casos expressamente declarados em lei. Precedentes do S.T.F. Recurso extraordinário não conhecido. (Recurso Extraordinário n. 111609-9-AM. Primeira Turma. Julg. em: 11.12.92. DJ: 19.03.93. Ministro Moreira Alves. Ementário nº 1696-2).

As hipóteses de responsabilidade do Estado-Juiz, legalmente previstas, são as de erro judiciário e de atos cometidos com dolo ou fraude pelos magistrados ou servidores públicos, com fundamento no já referido art. 5º, LXXV, da Constituição Federal, e na legislação, podendo-se exemplificar as previsões insertas na LOMAN, no Código de Processo Civil e no Código de Processo Penal, já referido.

Apenas mais recentemente vêm sendo referidas na doutrina, com tímido reflexo na jurisprudência, outras hipóteses de possível responsabilização do Estado por ato judicial, entre elas o mau funcionamento do serviço, considerado em sentido amplo. Nesse contexto, vem sendo discutida a demora na entrega da prestação jurisdicional como causa de responsabilidade do Estado frente ao pressuposto da razoável duração do processo.

Traçado este breve quadro da responsabilidade civil do Estado pelos atos jurisdicionais no sistema jurídico brasileiro, na última parte deste trabalho vai-se indagar de forma mais aprofundada sobre a demora na prestação jurisdicional como fator de responsabilização do Estado.

## **4 A MOROSIDADE DA JUSTIÇA E A RESPONSABILIDADE DO ESTADO**

### **4.1 A demora no processo como fator de responsabilização do Estado**

Viu-se, na segunda parte deste trabalho, que a doutrina vem evoluindo no sentido de admitir a responsabilidade do Estado pela atividade jurisdicional, sendo acompanhada, de forma ainda incipiente, pela



jurisprudência. Interessa perquirir, neste item, especificamente acerca do atraso na entrega da prestação jurisdicional como elemento causador de direito à indenização daquele que sofreu os efeitos da demora no processo.

Em princípio, sendo a jurisdição uma atividade estatal de extrema relevância para a consecução dos objetivos da sociedade, a deficiente prestação jurisdicional revela a imperfeição de um serviço público que o Estado tomou a si o dever de prestar. Como assevera Ruy Rosado de Aguiar Júnior,

O monopólio da prestação da justiça trouxe para o Estado, conseqüentemente, o dever de cumprir o encargo a contento, de modo a não violar o direito que prometeu proteger. Os efeitos daninhos da má organização dos serviços judiciários, resultado da incompetência e da visão acanhada da administração pública, não podem recair sobre os ombros dos cidadãos. (...) O Estado deve ser capaz de resolver satisfatoriamente o problema da justiça, com os recursos de que dispõe.<sup>40</sup>

Não ocorrendo a resposta adequada da prestação jurisdicional pelo Estado, nasce para o cidadão a faculdade de exigir o cumprimento desse dever constitucional, podendo, em caso de descumprimento causador de dano injusto, surgir o direito à reparação. O direito a auferir indenização pelo mau funcionamento da atividade jurisdicional vem a ser o corolário do direito fundamental à prestação jurisdicional célere, sendo uma exigência da sociedade democrática.

Claro que não se pretende admitir aqui a falácia de que a responsabilidade do Estado-Juiz funcione como panacéia para todos os males da Justiça,<sup>41</sup> pois a superação da crise passa por outros caminhos, demandando um (re) posicionamento das funções estatais, um (re) alinhamento do próprio Direito e um (re) pensar de seus operadores.

---

<sup>40</sup> AGUIAR JR, 1993, p. 40.

<sup>41</sup> Advertência que, aliás, já era feita por CARPI, Federico. A responsabilidade do juiz. In: *Revista de Processo*, n. 78, abr-jun 1995, ano 20. p. 132.

Contudo, não se pode olvidar que a postulação de reparação do dano pode ter o efeito adicional de funcionar como medida de pressão<sup>42</sup> tendente a compelir o Estado a prover o aperfeiçoamento da função jurisdicional, pois,

quando se preconiza o Estado como responsável, os efeitos dessa posição implicam lançar sobre ele uma malha de controle social (...) que vai repercutir sobre ele enquanto pessoa jurídica de Direito Público, em todos os níveis pragmáticos: jurídico, social, político, econômico, etc.<sup>43</sup>

Em princípio, na hipótese de terem os juízes ou servidores faltado com as cautelas devidas, não há dúvida que se constitui o dever de indenizar, fundado nas hipóteses legalmente estabelecidas.<sup>44</sup>

A questão que se coloca é outra: diz respeito à dilação indevida do processo, nos casos em que os juízes e servidores tenham agido com toda a diligência possível. A demora neste caso, é não intencional, sem causa definida, atribuível a acúmulo de processos ou a quaisquer outros fatores decorrentes do deficiente aparelhamento do Poder Judiciário.

O que se indaga é se, nessa hipótese, cabe ao Estado responder em razão de não ter provido suficientemente o serviço judiciário de recursos para atender a demanda processual? Ainda que, em regra, seja admissível a responsabilização do Estado pela atividade jurisdicional, a questão da demora na entrega da prestação jurisdicional como fator de responsabilização não tem solução simples. Sua avaliação perpassa temas controvertidos e, pelas suas especificidades, demanda a definição de critérios, ou *standards*, específicos, que permitam a delimitação de sua incidência com razoável margem de segurança.

<sup>42</sup> Ver, a respeito, DELGADO, José Augusto, op. cit., p. 264.

<sup>43</sup> SOUZA, João Guilherme de. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da atividade judiciária. In: *Revista dos Tribunais*, ano 79, fevereiro de 1990. p. 36.

<sup>44</sup> Neste tópico, refira-se, exemplificativamente, o parágrafo segundo do artigo 133 do CPC, que impõe responsabilidade ao magistrado que recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva determinar de ofício, ou a requerimento da parte. Embora se trate de responsabilidade pessoal do magistrado, a ação pode ser dirigida contra o Estado (preservado o direito de regresso), ou em face de ambos, solidariamente.

Rui Stoco<sup>45</sup> prega que a tardia entrega da prestação jurisdicional constitui uma omissão injusta, e, filiando-se à doutrina de Celso Antonio Bandeira de Mello, defende que se trata de hipótese de responsabilidade subjetiva, fundada no dolo ou na culpa. Em sentido oposto, outros autores<sup>46</sup> defendem a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva, fundada na simples falta do serviço.

Ruy Rosado de Aguiar Junior, como já visto em outra parte deste trabalho, defende a responsabilidade subjetiva do Estado pelos atos jurisdicionais. Todavia, para esse autor, a demora na prestação jurisdicional acarreta responsabilidade do Estado desde que se demonstre a falha do serviço, independentemente da individualização do responsável ou da culpa do agente:

O mau funcionamento da justiça pode resultar de culpa de seu agente, determinado e individualizado, ou da culpa anônima, simples falta do serviço. O acúmulo de trabalho, cujo ingresso não pode ser controlado, a insuperável falta dos Juízes e servidores, em virtude da morosidade própria da burocracia, que é lenta desde o processo de seleção do pessoal, e a falta de recursos suficientes são fatores determinantes do funcionamento anormal, sem que se possa precisar aquele a quem se deve imputar a falta. Para o lesado, basta demonstrar a falha do serviço, o dano e o nexos causal. O mau funcionamento corresponde à hipótese mais genérica de denegação da justiça.<sup>47</sup>

A corrente doutrinária que admite a responsabilização do Estado pela demora na prestação jurisdicional, independentemente de configurar-se o dolo ou culpa do agente, alinha-se a mais alinhada com os prin-

---

<sup>45</sup> STOCO, Rui. Responsabilidade do Estado por ato de seus juízes. In: *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina*. Ano 8, vol. 14. p. 106/107.

<sup>46</sup> Ver, entre outros: Artur Marques da Silva, op. cit., p. 78, e José Augusto Delgado, op. cit., p. 259/263.

<sup>47</sup> Op. cit., p. 41.

cípios constitucionais e com os anseios da sociedade contemporânea que busca a transparência e a democracia em sua relação com a administração pública.

Se o direito à razoável duração do processo, desde a Emenda Constitucional nº 45, inclui-se entre os direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros, no caso de descumprimento da celeridade do processo, deve ser assegurada a correspondente responsabilização do Estado. Como bem assinala José Levi Mello do Amaral Junior, essa seria uma maneira de, potencialmente, assegurar aplicabilidade ao novo dispositivo, para que não se incorra na prática da demagogia constitucional.<sup>48</sup>

Um ponto importante a ponderar, na análise desse tema, é que o serviço judiciário constitui modalidade de serviço público, estando jungido ao princípio da eficiência, inserto no *caput* do art. 37 da Constituição Federal.<sup>49</sup> Configurando-se a falta do serviço, caracteriza-se a responsabilidade do Estado.

Quanto a este tópico, um exame da jurisprudência revela certo retrocesso no exame da questão posta. No Supremo Tribunal Federal, em pelo menos uma ocasião, em voto vencido, já na década de 60 foi defendida a tese da responsabilidade objetiva do Estado pela demora no andamento de processo judicial.

No julgamento do RE 32.518/RS, o Ministro Aliomar Baleeiro, acompanhado na divergência pelo Ministro Adalício Nogueira, pregou a possibilidade de responsabilização objetiva do estado pela demora na prestação jurisdicional, conforme se verifica no seguinte trecho do seu voto:

Se o Estado responde, segundo antiga e iterativa jurisprudência, pelos motivos multitudinários, ou pelo “fato das coisas” do serviço público, independentemente de culpa de

---

<sup>48</sup> AMARAL JUNIOR, Jose Levi Mello. Demagogia constitucional? A celeridade virou direito, mas nada o garante. In <http://conjur/estadao.com.br/static/text/32818,1>, acessado em 15.09.2005.

<sup>49</sup> Penso que não se possa equiparar o usuário do serviço da justiça a consumidor para fins de aplicação do Código de Defesa do Consumidor; entretanto, está por ser elaborada a lei nacional de defesa dos usuários de serviços públicos, prevista no art. 27 da Emenda Constitucional n. 19/98.

seus agentes (R.E. da Bahia, Salvador Araújo versus Prefeitura de Salvador, caso de rompimento dos esgotos pluviais por força de temporal violentíssimo), com maior razão deve responder por sua omissão ou negligência em prover eficazmente ao serviço da Justiça, segundo as necessidades e reclamos dos jurisdicionados, que lhes pagam impostos e até taxas judiciárias específicas, para serem atendidos.

Atualmente, a jurisprudência permanece tendente a, fora das hipóteses legalmente previstas, não prescindir da caracterização do dolo ou culpa do magistrado ou dos servidores da Justiça para a configuração da responsabilização, como demonstram os seguintes precedentes:

1. Mantida a sentença que julgou improcedente o pedido de indenização, pois a demora no julgamento do processo trabalhista não ocorreu em virtude de atitude desidiosa ou indolente do julgador ou do Poder Judiciário. 2. Apelação improvida. (AC 200204010251920/RS, TRF QUARTA REGIÃO, TERCEIRA TURMA, DJU 12/02/2003 PÁGINA: 693 JUIZA MARGA INGE BARTH TESSLER)

Ação indenizatória. Demora do Estado em dar a prestação jurisdicional pedida. Somente se presente algum dos requisitos previstos nos art. 133 do Código de Proc. Civil e 49 da LOMAN, haveria responsabilidade do Estado e sua conseqüente obrigação de indenizar, nunca a simples demora. (AC 1998.001.06768, TJRJ, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Sergio Lucio Cruz, julgado em 12.11.1998)

Verifica-se, assim, que, em relação à responsabilidade judicial pela demora na prestação da tutela jurisdicional, a orientação jurisprudencial deve ser revista, de molde a que logre afinação com o postulado da ampla reparação dos danos decorrentes da ação/omissão estatal e com a fundamentalidade essencial do direito à tutela jurisdicional efetiva.

Assentada a aceitação, em tese, da responsabilização do Estado pela falta com o dever de concretizar o direito fundamental à tutela jurisdicional, cabe indagar dos seus requisitos de admissibilidade, tema que será tratado na última parte deste trabalho.

## 4.2 Elementos da pretensão ressarcitória pela demora na entrega da tutela jurisdicional.

Não é tarefa simples o delineamento dos pressupostos da pretensão de ressarcimento em relação ao Estado pela indevida procrastinação na entrega da prestação jurisdicional. Trata-se de tema que, como já referido, está por ser sedimentado, não tendo recebido trato constitucional ou legal específico; assim, cabe aos operadores do Direito e aos doutrinadores o desenvolvimento da questão, ainda em fase incipiente.

Examinando-se o tema, a primeira indagação fundamental diz com os limites da responsabilidade pela não prestação tempestiva da jurisdição: a só demora no processo seria suficiente para acarretar a responsabilização do Estado?

Desde logo se consigne que, se fossem considerados como fatores de exclusão da responsabilidade do Estado a falta de aparelhamento, a falta de pessoal, a sobrecarga de processos, enfim, as deficiências estruturais, ocorreria à irresponsabilidade absoluta.

De outro lado, a de admitir a responsabilização em todos os casos de demora no processo, chegar-se-á ao extremo de instituir um seguro universal, respondendo toda a sociedade solidariamente pelos prejuízos individuais e prejudicando o devido processo legal, a independência judicial e o livre convencimento que devem orientar a atividade jurisdicional.

Nem uma nem outra das proposições, evidentemente, pode ser aceita de forma irrestrita: a solução da questão demanda uma construção sobre quais sejam os parâmetros de 'razoável duração' do processo, locução cuja dimensão tem ainda contornos imprecisos.<sup>50</sup>

Em princípio, não é possível estipular um critério estritamente formal sobre o conteúdo semântico-jurídico da expressão, nem estabelecer objetivamente o lapso temporal necessário para a obtenção de uma

---

<sup>50</sup> Ver, a respeito, o interessante artigo de COUTINHO, Luiz Augusto. Princípio da razoabilidade e a Emenda Constitucional n. 45. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7272>, acessado em 15 de setembro de 2005. Nesse texto, o autor busca substrato interpretativo para as disposições da EC nas diversas dimensões do princípio da razoabilidade.

decisão justa. No delineamento da questão, deve-se buscar um ponto médio, de forma a nem excluir, nem banalizar a responsabilização do ente estatal.

Não se olvide que a inserção entre os direitos fundamentais da garantia de processo com tempo de duração razoável não pode levar a uma tutela de tal modo protetiva que acabe por entrar em conflito com outras garantias processuais e materiais constitucionalmente asseguradas.

Neste tópico, ressurgem o eterno conflito entre os valores segurança jurídica (relacionado a certeza, verdade) e concretização dos direitos (identificado com rapidez, celeridade). Se for necessário que o Estado proporcione aos indivíduos, em máximo grau, a efetivação de seus direitos, também é exigível que essa concretização se dê numa perspectiva de racionalidade e legitimidade, pois as relações sociais devem se estabelecer num contexto de estabilidade quanto ao modo de realização e quanto aos seus efeitos.

Em outras palavras, o direito fundamental à celeridade do processo deve coexistir com as demais garantias constitucionais, tanto aquelas relativas à salvaguarda da independência e imparcialidade dos magistrados, quanto àquelas relativas aos jurisdicionados, entre as quais os princípios da ampla defesa, do contraditório, do duplo grau de jurisdição, do dever de fundamentação das decisões judiciais, do devido processo legal.

Na dicção constitucional, é direito fundamental a “razoável duração do processo” (art. 5º, LXXVIII). Assim, *alguma duração* do processo é pressuposta e necessária para o atendimento das garantias do devido processo legal; uma *razoável duração* é admissível, sendo que a sua delimitação pressupõe o uso de critérios de razoabilidade e bom senso.

O melhor critério é o de relacionar a razoável duração com a inexistência de procrastinações indevidas, dentro daquele parâmetro de razoabilidade que Marinoni traduz por “utilização racional do tempo do processo”.<sup>51</sup> Ou seja, na aferição da duração razoável, devem ser levadas em consideração às circunstâncias do processo, a natureza e a complexi-

---

<sup>51</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004. p. 184.

dade da causa, o racional uso do tempo e dos recursos disponíveis,<sup>52</sup> de modo que nem todo descumprimento de prazo processual acarreta dano ressarcível.

A questão da racionalidade na gestão dos processos não se relaciona estritamente com a tarefa de julgar; diz mais com a correta administração dos recursos existentes. O atraso danoso pode decorrer simplesmente do indevido direcionamento dos meios à disposição, por exemplo, dando o magistrado preferência a determinados feitos sem observar as prioridades de tramitação por lei determinada (entre outros, aqueles em que a parte seja idosa, as ações mandamentais, as ações civis públicas, as ações populares).

O Supremo Tribunal Federal, no julgado antes referido, admitiu, como excludente de responsabilidade pela demora na decisão judicial, a ‘causa justificada’: “Mesmo em caso de decisão judicial morosa, não cabe a responsabilidade civil do Estado por falta de serviço, quando a demora tem causa justificada”.<sup>53</sup>

Em outro julgado, também já referido em outra parte deste trabalho, não se admitiu a configuração de responsabilidade do Estado pela demora na prestação jurisdicional, ficando a indenização condicionada à prova da desídia ou indolência do julgador. Do voto da relatora extrai-se o seguinte trecho:

A morosidade do Judiciário tem sido objeto de preocupação inclusive do Poder Legislativo, que na medida do possível tem criado algumas alternativas nesse sentido, como os

---

<sup>52</sup> Cruz e Tucci, referindo-se ao posicionamento da Corte Européia dos direitos do Homem, diz que, na jurisprudência daquela corte, “três critérios, segundo as circunstâncias de cada caso concreto, devem ser levados em consideração para ser apreciado o tempo razoável de duração de um determinado processo. Por via de consequência, somente será possível verificar a ocorrência de uma indevida dilação processual a partir da análise: a) da complexidade do assunto; b) do comportamento dos litigantes e de seus procuradores ou da acusação e da defesa no processo penal; e c) da atuação do órgão jurisdicional”. Conforme TUCCL, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo – uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual*. São Paulo: RT, 1997. p. 67/68.

<sup>53</sup> RDA v. 90. p. 140, citado por STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: RT, 1995. p. 353.



Juizados Especiais. Também o Judiciário tem-se preocupado com essa questão, adotando inúmeras medidas para solucionar o problema. Enfim, se as demandas não tramitam em um prazo considerado ideal ou mesmo razoável, isso certamente não se deve a uma atitude negligente do Judiciário. No caso concreto, a demora está dentro da média aceitável e não se pode sequer cogitar de negligência por parte do Judiciário do Trabalho. A estrutura ainda está muito longe do ideal, mas não se pode confundir contingência, circunstância, com indolência, negligência, desídia. Infelizmente, a morosidade do Judiciário é um fato, mas todas as alternativas estão sendo praticadas para que essa realidade mude. (Trecho de voto da relatora no AC 200204010251920/RS, TRF 4ª REGIÃO, TERCEIRA TURMA, DJU 12/02/2003 PÁGINA: 693 MARGA INGE BARTH TESSLER)

A respeito do nexos causal, cabe sinalar que, para configuração de obrigação de indenizar, é necessário que a demora no julgamento decorra diretamente da ação (ou omissão) dos magistrados ou dos servidores, ou da falha no aparelhamento da justiça, configurando a *faute du service*.

Como assinala Maria Emilia Mendes Alcantara,

Desnecessário dizer que não basta o retardamento na entrega da prestação jurisdiccional, mas sim que essa demora seja a causa direta dos danos patrimoniais àquele a quem o Estado estava obrigado a deferir-la. Há que se fazer prova efetiva do nexos causal existente entre a demora e o dano, de molde a que este só possa ser verificado em virtude da morosidade (...)<sup>54</sup>

O precário funcionamento da justiça, o acúmulo de processos, ainda que configurados no caso concreto, não podem ser considerados como causa ensejadora de exclusão de responsabilidade do Estado. Como refere a autora citada,

<sup>54</sup> ALCÂNTARA, Maria Emilia Mendes. Responsabilidade do Estado por atos legislativos e jurisdicionais. São Paulo: RT, 1998, p. 48.

Que juízes e Tribunais encontram-se assoberbados em virtude do grande número de causas a decidir, e que, portanto, há motivo justificado para o retardamento das providências e decisões judiciais, é questão fática e extrajurídica que não implica negar ao lesado, por omissão derivada dessa circunstância, o direito a recomposição do seu patrimônio onerado por deficiências do serviço judiciário.

Não importa ao administrado as razões que levam à prática ou à omissão das medidas judiciais requeridas e não deferidas em tempo hábil; provado que o dano decorreu, efetivamente, dessa morosidade, o Estado não poderá se esquivar alegando a própria desídia.<sup>55</sup>

Todavia, fatores alheios à Justiça e sua administração podem excluir ou mitigar a responsabilidade do Estado, pela não-configuração do nexo causal. Há casos em que a tardança é atribuível a atos da própria parte; em outros casos, a delonga se deve a diligências complexas a cargo de terceiros, que se fazem necessárias previamente ao julgamento.

Enfim, se a dilatação do tempo do processo decorrer de circunstâncias estranhas à atuação dos juízes, dos servidores ou à organização da justiça, que para elas nada ou pouco contribuíram, pode ser excluída ou mitigada a responsabilidade do Estado.

A jurisprudência não discrepa dessa conclusão, reconhecendo a elisão da responsabilidade do Estado pela não configuração do nexo causal, como demonstram os seguintes precedentes:

Se os elementos existentes nos autos indicam que a demora na prestação da tutela jurisdicional, ocasionando maiores despesas às partes ocorreu, principalmente, em decorrência do comportamento da parte, que deixou de se manifestar nos autos, ou o fez intempestivamente, não há como prosperar a sua pretensão de ser indenizada pelas despesas advindas da demora. (AC 9504430759/RS TRF 4ª REGIÃO QUARTA TURMA DJ 09/12/1998 PÁGINA: 863, JOSÉ LUIZ B. GERMANO DA SILVA).

<sup>55</sup> Op. cit., p. 31/32.

Se a parte se vale de todos os meios processuais colocados a sua disposição, utilizando-se de recursos, não pode, sem prova contundente, alegar que a morosidade na solução da lide se deu por má prestação do serviço jurisdiccional. Não há prova do nexo de causalidade, espera do autor pela solução da lide e o derrame cerebral por ele sofrido. (AC 96030498041/SP, TRF 3ª REGIÃO, TERCEIRA TURMA DJU 28/03/2001 PÁGINA: 75, BAPTISTA PEREIRA).

Havendo, em tese, dano ao particular decorrente de ato comissivo ou omissivo de agentes do Poder Público, surge a possibilidade de indenização patrimonial, isentando-se, porém, o Estado de repará-lo quando provocado por culpa exclusiva da parte. Caso em que o alegado prejuízo tido pela parte pelo retardamento dos procedimentos judiciais decorreu de sua própria omissão, não havendo que se falar em falta de serviço público. Sentença confirmada. Apelo improvido. (AC 1998.001.09874, TJRJ, DECIMA SEXTA CAMARA CIVEL, JULG. EM 19.01.1999, JAYRO S FERREIRA).

No Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, há interessante julgado que condiciona a responsabilidade pela demora a ter a parte impugnado formalmente no processo de origem o atraso na tramitação, requerendo expressamente providências de movimentação do processo:

Sentença prolatada extemporaneamente beneficiando o demandado que desapareceu, tomando inviável, a execução de crédito, reconhecido em decreto sentencial. Alegados percalços processuais, como atrasos cartorários, equívocos, despachos protelatórios etc, são insuficientes para se estabelecer o nexo de causalidade, entre os fatos ocorridos e os prejuízos experimentados e a ação ou omissão do agente que se deseja responsabilizar se não restar provado que o advogado ao impulsionar o processo não utilizou-se de suas prerrogativas de reclamar verbalmente ou por escrito, contra a inobservância dos direitos que lhe são conferidos pelo Estatuto dos Advogados, pela lei processual e o Código de Organização Judiciária deste Egrégio Tribunal de Justiça. Não pode agora a sua

constituente alegar prejuízos resultantes de urna prestação jurisdicional não concedida ou concedida tardiamente. Provimto do recurso. (AC 2001.001.12356, TJRS, DECIMA OITAVA CAMARA CIVEL, Julgamento: 12/03/2002, DES. JORGE LUIZ HABIB).

Por fim, cabe tecer breves considerações sobre o dano injusto indenizável. Para caracterizar a responsabilidade do Estado-Juiz, é necessário que se configure um dano ‘grave, anormal, especial’<sup>56</sup> decorrente da atividade jurisdicional. Na lição de Luiz Rodrigues Wambier,

Há que se ter em conta, entretanto, que o dano decorrente de provimento jurisdicional deve ser verificado, apurado e mensurado tendo em conta sua efetividade e seu caráter lesivo ao patrimônio ideal do titular da pretensão ressarcitória. Para tanto, a simples sucumbência, caracterizada pelo provimento desfavorável quanto à pretensão exposta no processo em que se deu o dano, não basta e, mais do que isso, deve ser afastada como fundamento.<sup>57</sup>

O que particulariza o dano proveniente da demora é que em muitos casos não releva ter a parte obtido êxito no acolhimento de sua pretensão, pois, pelo decurso do prazo, pode se configurar a perda do direito que se buscava ver assegurado pela resposta jurisdicional. Pela demora, os efeitos da decisão se diluem, ou chegam tão tardiamente que não é mais possível à parte, mesmo vitoriosa, desfrutar do resultado útil do processo. Exemplificando, poder-se-ia citar caso em que a parte, em razão da demora na decisão judicial, perca a oportunidade de realizar determinado ato, ou deixe de ter acesso a recursos de que necessitava para sua manutenção.

No aspecto da caracterização do dano, são indenizáveis tanto o prejuízo material quanto o prejuízo moral decorrente da demora na tutela jurisdicional. Para Oreste Laspro, “o dano deve ser oriundo da efetiva

<sup>56</sup> Georges Vedel, *apud* CAMARGO, Luis Antonio de. *A responsabilidade civil do estado e o erro judiciário*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 107.

<sup>57</sup> Op. cit., p. 40.

violação de um direito subjetivo, e pode resultar em prejuízos materiais e morais, sendo, entretanto, indispensável a possibilidade de ser liquidado monetariamente”.<sup>58</sup>

Claro que, na verificação do dano moral, deve-se levar em consideração que “qualquer processo acarreta estado de ansiedade nos litigantes, tornando-os intranquilos, sem que se possa falar em condenação judicial pela causa desse estado de ânimo”.<sup>59</sup>

De todo o exposto, o que se conclui é que é possível a responsabilização do Estado pela demora na prestação jurisdiccional, desde que se configurem os seus pressupostos específicos de admissibilidade, quais sejam, cumulativamente, a demora atribuível ao Poder Judiciário, a ocorrência de grave dano injusto e o nexo causal.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. No Estado Democrático de Direito, a função jurisdiccional é atividade própria e privativa do Estado, garantidora da supremacia e efetividade da Constituição e imprescindível à realização dos fins do Estado.

2. O direito à jurisdição é um direito fundamental ao exercício de cidadania, e reveste-se de dupla dimensão: tanto visa realizar o anseio por justiça, quanto fazer valer os demais direitos, garantias e liberdades constitucionais. Não se limita à simples dimensão formal: pressupõe a garantia de acesso, a eficiência na resposta e a concretização dos efeitos da decisão judicial.

3. O direito de acesso à justiça somente se concretiza mediante garantia de duração razoável do processo, com pronta e eficaz resposta às lides postas, na forma preconizada pela Emenda Constitucional nº 45. A demora no processo configura ofensa ao princípio do acesso à justiça, ou até denegação da justiça.

---

<sup>58</sup> LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *A responsabilidade civil do juiz*. São Paulo: RT, 2000, p. 174.

<sup>59</sup> J TJ-LEX 168/179, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, relator o Desembargador Telles Correa, citado por SANTOS, Antonio Jeová da Silva. *Dano moral indenizável*. São Paulo: Lejus, 1997. p. 210.

4. Em nosso ordenamento jurídico constitucional não há dispositivo constitucional ou legal que estabeleça uma regra geral sobre a responsabilidade do Estado especificamente no que toca aos atos judiciais.

5. A doutrina e a prática jurídica vêm evoluindo no sentido de admitir a responsabilidade do Estado pelos atos jurisdicionais. A construção de uma sociedade democrática e participativa não se coaduna com os argumentos que defendem a irresponsabilidade do Estado-Juiz.

6. A responsabilização pela indenização dos danos causados na atividade jurisdicional é forma de qualificação da atividade jurisdicional, ao instituir um controle, pelo Poder Judiciário, de seus próprios atos.

7. A jurisprudência ainda vem acompanhando com timidez a evolução doutrinária do trato da questão, aceitando a responsabilização apenas na hipótese de prévia e expressa estipulação legal - erro judiciário e dolo ou culpa comprovados.

8. Deve ser admitida a responsabilização do Estado em razão da demora na conclusão do processo. O acesso à justiça e a celeridade da prestação jurisdicional são direitos fundamentais; em conseqüência, é tarefa do Estado prestar a jurisdição em prazo razoável. Descumprido esse dever fundamental, o Estado deve responder.

9. O serviço judiciário constitui um serviço público essencial; a sua deficiente prestação faz surgir para aquele que foi injustamente lesado o direito à reparação.

10. O delineamento dos requisitos de admissibilidade da responsabilização do Estado pelo não cumprimento do dever de concretizar o direito fundamental à tutela jurisdicional em prazo razoável demanda construção de parâmetros adequados, de molde a nem elidir, nem banalizar a responsabilização do ente estatal.

11. Para admitir-se a responsabilização do Estado pela demora na prestação jurisdicional, devem estar configurados os seus três pressupostos de admissibilidade, quais sejam, a demora irrazoável atribuível ao Poder Judiciário, onexo causal e a ocorrência de dano injusto grave.

12. Não é qualquer demora no processo que enseja a responsabilização do Estado. O direito a tutela jurisdicional célere deve se compatibilizar com o sistema de direitos fundamentais, preservando-se as demais garantias constitucionais, tanto relativas à salvaguarda da indepen-

dência e imparcialidade dos magistrados, quanto aos jurisdicionados. O melhor critério é o de relacionar a razoável duração com a inexistência de dilações indevidas, considerando-se as circunstâncias do processo, da causa, bem como os recursos disponíveis.

13. A responsabilização do Estado pela demora nos atos judiciais pressupõe a ocorrência donexo causal, ou seja, que a demora tenha decorrido da ação (ou omissão) do magistrado ou dos servidores, ou de falha no aparelhamento da justiça.

14. Onexo causal fica excluído ou diluído nos casos em que a demora no processo não decorrer exclusivamente dos agentes da justiça ou do serviço judiciário, podendo ser atribuída no todo ou em parte a causa justificada, ou a fato de terceiro ou da própria parte.

15. São indenizáveis tanto o prejuízo material, quanto o prejuízo moral, decorrente(s) da demora na tutela jurisdiccional. Todavia, é necessário que se configure um dano injusto, anormal e grave.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JR, Rui Rosado de. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdiccional no Brasil. In: *Revista da AJURIS*, n. 59, novembro de 1993, pp. 05/48.

\_\_\_\_\_. Responsabilidade política e social dos juizes nas democracias modernas. In: *Revista da Ajuris*, n. 70, julho de 1997, pp. 07-33.

ALCÂNTARA, Maria Emilia Mendes. *Responsabilidade do Estado por atos legislativos e jurisdicionais*. São Paulo: RT, 1998.

AMARAL JUNIOR, Jose Levi Mello. Demagogia constitucional? A celeridade virou direito mas nada o garante. In: <http://conjur/estado.com.br/static/text/32818,1>, acessado em 15.09.2005.

ARAUJO, Edmir Netto de. O Estado-Juiz e sua responsabilidade. In: *Boletim de Direito Administrativo*, ano II, janeiro de 1986, pp. 20-27.

CAMARGO, Luis Antonio de. *A responsabilidade civil do Estado e o erro judiciário*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

CARPI, Federico. A responsabilidade do juiz. In: *Revista de Processo*, n. 78, abr-jun 1995, ano 20, pp. 123-132.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

\_\_\_\_\_. *Juízes irresponsáveis?* Tradução de Carlos Alberto Álvares de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1989.

\_\_\_\_\_. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvares de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

COTRIM NETO, Alberto Bittencourt. Da responsabilidade do Estado por atos de juiz em face da Constituição de 1988. In: *Revista da AJURIS*, n. 55, ano XIX, julho de 1992, pp. 76-103.

CRETELLA JR. Responsabilidade do Estado por atos judiciais. In: *Revista de Direito Administrativo*, n. 99, Rio de Janeiro, jan./mar. 1970, pp. 13/32.

COUTINHO, Luiz Augusto. Princípio da razoabilidade e a Emenda Constitucional n. 45. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7272>, acessado em 15 de setembro de 2005.

DELGADO, José Augusto. A demora na entrega da prestação jurisdicional – responsabilidade do Estado – indenização. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 14, 1996, pp. 249/266.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Bem Horizonte: Del Rey, 2004.

DINAMARCO, Candido Rangel. O processo civil na reforma constitucional do Poder Judiciário. Artigo disponível em [http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID\\_48.pdf](http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_48.pdf), acesso em 15 de setembro de 2005.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

FREITAS, Juarez. *Estudos de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

GOMES, Luiz Flávio. *A dimensão da magistratura no estado constitucional e democrático de direito*. São Paulo: RT, 1997.



JUCOVSKI, Vera Lúcia R. S. *Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional: Brasil – Portugal*. São Paulo: Juares de Oliveira, 1999.

KRAEMER, Eduardo. *A responsabilidade do estado e do magistrado em decorrência da deficiente prestação jurisdicional*. Porto Alegre: Advogado, 2004.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *A responsabilidade civil do juiz*. São Paulo: RT, 2000.

LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. Responsabilidade do Estado por atos judiciais. In: *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 138, abr/jun 1998, pp. 55-63.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 4.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Responsabilidade civil do Estado*. Rio de Janeiro: Aide, 1995.

PORTO, Mario Moacyr. Responsabilidade do Estado pelos atos de seus juízes. In: *Revista dos Tribunais*, ano 71, setembro de 1982, vol. 563, pp. 09-14.

ROCHA, Cármen Lucia Antunes. O direito constitucional à jurisdição. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

SANTOS, Antonio Jeová da Silva. *Dano moral indenizável*. São Paulo: Lejus, 1997.

SÉ, João Sento. Responsabilidade civil do Estado-Juiz. In: *Revista de Direito Público*, n. 82, abril-jun 1987, ano XX, pp. 132-140.

SILVA FILHO, Artur Marques da. Juízes irresponsáveis? In: *Revista dos Tribunais*, ano 80, dezembro de 1991, vol.674, pp. 70-80.

SOUZA, João Guilherme de. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da atividade judiciária. In: *Revista dos Tribunais*, ano 79, fevereiro de 1990, pp. 29-49

STOCO, Rui. Responsabilidade do Estado por ato de seus juízes. In: *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina*, ano 8, vol. 14, p. 97-110.

\_\_\_\_\_. Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: RT, 1995.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo – uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual*. São Paulo: RT, 1997.

VARGAS, Jorge de Oliveira. *Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 1999.

VOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, estado e direito*. São Paulo: RT, 1989.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. A responsabilidade civil do Estado decorrente dos atos jurisdicionais. In: *Revista dos Tribunais*, ano 77, julho de 1988, vol. 833, pp. 34-42.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

# **A INDISPONIBILIDADE PATRIMONIAL DO EXECUTADO DO ART. 185-A DO CTN – CONTRIBUIÇÃO PARA O ESBOÇO DE UM REGIME JURÍDICO**

Claudia Maria Dadico

Juíza Federal da Vara do Juizado Especial Federal do Rio Grande, Mestre em Direito Processual pela Universidade de São Paulo, Professora de Direito Processual Civil na ESMAFE e nas Faculdades Atlântico-Sul/Anhangüera

**SUMÁRIO:** 1. A indisponibilidade patrimonial: tentativa de esboço de um regime jurídico próprio. 1.1. A indisponibilidade patrimonial e sua definição na doutrina do Direito Privado. 1.2. Efeitos materiais da indisponibilidade patrimonial. 1.3. Efeitos processuais da indisponibilidade patrimonial. 2. A indisponibilidade patrimonial na legislação infraconstitucional – hipóteses legais. 2.1. Na Lei de Falências. 2.2. No Código de Processo Civil. 2.3. Na Lei das Instituições Financeiras. 2.4. Na Lei de Custeio da Seguridade Social. 2.5. Na Lei de Improbidade Administrativa. 2.6. Na Lei das Organizações Sociais. 2.7. Na Lei que trata do regime de previdência complementar. 2.8. Na Medida Cautelar Fiscal. 2.9. No CTN – Lei Complementar n. 118/2005. 3. A indisponibilidade patrimonial no art. 185-a do CTN (Lei Complementar n° 118/2005). 3.1. Natureza e função do provimento jurisdicional. 3.2. Requisitos para a decretação judicial da indisponibilidade do art. 185-A do CTN. 3.3. A indisponibilidade patrimonial da Lei Complementar n. 118/2005 e a utilidade dos dispositivos legais que disciplinaram a Medida Cautelar Fiscal. 4. Sobre a constitucionalidade do art. 185-A do CTN e sua conformidade com a cláusula do devido processo legal.

## **1 A INDISPONIBILIDADE PATRIMONIAL: TENTATIVA DE ESBOÇO DE UM REGIME JURÍDICO PRÓPRIO**

### **1.1 A indisponibilidade patrimonial e sua definição na doutrina do Direito Privado.**

Muito embora a indisponibilidade patrimonial venha sendo, recentemente, objeto de disciplina por um número crescente de leis, não há, quer nas normas de direito material, quer no direito processual brasileiro, um regramento geral para este instituto, do qual se possa deduzir um regime jurídico que lhe seja aplicável.

À míngua de uma definição legal expressa, cabe buscá-la, com apoio na melhor doutrina.

Quem mais se aprofundou no estudo doutrinário da indisponibilidade foram os grandes teóricos do direito privado, a partir de suas investigações acerca do direito de propriedade e dos institutos da inalienabilidade e da indisponibilidade, na matéria das sucessões.

O ponto de partida é o art. 1.228 do Código Civil que define a propriedade como o direito, assegurado por lei, de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua.

Desta definição legal extraem-se os elementos constitutivos da propriedade, quais sejam, os direitos de usar, gozar, dispor e reivindicar, assim sintetizados por Silvio Rodrigues: “O ‘*jus utendi*’ implica a possibilidade de usar a coisa de acordo com a vontade do proprietário e a de excluir estranhos de igual uso. O ‘*jus fruendi*’ envolve o poder de colher os frutos naturais e civis da coisa, bem como de explorá-la economicamente, aproveitando seus produtos.(...) O ‘*jus abutendi*’ quer dizer direito de dispor da coisa, alienando-a.”<sup>1</sup>

O Código Civil, em seu art. 1.231 estabelece que “a propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário”, sendo também doutrinária a distinção entre propriedade plena, quando todos os seus elementos se acham reunidos na esfera de direitos do proprietário, e limitada, quando é gravada por ônus real ou é resolúvel.

Além desta hipótese, uma outra limitação ao direito da propriedade é aquela que incide sobre o poder de disponibilidade de seu titular, ou seja, sobre o *jus abutendi*.

Essa limitação incide não apenas sobre a prerrogativa de livremente dispor da coisa, mas, compreende também a limitação da faculdade de aliená-la no todo ou em parte, por título oneroso ou gratuito, bem como de gravá-la com ônus reais, de abandoná-la ou mesmo de destruí-la, consoante leciona Pontes de Miranda<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. *Direito das Sucessões*. 16.<sup>a</sup> ed. vol. 7. São Paulo: Ed. Saraiva, 1989, p. 76/77.

<sup>2</sup> Silvio Rodrigues, op. cit., p. 82.

Essa limitação ao direito de propriedade ocorre nos casos de inalienabilidade e de indisponibilidade, voluntária ou cogente.

Todavia, para melhor compreensão da matéria convém distinguir estas duas figuras.

Enquanto a inalienabilidade consiste numa “qualidade jurídica da coisa que, por sua própria natureza ou em virtude da lei, de cláusula ou condição expressa ou de disposição testamentária, não pode ser legitimamente transferida do patrimônio de uma pessoa para o de outra, nem submetida a ônus reais”.<sup>3</sup>

Já a indisponibilidade consiste numa limitação imposta ao titular do direito, retirando-lhe o poder para realizar eficazmente o negócio jurídico. Em outras palavras, a proibição de dispor subtrai-lhe a legitimidade para a prática do negócio.

Tanto na inalienabilidade, quanto na indisponibilidade, há uma limitação ao direito de disposição. Os institutos, entretanto, não se confundem.

Pontes de Miranda assim os distingue:

Quanto às inalienabilidades objetivas ou são qualidades removíveis, ou irremovíveis, dos bens (sem cogitarmos aqui das coisas que não são suscetíveis de apropriação, a respeito das quais os negócios jurídicos não existiriam, como a compra-e-venda da estrela, do ar, ou da água da chuva não captada), em virtude de lei, ou provêm de negócio jurídico a que se dá publicidade registrária. Não se confundem com as proibições de dispor, que criam ilicitude, nem com as proibições de dispor, de cuja infração resulta ineficácia.<sup>4</sup>

Por outras palavras, a indisponibilidade – tanto aquela instituída em cláusula testamentária, quanto aquela decretada judicialmente –, opera

<sup>3</sup> Pedro Nunes, Dicionário de tecnologia jurídica, v. 2. n. 807, apud PINTO FERREIRA, Luís. *Tratado das Heranças e dos Testamentos*. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 419, grifo nosso.

<sup>4</sup> PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado. Parte Geral*. Tomo IV. 2.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 146, grifo nosso.

na esfera da legitimidade do sujeito para a prática do negócio jurídico, e não decorre de uma qualidade intrínseca da coisa.

Esclarece Antonio Junqueira de Azevedo, que a legitimidade “diferre da capacidade, porque esta depende de condições pessoais, isto é, de condições da pessoa, ou tomada em si mesma (condições físicas ou psíquicas), ou tomada em meio de um grupo social (condições de status), enquanto aquela (legitimidade) depende de relações jurídicas”.

Prossegue o autor, distinguindo entre a “‘legitimidade-requisito de validade’, que age sobre a validade do negócio; pode ser definida como a qualidade do agente consistente na aptidão, obtida por consentimento de outrem, para realizar validamente um negócio jurídico; (...) A outra, que podemos chamar de ‘legitimidade-fator de eficácia’, é que, de fato, age sobre a eficácia do negócio; esta pode ser definida como a qualidade do agente consistente na aptidão, obtida pelo fato de estar o agente na titularidade de um poder, para realizar eficazmente um negócio jurídico”.<sup>5</sup>

## 1.2 Efeitos materiais da indisponibilidade patrimonial.

Destas considerações decorre outra distinção entre a inalienabilidade e a indisponibilidade que possibilitará a delimitação dos efeitos materiais da indisponibilidade patrimonial.

A venda ou oneração de bem gravado por cláusula de inalienabilidade é nula de pleno direito<sup>6</sup>, pois macula o negócio jurídico no plano de sua validade.

A nulidade se dá, segundo Washington de Barros Monteiro, pela ilicitude do objeto do ato jurídico que busca ilidir os efeitos da cláusula, afrontando ao art. 69 do Código Civil de 1916, que definia as coisas fora

<sup>5</sup> JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 68/69.

<sup>6</sup> Entendem nula a disposição tendente a afastar a incidência das cláusulas da inalienabilidade instituídas de acordo com o art. 1676 do CC: Pinto Ferreira, op. cit., p. 424; Silvo Rodrigues, *Direito Civil*, vol. 7, p. 146; Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil*, p. 156; Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, vol. 6, p. 153/154; J.M. Carvalho Santos, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. XXIII, p. 322.

do comércio como aquelas “insuscetíveis de apropriação”, bem como as “legalmente inalienáveis”.<sup>7</sup>

Pontes de Miranda sustentava que o

ato jurídico pelo qual se aliena o inalienável, por lei, ou por registro de cláusula registrável, é nulo por impossibilidade jurídica (art. 145, II, 2ª parte), e não por ilicitude (art. 145, II, 1ª parte). É ineficaz, porque é nulo. Não se torna eficaz por desaparecimento da qualidade, em virtude da lei nova, porque tal lei seria retroativa e, provavelmente, ofenderia o art. 141, § 3º da Constituição de 1946; nem se convalida, extinta a qualidade, por ato ratificativo do alienante infrator, porque o nulo é irratificável, nem por ato da pessoa ou pessoas a favor de que se estabelecera a inalienabilidade (...).<sup>8</sup>

Seja por impossibilidade jurídica, seja por ilicitude do objeto, a venda de bem gravado com cláusula de inalienabilidade é nula de pleno direito, não podendo ser ratificada ou convalidada.

Já a venda do bem indisponível atinge o negócio jurídico no plano de sua eficácia.

Não há impossibilidade jurídica, nem ilicitude do objeto. Haverá, sim, a prática de ato por pessoa sem legitimidade para realizá-lo, destituída dos poderes necessários para efetuar-lo eficazmente. O que ocorre, neste caso, é “a inexistência de uma relação jurídica que impede a realização (eficaz) do negócio”.<sup>9</sup>

Antonio Junqueira de Azevedo cita como exemplo de negócios em que há falta de legitimidade-fator de eficácia, v.g., as vendas a *non domino*<sup>10</sup>, os atos do mandatário sem poderes e as alienações de bem próprio, quando o proprietário perdeu o poder de disposição.

<sup>7</sup> BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de Direito Civil. Direito das Sucessões*. 19.ª ed., vol. 6, São Paulo: Ed. Saraiva, 1983.p.156.

<sup>8</sup> Op. cit., p. 168.

<sup>9</sup> Antonio Junqueira de Azevedo, op. cit., p. 70.

<sup>10</sup> No mesmo sentido Pontes de Miranda, op. cit., p. 146 e 164.

Os negócios realizados nessa situação são válidos e, até mesmo, têm eficácia entre as partes (podem ser rescindidos e dão origem a perdas e danos por inadimplemento); falta-lhes, porém, a eficácia diretamente visada, que, como se percebe, implica em os efeitos do negócio se projetarem também na esfera jurídica de terceiros. O poder, resultante da relação jurídica legitimante, é, pois, aí, fator de atribuição da eficácia diretamente visada; sem ele, o negócio é ineficaz em relação aos terceiros. Aliás, basta pensar que, em princípio, essas pessoas não precisam agir para destruir o ato, para se perceber o quanto essa situação de falta de legitimidade-fator de eficácia difere, não só da nulidade (o que é evidente), mas também, da anulabilidade.<sup>11</sup>

Na síntese de Lopes da Costa,

o negócio feito com violação da proibição de dispor é ineficaz. Não é nulo, porque o preceito visa a proteção de determinada pessoa – o credor. Não é anulável, porque não necessita de nenhuma declaração judicial que o invalide. Vale em face de todos, menos em frente à pessoa cujos interesses a lei pretende garantir.<sup>12</sup>

Neste ponto, pela fundamentação exposta, discordamos da corrente, seguida entre outros, por Pedro Câmara Raposo Lopes<sup>13</sup>, que defende a nulidade absoluta do ato de alienação voluntária do bem cuja indisponibilidade judicial foi decretada. Como visto, trata-se de indisponibilidade estabelecida em favor do interesse de pessoa determinada (ainda que esta seja a Fazenda Pública) e não da ordem pública ou de toda a coletividade.

<sup>11</sup> Op. cit., p. 70/71.

<sup>12</sup> LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Medidas Preventivas. Medidas Preparatórias – Medidas de conservação*. 2.ª ed. Belo Horizonte: Livraria Bernardo Álvares Editora, 1958, p. 103.

<sup>13</sup> A indisponibilidade universal da Lei n. 118/2005, disponível em <[www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6385](http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6385)>, acessado em 23.02.2008.



### 1. 3 Efeitos processuais da indisponibilidade patrimonial.

A indisponibilidade, quanto decretada em processo judicial, tem nítida e primordial função conservativa, qual seja, a de conservar os bens que, porventura, venham a ser localizados sem a colaboração do devedor, no espaço de tempo que medeia sua identificação e a formalização da penhora, caso se confirme a necessidade de que os mesmos venham a ser objeto de expropriação na execução forçada.

Ainda que diplomas legais recentes<sup>14</sup> tenham introduzido a indisponibilidade patrimonial no processo de execução, não podemos entendê-la como ato processual necessário e obrigatório deste *iter* processual, por uma simples razão: a sua finalidade que é, tão somente, a de viabilizar a prática dos atos executivos, propriamente ditos. Desta forma, sua decretação por ato do Juiz somente poderá ocorrer nos casos em que esta se mostrar efetivamente necessária e útil, consoante se verá adiante. Mesmo porque, se os bens já tivessem sido localizados e identificados no processo de execução, seja por iniciativa do devedor, seja por iniciativa do credor, seja por Oficial de Justiça, já se procederia diretamente à penhora, sem a necessidade da indisponibilidade, como é óbvio.

Disso tudo, podemos afirmar que a indisponibilidade patrimonial é cautelar, e, portanto, insere-se no regime jurídico-processual da tutela cautelar, razão pela qual possui contornos absolutamente distintos da penhora, que é ato executivo.

Não se ignora que a penhora também exerce uma função conservativa. Entretanto, esta não é a sua função principal. Como ensinam Wambier, Almeida e Talamini

apesar de também ter função conservativa, a penhora não é ato de natureza cautelar. Sua finalidade principal não é a de conservar o bem. Mais do que isso, a penhora visa a qualificar o bem penhorado, para futuramente ser ‘transformado’ em dinheiro. A conservação é secundária e instrumental em relação e este outro fim.<sup>15</sup>

<sup>14</sup> Lei n. 11.382/2006 que introduziu o art. 655-A do CPC.

<sup>15</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues e outros. *Curso Avançado de Processo Civil*. 9.<sup>a</sup> edição. Vol. 2. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006/2007, p. 194.

A primeira consequência da constatação da natureza cautelar da indisponibilidade patrimonial é a sua inaptidão para afetar ou vincular o bem à execução, tal como ocorre com a penhora.

Inicialmente porque, muito embora a indisponibilidade “congele” ou “bloqueie” aquela parcela do patrimônio do devedor, a individualização da responsabilidade patrimonial do devedor, com a especificação de quais bens serão destinados à satisfação daquele crédito determinado, são consequências que somente serão produzidas por força da penhora, sendo estes alguns dos principais efeitos processuais deste instituto do processo de execução.

De outro lado, um outro efeito decorrente da penhora é a apreensão física e desapossamento do bem em face do devedor. O devedor perde a posse imediata sobre a coisa penhorada e, ainda que nomeado seu depositário, exercerá a posse sob outro título, já na condição de auxiliar do juízo. Havendo risco de desaparecimento ou deterioração dos bens, a lei faculta a guarda em estabelecimentos oficiais de crédito ou em depositário judicial ou particular, dependendo da natureza dos bens penhorados (art. 666 do CPC). Na indisponibilidade, conceitualmente, não há perda da posse, mas tão somente do direito de disposição.

Neste ponto, cabe fazer a ressalva para os ativos financeiros. A decretação judicial da indisponibilidade importa, neste caso, também na perda da posse destes bens, que ficarão sob a custódia das instituições financeiras depositárias. A diferenciação entre a indisponibilidade cautelar e a penhora do dinheiro ocorre no plano finalístico: o bloqueio se destina a conservar, evitando movimentações que possam desviar aqueles recursos de sua afetação ao processo de execução. Já a penhora do dinheiro torna aqueles valores efetivamente vinculados ao processo de execução e somente não serão revertidos ao pagamento da dívida se impenhoráveis ou nas hipóteses de procedência de meio de defesa utilizado pelo devedor.

Com a penhora o credor adquire, também, o direito de preferência sobre os bens penhorados, direito este de caráter estritamente processual, o que não constitui efeito processual da indisponibilidade patrimonial, dada a sua natureza cautelar.

Ademais, a penhora não retira do executado o direito de dispor da coisa.

Se em razão do depósito decorrente da penhora, ocorre a indisponibilidade material absoluta, ‘quanto à disposição jurídica ... rege o princípio oposto da livre disponibilidade do direito, apenas com a limitação da ineficácia dos respectivos atos, para com a execução, independentemente de declaração judicial, isto é, tendo-se os atos como válidos e eficazes em todas as direções menos em relação à execução, para a qual são havidos como se não existissem.’<sup>16</sup>

Diante do que foi exposto, é possível mesmo afirmar que, do ponto de vista estrutural<sup>17</sup>, a indisponibilidade representa uma antecipação dos atos finais do processo de execução, na medida em que durante todo o processo de execução, os bens penhorados permanecem sob o poder de disposição do executado, uma vez que não lhe é vedada a alienação ou oneração. A retirada destes bens de sua esfera de disponibilidade dá-se apenas com sua transferência à propriedade de outrem, quer através da arrematação, quer através da adjudicação. Somente neste momento é que o poder do executado de dispor dos bens constritos é retirado.

Não se pode negar que a decretação judicial da indisponibilidade apresenta contornos expropriatórios, na medida em que retira do requerido um dos poderes inerentes ao direito de propriedade, como já visto.

Nem o arresto, nem a penhora acarretam este efeito.

Por fim, cabe afirmar que, não obstante haja certa controvérsia jurisprudencial sobre o tema, prevalece a tendência jurisprudencial segundo a qual “a indisponibilidade obsta tão-só, a alienação ou oneração voluntárias, mas não a constrição judicial, da qual decorrerá o direito de concorrer com os demais credores.” E ainda: “A indisponibilidade dos

<sup>16</sup> Humberto Theodoro Junior, *Curso de Direito Processual Civil*, vol II, p. 186.

<sup>17</sup> No tocante à análise estrutural dos provimentos jurisdicionais adotamos como premissa metodológica o posicionamento de Crisanto Mandrioli segundo o qual os provimentos antecipatórios não guardam apenas uma relação de anterioridade cronológica em relação aos provimentos cujos efeitos buscam antecipar, no sentido de apenas “*vir antes de*”. “*Em realidade,*” – aduz Mandrioli – “*quando se diz que um fenômeno antecipa um outro não se diz que um vem antes que o outro, mas se diz ainda que chega antes à mesma meta daquele outro.*” (MANDRIOLI, Crisanto. Per una Nozione Strutturale dei Provvedimenti Anticipatori o Interinali. In: *Rivista di Diritto Processuale*, ano XIX, n. 4, p. 551-581. Pádua: CEDAM, outubro-dezembro 1964.

bens dos diretores das instituições financeiras em intervenção extrajudicial tem por finalidade obstar que o proprietário, por vontade própria, aliene seus bens, destinados, em face do preceito legal à garantia dos credores. Isso não quer dizer, porém, que ditos bens estão imunes à constrição legal. Em execução promovida contra diretor de instituições financeiras, sob o regime de liquidação extrajudicial, podem os seus bens ser penhorados para que o procedimento tenha uma evolução normal até o momento da designação da praça, quando, então, deverá ser suspenso, caso ainda não se encontre alhures a responsabilidade do executado. (JB 125/286, 1987)

## **2 A INDISPONIBILIDADE PATRIMONIAL NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL – HIPÓTESES LEGAIS**

### **2.1 Na Lei de Falências.**

A indisponibilidade patrimonial dos bens do falido já era prevista na antiga Lei de Falências (Decreto-Lei nº 7.661/45) em seu art. 40 e atualmente é contemplada pela nova Lei (Lei 11.101, de 09.02.05) no art. 103: “Desde a decretação da falência ou do seqüestro, o devedor perde o direito de administrar os seus bens ou deles dispor”. Este dispositivo é aplicável, segundo Fábio Ulhoa Coelho, tão somente ao empresário individual e às modalidades societárias que contemplem responsabilidade ilimitada (nome coletivo, comandita simples ou comandita por ações, hipóteses em que todos os sócios da sociedade em nome coletivo, o sócio comanditado na comandita simples e o acionista-diretor, na comandita por ações, perdem o direito de administrar e dispor de seus bens)<sup>18</sup>. Decretada a indisponibilidade, tais empresários perdem o direito de administrar e dispor de seu patrimônio, embora não tenham sua capacidade civil subtraída, pois os atos de conteúdo não patrimonial podem ser praticados (exemplo: atos civis de direito que envolvam direito de família, votar, prestar concurso, etc.). A propriedade dos bens, contudo, se conserva até a venda dos bens na realização

<sup>18</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 290.

do ativo durante a liquidação, pois a massa falida não se torna proprietária dos bens do patrimônio do falido, apenas congregando os interesses dos credores.

Não pode a indisponibilidade, contudo, atingir os bens não sujeitos à arrecadação, quais sejam, os bens absolutamente impenhoráveis (CPC, arts. 649 e 650, Lei nº 8.009/90) e os bens da meação do cônjuge.

Nos demais casos, a indisponibilidade patrimonial é disciplinada no art. 82, § 2.º, da mesma lei, que rege a responsabilidade pessoal dos sócios e estabelece que: “O juiz poderá, de ofício ou mediante requerimento das partes interessadas, ordenar a indisponibilidade de bens particulares dos réus, em quantidade compatível com o dano provocado, até o julgado da ação de responsabilização”.

É também Fábio Ulhôa Coelho quem afirma que a indisponibilidade, em tal caso, deverá ser deferida, liminarmente, tão somente na ação na qual esta responsabilidade ficará delimitada, ou seja, “quando houver fundado receio de frustração da execução da sentença condenatória que afinal vier a ser proferida responsabilizando o sócio, acionista ou administrador”, não sendo cabível nos autos principais da falência.

De qualquer forma, a indisponibilidade será sempre limitada aos bens do demandado em valor suficiente para a indenização do dano alegado. Não cabe, em nenhuma hipótese na falência, o decreto da indisponibilidade dos bens dos sócios, acionistas ou administradores, em termos gerais. Ela deve sempre ser limitada, como diz a lei, ao valor do ressarcimento demandado.<sup>19</sup>

## 2.2 No Código de Processo Civil.

O art. 752 do Código de Processo Civil, inserido no rito da execução por quantia certa contra devedor insolvente, estabelece que o devedor perde o direito de administrar os seus bens e deles dispor, até a liquidação total da massa no processo de insolvência, tão logo seja ela declarada. A massa insolvente passa a ser gerida pela figura do administrador,

<sup>19</sup> Idem, pp. 209/212 e 282/291.

que tem a custódia dos bens arrecadados (art. 763 do CPC) e também representa a massa em juízo (art. 12, III e 766, II, do CPC).

Sobre a extensão dos efeitos da indisponibilidade, pontifica Araken de Assis:

Este efeito radical, mais profundo do que o verificado na penhora, espraia-se sobre todas as relações patrimoniais do devedor e as que, de algum modo, influenciem a massa ativa. Como visto [...], não equivale a uma perda completa a capacidade processual. Traduz a criação da própria massa dos bens arrecadados. Sob este aspecto, há uma restrição relativa à capacidade civil. A inabilitação do devedor perdura até a extinção das obrigações, ex vi do art. 782, ao contrário do que se infere da locução empregada no art. 752 – “liquidação total da massa”- e, se concretiza em termos. Em primeiro lugar, jamais se levará ao pé da letra o veto aparente do art. 782 à prática pelo devedor de ‘todos os atos da vida civil’. Decerto a lei não o impedirá de exercer profissão, provendo seu próprio sustento e o da família....Tampouco deixará de atuar, na execução coletiva, como parte passiva. Ninguém poderá negar-lhe a possibilidade de locar imóvel para residência familiar.<sup>20</sup>

Outra hipótese de indisponibilidade patrimonial foi introduzida no texto do Código de Processo Civil pela Lei n. 11.382/2006, com o acréscimo do art. 655-A, §§ 1.º e 2.º: “Art. 655-A. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução. § 1º As informações limitar-se-ão à existência ou não de depósito ou aplicação até o valor indicado na execução. § 2º Compete ao executado comprovar que as quantias depositadas em conta corrente referem-se à hipótese do inciso IV do caput do art. 649 desta Lei ou que estão revestidas de outra forma de impenhorabilidade”

<sup>20</sup> ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, pp. 814/815.

Como se verifica do texto transcrito, a indisponibilidade, nesses casos, funciona apenas para viabilizar a penhora de dinheiro, em consonância com a ordem preferencial estabelecida pela nova redação do art. 655, *caput*, do CPC.

A primeira conclusão que se extrai da literalidade do texto é a inexistência de autorização legal, no regime da execução por quantia certa contra devedor solvente do CPC, para a decretação da indisponibilidade patrimonial sobre outros bens, além do dinheiro, diferentemente do que ocorre na execução fiscal, por força do art. 185-A do CTN, introduzido pela Lei Complementar n. 118/2005 e que será objeto de análise em tópico próprio deste artigo.

De outro lado, a jurisprudência vem consolidando a tendência de restringir a aplicabilidade deste dispositivo, tão somente às hipóteses em que o credor comprovar nos autos que esgotou todas as possibilidades de localização de outros bens do devedor (mediante buscas, por exemplo, nos Cartórios de Registro de Imóveis da Comarca do devedor e no DETRAN)<sup>21</sup> ou nos casos em que o próprio devedor declare não possuir outros bens.

Não obstante o dinheiro figure como o bem melhor posicionado na ordem de preferência do art. 655, *caput*, do CPC, tal entendimento decorre não apenas do reconhecimento de que os dados bancários atingidos pelo eventual decreto de indisponibilidade são protegidos pela garantia constitucional do sigilo bancário (art. 5.º, incisos X e XII, da CF/88), como também em atenção ao princípio da menor onerosidade ao devedor, inscrito no art. 620 do CPC.<sup>22</sup>

<sup>21</sup> AI n. 2005.04.01.010235-6/PR, AI n. 2005.04.01.013747-4/SC, AI n. 2005.04.01.025890-3/RS.

<sup>22</sup> “AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. PENHORA ON-LINE. LEI Nº 11.382/06. MEDIDA DE CARÁTER EXTREMO. ESGOTAMENTO DE DILIGÊNCIAS NA LOCALIZAÇÃO DE BENS PENHORÁVEIS. NÃO COMPROVAÇÃO. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Por força do disposto na nova redação da Lei nº 11.382/06 o depósito em conta ou aplicação em instituição financeira passou a integrar o rol de preferências para nomeação à penhora (art. 655 do CPC). Contudo, tal circunstância não altera o entendimento segundo o qual a medida tem caráter extremo, não só porque importa em violação do sigilo de que se revestem as operações bancárias, mas também por suas funestas conseqüências. Via de

A este propósito, cabe citar trecho de voto da lavra do ilustre Desembargador Federal Antonio Albino Ramos de Oliveira para quem

a penhora em saldos bancários é medida extrema, não só porque importa em violação do sigilo de que se revestem as operações bancárias, mas também por suas funestas conseqüências. É sabido que, hoje, quase todos os pagamentos são feitos por via bancária, de modo que os salários dos empregados de empresas privadas e os vencimentos e proventos da inatividade dos servidores públicos transitam, necessariamente, por contas correntes bancárias. Desse modo, o bloqueio ou a penhora de saldos bancários podem criar riscos de violência mínimo existencial, agredindo o princípio da dignidade humana. Essa a razão por que, para se admitir tal penhora, deve o juízo cercar-se de todas as garantias, especialmente quanto à necessidade da constrição.<sup>23</sup>

As “funestas conseqüências” referidas pelo ilustre Desembargador Federal vão ao encontro do alerta já sinalizado pela doutrina, no sentido de que, na aplicação deste dispositivo, a atividade jurisdicional, a pretexto de sanar a violação ao direito do exeqüente, será fator de criação de litigiosidade, que se manifestará no mesmo processo (...) ou em outras ações judiciais<sup>24</sup>.

O grande número de acórdãos recentes, tanto do STJ, quanto dos diversos Tribunais Regionais Federais, tratando sobre o tema confirmam esta tendência já sinalizada pela doutrina.

---

conseqüência, ainda se faz necessário o esgotamento de diligências ordinárias visando a localização de bens penhoráveis, sem as quais não se mostra plausível o deferimento do pleito. 2. No caso concreto, o exeqüente, ora agravante, não demonstrou ter havido o esgotamento das vias ordinárias para localizar bens passíveis de penhora. 3. Agravo de instrumento improvido. (AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2007.04.00.024947-1/SC -RELATOR : Des. Federal OTÁVIO ROBERTO PAMPLONA DJU: 06/09/07).

<sup>23</sup> TRF4, AGRAVO DE INSTRUMENTO, 2007.04.00.004437-0, Segunda Turma, Relator Antonio Albino Ramos de Oliveira, D.E. 29/08/2007.

<sup>24</sup> Wambier, Luiz Rodrigues e outros. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil*. vol 3. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 121.



### 2.3 Na Lei das Instituições Financeiras.

A Lei n. 6.024/74, em seu art. 36, prevê a indisponibilidade dos bens dos administradores de instituições financeiras em intervenção, liquidação extrajudicial ou falência. A despeito da ausência de um regramento geral para todas as hipóteses de indisponibilidade no Direito brasileiro, o art. 38 da Lei n. 6.024/74 estabelece um elenco de providências decorrentes do decreto judicial de indisponibilidade que, na ausência de norma específica, pode ser invocado por analogia: “Art. 38. Decretada a intervenção, a liquidação extrajudicial ou a falência, o interventor, o liquidante ou o escrivão da falência comunicará ao registro público competente e às Bolsas de Valores a indisponibilidade de bens imposta no artigo 36. Parágrafo único. Recebida a comunicação, a autoridade competente ficará relativamente a estes bens impedida de: a) fazer transcrições, inscrições, ou averbações de documentos públicos ou particulares; b) arquivar atos ou contratos que importem em transferência de cotas sociais, ações ou partes beneficiárias; c) realizar ou registrar operações e títulos de qualquer natureza; d) processar a transferência de propriedade de veículos automotores”.

Tais vedações legais ao registro, que parecem querer situar os efeitos do decreto judicial de indisponibilidade em um âmbito maior do que a mera ineficácia dos atos em relação ao credor, podem ter sua justificativa no caráter multitudinário das lides que envolvem a liquidação de instituições financeiras, as quais mobilizam, em geral, milhares de credores. Sua aplicabilidade aos demais campos do direito, todavia, deve ocorrer com cautela, sob pena de desvirtuamento de sua finalidade que é a de servir de garantia em favor de determinada pessoa – o credor – e não da ordem pública.

Outra ressalva feita pela Lei n. 6.024/74 diz respeito à impossibilidade de a indisponibilidade recair sobre bens inalienáveis ou impenhoráveis (§ 3.º do art. 36), bem como sobre os bens “objeto de contrato de alienação, de promessa de compra e venda, de cessão ou promessa de cessão de direitos, desde que os respectivos instrumentos tenham sido levados ao competente registro público, anteriormente à data da decretação da intervenção, da liquidação extrajudicial ou da falência”.

Não podemos deixar de mencionar que o artigo 2.º da Lei n. 9.447, de 14 de março de 1996, esboçou um elenco de exceções à indisponibi-

lidade na liquidação extrajudicial, dos quais podemos citar a faculdade outorgada ao Banco Central de excluir da indisponibilidade, os bens de pessoas jurídicas controladores das instituições financeiras submetidas aos regimes especiais, desde que necessário para assegurar a normalidade da atividade econômica e os interesses dos credores. O mesmo dispositivo, em seu § 3.º, também estabelece que a indisponibilidade não impede a alienação de controle, cisão, fusão ou incorporação da instituição submetida aos regimes de intervenção, liquidação extrajudicial ou administração especial temporária.

Quanto ao tema, é oportuno citar o posicionamento jurisprudencial do E. Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a indisponibilidade “não impede ou subtrai dos dirigentes da sociedade a sua administração. Cria-se uma restrição ao direito de propriedade, visando sua conservação, não podendo – todavia – a liquidação extrajudicial ‘afetar o processo produtivo ou as operações comerciais’”.<sup>25</sup>

No mesmo julgado, do voto do Relator extrai-se ainda a afirmação de que “indisponibilidade, significa simplesmente a impossibilidade de dispor dos bens (aliená-los ou de vendê-los), o que, fatalmente, não abrange o mero acessório como o dividendo de uma ação, pois o principal que é o bem continua intacto. (...) O direito ao dividendo deriva, segundo a doutrina e a própria legislação, da qualidade de acionista, ‘como ocorre com o voto’”.

Ao principal fundamento de que a Lei n. 6.024/74 não estabelece a obrigatoriedade de motivação, notadamente quanto à identificação da responsabilidade subjetiva de cada administrador ou diretor, o Tribunal Regional Federal da 5.ª Região decidiu que o mencionado diploma legal não foi recepcionado, por contrariedade à cláusula do “devido processo legal” (LEX 65/628). No julgamento, afirmou o Ministro José Delgado, em seu voto: “A garantia à propriedade, pois, é forte, larga e fundamental em nosso ordenamento. Os bens das pessoas – assim como sua liberdade – só podem ser retirados como consequência de um processo legal, onde se respeite o contraditório e a ampla defesa, como todos os meios e recursos a tanto necessários.”

<sup>25</sup> Resp nº 243.091-MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU 18.10.2004, p. 280.

## 2.4 Na Lei de Custeio da Seguridade Social.

O art. 53 da Lei n. 8.212, de 24/07/1991, derroga disposição da Lei nº 6.830/80, prevendo a possibilidade de penhora de bens indicados pelo exequente, de forma concomitante com a citação inicial. Além disso, torna desde logo indisponíveis os referidos bens, por força do disposto no § 1.º.

Segundo Andrei Pitten Velloso, em comentário ao dispositivo,

a indisponibilidade implica a inalienabilidade e, conseqüentemente, a impenhorabilidade absoluta do bem (art. 649, I, do CPC). Por tal razão, não seriam admissíveis novos gravames sobre o bem constricto. Porém, o CTN admite o concurso de preferência entre pessoas jurídicas de direito público (art. 187, parágrafo único), razão pela qual, nesse aspecto, não pode prevalecer a impenhorabilidade.<sup>26</sup>

O autor refere ainda decisões que consideram viável nova penhora e ulterior expropriação do bem, restringindo a indisponibilidade a atos praticados *sponte propria* pelo executado, o que nos parece mais acertado e harmônico, tanto com o conceito doutrinário de indisponibilidade, antes exposto, quanto com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, cuja ementa abaixo transcrita é ilustrativa:

Processual Civil – Imóvel penhorado em execução fiscal – Indisponibilidade – Art. 53, §1o, da Lei n. 8.212/1991 – Possibilidade de nova penhora em outro processo. 1. A indisponibilidade de que trata o art. 53, §1o, da Lei n. 8.212/1991 diz respeito à inviabilidade de alienação pelo devedor-executado, do bem penhorado em execução movida pela Fazenda Pública Federal, o que não impede recaia nova penhora sobre o mesmo bem, em outra execução. 2. Recurso especial provido. (STJ, REsp 615.678-0-SP, 2a Turma, unânime, Rel. Min. Eliana Calmon, julg. 24.08.05, DJ 19.09.05, p. 269)<sup>27</sup>

<sup>26</sup> VELLOSO, Andrei Pitten. *Comentários à lei do custeio da seguridade social: Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, atualizada até a LC 118/2005*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 328.

<sup>27</sup> Disponível em <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 07.09.06.

## 2.5 Na Lei de Improbidade Administrativa.

O art. 7.º da Lei n. 8.429, de 02/06/1992, estabelece a obrigatoriedade, para a autoridade administrativa responsável pelo inquérito administrativo, de representação ao Ministério Público a fim de que seja decretada a indisponibilidade dos bens do indiciado que assegurem o integral ressarcimento do dano ao erário ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito.

A indisponibilidade, na espécie, está fundamentada em previsão constitucional constante do § 4.º do art. 37 da Constituição Federal, segundo o qual: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

Os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça confirmam a natureza cautelar da medida e sua inserção no poder geral de cautelar previsto no art. 798 do CPC, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. DILAPIDAÇÃO DOS BENS. RECEIO DO JULGADOR. SÚMULA 7/STJ. INVIABILIDADE DO RECURSO ESPECIAL E DA CAUTELAR VINCULADA. (...) II – A indisponibilidade dos bens não é indicada somente para os casos de existirem sinais de dilapidação dos bens que seriam usados para pagamento de futura indenização, mas também nas hipóteses em que o julgador, a seu critério, avaliando as circunstâncias e os elementos constantes dos autos, demonstra receio de que os bens sejam desviados dificultando eventual ressarcimento. (...) IV – A indisponibilidade recairá sobre tantos bens quantos forem necessário ao ressarcimento do dano resultante do enriquecimento ilícito, ainda que adquiridos anteriormente ao suposto ato de improbidade....(STJ, AgRg na MC 11139/SP, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Francisco Falcão, julg. 14.03.06, DJ 27.03.03, p. 152)<sup>28</sup>

<sup>28</sup> Disponível em <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 07.09.06.

**RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – INDISPONIBILIDADE DE BENS. LESÃO AO ERÁRIO PÚBLICO.** 1. Não há de confundir ato de improbidade administrativa com lesão ao patrimônio público, porquanto aquele insere-se no âmbito de valores morais em virtude do ferimento a princípios norteadores da atividade administrativa, não se exigindo, para sua configuração, que o ente público seja depauperado. 2. A indisponibilidade de bens prevista no art. 7o da Lei n. 8.429/92 depende da existência de fortes indícios de que o ente público atingido por ato de improbidade tenha sido defraudado patrimonialmente ou de que o agente do ato tenha-se enriquecido em consequência de resultados advindos do ato ilícito. 3. A medida prevista no art. 7o da Lei n. 8.429/92 é atinente ao poder geral de cautela do juiz, prevista no art. 798 do Código de Processo Civil, pelo que seu deferimento exige a presença dos requisitos do *fumus boni jûris* e do *periculum in mora*. 4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (STJ, REsp 731109/PR, 2a Turma, unânime, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julg. 02.02.06, DJ 20.03.06, p. 253)<sup>29</sup>

## **2.6 Na Lei das Organizações Sociais.**

O art. 10 da Lei n. 9.637, de 15/05/1998, que regula a qualificação de entidades como organizações sociais, também contempla a possibilidade de decretação de indisponibilidade de bens da entidade ou o seqüestro de bens de seus dirigentes, na hipótese de fundados indícios de malversação de bens ou recursos de origem pública.

## **2.7 Na Lei que trata do regime de previdência complementar.**

O art. 59 da Lei Complementar n. 109, de 29/05/2001, que trata do regime de previdência complementar, estabelece a possibilidade de de-

<sup>29</sup> Disponível em <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 07.09.06.

cretação de indisponibilidade dos bens dos administradores, controladores e membros de conselhos estatutários de entidades sob intervenção ou liquidação extrajudicial: “Art. 59. Os administradores, controladores e membros de conselhos estatutários das entidades de previdência complementar sob intervenção ou em liquidação extrajudicial ficarão com todos os seus bens indisponíveis, não podendo, por qualquer forma, direta ou indireta, aliená-los ou onerá-los, até a apuração e liquidação final de suas responsabilidades. § 1.º A indisponibilidade prevista neste artigo decorre do ato que decretar a intervenção ou liquidação extrajudicial e atinge todos aqueles que tenham estado no exercício das funções nos doze meses anteriores. § 2.º A indisponibilidade poderá ser estendida aos bens de pessoas que, nos últimos doze meses, os tenham adquirido, a qualquer título, das pessoas referidas no caput e no parágrafo anterior, desde que haja seguros elementos de convicção de que se trata de simulada transferência com o fim de evitar os efeitos desta Lei Complementar. § 3.º Não se incluem nas disposições deste artigo os bens considerados inalienáveis ou impenhoráveis pela legislação em vigor. § 4.º Não são também atingidos pela indisponibilidade os bens objeto de contrato de alienação, de promessas de compra e venda e de cessão de direitos, desde que os respectivos instrumentos tenham sido levados ao competente registro público até doze meses antes da data de decretação da intervenção ou liquidação extrajudicial. § 5.º Não se aplica a indisponibilidade de bens das pessoas referidas no caput deste artigo no caso de liquidação extrajudicial de entidades fechadas que deixarem de ter condições para funcionar por motivos totalmente desvinculados do exercício das suas atribuições, situação esta que poderá ser revista a qualquer momento, pelo órgão regulador e fiscalizador, desde que constatada a existência de irregularidades ou indícios de crimes por elas praticados.

Já o art. 60 da referida lei, à semelhança do que ocorre com o já comentado art. 38 da Lei n. 6.024/74, estabelece vedação a anotações decorrentes de alienações ocorridas após a decretação de indisponibilidade, em um âmbito que também parece situar-se em maior abrangência do que a mera ineficácia do negócio jurídico: “Art. 60. O interventor ou o liquidante comunicará a indisponibilidade de bens aos órgãos competentes para os devidos registros e publicará edital para conhecimento de terceiros. Parágrafo único. A autoridade que receber a comunicação ficará, relativamente a esses bens, impedida de: I - fazer transcrições, ins-

crições ou averbações de documentos públicos ou particulares; II - arquivar atos ou contratos que importem em transferência de cotas sociais, ações ou partes beneficiárias; III - realizar ou registrar operações e títulos de qualquer natureza; e IV - processar a transferência de propriedade de veículos automotores, aeronaves e embarcações”.

Valem, aqui, as mesmas ponderações feitas acerca do art. 38 da Lei nº 6.024/74, não se cogitando, na verdade, da instituição de sanção diferenciada da ineficácia para os atos praticados com infringência à proibição de dispor, mas tão somente providência de caráter prático, a fim de resguardar a viabilidade da medida, diante do caráter multitudinário das execuções que versam sobre a matéria.

## **2.8 Na Medida Cautelar Fiscal.**

O art. 2.º da Lei n. 8.397/92, com as alterações da Lei n. 9.532/97 estabelece o rol, não taxativo, de hipóteses de cabimento da indisponibilidade no âmbito da medida cautelar fiscal: “Art. 2.º. A medida cautelar fiscal poderá ser requerida contra o sujeito passivo de crédito tributário ou não tributário, quando o devedor: I - sem domicílio certo, intenta ausentar-se ou alienar bens que possui ou deixa de pagar a obrigação no prazo fixado; II - tendo domicílio certo, ausenta-se ou tenta se ausentar, visando a elidir o adimplemento da obrigação; III - caindo em insolvência, aliena ou tenta alienar bens; IV - contrai ou tenta contrair dívidas que comprometam a liquidez do seu patrimônio; V - notificado pela Fazenda Pública para que proceda ao recolhimento do crédito fiscal: a) deixa de pagá-lo no prazo legal, salvo se suspensa sua exigibilidade; b) põe ou tenta pôr seus bens em nome de terceiros: VI - possui débitos, inscritos ou não em Dívida Ativa, que somados ultrapassem trinta por cento do seu patrimônio conhecido; VII - aliena bens ou direitos sem proceder à devida comunicação ao órgão da Fazenda Pública competente, quando exigível em virtude de lei; VIII - tem sua inscrição no cadastro de contribuintes declarada inapta, pelo órgão fazendário; IX - pratica outros atos que dificultem ou impeçam a satisfação do crédito”.

Tratando-se de ação inserida no âmbito da cautelaridade, a medida cautelar fiscal não se compadece com hipóteses de perigo abstratamente normados pelo legislador. Não é possível interpretar o rol do art. 2º da Lei

nº 8.397/92 como hipóteses que, automaticamente, conduziriam à decretação judicial de indisponibilidade, sem permitir ao juiz o exame dos requisitos relativos ao *periculum in mora* e ao *fumus boni juris* em cada caso concreto, levando-se em consideração as peculiaridades de cada situação. Daí, dizer-se que o mencionado rol não é taxativo. Sempre que a satisfação do crédito exequindo restar ameaçada por manobras fraudulentas, ainda que não previstas naquelas hipóteses legais, caberá a decretação da indisponibilidade cautelar, com fundamento na Lei n. 8.397/92.

Por constituir-se numa decisão judicial que afeta diretamente o direito de propriedade do réu, como já visto, o *periculum in mora* a justificar a concessão liminar da medida cautelar fiscal deve ser entendido como uma ameaça real e concreta à frutuosidade da futura execução do crédito público, materializado por manobras de simulação, dissipação patrimonial ou práticas fraudulentas, cuja prova deve ser apresentada pelo autor juntamente com sua petição inicial.

Cabe salientar que a Lei n. 8.397/92, em seu art. 4.º, § 1.º focaliza a indisponibilidade, em se tratando de pessoa jurídica, tão somente sobre os bens do ativo permanente, buscando resguardar os bens que integram o ciclo operacional da empresa.

Por fim, saliente-se, ainda, que a Lei n. 8.397/92 admite o aforamento da medida cautelar tanto em sua forma preparatória, quanto em sua forma incidental, sendo pertinente observar, quanto ao tema, que a propositura da medida cautelar preparatória pressupõe o aforamento de execução fiscal ou de ação tendente à formação de título judicial no prazo máximo de 60 (sessenta) dias (art. 11), já que o sistema processual brasileiro não admite ação cautelar preparatória a processo administrativo.<sup>30</sup>

## 2.9 No CTN – Lei Complementar n. 118/2005.

A Lei Complementar nº 118/2005 foi editada com a finalidade de adequar a disciplina da cobrança do crédito tributário às modificações introduzidas pela nova Lei de Falências. Como o vetor adotado pela

<sup>30</sup> Vide, quanto ao tema, nossa dissertação de mestrado “A Medida Cautelar Fiscal e o Princípio do Devido Processo Legal”, pp. 173 a 180.



nova lei de falências consistiu em reforçar as possibilidades de continuidade do negócio e incentivar a recuperação viável da empresa, a Lei Complementar n. 118 resultou em uma “solução de compromisso”, na terminologia adotada por Aldemário Araújo Castro<sup>31</sup>.

Seguindo esta diretriz, várias garantias do crédito tributário foram flexibilizadas. Veja-se, por exemplo, a ordem de preferência do crédito tributário, que passou a ceder passo para tanto para os créditos “extra-concursais” quanto para os créditos com garantia real, até o valor do bem gravado. Também a responsabilidade tributária em casos de sucessão empresarial, do art. 133 do CTN, foi remodelada, excluindo-se a responsabilidade tributária do adquirente de estabelecimento comercial quando a alienação da empresa ou unidade produtiva ocorrer no bojo de processo de falência ou recuperação judicial.

Ao que parece, para contrabalançar esta “flexibilização” de garantias históricas do crédito tributário, o legislador buscou reforçar outras prerrogativas e garantias. Neste sentido, buscou reduzir o prazo prescricional para a propositura da ação de repetição do indébito, além de endurecer no trato da presunção de fraude, com a supressão da expressão “em fase de execução” (agora “fraude ao crédito tributário”, e não mais a “fraude à execução”) e o tema que passaremos a examinar mais detidamente, a indisponibilidade dos bens do devedor em execução fiscal de crédito tributário.

### **3 A INDISPONIBILIDADE PATRIMONIAL NO ART. 185-A DO CTN (LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005)**

#### **3.1 Natureza e função do provimento jurisdicional.**

Conquanto sob o aspecto estrutural possamos afirmar que a indisponibilidade do art. 185-A do CTN possa representar uma antecipação de efeitos somente atingidos nos atos finais do processo de execução, sob o aspecto funcional, não há dúvidas de sua natureza cautelar.

---

<sup>31</sup> A Indisponibilidade de bens e direitos prevista no art. 185-A do Código Tributário Nacional, In: *Reflexos Tributários da Nova Lei de Falência (Comentários à LC 118/2005)*. São Paulo: MP Editora, 2005.

Um exame mais detido revela que esta indisponibilidade apresenta os traços característicos da tutela cautelar, a começar pela instrumentalidade, entendida na lição de Cândido Dinamarco e Calamandrei, como uma “*instrumentalidade qualificada*”, “*eventual e de segundo grau*”<sup>32</sup>.

Neste sentido, não há qualquer dificuldade, já que a indisponibilidade do art. 185 do CTN, ao exigir a prévia citação do devedor, bem como a inexistência comprovada de bens a penhorar, pressupõe, obviamente, uma demanda executiva pendente, para a qual servirá como instrumento.

É também provisória, na medida em que se destina a reservar os bens do devedor até que seja possível sua convolação em penhora ou depósito à disposição do juízo.

Quanto à urgência, uma compreensão apenas literal do texto normativo em exame parece revelar que o legislador erigiu a ausência de indicação de bens à penhora pelo executado, bem como a busca não exitosa de bens no patrimônio do devedor como uma hipótese de perigo presumido, abstratamente normado pelo legislador.

Todavia, é exatamente a inserção da norma no campo da tutela cautelar, que impõe ao aplicador da norma, notadamente o juiz, que verifique, caso a caso, a existência de seus requisitos, tanto no que tange ao *periculum in mora*, quanto ao *fumus boni juris*. Isso porque, não obstante a relação de cautelaridade se estabeleça em relação a um processo de execução, em que a obrigação já resta expressa em título executivo dotado dos atributos da liquidez e certeza, o certo é que, na prática diuturna das Varas Federais ou de Fazenda Pública, não é rara a hipótese de certidões de dívida ativa absolutamente obscuras, de difícil compreensão, além daquelas originadas de confissão de dívida, em que nem mesmo o exequente, por vezes, tem a noção exata do que se está a cobrar.

Outro traço característico da tutela cautelar que também se encontra presente na indisponibilidade da Lei Complementar n. 118/2005 é a fun-

---

<sup>32</sup> “É eventual, porque se efetivará se e quando houver necessidade do processo principal. É de segundo grau, porque as medidas cautelares colocam-se como instrumento a serviço do instrumento: elas servem à eficiência do provimento jurisdicional principal e este, por sua vez, serve ao direito material e à própria sociedade”. *A Instrumentalidade do Processo*. 4.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 261.

gibilidade que, no caso de medida cautelar instrumental a um processo de execução, também se encontra pautada pelo princípio de que a execução deverá processar-se da forma menos gravosa para o devedor. Assim, leciona a Juíza Maria Helena Rau de Souza, em comentário ao artigo examinado,

o juiz da execução que tem a permissão para o mais – decreto da indisponibilidade genérica dos bens, poderá empregar menos, restringindo o alcance da medida à vista das peculiaridades do caso concreto (v.g. valor do crédito, pessoa física ou jurídica executada, porte da empresa )<sup>33</sup>.

### **3.2 Requisitos para a decretação judicial da indisponibilidade do art. 185-A do CTN.**

O dispositivo em comento exige:

- a) a citação do devedor;
- b) o não pagamento;
- c) o não oferecimento de bens à penhora;
- d) a não localização de bens penhoráveis.

Inicialmente, cabe delimitar o âmbito de aplicação do instituto tão somente às execuções fiscais tributárias, às quais se aplicam as disposições do CTN. Ficam excluídas, portanto, todas as execuções fiscais de créditos não tributários, notadamente, os valores relativos ao FGTS, as multas administrativas, os foros, laudêmios, alugueis e outros débitos executáveis nos termos da Lei n. 6.830/80, mas que não ostentem natureza tributária. A esses créditos, a jurisprudência tem entendido possível a aplicação do art. 655-A do CPC, o qual, todavia, somente prevê a indisponibilidade patrimonial como medida preparatória de uma futura penhora de dinheiro.<sup>34</sup>

<sup>33</sup> In: *Código Tributário Nacional Comentado*. Coordenação Vladimir Passos de Freitas. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

<sup>34</sup> TRF4, AG 2008.04.00.002136-1, Segunda Turma, Relator Marciane Bonzanini, D.E. 01/02/2008.

Uma interpretação sistemática da Lei Complementar n. 118/2005 e dos dispositivos da Lei n. 11.101/2005, permite, igualmente, excluir do âmbito de aplicação do dispositivo em comento, a execução movida contra o devedor prestes a obter a concessão de recuperação judicial.

Isso porque, muito embora a Lei de Falências estabeleça que o processamento da recuperação judicial não determina a suspensão das execuções fiscais contra a empresa (art. 6.º, § 7.º da Lei n. 11.101/2005), a leitura conjunta dos artigos 57 da Lei n. 11.101/2005 e do art. 191-A do CTN, com a redação dada pela Lei Complementar n. 118/2005 estabelece que a concessão da recuperação judicial pelo juízo competente somente poderá ocorrer mediante a apresentação das certidões negativas dos débitos tributários da empresa postulante.

Assim sendo, transportando tais considerações para o âmbito de nossa análise, se a empresa postulante de recuperação judicial deverá ter todos os seus débitos quitados ou, ao menos, suspensa a sua exigibilidade, por óbvio, estará fora do âmbito de aplicação da indisponibilidade de que ora tratamos, que pressupõe execução fiscal em curso e não garantida, cuja pendência, por si só, inviabilizaria a satisfação desta exigência e a concessão da recuperação judicial.

Quanto à empresa em processo de falência, conquanto a lei não determine a suspensão das execuções e nem a prova da quitação prévia dos tributos para sua decretação, a indisponibilidade dos bens da massa, acaso deferida no âmbito de execução fiscal, além de deter o potencial de frustrar a própria finalidade do processo de falência, poderia resultar em medida inócua, diante de tendência jurisprudencial majoritária que determina que o produto da alienação judicial, em processo de execução fiscal, deverá ser posto à disposição do juízo falimentar<sup>35</sup>.

<sup>35</sup> PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. MASSA FALIDA. PENHORA ANTERIOR À DECRETAÇÃO DA FALÊNCIA. CRÉDITO TRABALHISTA. PREFERÊNCIA SOBRE CRÉDITO FISCAL. PRECEDENTES ERESP 444964/RS E RESP 188.148/RS. 1. A decretação da falência não paralisa a execução fiscal, nem desconstitui a penhora, prosseguindo o processo executivo normalmente. Contudo, realizada a praça, os valores apurados na alienação dos bens penhorados devem ser postos à disposição do Juízo falimentar para satisfação dos créditos trabalhistas, se houver, e, caso insuficientes para o seu atendimento, os bens arrecadados na falência. Conciliação dos arts. 186 e 187 do CTN com a Súmula 44-TFR e o princípio constitucional da igualdade de todos perante a lei. 3. Considerando que o crédito trabalhista

A lei fala em devedor, devidamente citado, sem qualquer distinção, o que permite concluir que a medida de indisponibilidade também poderá ser aplicada nos casos de citação por edital. Nestes casos, todavia, cumpre ao julgador observar com ainda maior cuidado a exigência jurisprudencial de utilizar-se da citação editalícia apenas, e tão somente, nos casos em que todas as diligências de localização do endereço atualizado do devedor restarem frustradas.

Ao exigir-se que a indisponibilidade atinja apenas o devedor, devidamente citado, há que se atentar, ainda, para o fato de que o decreto judicial somente poderá atingir os bens pessoais do administrador ou do sócio da empresa executada, quando, após a análise do cabimento do redirecionamento, de acordo com os dispositivos legais aplicáveis em cada caso concreto, seja este citado em nome próprio, não sendo válida a citação da empresa para tal fim, o que implicaria em ofensa direta ao princípio do devido processo legal.

O requisito atinente à não localização de bens do devedor deve pressupor que tenham sido documentados nos autos, quer por buscas de Oficiais de Justiça, quer por manifestação expressa do credor, que a indisponibilidade foi antecedida por esforços eficazes no sentido de sua localização nos diversos órgãos de registro de bens<sup>36</sup>.

E quais devem ser os órgãos notificados para o cumprimento da medida? Aqueles mencionados pelo próprio dispositivo, dentro dos limites territoriais do Juízo. A extensão territorial para outras Seções Judiciárias ou cidades diversas daquelas em que o devedor encontra-se, ou encontrou-se recentemente domiciliado, deve ser requerida expressa e fundamentadamente pelo ente credor.

---

tem precedência sobre o fiscal, não se pode privilegiar o foro do juízo da execução fazendária em detrimento do foro universal da falência a que todos são obrigados. 4. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 541945/RS, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 27.09.2005, DJ 07.11.2005 p. 191).

<sup>36</sup> “É entendimento, ainda, deste Tribunal que, para configurar o exaurimento das diligências na busca de bens passíveis de penhora, é suficiente a comprovação da realização de consultas junto ao Ofício de Registro de Imóveis da Comarca do devedor e ao DETRAN (AI nº 2005.04.01.010235-6/PR, AI nº 2005.04.01.013747-4/SC, AI nº 2005.04.01.025890-3/RS) ou se o próprio devedor afirmar que não possui bens penhoráveis.” (TRF4, AG 2008.04.00.002668-1, Primeira Turma, Relator Wilson Darós, D.E. 22/02/2008).

### **3.3 A indisponibilidade patrimonial da Lei Complementar n. 118/2005 e a utilidade dos dispositivos legais que disciplinaram a Medida Cautelar Fiscal.**

Com a edição da Lei Complementar n. 118/05 e a nova redação do art. 185-A do CTN, a medida cautelar fiscal incidental, no caso dos créditos tributários, perdeu grande parte de sua razão de ser, já que restou quase que inteiramente absorvida pela nova disciplina.

Todavia, remanescem ainda úteis muitos de seus dispositivos, notadamente no que diz respeito às medidas cautelares fiscais preparatórias antecedentes, ou seja, aquelas que antecedem a propositura de execução fiscal ou de ação tendente à cobrança do crédito tributário.

Mas há que se lembrar que este caráter preparatório pode existir mesmo em casos de execução fiscal pendente, em particular nos casos relacionados a um futuro redirecionamento da execução contra responsáveis tributários, casos em que, além das situações elencadas no art. 2º da Lei nº 8.397, de 06.01.1992, deverá o ente credor comprovar a ocorrência, ou ao menos, a viabilidade da ocorrência de uma das hipóteses de responsabilidade tributária ditas pelo CTN<sup>37</sup>.

<sup>37</sup> TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDIDA CAUTELAR FISCAL. INDISPONIBILIDADE DOS BENS DOS SÓCIOS DA EMPRESA DEVEDORA. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA PESSOA JURÍDICA. REDIRECIONAMENTO. 1. Em se tratando de medida cautelar fiscal, aplicam-se as disposições da Lei nº 8.397/92 e, subsidiariamente, a legislação processual comum. A cautelar preparatória poderá ser proposta durante a fase administrativa de apuração do débito, desde que presentes os requisitos necessários (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*), sendo que neste caso, o requerente deverá propor a execução no prazo de 60 dias, contados da data em que exigência se tornar irrecurável na esfera administrativa. Contudo, é possível ao Fisco ingressar com medida cautelar fiscal preparatória contra requerido que ainda não faça parte do processo executivo principal, mesmo que ultrapassado o prazo de 60 dias da constituição definitiva do crédito fiscal, desde que redirecione ou promova a execução fiscal contra o requerido no prazo do artigo 806, do CPC, ante a garantia insculpida no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. 2. Conquanto sustentável a tese de que o mero encerramento das atividades da pessoa jurídica não configura dissolução irregular, é fato que neste caso restaram frustradas as tentativas de localização da empresa nos feitos executivos, não tendo sido indicado o seu novo endereço nem bens suficientes para a garantia do juízo. Ademais, não há elementos que confortem a

Neste ponto cabe lembrar que a Lei da Medida Cautelar Fiscal prevê, expressamente em seu art. 4.º, § 1.º, a possibilidade de extensão da indisponibilidade patrimonial “*aos bens do acionista controlador e aos dos que em razão do contrato social ou estatuto tenham poderes para fazer a empresa cumprir suas obrigações fiscais*” ao tempo do fato gerador, nos casos de lançamento “*ex officio*”, ou do inadimplemento da obrigação fiscal, nos demais casos.

Com base neste dispositivo legal, a jurisprudência tem se posicionado em favor da possibilidade de decretação da indisponibilidade dos bens do responsável tributário, mesmo que este ainda não tenha sido citado no processo de execução<sup>38</sup>.

Ao contrário do que ocorre na disciplina da Medida Cautelar Fiscal, a Lei Complementar n. 118/2005 não contempla tal possibilidade de extensão. Ao contrário, ao inserir o art. 185-A no texto do CTN, a citada Lei Complementar previu, expressamente, que a indisponibilidade somente poderá recair sobre bens do devedor tributário, devidamente citado. Não é demais repetir que o mencionado dispositivo da Medida Cautelar Fiscal que possibilita a extensão do decreto judicial de indisponibilidade aos responsáveis tributários não pode ter sua aplicação estendida aos casos da Lei Complementar n. 118/2005, com base no já citado e

---

assertiva de que a empresa encontra-se em atividade; tampouco é esclarecida a sua atual situação patrimonial ou noticiada a sua regular partilha ou destinação de seu acervo. 3. Os arts. 124 e 135, III, do CTN, c/c art. 4º, V, da Lei nº 6.830, respaldam o redirecionamento dos executivos fiscais contra o sócio na hipótese de atuação ilícita deste ou de dissolução irregular da empresa, a despeito de já ter sido integralizado o respectivo capital social. Embora a responsabilidade efetiva do agravante pelas obrigações tributárias da pessoa jurídica deva ser objeto de cognição judicial após ampla defesa e dilação probatória, nada impede o Fisco de acautelarem-se contra eventual dispersão patrimonial, a fim de assegurar a posterior quitação dos débitos lançados contra o contribuinte. (TRF4, AG 2004.04.01.010864-0, Primeira Turma, Relator Vivian Josete Pantaleão Caminha, D.E. 24/01/2007, aqui grifado)

<sup>38</sup> Assim, exemplificativamente, os seguintes precedentes do TRF 4ª Região: AG 200404010389100, PR, Rel. Desembargador Federal Dirceu de Almeida Soares, DJU 26.01.2005, p. 391; AG 2002040105700892/SC, Rel. Desembargador Federal Dirceu de Almeida Soares, DJU 26.11.2003, p. 558; AG 200204010563267/SC, Rel. Desembargador Federal Dirceu de Almeida Soares, DJU 26.11.2003, p. 558; AG nº 200004011165479/SC, Rel. Desembargador Federal Wilson Darós, DJU 04.04.2001, p. 578.

vetusto princípio hermenêutico de que as restrições de direito devem ser interpretadas restritivamente.

O caráter preparatório de eventual redirecionamento da execução fiscal não esgota, também, toda a utilidade remanescente da Medida Cautelar Fiscal. Veja-se que § 2.º do art. 4.º da LMCF permite que o decreto de indisponibilidade também possa estender-se “aos bens adquiridos a qualquer título do requerido ou daqueles que estejam ou tenham estado na função de administrador (§ 1.º), desde que seja capaz de frustrar a pretensão da Fazenda Pública”.

Apesar de o dispositivo em questão não referir expressamente a partir de que momento o decreto de indisponibilidade poderá ser estendido aos bens dos terceiros adquirentes, a menção à potencialidade de frustrar a pretensão da Fazenda Pública, torna necessária a interpretação do dispositivo em conformidade com o instituto da fraude à execução fiscal, ou mais precisamente, da fraude ao crédito tributário, na redação atual do art. 185 do CTN, ou da fraude à execução, disciplinada pelo art. 593 do CPC, para os créditos de natureza não tributária.

Seja como for, não há possibilidade de aplicação da indisponibilidade do art. 185-A do CTN em relação aos bens adquiridos em fraude à execução e que se encontrem em nome de terceiros, por decorrência da obrigatoriedade imposta pela Lei de que o decreto de indisponibilidade seja requerido e deferido, unicamente, em relação aos bens do **devedor, devidamente citado**, jamais sobre bens de terceiros estranhos à relação jurídica processual instaurada no processo de execução fiscal<sup>39</sup>.

<sup>39</sup> AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. DECLARAÇÃO DE INDISPONIBILIDADE DE BENS DE TERCEIROS. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA TEORIA DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. NÃO CABIMENTO. FRAUDE À EXECUÇÃO NÃO COMPROVADA. AGRAVO IMPROVIDO. 1. A aplicação analógica da teoria da desconsideração da personalidade jurídica não se amolda ao caso dos autos, em que a agravante busca a indisponibilidade dos imóveis registrados em nome da filha do executado, ao argumento de que não se trata de redirecionar o feito contra esta, mas sim de retirar de sua disposição os bens que teriam sido presumivelmente desviados do patrimônio do devedor com o objetivo de que fossem salvaguardados de eventual penhora. 2. Eventual acautelamento da execução fiscal poderia ter sido obtido em medida cautelar fiscal própria, ante a possibilidade de a Fazenda ver frustrado o pagamento de seus créditos fiscais, desde que



Não é demais lembrar que nem o futuro redirecionamento da execução, com fundamento nos dispositivos que ensejam a responsabilidade tributária, nem a eventual decretação da fraude à execução podem ensejar a decretação da indisponibilidade sobre bens pessoas absolutamente estranhas à relação processual que se desenvolve na execução fiscal.<sup>40</sup>

Mas, além dos casos relativos à extensão da indisponibilidade aos bens dos responsáveis tributários, a utilidade dos dispositivos legais que disciplinam a medida cautelar fiscal remanesce, ainda, em todos os demais casos, quando se tratar de crédito não tributário.

#### **4 SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 185-A DO CTN E SUA CONFORMIDADE COM A CLÁUSULA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL**

Uma vez assente a inserção do instituto no domínio das medidas cautelares, cuja concessão somente se dará nos casos em que o juiz da execução entender configurados seus pressupostos, não se verifica, a priori, vício de inconstitucionalidade em abstrato na norma em comento, por não representar uma privação do executado de seus bens, em desconformidade com os postulados do devido processo legal.

---

demonstrado que o executado tivesse alienado seus bens ou os colocado em nome de terceiros com o intuito de fraudar o Fisco. Na situação concreta, restaram evidenciados apenas meros indícios, o que não autoriza a decretação da indisponibilidade postulada. 3. O executivo fiscal foi ajuizado tão-somente contra o ora agravado, quando poderia, em princípio, também ser proposto contra a filha do executado, uma vez que pertencente ao quadro societário de empresa supostamente de propriedade do ora agravado e de sua mulher, não sendo plausível permitir, assim, que terceiros, alheios à relação processual, tenham seus bens submetidos à constrição em decorrência de simples presunção calçada em indícios. 4. Agravo de instrumento improvido. (TRF4, AG 2007.04.00.016744-2, Segunda Turma, Relator Otávio Roberto Pamplona, D.E. 12/09/2007)

<sup>40</sup> AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - FALECIMENTO DO DEVEDOR - INDISPONIBILIDADE DE BENS DA INVENTARIANTE - DESCABIMENTO. O art. 185-A do CTN autoriza a decretação de indisponibilidade dos bens do devedor tributário. Falecido este, deve a execução prosseguir contra seu espólio, que é representado pelo inventariante. Não se confunde, porém, o espólio com a pessoa do inventariante, sendo descabido postular a indisponibilidade dos bens deste por dívida daquele. 2 - Agravo desprovido. (TRF4, AG 2007.04.00.012374-8, Segunda Turma, Relator Antonio Albino Ramos de Oliveira, D.E. 29/08/2007)

Inicialmente porque, como já visto, conceitualmente não há supressão do direito de propriedade, mas tão somente de um dos poderes do titular do direito de propriedade que é o de dispor, permanecendo facultado o exercício dos direitos de usar e gozar dos frutos da coisa.

O mero fato de o dispositivo em exame não estabelecer qualquer tipo de exceção ou temperamento à indisponibilidade, também não significa, como sustentam alguns doutrinadores, que a lei tenha estabelecido uma obrigatoriedade ao juiz da execução de, automaticamente, disparar o decreto de indisponibilidade global e genérica dos bens do devedor em todos os casos, sem qualquer critério, ou como afirmam outros, que o dispositivo não é auto-aplicável por haver necessidade de maior regulamentação dos pontos obscuros e omissos do texto legal.<sup>41</sup>

Em primeiro lugar porque a medida encontra-se, como já visto, no âmbito da tutela cautelar, a qual subordina sua concessão à configuração de hipóteses de fundado receio de frustração do resultado do processo executivo.

Em segundo lugar, porque todos os dispositivos legais citados que estabelecem exceções à indisponibilidade nos demais casos de indisponibilidade patrimonial devem ser aplicados na execução do crédito tributário, por imposição do princípio hermenêutico expresso no brocardo “*odiosa restringenda, favorabilia amplianda*”, bem como pela aplicação, também no domínio das cautelares instrumentais aos processos de execução, do princípio da menor onerosidade, positivado no art. 620 do CPC.

Assim, como é curial, devem ser excetuados os bens absolutamente impenhoráveis, tais como o imóvel residencial e os bens que guarnecem a residência do devedor (Lei n. 8.009, de 29/03/1990, que estabelece a impenhorabilidade do bem de família).

Quanto à indisponibilidade dos bens da pessoa jurídica, a vedação à indisponibilidade de bens que não os do ativo permanente, levada a efeito pela Lei da Medida Cautelar Fiscal, também deve ser aplicada ao caso

---

<sup>41</sup> Como sustentam BARRETO, Aires F. e GONÇALVES, Gilberto Rodrigues. A penhora ‘on-line’ na execução fiscal e a LC 118. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Oliveira Rocha – Comércio e Serviços Ltda, maio de 2005. v. 116.

em exame. Isso porque, como já dito no item relativo à indisponibilidade decretada em intervenção ou liquidação extrajudicial das instituições financeiras, a indisponibilidade não pode afetar a continuidade do ciclo operacional da empresa devedora. Inicialmente porque representaria um retrocesso aos importantes avanços já contidos na nova Lei de Falências, que busca estimular a recuperação da empresa em dificuldades momentâneas e, além disso, como decorrência da própria finalidade do instituto da indisponibilidade que é, unicamente, a conservação dos bens eventualmente sujeitos à execução e não a de imposição de penalidade ou medida coercitiva indireta ao devedor para que efetue o pagamento de seus débitos, tal como já decidiu o Supremo Tribunal Federal nas vetustas Súmulas 70, 323 e 547.

Como afirma o Werter Faria, citado pelo Desembargador Penalva Santos, em estudo sobre a matéria,

Seria contrário até mesmo ao bom senso impedir que o titular do estabelecimento vendesse os frutos colhidos e o gado em condições de abate, ou constituísse penhor para o procedimento normal das atividades. Não se faz necessário sustentar, como se tem feito alhures, que a venda e o gravame, nessas hipóteses, constituem atos de conservação ou de administração do estabelecimento. Vedam-se os atos que comprometam a exploração normal dele, e não os exigidos para mantê-lo produtivo.<sup>42</sup>

É certo que a lei traz uma grande dificuldade em sua aplicação, que consiste na possibilidade de que a indisponibilidade, mesmo que limitada no despacho do juiz ao montante da dívida em execução, venha a se multiplicar, na mesma proporção do número de órgãos registrais que venham a localizar e cumprir o comando judicial, o que, a princípio, parece contrariar os princípios gerais da execução que vedam o excesso de execução, como também o de que a execução deverá ocorrer pelo modo menos gravoso ao devedor.

<sup>42</sup> Apud Santos, Joaquim Antonio de Vizeu Penalva. Disponibilidade: Sua Função no âmbito do Direito de Propriedade: Atuação da Disponibilidade na Falência, na Liquidação Extrajudicial de Instituição Financeira e no Contrato Estimatório. In: *Advocacia Dinâmica: Boletim Informativo Semanal*, v. 25, n. 1, p. 11-9, jan. 2005.

Todavia, neste caso hipotético, não se pode deixar de anotar que o devedor em questão já foi citado e não exercitou sua faculdade de indicar bens à penhora e se, neste caso, os bens existiam e foram detectados em mais de um dos órgãos responsáveis pelo controle e registro patrimonial, não se pode ignorar que para tal resultado também contribuiu da inércia do devedor.

Como aponta Leonardo Greco, citado em estudo da lavra de Maria Helena Rau de Souza, há, inclusive, no Direito Estrangeiro, mecanismos rigorosos que buscam impor pesadas sanções ao devedor que se esquivava do dever de informar os bens de seu patrimônio sobre os quais deverão recair os atos de execução.<sup>43</sup>

Mas, como já registrado, ao decreto de indisponibilidade da Lei Complementar n. 188/2005, deverá aplicar-se todo o arcabouço legal que disciplina suas exceções e, no aspecto quantitativo, deverá ser controlado pelo juiz da execução que deverá determinar seu imediato levantamento, caso se verifique o excesso.

É preciso apontar, ainda, que a afirmação de que o decreto de indisponibilidade não representa supressão de todos os poderes decorrentes do direito de propriedade, mas tão somente da faculdade de disposição encontra dificuldades, na prática.

Veja-se, por exemplo, o numerário depositado em instituições bancárias. Ao receber a ordem de indisponibilidade, ficará o banco depositário incumbido de “bloquear” tais valores, tornando inoperantes para o titular da conta as operações de saque e transferências, a qualquer título. Neste caso, portanto, a ordem judicial implicará, ao menos no que tange aos valores depositados em conta corrente, na prática, vedação, pura e simples ao exercício do direito de propriedade, em todas as suas facetas. Em tal hipótese, até segunda ordem, o devedor ficará absolutamente privado de seus bens depositados em instituições financeiras.

Nestes casos, em que a ordem judicial de indisponibilidade acaba por impedir de forma total o exercício de todos os direitos decorrentes do direito de propriedade, tanto usar, quanto gozar e dispor, não resta a

---

<sup>43</sup> SOUZA, Maria Helena Rau. *Código Tributário Nacional Comentado*. Coordenação Vladimir Passos de Freitas. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

menor dúvida de que o devedor restará privado destes bens, abrindo-se campo para verificar se tal privação resultou, de fato, de um processo consentâneo à garantia do devido processo legal.

Cabe, nestes casos, ao aplicador da norma cercar-se de ainda maiores cuidados excetuando do âmbito da ordem judicial, no que diz respeito às pessoas físicas, os vencimentos e salários, por se tratar de bens absolutamente impenhoráveis, e no caso das pessoas jurídicas, os valores destinados às operações correntes do estabelecimento, tais como, pagamento de salários e fornecedores, com vistas à preservação do ciclo operacional da empresa.

Com estes cuidados e levando-se em consideração que a norma será aplicada não automaticamente, mas de acordo com as circunstâncias de cada caso concreto, não se vislumbra, a princípio uma pecha de inconstitucionalidade ou desconformidade com a cláusula do devido processo legal em seu aspecto processual.

O que se questiona é a efetiva necessidade da criação de mais este instituto.

Em 1992 foi editada a Lei da Medida Cautelar Fiscal que, não obstante as deficiências técnicas apontadas pelos estudiosos do tema, constituiu e constitui importante mecanismo de preservação da pretensão executiva dos créditos públicos.

Em 1997, com a Lei n. 9.532/97, foram ampliadas suas hipóteses de cabimento, além de ser introduzido o arrolamento fiscal que criou para a autoridade fiscal a obrigação de realizar a identificação de bens e direitos do contribuinte sempre que o valor dos créditos de sua responsabilidade superasse 30% de seu patrimônio conhecido (art. 64).

Tendo em vista a existência de tais instrumentos processuais e administrativos já colocados à disposição do credor tributário, seria efetivamente necessária a criação de mais este instituto?

Não se pode ignorar que o processo de execução, como bem aponta Maria Helena Rau de Souza, atravessa um momento de crise, sendo um dos maiores obstáculos à sua eficácia as dificuldades de localização dos bens do devedor.

Todavia, não se pode deixar de observar, que tanto a medida cautelar fiscal, quanto o arrolamento administrativo, são instrumentos de ini-

ciativa do credor tributário e seu sucesso depende, quase que exclusivamente, de uma atuação coordenada entre as instâncias de fiscalização e as Procuradorias.

A indisponibilidade do art. 185-A do CTN parece querer atribuir ao Poder Judiciário o ônus de localização e reserva dos bens do patrimônio do executado o que pode representar efetivamente um avanço na superação da mencionada crise, ou, ao revés, acarretar a multiplicação de incidentes processuais que poderão retardar ainda mais a marcha processual, considerando-se o imenso volume de ações que tramitam nos juízos especializados.

Além do mais, a criação de “medidas por demais invasivas na privacidade e intimidade dos particulares deve responder a anseios de ordem pública, justificadas não apenas em interesses creditícios, ainda que sejam estes atrelados ao Erário”<sup>44</sup>.

Cabe ao Poder Judiciário encontrar o justo equilíbrio entre os interesses fazendários e as garantias constitucionais da privacidade, da intimidade, do sigilo e da dignidade humana.

A este propósito, é oportuna a citação de Vicente Greco Filho que, analisando a medida cautelar fiscal, com inteira propriedade, aduziu: “uma coisa é a vontade do legislador, outra é a vontade da lei. Esta, quando é editada se insere num universo compreensivo e será interpretada e aplicada dentro do espaço que lhe foi possível ocupar.”<sup>45</sup>

Tal ensinamento possui inteira aplicação aos dispositivos legais que buscamos analisar e que, ao que concluímos, não se apresentam inconstitucionais, em tese. Sua aplicabilidade, no caso concreto, entretanto, subordina-se a uma interpretação conforme a Constituição, de acordo com os critérios e parâmetros fornecidos pela cláusula do devido processo legal, das garantias fundamentais, além dos princípios hermenêuticos, aqui defendidos.

Este o espaço que lhe cabe ocupar no ordenamento jurídico brasileiro.

<sup>44</sup> TRF4, AG 2008.04.00.002136-1, Segunda Turma, Relator Marciane Bonzanini, D.E. 01/02/2008

<sup>45</sup> “Medida cautelar fiscal e contra o poder público”, matéria publicada no Correio Brasileiro, no Caderno “Direito e Justiça”, de 10 de agosto de 1992.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Carlos Henrique. *Ação Cautelar Fiscal e o Depositário Infiel*. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Ed. LEUD, 1995.

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 11.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BARRETO, Aires F. e GONÇALVES, Gilberto Rodrigues. A penhora ‘on-line’ na execução fiscal e a LC 118. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Oliveira Rocha – Comércio e Serviços Ltda, maio de 2005. v. 116.

BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de Direito Civil. Direito das Sucessões*. 19.<sup>a</sup> ed., vol. 6. São Paulo: Ed. Saraiva, 1983.

CARVALHO SANTOS, J.M. de. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. Vol. XXIII. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1937.

CASTRO, Aldemário Araújo. A Indisponibilidade de Bens e Direitos Prevista no Art. 185-A do Código Tributário Nacional. In: *Reflexos Tributários da Nova Lei de Falência (Comentários à LC 118/2005)*. São Paulo: MP Editora, 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. São Paulo: Saraiva, 2005.

DADICO, Claudia Maria. *A Medida Cautelar Fiscal e o Princípio do Devido Processo Legal*. Dissertação de Mestrado apresentado no Departamento de Direito Processual da FADUSP. São Paulo: 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 4.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito das Sucessões*. 4.<sup>a</sup> ed., vol. 6. São Paulo: ed. Saraiva, 1988.

FERREIRA, Pinto. *Tratados das Heranças e dos Testamentos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

GRECO FILHO, Vicente. Medida cautelar fiscal e contra o poder público. Matéria publicada no Correio Braziliense, no *Caderno “Direito e Justiça”*, de 10 de agosto de 1992.

HARADA, Kiyoshi. Lei Complementar nº 118/2005 – Inovações Introduzidas no Código Tributário Nacional. *Repertório de Jurisprudência IOB*, 2.ª quinzena de março de 2005, nº 6/2005, pp. 214-211.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*. 2.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

LOPES, Pedro Câmara Raposo. *A indisponibilidade universal da Lei n. 118/2005*, disponível em <[www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6385](http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6385)>, acessado em 23.02.2008.

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Medidas Preventivas. Medidas Preparatórias – Medidas de conservação*. 2ª ed. Belo Horizonte: Livraria Bernardo Álvares Editora, 1958.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 26.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MANDRIOLI, Crisanto. Per una Nozione Strutturale dei Provvedimenti Anticipatori o Interinali. In: *Rivista di Diritto Processuale*, ano XIX, n. 4, p. 551-581. Pádua: CEDAM, outubro-dezembro 1964.

MARTINS, Ives Gandra da Silva et alii. *Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. Doutrina e Prática*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 16.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MOREIRA, Helena Delgado Fialho. *O Impacto, nos Executivos Fiscais, das Inovações Trazidas à Disciplina Tributária pela Lei Complementar 118 e pela Nova Lei de Falências*. Artigo extraído do site: <<http://teiajuridica.com/impacto.htm>>

PINTO FERREIRA, Luís. *Tratado das Heranças e dos Testamentos*. 2.ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1990.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado. Parte Geral*. Tomo IV. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. *Direito das Sucessões*. 16.ª ed., vol. 7. São Paulo: Ed. Saraiva, 1989.



SADDI, Jairo (organizador). *Intervenção e Liquidação Extrajudicial o Sistema Financeiro Nacional – 25 anos da Lei 6.024/74*. São Paulo: Textonovo/UNICID, 1999.

SANTOS, Joaquim Antonio de Vizeu Penalva. Disponibilidade: Sua Função no âmbito do Direito de Propriedade: Atuação da Disponibilidade na Falência, na Liquidação Extrajudicial de Instituição Financeira e no Contrato Estimatório. *ADV Advocacia Dinâmica: boletim informativo semanal*, v. 25, n. 1, pp. 11-9, jan. 2005.

SOUZA, Maria Helena Rau. *Código Tributário Nacional Comentado*. Coordenação Vladimir Passos de Freitas. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil. Vol. II. Processo de Execução e Processo Cautelar*. 14.<sup>a</sup> edição. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

TZIRULNIK, Luiz. *Intervenção e Liquidação Extrajudicial das Instituições Financeiras*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. 2.<sup>a</sup> ed.

WAISBERG, Ivo. *Responsabilidade Civil dos Administradores de Bancos Comerciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

WAMBIER, Luiz Rodrigues e outros. *Curso Avançado de Processo Civil*. 9.<sup>a</sup> ed., vol. 2. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006/2007.

\_\_\_\_\_. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil*. Vol. 3. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.



# RESOLVENDO QUESTÕES DIFÍCEIS QUE ENVOLVEM O EXAME DA QUALIDADE DE SEGURADO E DA CARÊNCIA

Daniel Machado da Rocha

Juiz Federal. Ex-membro da 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais, Seção do Rio Grande do Sul. Ex-Promotor de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, UFRGS, Mestre e Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUC/RS. Diretor-Geral da Escola Superior da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul - ESMAFE/RS - e Professor Coordenador da disciplina de Direito Previdenciário. Publicou pela editora Livraria do Advogado a obra: O Direito Fundamental à Previdência Social, e, em co-autoria, as obras: Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social, atualmente na sua 8ª edição, Comentários à Lei do Custeio da Seguridade Social, Temas Atuais de Previdência e Assistência Social, e Direito Previdenciário, Aspectos Materiais Processuais e Penais, e Comentários à Lei do Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da União. Pela editora Juruá, Coordenou a obra Curso de Especialização em Direito Previdenciário.

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. A interpretação no Direito Previdenciário. 3. O modelo de Seguridade Social brasileiro. 4. Resolvendo casos difíceis que reclamam reflexão sobre os requisitos genéricos. 4.1. Um caso difícil versando sobre a aposentadoria por invalidez. 4.2. Dois casos controversos nos quais se examina o direito à pensão por morte. 5. Considerações finais.

## 1 INTRODUÇÃO

Nossa Constituição Federal de 1988 consagrou, pela vez primeira (art. 194), a seguridade social como: “um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”. Sem dúvida, a Lei Fundamental abriu veredas para significativos avanços na estruturação da proteção social, tais como, a determinação de que a legislação previdenciária promovesse uma efetiva inclusão dos trabalhadores urbanos e rurais na órbita da proteção previdenciária – tarefa na qual o legislador ordinário se desincumbiu a contento, prevendo inclusive importantes regras de transição que nem sempre são adequadamente compreendidas (§2º do art. 55, art. 142 e art. 143, todos da Lei nº 8.213/91) – e a extensão do direito ao benefício de pensão ao marido e ao

companheiro que, salvo quando inválidos, não eram considerados como dependentes pelos regimes previdenciários.

A Lei Fundamental não admite a existência de trabalho formal, público ou privado, sem a vinculação a um determinado regime de previdência. Um regime previdenciário público, instituto essencial para a realização destes direitos predominantemente prestacionais, pode ser entendido como o conjunto de normas que disciplinam as relações jurídicas entre a instituição responsável pela concessão e manutenção das prestações previdenciárias e o grupo de sujeitos amparados (beneficiários).

Quando a controvérsia sobre o implemento dos requisitos genéricos para a concessão das prestações previdenciárias é transformada em uma demanda judicial, via de regra, a interpretação das disposições da Lei de Benefícios aplicáveis ao caso é efetuada com tranquilidade, dependendo a solução do litígio de um exame do contexto fático reproduzido nos autos do processo. Mas, como aqueles que no seu dia-a-dia trabalham com o direito previdenciário já puderam perceber, há situações nas quais o exame da qualidade de segurado e da carência, longe de ser uma questão singela, podem representar um desafio estimulante a ser investigado. Em tais ocasiões, as reflexões extrapolam os contornos da demanda, enveredando para um diagnóstico sobre a consistência jurídica do nosso sistema de proteção previdenciária.

Não pode ser olvidado que o êxito das políticas sociais depende consideravelmente da credibilidade depositada pela população no sistema. Infelizmente, como no Brasil a qualidade dos serviços públicos deixa muito a desejar e a administração pública, na maior parte das vezes, não tem pautado sua conduta pela eficiência, a população em geral tem buscado a via judicial como verdadeira panacéia para todos os males da nação. Mas a intervenção judicial, não raras vezes, também pode contribuir para desestimular a solidariedade forçada que é um dos fatores responsáveis pela justificação do sistema, agravando ainda mais as deficiências legislativas originárias.

Se concordarmos com a premissa de que a tarefa do operador do direito não se restringe a uma atividade descritiva, mas essencialmente interpretativa, podemos perceber o quão sensível ela é às convicções teóricas do interprete a respeito do objeto avaliado, bem como às suas pré-compreensões. Por isso, ainda que sucintamente, não vou me furtar de declinar os elementos que constituem minha pré-compreensão a res-

peito dos fundamentos legislativos do Direito Previdenciário – até porque as pré-compreensões não podem ser arbitrárias e também estão sujeitas a serem aperfeiçoadas pela dialética – destacando as opções legadas por nossa tradição em matéria de seguridade social.

Os direitos sociais prestacionais, tais como saúde, previdência, habitação, educação, na medida em que sua implementação reclama a mediação estatal, têm a sua realização umbilicalmente relacionada com a organização de políticas públicas que devem estar sintonizadas com a realidade nacional. Fatores como o planejamento e a priorização de determinadas atividades, os condicionamentos institucionais – isto é, a existência de uma estrutura administrativa dotada de organização e capacidade técnica para a prestação de serviços – e, sobretudo, um orçamento compatível, não podem ser ignorados.<sup>1</sup>

O presente arrazoado convida o leitor a meditar sobre certos problemas do direito previdenciário, a partir de uma visão sistemática e principiológica, no qual procurarei chamar a atenção para a relevância do papel da interpretação, em especial a realizada pelo Poder Judiciário, no aperfeiçoamento do sistema previdenciário brasileiro.

## 2 A INTERPRETAÇÃO NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Dworkin, em sua seminal obra *O Império do Direito* – na qual conclama os juristas a refletirem, principalmente, a respeito da interação existente entre o objeto da interpretação e a finalidade com a qual ela é realizada – destaca que, em toda interpretação, o intérprete tenta tornar um objeto o melhor possível e que o direito, como uma prática social, requer uma forma peculiar de interpretação que se assemelha a interpretação artística. A esta interpretação atribui a designação de “interpretação criativa”. Esclarece o filósofo de Harward que a interpretação centra-se, não nas causas, mas nos propósitos do intérprete.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> MIRANDA destaca, inclusive, que o artigo 22 da Declaração Universal liga os direitos econômicos sociais e culturais “*ao esforço internacional e à cooperação internacional, de harmonia com a organização e os recursos de cada povo*”. (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, p.348).

<sup>2</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*, p. 62-3.

O pensamento humano ostenta uma relação fundamental com a linguagem. Diferentemente dos outros animais, o homem pode externar tudo o que experimenta, partilhando o seu pensamento mediante o logos, revelando não apenas o que lhe dá prazer ou dor, mas aquilo que ele considera justo ou injusto.<sup>3</sup> Em síntese, tudo o que o homem pensa ou sente pode ser comunicado, mas a linguagem não é unívoca, podendo a mesma expressão indicar coisas diversas. A linguagem tem o condão de atribuir sentido às coisas existentes no mundo – embora o sentido estipulado nem sempre seja verdadeiro, por exemplo, quando são empregadas metáforas – sendo possível de ser captada, compreendida e assimilada. Neste processo enigmático, tão profunda é a simbiose, que nunca conseguimos pensar sobre a linguagem a não ser dentro de uma língua.<sup>4</sup>

O ser humano não surge em um estado neutro. Ele sempre emergiu moldado por uma determinada cultura, contextualizado temporal, social e ideologicamente. O acesso aos objetos ocorre via linguagem, a qual está imersa num mundo histórico específico, numa cultura determinada, razão pela qual, ao lado da forma lógica dos processos cognitivos, necessitamos colocar a interpretação.

As proposições formuladas, em qualquer tipo de comunicação, dependem do contexto em que estão situadas, necessitando serem interpretadas. Sempre chegamos a algo como algo, isto é, a linguagem traz em si um duplo elemento, um elemento lógico-formal que manifesta as coisas na linguagem, e o elemento prático de nossa experiência de mundo anterior à linguagem, mas que não se expressa senão via linguagem, e este elemento é o como e o logos hermenêutico.<sup>5</sup>

As disposições normativas podem ser veiculadas por artigos de lei, dispositivos de sentença, ou de cláusulas de um contrato, apresentando-se sob o perfil lingüístico-formal, como uma proposição, ou seja,

<sup>3</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Homem e linguagem*. In: “*Hermenêutica Filosófica – nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*”, p. 117.

<sup>4</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Homem e linguagem*. In: “*Hermenêutica Filosófica – nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*”, p. 120.

<sup>5</sup> STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre Hermenêutica*, 2ª ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 21.

uma seqüência de palavras dotada de significado.<sup>6</sup> Na linguagem comum dos juristas, não costuma ser efetuada distinção entre disposição normativa (texto normativo) e norma. Porém essa distinção é de suma relevância não apenas por não haver correspondência bi-unívoca entre texto e lei – os enunciados normativos admitem diferentes interpretações – mas, principalmente, porque ela denota a forma como o operador do direito concebe o sistema jurídico e seu papel (ativo ou passivo) perante ele.

No processo de interpretação, tarefa vital para viabilizar uma adequada aplicação, o operador do direito deve conceber o enunciado normativo como o ponto de partida do seu raciocínio jurídico, não realizando uma atividade meramente descritiva, mas agindo na reconstituição do significado da norma. Em suma, na lição de Guastini, a interpretação pode ser descrita como a atribuição de um significado a um texto normativo, porquanto as normas não são o objeto, mas o produto da interpretação.<sup>7</sup>

Quando interpretamos um texto jurídico, consciente ou inconscientemente, realizamos uma atividade volitiva e decisória a partir de um conjunto de expectativas ou pré-conceitos que irão condicionar sensivelmente o resultado desta atividade.

A primeira mensagem extraída de um artigo de lei ou de um capítulo de um texto pode não representar a melhor conjectura, a mais adequada possibilidade interpretativa. O texto reclama o cotejo com um contexto determinado (o conjunto de informações importantes tais como os demais artigos da lei ou os demais capítulos do texto). Se esta comparação resultar em um descompasso, então a primeira interpretação deve ser abandonada, devendo ser formulada uma nova propostas de interpretação, pois a tarefa hermenêutica é uma tarefa possível e infinita. O trabalho hermenêutico demanda uma continua revisão do resultado anterior. Se quero compreender a opinião de outro, não posso me ater cegamente a minhas pré-suposições.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> LUMIA, Giuseppe. Elementos de Teoria e Ideologia do Direito, p. 39.

<sup>7</sup> GUASTINI, Riccardo. *Das Fontes às normas*, p. 131.

<sup>8</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*, p. 403-404.

Em qualquer pacto social, consubstanciado no sistema jurídico que lhe serve de suporte, são encontradas regras e princípios que aparentemente estão em conflito. Os enunciados normativos surgem em diferentes momentos históricos, não sendo raro o operador do direito defrontar-se com antinomias jurídicas,<sup>9</sup> produzindo permanentemente certa tensão no ordenamento jurídico.

Na minha concepção, o operador do direito tem um papel da maior relevância para o aperfeiçoamento das políticas de proteção social. Por isso, nessa tarefa que delibera sobre a efetividade de direitos fundamentais sociais, é necessário que seja investigado, com maior profundidade, os fundamentos normativos do sistema de proteção social no qual se pretende interferir. Exatamente por ser subestimado o arcabouço jurídico normatizador da previdência social, quando não ignorado, tem sido realizadas interpretações fragmentárias e contraditórias, que não priorizam os casos de necessidade social mais relevantes, promovendo-se a negação de pretensões absolutamente legítimas, v.g., com base no dogma da não-auto-aplicabilidade de disposições constitucionais<sup>10</sup>, ou com amparo em artigos ilegais de regulamentos. Em outras situações, pela via de interpretações que combinam regras de exceção para extrair apenas o que é mais favorável, o intérprete acaba agravando as deficiências legislativas originais.

É claro que, em qualquer problema jurídico, diferentes decisões podem ser construídas com uma fundamentação racional convincente, sendo importante sopesar não apenas os aspectos técnicos da questão previdenciária, mas, também os fins para os quais essa técnica de proteção social foi instituída, permitindo que a coletividade possa ser por ela atendida da maneira mais justa e harmoniosa, pois tudo o que sistema

---

<sup>9</sup> Tradicionalmente, entende-se por antinomia jurídica a situação que se verifica entre duas normas estritas (regras) incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento e tendo o mesmo âmbito de validade. (BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, p. 88).

<sup>10</sup> Neste ponto, basta citar a lamentável decisão do que, entendendo não ser auto-aplicável o inciso V do art. 201 da CF/88, negou o direito ao benefício de pensão ao viúvo, quando o óbito da segurada ocorreu antes do advento da Lei 8.213/91. (STF. 2<sup>a</sup> T. REED 252.822/RS. Rel. Ellen Gracie. J. 10/06/2003. DJ 22.08.2003.



concede para alguém, necessariamente implica um custo que deverá ser suportado, em última instância, por toda a sociedade.

O sistema brasileiro de previdência social, seguindo a tendência mundial, tem sido constantemente reformado. Sendo a previdência sensível às oscilações da dinâmica social, quando são modificadas as condições essenciais sobre as quais o arcabouço legislativo previdenciário foi edificado, torna-se necessário atualizar as regras do seguro social para que o sistema continue sendo eficiente na proteção, pelo menos, das necessidades sociais mais relevantes que podem afetar a vida dos seus beneficiários. Em um país de grande instabilidade econômica e social, cujos governantes não tem primado sua conduta pela satisfação do interesse público, não é preciso muito esforço para que sejam vislumbradas leis lacunosas e contraditórias.

Nenhum jurista negaria a necessidade de que um ordenamento jurídico seja coerente, permitindo que as contradições e lacunas constantemente visualizadas nas suas entranhas possam ser dirimidas. Assim, é imprescindível, para uma adequada atividade hermenêutica, que o operador do direito compreenda o sistema jurídico como *“uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição.”*<sup>11</sup>

Se a partir da positivação de uma norma que é deflagrado um processo de interpretação e aplicação que repercuta no próprio sentido e na função do direito consagrado, por vezes, o caso concreto poderá reclamar uma *“complementação produtiva do direito”*, a qual deve emergir não como arbitrariedade, mas de uma ponderação justa do conjunto.<sup>12</sup> Esta atividade de criação e atualização do direito decorre de poderes outorgados pelo ordenamento jurídico, mas que não são iguais aos atribuídos ao Poder Legislativo, devendo ser exercida com muita parcimônia e equilíbrio. Nesse sentido, a lição de Marcus Orione, destacando

<sup>11</sup> FREITAS, Juarez. *A interpretação Sistemática do Direito*, p. 46.

<sup>12</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*, p. 489.

que o ordenamento jurídico autoriza a produção de normas não apenas pelo Poder Legislativo, sendo que o Poder Judiciário, na interpretação “em concreto”, podem reinventar o direito, atividade devidamente limitada pelo sistema.<sup>13</sup>

Podemos destacar vários exemplos de decisões relevantes que atualizaram o direito previdenciário em conformidade com a sociedade brasileira, como a que determinou a concessão dos benefícios de pensão e auxílio-reclusão aos companheiros homoafetivos, discriminação que não era compatível com a nossa lei fundamental.<sup>14</sup> Embora não seja raro os tribunais afirmarem que estão apenas extraindo o significado da norma (vale dizer a interpretação, dentro de uma visão positivista, é uma atividade cognoscitiva, sendo que os enunciados normativos possuem um significado próprio, intrínseco que é descoberto pelo intérprete), não é isto que realmente ocorre. Como a interpretação consiste no ato de atribuir significado para um enunciado normativo, o operador do direito, neste ato, pode estar agregando um novo sentido ao enunciado normativo, e, portanto, criando direitos.

Exemplos de interpretação criativa na seara do direito previdenciário não faltam, podendo ser citados: a) a concessão de aposentadoria por idade independentemente da qualidade de segurado, decisão que contrastava com os fundamentos bismarckianos do sistema, construção tecida inicial-

<sup>13</sup> CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Interpretação do direito na segurança social*, p. 252. In Curso de Especialização em Direito Previdenciário, vol. 1, ROCHA, Daniel Machado e SAVARIS, José Antonio (coord).

<sup>14</sup> A Lei de Benefícios conceitua, no §3º do art. 16, companheira ou companheiro como a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal. Desta maneira, a união entre homossexuais não constitui entidade familiar, nos termos preconizados pelo § 3º do art. 226 da CF/88. No entanto, ao tratar da proteção previdenciária ofertada aos dependentes no caso do evento morte, no inciso V do art. 201, a CF assegurou o direito de pensão ao “companheiro ou companheira”, conceito que é mais amplo do que o de “convivente em união estável”. Na ACP nº 2000.71.07.00.009347-0, julgada pela Juíza Federal Simone Barbisan Fortes, foi reconhecida a inconstitucionalidade do § 3º do art. 16 da Lei 8.213/91, determinando-se ao INSS que expedisse Instrução normativa na qual foram traçados os procedimentos para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual. A sentença restou confirmada no julgamento da apelação, em 27.07.05.(TRF 4, AC 2000.71.07.00.009347-0, João Batista Pinto Silveira, 6ª T., DJ 10.8.05)

mente pelo extinto Tribunal Federal de Recursos e definitivamente incorporada ao ordenamento previdenciário pela Lei nº 10.666/03, resultante da conversão da MP 83/2002; b) as decisões que reconheceram a possibilidade de computar os período em percepção de benefício por incapacidade como prazo de carência (não há como negar a afronta ao conceito de carência contido no artigo 24 da LBPS);<sup>15</sup> c) as decisões que determinavam a revisão da mecânica de cálculo das pensões por morte pela aplicação retroativa dos critérios da Leis 8.213/91 e 9.032/95. É verdade que a última tese acabou sendo derrubada pelo STF no julgamento do RE 416.827 em fevereiro de 2007, mas o caso apontado serve para demonstrar um direito que não havia sido sequer imaginado pelos legisladores originais e que, posteriormente, acabou “descoberto” pelo Poder Judiciário, ou, como é mais adequado reconhecer, criado pela interpretação.

Por isso, no processo de resolução dos chamados casos difíceis, um maior conhecimento dos fundamentos econômico-sociais sobre os quais o sistema previdenciário foi construído bem como dos princípios constitucionais diretivos do sistema previdenciário brasileiro são de inquestionável valia. Tais princípios, em cujo conteúdo específico restou entronizada uma concepção solidária de justiça distributiva (isto é, os deveres, sacrifícios, vantagens e proteção concedida pelo sistema à comunidade), pela própria limitação do artigo, não serão aqui examinados.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> Nessa linha confira-se: “PREVIDENCIÁRIO. RESTABELECIMENTO DE APOSENTADORIA POR IDADE. PERÍODO EM GOZO DE AUXÍLIO-DOENÇA E APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. COMPUTO PARA EFEITO DE CARÊNCIA. 1. O tempo em que fica a segurada em gozo de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez é computado como tempo de serviço e de carência. 2. Cumprida a carência, único motivo da suspensão do benefício administrativamente, é devido o restabelecimento da aposentadoria por idade a contar do seu cancelamento.” (AC nº 2001.72.02.0007382/SC, TRF 4ª R., Rel. Desembargador Federal Nefi cordeiro, 5ª T., un, DJU 06/11/2002, p. 699.)

<sup>16</sup> A respeito da importância destes princípios para a solução dos problemas jurídico-previdenciários, emergentes da aplicação da legislação previdenciária em um contexto social dramático de escassez de recursos, na medida em que o seu conhecimento e compreensão permitem agregar determinabilidade e racionalidade ao processo decisório, sugere-se a leitura do capítulo 4 do meu livro: *O Direito Fundamental à Previdência Social: na perspectiva dos princípios constitucionais diretivos do sistema previdenciário brasileiro*.

### 3 O MODELO DE SEGURIDADE SOCIAL BRASILEIRO

Conceituar a seguridade social nunca foi uma tarefa fácil, tendo em vista os diferentes formatos que a proteção social pode ser organizada para o enfrentamento das situações de necessidade social, embora exista um consenso internacional mínimo expresso na convenção nº 102 da OIT. Examinando as diferentes manifestações, inspiradas pelo princípio da solidariedade, os estudiosos costumam apontar três modelos paradigmáticos de seguridade social. Estes modelos relacionam-se com a visão particular do papel que o Estado deve desempenhar relativamente ao mercado e a sociedade.

O primeiro modelo, conhecido como modelo laborista ou Bismarckiano, aparece no final do século XIX, impulsionado pela necessidade de amparar os trabalhadores contra os efeitos nocivos da Revolução Industrial. Na lição de ZACHER, a questão dos riscos sociais a que os trabalhadores estavam submetidos – como as demais questões sociais nas quais a desigualdade social impõe a intervenção estatal – poderia ser equacionada mediante uma intervenção internalizadora ou exteriorizadora. Na intervenção internalizadora, a solução seria inserida na própria relação jurídica laboral, enquanto na segunda, a resolução ocorreria mediante a transferência da tarefa de amparo para instituições que se destinavam somente à cobertura dos riscos sociais, tendo os legisladores alemães optado pela segunda possibilidade.<sup>17</sup> Coube a Bismarck, que já havia ditado em 1869 a “ordenança industrial” - considerado o primeiro código de trabalho do mundo moderno, regulamentando as relações de trabalho - o pioneirismo de instituir um sistema de seguros sociais<sup>18</sup>,

---

<sup>17</sup> ZACHER, Hans F. Seguridade Social e Direitos Humanos, In: *Arquivos de Direitos Humanos*, vol. IV, p. 115 e 116.

<sup>18</sup> Concordo com Celso Leite e Luiz VELLOSO que a Lei Alemã de 1883 seja o marco inicial da previdência social que hoje conhecemos. Tudo o que vem antes, na história da previdência social, são apenas antecedentes. (LEITE, Celso Barroso e VELLOSO, Luiz Paranhos, *Previdência Social*, p. 34). Na mesma linha, BARROS Jr. (BARROS Jr., Cássio de Mesquita. *Previdência Social Urbana e Rural*, p. 3). Não há, todavia, unanimidade nesse ponto. RUSSOMANO sustenta que a assistência oficial e pública seria o marco da institucionalização do sistema dos seguros privados e do mutualismo em entidades administrativas, pois no início do século XVII teria começado verdadeiramente a história da previdência. (RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de Previdência Social*, p. 6).

começando pelo seguro-doença, aprovado pelo parlamento em 13 de junho de 1883, extensível à generalidade dos trabalhadores.<sup>19</sup>

Neste modelo, o âmbito subjetivo abarca, principalmente, os trabalhadores por conta de outrem (empregados), pois em razão da subordinação econômica e jurídica são os mais sujeitos às conseqüências dos riscos sociais.

Doutrinariamente, controverte-se sobre qual a terminologia mais adequada: riscos sociais, cargas sociais ou contingências sociais. O risco é entendido como a possibilidade ou proximidade da ocorrência de um dano, isto é, um acontecimento incerto e indesejado. A carga representa uma obrigação que deve ser suportada pelo estado em razão da ocorrência de um fato que cria uma necessidade. Já a contingência seria a possibilidade de que uma coisa aconteça ou não. A ampliação gradativa da noção de risco social está umbilicalmente relacionada com o anelo de instaurar um sistema de defesa social mais abrangente que seria representado pela seguridade social, o qual não se restringiria à erradicação das necessidades sociais materiais encampando, inclusive, as necessidades sociais imateriais. Em geral, os autores que tratam da seguridade social preferem empregar o termo contingência social, uma vez que ele estaria relacionado com acontecimentos que **não demandariam condicionamentos prévios para a sua cobertura**.<sup>20</sup> De efeito, os diversos eventos provocadores de desequilíbrio econômico, quando vislumbrados pela ótica da seguridade social, em um modelo universalista, não seriam relevantes, em virtude do caráter finalístico dessa, cujo elemento decisivo é apenas a situação de necessidade social.

<sup>19</sup> Conforme destacam TORRES e ZAMORA y CASTILLO é um equívoco atribuir a Simón Bolívar o emprego da expressão “seguridade social” em um de seus discursos, no Congresso de Angostura, em 1819, pois no início do século XIX, quando principiava a independência das províncias espanholas da América, não era concebível que se pudesse ter uma noção precisa de uma disciplina e de um conjunto de instituições complexas como as da moderna seguridade social. (TORRES e ZAMORA y CASTILLO. *Tratado de Política Laboral y Social*, Tomo II, p. 417).

<sup>20</sup> PODETTI, Humberto A. Los riesgos sociales, In: BUEN LOZANO, Nestor e MORGADO VALENZUELA, Emilio (Coordinadores). *Instituciones de derecho Del trabajo y de la seguridad social*, p. 648 a 650.

Não é vedada a inclusão dos trabalhadores independentes ou por conta própria (desde o advento da Lei nº 9.789/99 classificados na taxonomia previdenciária como contribuintes individuais) nesta concepção, sendo necessária a realização de **determinadas adequações que considerem as características específicas destes trabalhadores.**<sup>21</sup>

Em um sistema lastreado na forma econômica do seguro, a situação de necessidade social, para receber cobertura, deve ser posterior ao ingresso do trabalhador no sistema. As prestações substitutivas privilegiam a função comutativa, isto é, tendem a ser proporcionais aos rendimentos auferidos com o trabalho. Avulta aqui uma solidariedade entre gerações, porquanto os grupos terão benefícios diferentes. O financiamento do modelo é estribado nas contribuições sociais exigidas das empresas e das descontadas do salário dos trabalhadores, embora o Estado possa participar com cotas, não é incomum que figure simplesmente na condição de responsável pelo pagamento de eventuais défices. Com algumas variações, este modelo é adotado na Alemanha, França, Bélgica, Itália e Espanha.

Considerando a crítica que é tecida contra os modelos universais – os quais seriam utópicos e provocariam uma tendência crescente a acomodação dos indivíduos (diminuição do esforço individual e criação da idéia de que todos tem direito a tudo sem contribuir) – ganhou força a teoria dos três pilares, a qual poderia representar uma formula de conciliação entre a necessária intervenção do Estado com a garantia de uma certa liberdade de escolha aos cidadãos.<sup>22</sup>

A concepção universalista floresceu depois da Segunda Guerra. Os efeitos devastadores do conflito haviam mergulhado a Europa em uma situação econômica de penúria geral, facilitando a aceitação do princípio de uma ampla proteção social.<sup>23</sup> Em 1941, o economista inglês Sir William Beveridge foi convocado pelo governo britânico para presidir uma comissão encarregada de confeccionar um estudo geral da seguri-

---

<sup>21</sup> NEVES, Ilídio das. *Direito da Segurança Social: Princípios fundamentais numa análise prospectiva*, p. 234.

<sup>22</sup> Idem, p. 238.

<sup>23</sup> Idem, p. 154.

dade social nesse país. Em resposta, foram elaborados dois relatórios (Seguro Social e Serviços Conexos - 1942 e Pleno Emprego em Uma Sociedade Livre -1944), os quais repercutiram na expansão dos seguros sociais em todos os continentes. O delineamento de Beveridge teria sido influenciado pelas idéias de Roosevelt, na busca da erradicação de todas as necessidades do homem, e Keynes<sup>24</sup>, na defesa de uma distribuição de renda mais igualitária.<sup>25</sup> Essas recomendações - que constituíram o plano mais completo até então formulado, o qual se propunha a combater os cinco gigantes: a necessidade, a enfermidade, a ignorância, a miséria e a ociosidade - tiveram uma repercussão favorável, e o exemplo da Inglaterra se estendeu internacionalmente.<sup>26</sup>

O âmbito subjetivo da configuração ambiciosa tutelar o conjunto dos cidadãos ou mesmo de toda a população residente no Estado. Avulta aqui uma solidariedade geral e não de grupos. O direito a um benefício substitutivo decorre de alguma característica que indique a inclusão do trabalhador como cidadão, v.g., um tempo mínimo de residência no País, ou pagamento de imposto de renda. O modelo universalista privilegia a função redistributiva, porquanto as prestações não têm uma vinculação com a remuneração. Como destaca Ilídio das Neves, o arquétipo universalista traduz uma visão otimista e maximalista da proteção social.<sup>27</sup> Nesse sistema, há um grande estímulo para o seguro voluntário a fim de que uma proteção especial, além do mínimo, seja buscada de acordo com as necessidades e o desejo de cada um. Enquanto o financiamento

---

<sup>24</sup> Os planos de Beveridge foram inspirados na teoria de Keynes sobre o pleno emprego e aumento da capacidade de consumo. De acordo com essa teoria, as depressões econômicas cessam, quando ocorre um aumento da demanda agregada, isto é, um aumento real dos gastos públicos, investimentos e consumo privado. Como a previdência social não acumula recursos, mas os redistribui, esse repasse dos que têm o maior poder aquisitivo, pode expandir o consumo privado, fomentando a economia. (BARROS Jr., Cássio de Mesquita. *Previdência Social Urbana e Rural*, p. 12).

<sup>25</sup> ETALA, Carlos Alberto. *Derecho de la seguridad Social*, p. 13.

<sup>26</sup> NUGENT, Ricardo. *La seguridad social: su historia y sus fuentes*, In: BUEN LOZANO, Nestor e MORGADO VALENZUELA, Emilio (Coordinadores). *Instituciones de derecho Del trabajo y de la seguridad social*, p. 614.

<sup>27</sup> NEVES. Ilídio das. *Direito da Segurança Social: Princípios fundamentais numa análise prospectiva*, p. 240.

do modelo segurista é alicerçado primariamente na quotização do segurado e na contribuição social do empregador, a matriz universalista ampara-se no típico esquema de tributação-transferência da função distributiva das finanças públicas.

O modelo assistencialista, por sua vez, tem como destinatárias as pessoas que vivem em condições de grande vulnerabilidade social. Para que elas não sejam privadas de padrões mínimos de dignidade, o Estado obriga-se a tomar medidas de amparo. Claro que o apontado padrão de condições mínimas é extremamente variável. A seguridade social é vista aqui por uma ótica minimalista, cuja atuação deve limitar-se a um papel apenas subsidiário, tendente a diminuir à proporção que o nível de renda das famílias for sendo aumentado. Esta visão aproxima-se da teoria do imposto de renda negativo. Segundo esta idéia, abaixo de um certo limite de rendimentos, não apenas se deixa de pagar imposto, como também se passa a ter direito a prestações sociais.<sup>28</sup> Inegavelmente, o papel do Estado é visto por um prisma utilitarista: sendo certo que o mercado produz a exclusão dos trabalhadores menos capacitados, reconhece-se como relevante uma função de promoção do bem-estar social para prevenir o risco de marginalização social dos excluídos pelo mercado.

Dentro dessa visão reducionista da seguridade social, as prestações são seletivas, destinando-se a assegurar um mínimo necessário para a sobrevivência das pessoas, reclamando a comprovação da situação de miserabilidade de acordo com padrões rígidos, legalmente definidos. Tendo em vista não ser aconselhável que as famílias menos favorecidas sejam eternamente sustentadas pelo Estado, a evolução do modelo busca contribuir para a inserção sócio-familiar ou sócio-profissional dos indivíduos. O modelo universalista tem sido, em muitos países, afetado por novas políticas, tendentes a substituí-lo pelo modelo assistencialista instrumentado por testes de meios ou condições de recurso.<sup>29</sup> Modernamente o modelo assistencialista tem sido apresentado como o direito a um rendimento mínimo ou direito a um mínimo existencial.

<sup>28</sup> NEVES, Ilídio das. *Direito da Segurança Social: Princípios fundamentais numa análise prospectiva*, p. 244.

<sup>29</sup> CORREIA, José Alfredo Henriques. *A sustentabilidade financeira da segurança social em Portugal*, p. 21.



As regras concretizadoras de tais sistemas, como resultam de consensos sócio-políticos, podem ser modificadas, razão pela qual, tem havido sobreposição destes modelos, em especial após as reformas que o *welfare state* tem sido obrigado a efetivar em todos os quadrantes. Assim, tem predominado um regime jurídico no qual há um mix contributivo/não-contributivo, sendo ofertado um benefício universal básico suplementado por um regime contributivo.<sup>30</sup>

No caso brasileiro, a proteção social foi construída tomando como paradigma o modelo laborista bismarkiano, sistema no qual a seguridade social é regida fundamentalmente pela incorporação de elementos jurídicos do seguro (risco, evento e dano) os quais são redefinidos e adaptados para a proteção do trabalhador e de seus dependentes. Corroborando o afirmado, lembre-se que, antes da Carta de 1988, a assistência médica do sistema público não era universal, sendo prestada sem pagamento apenas para quem comprovasse a sua vinculação à previdência social. Por isso, o financiamento é predominantemente lastreado na tributação dos rendimentos do trabalho, sendo que a vinculação ao sistema decorre do recolhimento de contribuições.<sup>31</sup>

Com o advento da Constituição de 1988, adotou-se o conceito de seguridade social, buscando tornar real a universalização subjetiva e objetiva da proteção social (o que, como é notório, está muito longe de ser implementado), passando essas técnicas de proteção social a constituírem um sistema integrado, mas composto por técnicas perfeitamente distintas, regidos por leis específicas. Certamente que a Lei Fundamental pretendeu ampliar o âmbito subjetivo de objetivo da proteção social, entretanto, como ficou demonstrado pelas Emendas Constitucionais posteriores (EC nº 03/93, EC nº 20/98, EC nº 41/03) **a essência laborista do modelo não foi alterada**. Corroborando o argumento, nossa Constituição reconhece, expressamente, a necessidade de que os regimes previdenciários sejam organizados mediante filiação obrigatória, dotados

---

<sup>30</sup> SCHWARZER, Helmut. *Paradigmas de previdência Social rural: um panorama da experiência internacional*, p.7.

<sup>31</sup> No caso dos trabalhadores subordinados, sempre houve a transferência da responsabilidade do desconto e do recolhimento das contribuições para as empresas.

de caráter contributivo, e que sejam observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial (art. 40, caput; e art. 201, caput, ambos da CF/88)<sup>32</sup>. Um passo importante na busca desse equilíbrio foi a mudança de paradigma promovida pela EC nº 20/98, substituindo o tempo de serviço pelo tempo de contribuição.<sup>33</sup>

Em resumo, as peculiaridades do nosso modelo de seguridade social, ao contrário do modelo universalista, não permitem que todas as situações de necessidade social sejam amparadas. A estipulação dos condicionamentos genéricos da manutenção da qualidade de segurado e da carência funcionam como filtros de separação entre as situações de necessidade social amparadas pelo regime previdenciário e as que não encontrarão cobertura. Se o nosso sistema de seguridade social quisesse se tornar um sistema universalista, então tais requisitos genéricos deveriam ser eliminados.

#### **4 RESOLVENDO CASOS DIFÍCEIS QUE RECLAMAM REFLEXÃO SOBRE OS REQUISITOS GENÉRICOS**

Para qualquer enunciado normativo forjado para reger a generalidade dos casos, conferindo normalidade à vida em sociedade, podemos perceber fatos que, com certeza, são aplicáveis e outros que não são. Mas, considerando a natureza inerente da linguagem, dotada daquilo que ficou conhecido como textura aberta (*open texture*),<sup>34</sup> à proporção que nos afastamos do seu núcleo luminoso, adentramos em uma zona de penumbra ou de incerteza. Quando o juiz está em face de um caso no

---

<sup>32</sup> Em menos de dezessete anos, período bastante curto em matéria de previdência social, nossa Lei Fundamental sofreu três reformas previdenciárias (EC nºs 20/98, 41/03 e 47/03) com o objetivo de reconfigurar os regimes previdenciários em face das novas realidades econômicas e sociais.

<sup>33</sup> “§ 9º O tempo de contribuição federal, estadual ou municipal será contado para efeito de aposentadoria e o tempo de serviço correspondente para efeito de disponibilidade. § 10. A lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício.”

<sup>34</sup> A respeito da textura aberta do direito, consulte-se o capítulo VII da obra: *O conceito de direito* de Herbert L. A Hart.

qual não está seguro sobre a aplicação de certa norma ao fato ou conjunto de fatos semelhantes, sendo necessário a realização de escolhas que demandam aplicação de regras gerais para casos particulares, poderíamos dizer que existe um *hard case* (caso difícil) para ser dirimido.

Claro que não é apenas nos casos difíceis que o juiz interpreta as normas. O simples ato de qualificar um caso como sendo fácil ou difícil, ou uma norma como clara ou obscura, já é uma atividade de interpretação. Como bem percebeu Dworkin, quando discorre sobre a maneira como o direito se assemelha à literatura, em especial quando nos apresenta a parábola do romance em cadeia, decidir casos controversos é semelhante ao ato de escrever um romance. Neste exercício literário, um grupo de escritores é contratado para escrever um romance, sendo que cada capítulo tem um autor diferente. Para que o livro conserve a coerência, a partir do segundo capítulo, cada romancista deve interpretar o texto já escrito para produzir a melhor continuação possível.<sup>35</sup>

De fato, há uma semelhança inegável. Cada operador do direito, ao ingressar no mundo jurídico, depara-se com um sistema pré-constituído por normas e por interpretações jurisprudenciais, e mesmo dogmáticas, que não podem ser simplesmente ignoradas. Em outras palavras, há verdadeiros paradigmas jurídicos consensuais condicionadores do debate jurídico, v.g., uma Súmula do Supremo Tribunal Federal sobre determinada matéria, e outros paradigmas que poderíamos chamar de experimentais sobre os quais ainda não foi formado um consenso.

As concretizações jurisprudências consolidadas em diferentes momentos e provenientes de diferentes magistrados e tribunais, terminam por incorporar-se ao sistema jurídico, produzindo na comunidade a expectativa de que, em casos semelhantes, a decisão será guiada pela mesma “ratio decidendi”.

Com relação aos paradigmas jurídicos consensuais, refutá-los provoca fortes suspeitas sobre a adequação da interpretação proposta e o proponente corre o risco de ser considerado arbitrário, alternativista ou ignorante, ao menos que a divergência seja apontada e adequadamente fundamentada.

<sup>35</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, p. 235 a 237.

Ao lado das interpretações consolidadas pelos Tribunais, sejam sumuladas ou não, existem os paradigmas experimentais que estarão sujeitos a revisões e redefinições, até que a melhor interpretação seja por fim adotada, esperando-se que os Juízes e Tribunais consigam reconhecê-la.

Mesmo em face de casos difíceis, se o juiz pesquisar nas revistas temáticas ou nos repertórios eletrônicos de jurisprudência, ele vai encontrar precedentes que, em um ou outro aspecto apresentam certa semelhança. Ao decidir os novos, cada juiz deve buscar escrever o novo capítulo do romance do direito buscando dar a melhor continuação possível – e não escrevendo uma nova história – interpretando o que já foi decidido e que, a partir de agora, também passa a integrar o sistema jurídico que deve ser coerente no seu todo.<sup>36</sup> Com base em tais premissas, são apontados três casos para a apreciação do leitor.

#### **4.1 Um caso difícil versando sobre a aposentadoria por invalidez.**

Consideremos a situação de um contribuinte individual, devidamente inscrito na OAB, e que exerce sua profissão de advogado por 10 anos. Em virtude de um acidente de carro, ele vem a ficar inválido, no momento em que estava há mais de cinco anos sem recolher contribuições previdenciárias. Seria possível autorizar o recolhimento das contribuições atrasadas para que ele pudesse fazer jus ao benefício de aposentadoria por invalidez? Para uma determinada corrente, ele faria jus ao benefício porquanto nossa Constituição, por emanção do princípio da universalidade, optou por instituir um sistema de seguridade social no qual deve prevalecer o interesse da proteção de todas as situações de necessidade social. Ademais, tendo em vista que o contribuinte individual é segurado obrigatório e, sob pena de erradicar a diferença entre segurado obrigatório e facultativo, desde que fosse regularizada a pendência financeira, o segurado faria jus ao benefício.

Em sentido contrário, poderia ser dito que há uma moldura legal blindando o sistema para que este não reconheça direito a benefícios quando o risco social atinge o cidadão em períodos nos quais o vínculo não está ativo. Em razão de o referido trabalhador ter perdido a qualida-

<sup>36</sup> Nesse sentido, mais uma vez Dworkin, *Uma questão de princípio*, p. 240.

de de segurado, no momento anterior a materialização do risco social – foram ultrapassados todos os prazos previsto no artigo 15 da LBPS, sem que o cidadão tivesse implementado direito a outro benefício substitutivo – a situação não contrária abrigo no manto protetor da previdência social. Se o segurado estivesse com pagamentos em atraso, mas mantendo a qualidade de segurado, a situação seria diferente, uma vez que as competências poderiam ser pagas, com os acréscimos devidos, sem nenhum problema, tendo em vista a persistência do vínculo.

Sobre o tema, bem discorre José Antônio Savaris, para a concessão de prestações previdenciárias do regime geral, além da prova do requisito específico, isto é, da situação fática prevista em lei que atribui ao beneficiário o direito à prestação previdenciária, a concessão de um benefício depende do aperfeiçoamento de dois requisitos genéricos: qualidade de segurado e carência.<sup>37</sup> Como destacado no item anterior, nem todas as situações de necessidade social são amparadas pelo nosso sistema, friso mais uma vez, que adotou uma matriz laborista, exigindo a participação direta dos trabalhadores no da previdência. É isso que justifica estipular requisitos genéricos para definir quem pode reclamar o amparo previdenciário.

Nesta quadra, convém recordar que o princípio da universalidade irá adquirir tonalidades específicas na previdência, na assistência e na saúde. Quando se cogita da previdência social, espécie notoriamente contributiva do gênero seguridade social, não se prescinde da necessária participação econômica do segurado, sem a qual o sistema não seria viável, razão pela qual é uma universalidade mitigada. De outro giro, a universalidade da previdência social, quanto ao acesso, não significa, obrigatoriamente, a concessão de um direito igual, para todos os trabalhadores, de receber benefícios exatamente nas mesmas condições.<sup>38</sup> Por força de outros princípios, como o da seletividade, há prestações que não devidas para todos os segurados.

---

<sup>37</sup> SAVARIS, José Antônio. *Requisitos genéricos da proteção previdenciária: qualidade de de segurado e carência*. In TAVARES, Marcelo Leonardo (Coord), *Direito Previdenciário em Foco*, Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 5.

<sup>38</sup> ROCHA, Daniel Machado e BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Comentários à lei de benefícios da previdência social*, 7ª ed., p. 33.

Em um sistema de seguridade social de índole bismarckiana, o campo subjetivo é, como regra geral, restrito aos trabalhadores, bem como aos seus dependentes, que mantenham vínculo jurídico à época do fato que rende ensejo à obtenção de determinada prestação. O campo de aplicação pessoal dos seguros sociais, como é cediço, principiou pelos trabalhadores subordinados, pela possibilidade de transferir o ônus do desconto das contribuições. Depois, com a constatação de que outras categorias profissionais, ainda que não assalariadas, apresentavam condições econômicas e um status social similar, pouco a pouco, foi sendo promovida a extensão também para essas categorias.

Contudo para a manutenção do vínculo protetivo, em conformidade com o nosso modelo de previdência social, salvo absoluta impossibilidade, todos devem participar do esforço comum de contribuir para o enfrentamento das situações de necessidade social. As exceções do sistema são expressamente previstas, dispendo o artigo 15 os casos em que a qualidade de segurado é mantida independentemente do recolhimento de contribuições.

Se a previdência é um seguro social que busca redistribuir os riscos da existência humana dentro de uma determinada nação, é imprescindível que todos os trabalhadores que auferem rendimentos participem deste esforço, pois quem não está contribuindo, quando pode fazê-lo, não participa da repartição do custo para o enfrentamento dos riscos sociais que afligem a comunidade. Assim, se for vitimado pelo risco social no momento em que não ostenta a qualidade de segurado, o sistema determina que seja negado o amparo. Vale destacar que o trabalhador que recolhe uma contribuição por ano, após ter completado a carência de doze meses, consoante prevê a regra geral do inciso II do art. 12 da LBPS manterá a qualidade de segurado, estando portanto protegido contra o risco social da incapacidade laboral.

Deve ser destaca, ainda que, tanto quanto possível, a legislação vem buscando aproximar a proteção do contribuinte individual àquela disponibilizada ao empregado, como ocorre com os contribuintes individuais que prestam serviços para pessoas jurídicas, no período

posterior a abril de 2003. Nesse caso, por força da Lei nº 10.666/03, desfrutam também da presunção de que as contribuições foram regularmente recolhidas.<sup>39</sup>

## 4.2 Dois casos controvertidos nos quais se examina o direito à pensão por morte.

Seria possível conceder pensão por morte aos dependentes do segurado, quando o falecimento for posterior a perda da qualidade de segurado, baseado no fato do ex-segurado ter contribuído acima da carência máxima prevista no regime previdenciário? A questão, dentre outras ações, foi examinada no julgamento do pedido de Uniformização nº 2002.61.84.006454-6, julgado pela Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais. A situação era a seguinte: o segurado, quando do seu óbito, contava com 16 anos e 05 dias de contribuição, carência superior ao exigido pela regra geral para a aposentadoria por idade (180 meses ou 15 anos). Contudo, o trabalhador permaneceu desvinculado do sistema por mais de seis anos, não havendo dúvida da ocorrência da perda da qualidade de segurado antes do óbito em 23.08.96. Não foi possível o implemento da idade, situação geradora do direito ao benefício etário, eis que, no momento do seu falecimento, o trabalhador ostentava 64 anos de idade. A decisão da Turma Nacional reformou a decisão concessória, nos seguintes termos:

Assim, tendo em consideração que a última contribuição do falecido data de 1990 e seu em óbito em 1996 é inafastável o indeferimento do benefício, por ausência de um dos requisitos legais autorizadores. E, para somar, na data de seu falecimento, o falecido não tinha direito adquirido ao recebimento da aposentadoria por idade, pois possuía 64 anos da idade. Também não fazia jus à aposentadoria por tempo de serviço. Não se trata de dispensar injustificado tratamento desigual entre os segurados, mas de evitar que, no caso de

<sup>39</sup> Contudo, se os serviços forem prestados para pessoas físicas, os contribuintes individuais continuam tendo o ônus de comprovar o recolhimento das contribuições.

pensão por morte, que já não exige carência, o segurado, no pleno vigor laborativo, contribua com o mínimo possível para os cofres públicos, ciente de que, da mesma forma, sua família fará jus ao benefício.<sup>40</sup>

Em outra situação similar, a Segunda Turma Recursal do Paraná, ao conhecer do processo nº 2005.70.95.008548-0, relatada pelo Juiz Federal José Antônio Savaris, assim fundamentou a concessão da pensão por morte (sem grifo no original):

Apenas a título ilustrativo, acrescenta-se que, para o caso de concessão de pensão por morte independentemente da qualidade de segurado, a legislação espanhola pode nos fornecer um paradigma, justamente ela que é tão invocada para ilustrar um regime previdenciário ligado aos postulados de equilíbrio financeiro e atuarial. **Como em nosso país, são estabelecidos na Espanha, como requisitos de caráter geral para acesso à proteção previdenciária, o vínculo ao sistema e recolhimento de contribuições (exige-se além da carência, prévia filiação e estado de alta ou de situação assimilada à alta). Todavia, dispensa-se o requisito da alta para os casos de incapacidade permanente absoluta e de grande invalidez, de aposentadoria por idade e de pensão por morte (pensões de viuvez e orfandade), quando o segurado contar com um período de quinze anos de contribuições.** A dispensa do requisito de “estar em alta ou situação assimilada” busca evitar a desproteção de quem, havendo

<sup>40</sup> PENSÃO POR MORTE. PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO. Decisão recorrida que se baseou no fato do ex-segurado ter contribuído pela carência máxima do sistema previdenciário para afastar a necessidade da qualidade de segurado. Impossibilidade de concessão do benefício pela ausência de preenchimento dos requisitos legais uma vez que o falecido perdeu a qualidade de segurado por ter deixado de contribuir aos cofres da previdência por mais de 6 anos, não se aplicando inciso II e parágrafos 1º e 2º, do artigo 15, da Lei 8.213/91, nem sendo o caso de direito adquirido à aposentadoria por idade ou por tempo de serviço. Incidente conhecido e provido (TUN, Pedido de Uniformização n.º 2002.61.84.006454-6, Rel. Juíza Federal Mônica Autran Machado Nobre).



completado os períodos de cotização, não se encontra vinculado ao sistema ao tempo da ocorrência do “fato causador”, de modo que a ausência de “situação de alta ou assimilada” não obstará a concessão dos benefícios acima referidos se o segurado houver completado período de carência (de quinze anos). Já se o trabalhador estiver em alta ao tempo do óbito, exige-se um período de cotização de quinhentos dias dentro dos cinco anos anteriores ao falecimento, se este não decorrer de acidente ou doença profissional, hipóteses que dispensam carência.”

(...)

De fato, uma vez assimilada a tese da não concomitância dos requisitos e já havendo sido preenchidos os requisitos carência e qualidade de segurado, o cumprimento do requisito etário levaria a concessão da aposentadoria que seria convertida em pensão por morte. **No caso o que se procede é apenas a alteração do risco protegido. A idade não foi alcançada, em razão do “evento morte”, sendo devida a cobertura previdenciária correspondente.**

Esse pensamento, ligado ao valor social do trabalho e a uma Previdência Social qualificada (Beveridgiana), autoriza a concessão da prestação em estudo sempre que o ex-segurado tenha cumprido a carência necessária para obtenção da aposentadoria por idade, de modo a promover, ao fim e ao cabo, o ideal mínimo da Seguridade Social que é, não se deve esquecer, o de proporcionar segurança a cada membro do corpo social e em especial às parcelas economicamente mais vulneráveis.”<sup>41</sup>

Ainda que deva ser reconhecido a necessidade de impor-se requisitos genéricos para a concessão de prestações previdenciárias, entendo que no caso julgado pela Turma Nacional acima referido, o mais ade-

---

<sup>41</sup> Quero registrar apenas minha divergência com relação ao nosso modelo de previdência social, pois como tratei no item 3 do presente artigo, não considero que o nosso sistema de seguridade social seja universalista.

quado seria a concessão da pensão. Isto porque se o segurado tivesse permanecido vivo por apenas mais alguns meses, teria incorporado ao seu patrimônio o direito a perceber o benefício de aposentadoria por idade, assegurando o pensionamento aos seus dependentes. Com relação ao equilíbrio financeiro e atuarial, este foi preservado porquanto, ao longo da sua vida contributiva, o segurado verteu contribuições por 16 anos, tempo superior ao maior prazo de carência, enquanto, em conformidade com a tabela da regra de transição do art. 142, a carência exigida para o ano posterior ao óbito do segurado (1997) seria de 96 meses. Com o escopo de evitar uma amplitude indesejada do referido precedente, estimulando as pessoas a deixarem de recolher contribuições, pelo menos até que o legislador ficasse sensibilizado para tratar do tema, poderia adotar-se como critério seletivo – a ser acrescido ao implemento da carência de 180 meses – mais uma vez, o maior prazo previsto no artigo 15, trinta e seis meses, porém contado regressivamente, ou seja, da data em que o segurado completaria o requisito etário.<sup>42</sup>

Agora vamos imaginar que uma empresária (que seria enquadrada na estirpe de contribuinte individual) resolva filiar-se facultativamente à previdência social. Esta decisão foi tomada após o diagnóstico de câncer contra o qual a trabalhadora lutou durante dois anos. Infelizmente, os tratamentos não surtiram o efeito desejado, sendo que o médico foi obrigado a informar para sua paciente que, em face da metástase, seu prognóstico de vida é inferior a seis meses. Preocupada com o futuro do marido, dentre outras medidas, a segurada começa a pagar contribuições previdenciárias e, antes de efetuar o pagamento da 5ª contribuição, vem a falecer.

Com base em uma interpretação literal do inciso I do art. 26 e dos artigos 74 a 79 da Lei n 8.213/91, poderia-se concluir que o marido faria jus ao benefício. Ocorre que a carência é expressamente dispensada – ao contrário da diretriz do sistema da LOPS, o qual exigia 12 contribuições – sendo a qualidade de segurado, no momento do óbito, o único requisito reclamado para a concessão de pensão por morte para os dependentes

---

<sup>42</sup> Com relação à interpretação do artigo 143 da Lei de Benefícios, como é possível conferir em meu trabalho Comentários à Lei de Benefícios, propugnei critério semelhante para deliberar-se sobre o que seria “período imediatamente anterior ao requerimento do benefício”.

do trabalhador. Além disso, apenas os benefícios por incapacidade possuem vedação expressa, quando o segurado se filia já portador de fatores que acarretam a incapacidade temporária ou invalidez (§ 2º do art. 42 e parágrafo único do art. 59 da LBPS).

No caso em foco, entendo não ser devido o benefício de pensão. As normas jurídicas relacionam-se com o ordenamento jurídico de maneira análoga às relações desenvolvidas entre as células e o organismo vivo que é por elas estruturado. As células não realizam funções que não sejam finalisticamente destinadas a manutenção hígida e saudável do organismo. O nosso sistema de seguridade social contém um valor ético intrínseco e sua aplicação deve concretizar este valor interpretando o sistema jurídico e as práticas individuais e sociais com o objetivo de aperfeiçoar a proteção social da melhor maneira possível.

O Estado Social desenvolveu-se historicamente com base em um sistema de proteção social em que as garantias sociais estavam associadas a seguros obrigatórios destinados ao enfrentamento dos efeitos nocivos decorrentes da materialização de perigos potenciais que ameaçam a vida e a capacidade de trabalho – morte, invalidez, doença e velhice – os quais constituem os riscos sociais.

A abordagem dos problemas sociais com base na noção de risco fortaleceu o sentimento de solidariedade entre as pessoas, convidando-as a abstraírem a conduta do indivíduo (não importa se ele foi relativamente imprevidente ou azarado), passando a tratar as situações de necessidade social por uma perspectiva probabilística e estatística do social (os riscos que podem afetar igualmente a todos podiam ser calculados) ficando o julgamento do indivíduo, a responsabilidade pela ocorrência do seu infortúnio em um segundo plano.<sup>43</sup>

A noção de risco reclama que esse deve ser futuro e incerto, pelo menos quanto ao momento da sua ocorrência. Vale dizer, os riscos sociais tutelados somente são aqueles que vierem a ocorrer após ter sido desencadeada a relação jurídica protetiva e enquanto a conexão do segurado com o sistema previdenciário permanecer ativa.

<sup>43</sup> Rosanvallon, Pierre. *A nova questão social*, p. 35.

No meu sentir, o enunciado normativo expresso no §2º do artigo 42 e no parágrafo único do artigo 59 da LBPS, iluminados pelo nosso modelo de seguridade social e pelos princípios da obrigatoriedade, da proteção e, também da boa-fé, permite extrair as seguintes normas:

a) o segurado que se filia já portador da moléstia que vai invocar como incapacitante não será amparado, porquanto sua filiação foi viciada;

b) o trabalhador que recupera a qualidade segurado, mas cujo risco social incapacitante o vitimou no período em que a filiação estava suspensa, por força da perda desta qualidade, também não tem acesso a benefício previdenciário por incapacidade;

c) o trabalhador definitivamente incapacitado, sobre o qual o risco social já se materializou e cuja filiação é efetivada apenas para produzir o pagamento de prestação previdenciária de natureza substitutiva para seus dependentes (pensão) não pode ser considerada uma filiação de boa-fé, apta a produzir uma obrigação do Estado de amparar tal estado de necessidade social.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As normas também envelhecem, pois o direito não é uma realidade estática e imutável. Não raras vezes, o legislador não consegue acompanhar a evolução social dos fatos ensejando que, apesar de o enunciado normativo objeto da interpretação não ter sido modificado, as normas acabem sendo alteradas pela via da interpretação.

Para que essa atividade não degenera no arbítrio, é necessário cultivar uma consciência hermenêutica atenta, de forma que o interprete esteja ciente de suas prevenções e preconceitos, separando aqueles sobre os quais compreendemos dos falsos preconceitos que podem produzir um mal-entendido.

Nesta pequena exposição procurei destacar que, ao lado dos casos nos quais facilmente percebemos a subsunção do fato nas normas, encontramos aqueles outros que, por estarem situados na zona de penumbra da norma, suscitam dúvidas fundadas sobre a adequação ou não de seu enquadramento na hipótese de incidência das normas que versam sobre a qualidade de segurado e da carência no regime geral. Em tais

casos, certamente avulta o papel do hermeneuta na complementação e no aprimoramento do sistema jurídico.

Inegavelmente, tais situações contrastam com uma das facetas do princípio da segurança jurídica, pois, sem dúvida alguma, é importante que exista uma previsibilidade mínima das decisões judiciais, uma vez que, em casos semelhantes, as normas devem ter sua aplicação pautada por critérios de universalidade. Em parte, o problema é minorado pela observância dos precedentes. Entretanto, assim como as leis, eles poderão ser objeto de uma revisão hermenêutica, decorrente de uma melhor interpretação.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Custódio Luís Silva, FLICKINGER, Hans-Georg e ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica Filosófica – nas trilhas de Hans-Georg Gadamer*, Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

BARROS JR., Cássio de Mesquita. *Previdência social urbana e rural*. São Paulo: Saraiva, 1981.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. Polis: UnB, 1989.

BUEN LOZANO, Nestor & MORGADO VALENZUELA, Emilio (Coord.). *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm>>. Acesso em: 25 fev. 2002.

CORREIA, José Alfredo Henriques. *A sustentabilidade financeira da segurança social em Portugal*. Disponível em: <<http://pascal.iseg.utl.pt/~memf/ft-jcorreia-2004.pdf>>. Acesso em: 17 jan. 2008.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Interpretação do direito na segurança social. In *Curso de Especialização em Direito Previdenciário*, vol. 1, ROCHA, Daniel Machado e SAVARIS, José Antonio (coord).

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Tradução de Jéferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ETALA, Carlos Alberto. *Derecho de la seguridad Social*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2000.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer, 3ª ed., Petrópolis, 1999.

GUASTINI, Riccardo. *Das Fontes às normas*. Trad. Edson Bini, São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*, 4ª ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

LEITE, Celso Barroso & VELLOSO, Luiz Paranhos. *Previdência social*. Rio de Janeiro: Zahar, 1962.

LUMIA, Giuseppe. *Elementos de Teoria e Ideologia do Direito*, p. 39.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2ª ed. Vol. IV. Coimbra: Coimbra, 1998.

NEVES. Ilídio das. *Direito da Segurança Social: Princípios fundamentais numa análise prospectiva*. Coimbra: Coimbra, 1996.

PODETTI, Humberto A. Los riesgos sociales, In: BUEN LOZANO, Nestor e MORGADO VALENZUELA, Emilio (Coordenadores). *Instituciones de derecho Del trabajo y de la seguridad social*. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm>>. Acesso em: 25 fev. 2002.

ROCHA, Daniel Machado da. *O direito fundamental à previdência social: na perspectiva dos princípios constitucionais diretivos do sistema previdenciário brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

\_\_\_\_\_. e BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ROSANVALLON, Pierre. *A nova questão social*. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 1998.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de Previdência Social*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

SAVARIS, José Antônio. Requisitos Genéricos da proteção previdenciária (qualidade de segurado e carência). In: TAVARES, Marcelo Leonardo (Coord.). *Direito Previdenciário*. Niterói: Impetus, 2005.

SCHWARZER, Helmuth. *Paradigmas de previdência Social rural: um panorama da experiência internacional*. Brasília: IPEA, 2000. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/pub/ppp/ppp23/Parte3.pdf>>. Acesso em: 11 jun. 2001.

STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre Hermenêutica*, 2ª ed., Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

TORRES, Guillermo Cabanellas de & ZAMORA Y CASTILLO, Luis Alcalá. *Tratado de política laboral y social*. 3ª ed. Buenos Aires : Editorial Heliasta, 1982.

ZACHER, Hans F. Seguridade Social e Direitos Humanos, In: *Arquivos de Direitos Humanos*, vol. IV, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, Ricardo Lobo Torres e Celso Albuquerque Mello (Organizadores).





# O PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E O ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Enrique Feldens Rodrigues

Juiz Federal Substituto da 2ª Vara do JEF Cível de Novo Hamburgo  
Especialista em Processo Civil pela PUC/RS

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Os fundamentos do princípio do duplo grau de jurisdição. 3. A abrangência e o conteúdo do princípio do duplo grau de jurisdição segundo a doutrina e a jurisprudência brasileira. 4. A inexistência da garantia ao duplo grau de jurisdição em nível constitucional no ordenamento jurídico brasileiro. 5. A inviabilidade de instituição da garantia ao duplo grau de jurisdição pela via da legislação infraconstitucional no ordenamento jurídico brasileiro. 6. As conseqüências jurídicas da inexistência da garantia constitucional ao duplo grau de jurisdição quanto ao resguardo do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF/88) e da ampla defesa (art. 5º, LV, CF/88).

## 1 INTRODUÇÃO

É assente que a temática relacionada ao *duplo grau de jurisdição* situa-se, na repartição didática do direito processual civil e do direito processual penal, no capítulo pertinente aos recursos. Todavia, a matéria está afeta, hoje em dia, mais propriamente à seção denominada direito constitucional processual<sup>1</sup>, na qual se focaliza o debate sobre a formatação conferida universalmente ao princípio, bem ainda acerca da sua previsão, ou não, no ordenamento jurídico positivo, na qualidade de garantia do cidadão.

Releva notar, contudo, que, ao ser examinado o *duplo grau*, deve-se partir da análise dos fundamentos que conduzem os juristas a conferirem relevância ímpar à garantia para, a partir daí, ser buscada a identificação dos traços mínimos que lhe dão o contorno. Estuda-se, então, a importância do postulado e como ele se manifesta concretamente, quais as prerrogativas – ou ônus – que engendra.

---

<sup>1</sup> Por todos, DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 26 e ss.

Na seqüência, urge que se enfoque o direito brasileiro, em guinada de conseqüências imprevistas: houve o efetivo acolhimento, no contexto jurídico nacional, do princípio do *duplo grau*? E, em caso de resposta negativa, quais os efeitos da opção feita, considerada, ainda, a recepção expressa dos princípios do *devido processo legal*, do *contraditório* e da *ampla defesa* (art. 5º, LIV e LV, da Constituição da República)?

É o que se propõe, neste breve espaço, examinar.

## 2 OS FUNDAMENTOS DO PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

Na origem, a importância dos estudos produzidos sobre o tópico traz à tona a essência humana da garantia: a eterna inconformidade do vencido. A partir de tal perspectiva, vislumbrou-se nos exames sucessivos das lides a segurança de sua boa solução<sup>2</sup>, meio mais eficaz de dissipar injustiças (*errores in iudicando*) ou incorreções (*errores in procedendo*) cometidas na sentença ou no procedimento que a antecedeu. É a máxima “duas cabeças pensam melhor do que uma”, cabeças essas às quais se confiaria a formulação de juízos acerca da incidência da norma regente da espécie, em ordem sucessiva temporalmente (juízo de *primeiro grau*, a que se segue juízo de *segundo grau*). Acresça-se à realidade esboçada que, no mais das vezes, a segunda cabeça pertenceria a magistrado mais experiente e possuidor de maior cultura<sup>3</sup>, de modo a reduzir, ainda mais, segundo a concepção tradicional, o risco de falhas na prestação jurisdicional.

Apesar do exposto, as vantagens do *duplo grau* atrelam-se, em verdade, a fundamentos outros.

<sup>2</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa, *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 237.

<sup>3</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo em Evolução*, 2. ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1998, p. 65. Crítica mordaz a esse pressuposto lê-se em MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. São Paulo: RT, 2001, p. 490.

No cerne da questão, frise-se desde já, há a raiz política, *o controle dos atos do Estado*<sup>4</sup>, e não o mero duplo juízo sobre o mérito. O juiz de primeiro grau trabalha sobre um emaranhado de provas produzidas e alegações ventiladas pelas partes; e buscando, no ordenamento, a norma abstrata que rege a espécie – com base, muitas vezes, em material disseminado em inúmeros princípios e regras positivadas –, aplica-a, construindo a norma concreta capaz de, no seu entender, dirimir o conflito de interesses deduzido.

No reexame da causa, porém, o ponto de partida é outro: o ato judicial que, na origem, decidiu a questão. Como assevera BARBOSA MOREIRA, “a justificação política do princípio tem invocado a maior probabilidade de acerto decorrente da sujeição dos pronunciamentos judiciais ao crivo da revisão”<sup>5</sup>. Porém, na prática, arremata o conceituado jurista,

a verdade (...) é que a garantia de mais provável acerto resulta, principalmente, de uma circunstância especial: o controle exercido pelo juízo ‘ad quem’ beneficia-se da presença, nos autos, de material já trabalhado, já submetido ao crivo do primeiro julgamento, e ao da crítica formulada pelas próprias partes, ao arazoarem, num sentido e noutro, o recurso.

É essa manifestação estatal que, com o recurso, estará em foco, constituindo o objeto sobre o qual o órgão *ad quem* exercerá seu mister<sup>6</sup>. Por conseguinte, atento ao aspecto político, propicia-se o controle *repressivo*, pelos envolvidos, do ato do Estado que versa sobre seus próprios interesses, eis que a participação na formação da decisão, inerente ao contraditório, satisfaz o controle *preventivo*. Nessa ótica, se não se evita,

<sup>4</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini, 1998, p. 65.

<sup>5</sup> Não se olvide que, para o eminente magistrado e doutrinador, “não há definição universalmente válida do princípio do duplo grau: cabe ao intérprete extrair dos textos do ‘ius positum’ os dados necessários à sua caracterização, num determinado ordenamento”. BARBOSA MOREIRA, 2004, p. 239.

<sup>6</sup> Trata-se, como facilmente se percebe, do efeito mais comum dos recursos, a que se dá o nome de *efeito devolutivo*, aquele “consistente em transferir ao órgão *ad quem* o conhecimento da matéria julgada em grau inferior de jurisdição”. MOREIRA, José Carlos Barbosa, 2004, p. 259.

no todo, a injustiça (a reforma da sentença não raro reflete apenas uma segunda visão sobre o conflito), ao menos se reduzem as chances de permanência de ato decisório eivado de vício no ordenamento jurídico.

Não suficiente, a transparência desencadeada pela viabilidade de fiscalização do ato do juiz sentenciante, que intensifica a participação dos litigantes na solução final, contribui sobremaneira para a eficiência da prestação jurisdicional. E, no que merece ser ora salientado, coloca-se como meio para a efetivação de outras garantias processuais consagradas na Constituição. É que, embora a possibilidade de reexame jamais possa constituir objeto de preocupação do magistrado de primeiro grau, nem, por outro lado, a reapreciabilidade lhe incute maior espírito de responsabilidade, não há duvidar-se que o respeito ao contraditório e à ampla defesa – art. 5º, LIV, CF/88 –, à necessidade de fundamentação das decisões – art. 93, IX – e, porque não, ao livre acesso ao Poder Judiciário – art. 5º, XXXV – podem ser eficazmente assegurados se houver a possibilidade de alguma espécie de provocação para a revisão do julgado.

### **3 A ABRANGÊNCIA E O CONTEÚDO DO PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO SEGUNDO A DOUTRINA E A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA**

A doutrina nacional<sup>7</sup>, assim como célebres decisões do Supremo Tribunal Federal<sup>8</sup>, tendem a identificar duas dimensões na garantia do *duplo grau de jurisdição*. Aponta-se, inicialmente, para a questão da

<sup>7</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo em Evolução*, 2. ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1998, p. 65; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 75. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. GOMES, Fábio. *Teoria Geral do Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 305 e ss. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. São Paulo: RT, 2001, p. 489 e ss. NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 4. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 960. FREDERICO MARQUES, José. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. I. São Paulo: Bookseller, 1997, p. 126 e ss. Diverge, em parte, PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*, Porto Alegre: Advogado, 1995, p. 264 e ss.

<sup>8</sup> STF, ROHC nº 79.785-7/RJ, Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 22.11.2002. V, também, AI nº 259.954- Agr/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU 04.12.1998.

*revisibilidade integral* da sentença de primeiro grau, tanto no tocante às questões fático-probatórias quanto à aplicação do direito. De outra banda, exige-se, como característica indissociável da garantia, a atribuição da tarefa de *reexame do ato judicial a órgão diverso ou, por vezes, ainda, superior hierarquicamente* àquele que o proferiu.

Define-se a atividade jurisdicional como “aquela destinada a formular juízo a respeito da incidência ou não da norma abstrata”<sup>9</sup>. Na precisa síntese de TEORI ZAVASCKI, tal atividade pode ser desdobrada em três etapas:

(a) coletar e examinar provas sobre o ato ou fato em que possa ter havido incidência; (b) verificar, no ordenamento jurídico, a norma ajustável àquele suporte fático; e (c), finalmente, declarar as conseqüências jurídicas decorrentes da incidência ou, se for o caso, declarar que não ocorreu a incidência por falta de suporte fático, ou não ocorreu pelo modo o na extensão ou com as conseqüências pretendidas, ou, ainda, que em relação ao fato ou ato não incidiu o preceito normativo alvitrado na demanda<sup>10</sup>.

Ao imputar-se à garantia do *duplo grau* a prerrogativa do amplo e integral reexame da decisão, pretende-se nada além de assegurar a possibilidade de renovação das três etapas arroladas. Assim, devolve-se ao crivo do órgão revisor a tarefa de reapreciação das provas produzidas pelos litigantes, confiando-se-lhe a liberdade de reformular as conclusões obtidas pelo magistrado de primeiro grau quanto à ocorrência ou não dos fatos alegados. Outrossim, faculta-se-lhe a substituição da norma jurídica abstrata identificada pelo julgador originário como aquela capaz de reger a lide proposta – ou seja, permite-se a redefinição, ou a reinterpretção, das regras jurídicas incidentes à espécie. E como conseqüência desse abrangente espaço de atuação do órgão *ad quem*, reconhece-se-lhe a função de redefinir a norma jurídica individualizada capaz de reger a situação conflituosa apresentada em juízo.

<sup>9</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de Execução – Parte Geral*. 3. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 27.

<sup>10</sup> ZAVASCKI, 2004, p. 27.

Do contexto delineado decorre não estar refletido o *duplo grau* na mera previsão, no ordenamento jurídico, de recursos de fundamentação vinculada. Estes, na definição de BARBOSA MOREIRA, são os que, para serem cabíveis, devem albergar a invocação do erro indicado pela legislação como relevante<sup>11</sup>. É o caso da previsão de embargos de declaração (art. 535 do CPC) ou dos recursos extraordinário (art. 102, III, da Constituição da República) e especial (art. 105, III, da CR), para cuja admissibilidade é pressuposto a menção à omissão, obscuridade ou contradição, quanto ao primeiro, e à questão “constitucional” ou “federal”<sup>12</sup>, quanto aos demais, respectivamente. Nessa linha, assinala ADA PELLEGRINI GRINOVER<sup>13</sup> que

o princípio do duplo grau esgota-se nos recursos cabíveis no âmbito do reexame da decisão, por uma única vez. Os recursos de terceiro grau das Justiças trabalhista e eleitoral, o recurso especial para o STJ e o extraordinário para o STF não se enquadram na garantia do duplo grau, sendo outro seu fundamento.

Noutra perspectiva, manifesta-se o *duplo grau* no acometimento do reexame da sentença a órgão diverso daquele que a proferiu, ou, por vezes, ainda, a órgão superior a ele na hierarquia do Poder Judiciário, no que se diferencia, para os que entendem da última forma, do princípio do “duplo exame”. Segundo expôs o ilustre Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, no voto proferido quando do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do RHC 79.785-7/RJ, não haveria *duplo grau* (mas apenas o “princípio menos exigente” do *duplo exame*) quando “a competência para o recurso tocasse a um outro ou ao mesmo órgão do próprio Tribunal *a quo*”<sup>14</sup>. MARINONI e ARENHART discordam e, depois de alertarem para a mitigação sofrida na rigidez da garantia, expõem que

<sup>11</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa, 2004, p. 253.

<sup>12</sup> V. Súmula nº 282 do STF: “É inadmissível o recurso extraordinário quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.”

<sup>13</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. 1998, p. 66. Na mesma linha, MARINONI e ARENHART, 2001, p. 497.

<sup>14</sup> No mesmo sentido, MOREIRA, José Carlos Barbosa, 2004, p. 238.

o denominado duplo grau de jurisdição (...) poderia ser melhor definido como um duplo juízo sobre o mérito, até porque – mesmo quando a revisão é feita pelo tribunal – não há que se falar em dois graus de jurisdição, mas em dois órgãos do Poder Judiciário analisando a mesma causa<sup>15</sup>.

A questão assume relevância, a princípio, por exemplo, quando se debate se a existência de recurso da decisão ao próprio órgão prolator satisfaz a eventual exigência. Cite-se a previsão contida no art. 4º da Lei nº 6.825/80, já revogado. Nele foi estabelecido que as sentenças proferidas por juízes federais em causas de valor igual ou inferior a 50 ORTNs (Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional), em que interessadas a União, autarquias ou empresas públicas federais na condição de autores, rés, assistentes ou oponentes, desafiariam apenas os recursos de embargos infringentes para o próprio juízo, a teor dos parágrafos 1º e 2º, e embargos de declaração. Disposição similar consta do art. 34 da Lei nº 6.830/80 (Lei de Execuções Fiscais), cuja vigência, respeitada a devida conversão do padrão monetário, resta indubitável<sup>16</sup>.

Surtem, ainda, os casos em que o recurso é direcionado a outro órgão que não se situa, no organograma do Poder Judiciário, em nível hierarquicamente superior ao juízo natural inicial. Vejam-se os juizados especiais, para os quais a Constituição de 1988 estabeleceu, no art. 98, o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau. Evidentemente, a dissonância não resta tão visível nos casos em que o órgão *ad quem* é composto por magistrados com maior experiência, em final de carreira<sup>17</sup>. No entanto, em determinados estados da federação, tanto na

<sup>15</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz, 2001, p. 489.

<sup>16</sup> ÁLVARES, Manoel. *Execução Fiscal – Doutrina e Jurisprudência*. Coord. Vladimir Passos de Freitas. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 483.

<sup>17</sup> No Rio Grande do Sul, por exemplo, existem 3 (três) turmas recursais, todas criadas pela Lei nº 10.876/96, as quais, centralizadas em Porto Alegre, são compostas por magistrados de entrância final. Na Justiça Federal da 4ª Região, por outro lado, nos termos da Resolução nº 54/2001, há 2 (duas) turmas recursais em cada Seção Judiciária, localizada nas Capitais, as quais podem ser compostas por magistrados lotados em qualquer vara existente no âmbito da Seção. A escolha, pelo TRF, dá-se a partir dos critérios de antigüidade e merecimento.

Justiça Estadual quanto na Federal, tais colegiados constituem-se em instâncias revisoras compostas pelos demais juízes que oficiam na circunscrição judiciária (comarca ou subseção) do juízo *a quo*<sup>18</sup>, deixando evidente que tanto o primeiro julgamento quanto o seu reexame dão-se por magistrados em idêntico patamar hierárquico-funcional.

#### **4 A INEXISTÊNCIA DA GARANTIA AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO EM NÍVEL CONSTITUCIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Muitos são os fundamentos invocados para o reconhecimento, no ordenamento constitucional brasileiro, do princípio do *duplo grau de jurisdição* como garantia de caráter universal. E se é certo não ter sido ele acolhido explicitamente pelo Texto de 1988, não menos indubitado é o expressivo elenco de normas que se invoca como sede constitucional da garantia.

A cláusula do *devido processo legal* (art. 5º, LIV) é citada por NÉLSON NERY JÚNIOR, para quem o *duplo grau* dela é consectário<sup>19</sup>. Diga-se, contudo, que o doutrinador, em obra posterior, não lhe confere caráter absoluto, aceitando a sua limitação pela legislação infraconstitucional<sup>20</sup>. No mesmo sentido é a lição de ADA PELLEGRINI GRINOVER, quando afirma que “um sistema de juízo único fere o *devido pro-*

<sup>18</sup> Observe-se o que ocorre na Justiça Federal da 3ª Região (SP e MS), segundo o disposto na Resolução nº 259/2005 e atos posteriores do respectivo TRF (ex. Resolução nº 263/2005). Foram fixadas turmas recursais em determinadas subseções judiciárias, inclusive no interior do estado, as quais respondem por determinada área territorial (às vezes abrangendo mais de uma subseção), sendo compostas por magistrados nela lotados. No Estado do Paraná, até 2003, segundo o disposto na Lei nº 11.468/96 e normas regulamentares, havia a divisão de seu território, para fins de jurisdição, em 20 áreas, nas quais eram localizadas as turmas recursais regionais. Porém, com a edição da Lei nº 14.277/2003 e da Resolução nº 1/2003 do Tribunal de Justiça local, centralizou-se o reexame das decisões dos juizados especiais cíveis e criminais em turma recursal única, situada em Curitiba.

<sup>19</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria Andrade, 1999, p. 960

<sup>20</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 175/176.



*cesso legal*, que é garantia inerente às instituições político-constitucionais de qualquer regime democrático”<sup>21</sup>, lição essa que recentemente recebeu a chancela da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC nº 88.420/PR (DJU 08.06.2007). Constou do voto do relator, Ministro Ricardo Lewandowski:

Bem sopesada a questão, tenho para mim que o direito ao duplo grau de jurisdição tem estatura constitucional, ainda que a Carta Magna a ela não faça menção direta, como o fez a Constituição de 1924. Isso porque entendo que o direito ao *due process of law*, abrigado no art. 5º, LIV, da Lei Maior, contempla a possibilidade de revisão, por tribunal superior, de sentença proferida por juízo monocrático.

Indica-se, ainda, como núcleo constitucional do *duplo grau* o princípio da isonomia. No cerne da argumentação, defende-se que seria anti-isonômico, e, portanto, malferiria a Constituição da República o reconhecimento do direito ao reexame das decisões judiciais para alguns casos, vedando-se-o em outros. Era a tese vencida na defesa da inconstitucionalidade do citado art. 4º da Lei nº 6.825/80, no julgamento, pelo Plenário do extinto Tribunal Federal de Recursos (TFR), da RO nº 5.803 (rel. Min. Adhemar Raymundo, j. 24.06.1982)<sup>22</sup>.

O mais poderoso dos argumentos, porém, está na disciplina recursal delineada na Constituição de 1988, nos termos em que apregoam CINTRA-GRINOVER-DINAMARCO<sup>23</sup>:

O duplo grau de jurisdição é, assim, acolhido pela generalidade dos sistemas processuais contemporâneos, inclusive pelo brasileiro. O princípio não é garantido constitucional de modo expresse, entre nós, desde a República; mas a própria

<sup>21</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini, 1998, p. 66. Aponte-se, ainda, FREDERICO MARQUES, ob.cit., p. 127, para quem “o princípio do duplo grau de jurisdição está implícito, em muitos casos, no postulado do devido processo legal”.

<sup>22</sup> Consoante notícia trazida no voto do Min. Sepúlveda Pertence, no RHC 79.785-7/RJ.

<sup>23</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. 1996, p. 75.

Constituição incumbe-se de atribuir a competência recursal a vários órgãos da jurisdição (art. 102, inc. II; art. 105, inc. II; art. 108, inc. II), prevendo expressamente sob a denominação de ‘tribunais’, órgãos judiciários de segundo grau (v.g., art. 93, III). Ademais, o Código de Processo Penal, o Código de Processo Civil, a Consolidação das Leis do Trabalho, leis extravagantes e as leis de organização judiciária prevêm e disciplinam o duplo grau de jurisdição.

A tese, entretanto, poderia prosperar apenas se entendido o princípio do *duplo grau* de modo relativo, comportando, a par das exceções constitucionais, aquelas determinadas na legislação ordinária – o que equivaleria, em realidade, a não reconhecê-lo como imanente ao ordenamento brasileiro, ao menos em nível constitucional<sup>24</sup>.

Examinem-se, primeiramente, as normas da Constituição de 1988 que afastam o *duplo grau*. Tratando-se de processo penal, pode-se invocar, inicialmente, o disposto no art. 29, X, do Texto Magno, que prevê a competência do Tribunal de Justiça para o julgamento dos Prefeitos Municipais, sem que, nos arts. 102 ou 105, haja o estabelecimento de competência do Supremo Tribunal Federal, ou do Superior Tribunal de Justiça, para o conhecimento de recurso ordinário contra a decisão. Em termos equivalentes, refira-se às ações de competência originária dos Tribunais Regionais Federais (art. 108, I), tais como os processos criminais movidos contra juízes integrantes do Poder Judiciário da União (juízes federais, militares e do trabalho), bem ainda contra os membros do Ministério Público da União, com as ressalvas estabelecidas na Carta.

Passando-se à seara do processo civil, têm-se, a título de exemplificação, as hipóteses de mandado de segurança de competência originária dos TRFs e dos Tribunais de Justiça ou do STJ, para cujos casos a Constituição prevê recurso ordinário ao STJ ou ao STF, respectivamente, apenas quando denegatória a decisão (arts. 105, II, b, e 102, II, da CF/88).

<sup>24</sup> Negando ‘status’ constitucional ao princípio, BARBOSA MOREIRA, 2004, p. 239/240. FREDERICO MARQUES, 1997, p. 127.

Outra razão de peso invocável contrariamente à existência implícita do *duplo grau* na Constituição brasileira localiza-se nas regras que versam sobre o acesso aos recursos ditos extraordinários em sentido lato (recurso extraordinário propriamente dito – art. 102, III – e recurso especial – art. 105, III). Quanto a eles, rezam as normas de regência competir ao STF o julgamento, mediante recurso extraordinário, das causas decididas em “*única* ou última instância” e, no mesmo passo, competir ao STJ, em sede de recurso especial, o julgamento das causas decididas em “*única* ou última” instância pelos TRFs ou tribunais dos Estados. Quer dizer, aceita a Lei Maior que o acesso à Corte Suprema e ao Superior Tribunal, na via excepcional, ocorra diretamente após a apreciação da lide por somente uma instância.

Sobre a questão, reproduz-se a lição de MARINONI e ARENHART:

Perceba-se que a norma constitucional não exige que a decisão tenha sido proferida por tribunal [no caso do recurso extraordinário], nem confere direito a um recurso que sirva para impugnar a interpretação da norma legal ou a valoração da prova. Não está previsto, em outros termos, o direito a um recurso que sirva para impugnar a ‘justiça’ da decisão do juiz de primeiro grau. Ora, se fosse intenção do legislador constitucional – ao prever os recursos aos tribunais superiores – garantir o direito ao recurso de apelação, não teria ele aberto a possibilidade da interposição de recurso extraordinário contra decisão de primeiro grau de jurisdição. Na realidade, quando a Constituição garantiu o recurso extraordinário contra decisão de primeiro grau, ela afirmou que o direito ao duplo grau não é imprescindível ao devido processo legal<sup>25</sup>.

Calha repisar, aqui, ainda, a situação dos juizados especiais, se acolhida a interpretação no sentido de que a autêntica garantia do *duplo grau* exige que o reexame do julgamento original dê-se por tribunal superior, porquanto o art. 98, I, da CF estabelece o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

<sup>25</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz, 2001, p. 498.

A negativa de ‘status’ constitucional ao *duplo grau* já foi acolhida em julgamento célebre do Pleno do Supremo Tribunal Federal (RHC nº 79.785-7/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 22.11.2002), consoante se observa da leitura de excerto da ementa:

I – Duplo grau de jurisdição no Direito brasileiro, à luz da Constituição e da Convenção Americana de Direitos Humanos. 1. Para corresponder à eficácia instrumento que lhe costuma ser atribuída, o duplo grau de jurisdição há de ser concebido, à moda clássica, com seus dois caracteres específicos: a possibilidade de um reexame integral da sentença de primeiro grau e que esse reexame seja confiado a órgão diverso do que a proferiu e de hierarquia superior na ordem judiciária. 2. Com esse sentido próprio – sem concessões que o desnaturem – não é possível, sob as sucessivas Constituições da República, erigir o duplo grau em princípio e garantia constitucional, tantas as previsões na própria Lei Fundamental, no julgamento de única instância ordinária, já na área cível, já particularmente, na área penal. (...)”

Transcrevo, outrossim, a título de reforço, mais dois precedentes, agora dos órgãos fracionários da Corte<sup>26</sup>:

<sup>26</sup> Cumpre aqui referir que pende dúvida acerca de eventual modificação da posição da Corte Suprema desencadeada com o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIIn) nº 1.976-7/DF (Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJU 18.05.2007), em que restou assentada a inconstitucionalidade da exigência de depósito ou arrolamento de bens e direitos como condição de admissibilidade de recurso administrativo (art. 33, par. 2º, do Decreto nº 70.235/72). Em primeiro lugar, versa o precedente sobre recurso administrativo. Em segundo, embora tenha constado do voto do relator que “da necessidade de se proporcionar um procedimento administrativo adequado surge o imperativo de se consagrar a possibilidade de se recorrer dentro do próprio procedimento”, bem ainda que “situados no âmbito dos direitos fundamentais, os recursos administrativos gozam entre nós de dupla proteção constitucional, a saber, o art. 5º, XXXIV (direito de petição independentemente do pagamento de taxas) e LV (contraditório)”, a deliberação fundou-se na circunstância de que, dada a efetiva existência de uma “segunda instância administrativa”, não seria razoável (proporcional) a imposição do aludido condicionamento. Atente-se às palavras do Ministro JOAQUIM BARBOSA: “A consagração do direito ao recurso administrativo como um componente essencial do direito de petição torna acessório o debate acerca de um direito ao duplo grau de jurisdição. O cidadão que recorre administrativamente exerce, antes de tudo, um direito de petição frente à autoridade administrativa. A questão da imposição

Depósito para recorrer administrativamente. Em casos análogos ao presente, relativos à exigência do depósito da multa como condições de admissibilidade do recurso administrativo, esta Corte, por seu Plenário, ao julgar a ADI 1.049 e o RE 210.246, decidiu que é constitucional a exigência desse depósito, não ocorrendo ofensa ao disposto nos incisos LIV e LV do artigo 5º da Carta Magna, porquanto não há, em nosso ordenamento jurídico, a garantia ao duplo grau de jurisdição. (RE nº 356.287-8/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Moreira Alves, DJU 07.02.2003)

---

de depósito prévio já pressupõe uma suposta 'segunda instância administrativa'. Não se discute, portanto, a existência dessa 'segunda instância', mas o acesso a ela". Em outra decisão recente, o STF também reconheceu em controle incidental a inconstitucionalidade do depósito previsto no art. 126, parágrafos 1º e 2º, da Lei nº 8.213/91, proclamando que "a garantia constitucional da ampla defesa afasta a exigência do depósito como pressuposto de admissibilidade de recurso administrativo" (RE nº 389.383-1/SP, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU 29.06.2007). E do voto do Ministro CEZAR PELUSO se colhe: "(...) Embora se possa aderir à tese de que a Constituição da República não contemplaria, pelo menos de modo direito, o duplo grau administrativo, como parece tampouco fazê-lo, pelo menos sob disciplina genérica, quanto à jurisdição mesma, sua concreta previsão na legislação inferior deve acomodar-se aos princípios constitucionais, a cuja luz não fora demais filiar-lhe a obrigatoriedade na amplitude que a Constituição da República confere e assegura, também no processo administrativo, à defesa do litigante 'com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, inc. LV). Suposto a Constituição não obrigue à instituição de instâncias recursais na esfera administrativa, já se caracteriza nítida lesão ao princípio do devido processo legal (due process of law) e ao direito de petição, quando, com instituí-las, a lei subordine o uso dos recursos à satisfação de exigência que repugne a outros preceitos constitucionais". O enfoque, nesse caso, aliás, foi mais uma vez a natureza do processo administrativo, como se pode depreender do voto do Ministro CELSO DE MELLO: "(...) E como já enfatizado nos votos que me precederam, a exigência de garantia fundada em depósito como condição de admissibilidade do recurso em sede administrativa culmina por afetar e comprometer, no âmbito desse procedimento, o exercício do direito de defesa. Com efeito, não se pode desconhecer que o Estado, em tema de restrição à esfera jurídica de qualquer cidadão ou entidade, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando, no exercício de sua atividade, notadamente em sede tributária, o postulado da plenitude de defesa, pois – cabe enfatizar (e sempre lembrar!) – o reconhecimento da legitimidade ético-jurídica de qualquer medida imposta pelo Poder Público, de que resultem conseqüências gravosas no plano dos direitos e garantias individuais, exige a fiel observância do princípio do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV e LV) (...)".

CONSTITUCIONAL. PROMOTOR DE JUSTIÇA. CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 279-STF. PREQUESTIONAMENTO. PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. (...) IV – Não há, no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, a garantia constitucional do duplo grau de jurisdição. Prevalência da Constituição Federal em relação aos tratados e convenções internacionais. (AgrAI n 513.044-5/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU 08.04.2005)

## **5 A INVIABILIDADE DE INSTITUIÇÃO DA GARANTIA AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO PELA VIA DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Rejeitados os argumentos favoráveis à tese de que haveria sido consagrado, implicitamente, o princípio do *duplo grau* no sistema jurídico pátrio, poder-se-ia questionar se, pela via da legislação infraconstitucional, seria válida a sua instituição. A resposta, diga-se desde logo, é negativa, ao menos se envolver modificação – ainda que pela via do acréscimo – de competências aos tribunais cujas atribuições encontram-se arroladas na Carta Magna.

Defende FREDERICO MARQUES que “não sendo constitucional o postulado do duplo grau de jurisdição, nada impede que o legislador ordinário deixe sem recurso para a justiça de segundo grau algumas causas ou litígios, ou que dê, para outras, competência originária a tribunais superiores, suprimindo, assim, a instância inferior”<sup>27</sup>. Examinando a questão a partir da previsão, na Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica –, que inclui dentre as garantias judiciais, no art. 8º, 2, h, o direito do acusado de delito de “recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”, arrazoou o eminente Ministro MARCO AURÉLIO, do STF, no voto proferido no julgamento do RHC nº 79.785-7/RJ:

<sup>27</sup> FREDERICO MARQUES, 1997, p. 127. Os grifos não constam no original.

Entendo que, julgada a ação penal ante a competência originária do Tribunal de Justiça e imposta condenação, abre-se a porta para a observância irrestrita à Convenção Americana de Direitos Humanos; abre-se a via recursal para o acusado, até então simples acusado, vir a lograr um novo crivo quanto à imputação feita. E essa via há de ser a ordinária, ou seja, a que realmente comporte a interposição de um recurso sem que se tenha fundamentação vinculada, como ocorre relativamente aos recursos extraordinários. Há de admitir-se, portanto, a adequação de um recurso por excelência: no âmbito civil, a apelação, e, no âmbito penal, o ‘recurso ordinário’, tal como previsto em relação às decisões ‘em única e última instância pelos Tribunais’ em ‘habeas corpus’, na alínea ‘a’ do inciso II do artigo 105 da Constituição Federal. Fora isso, (...), é fecharmos o grande livro do nosso ordenamento jurídico – a Constituição Federal e demais leis -, com a devida vênua daqueles que concluem de forma diversa; fora isso, é desprezarmos esse diploma tão importante, e por isso subscrito pelo Brasil, que é a ‘Convenção Americana sobre Direitos Humanos’. (...).

Conquanto respeitáveis as ilustres opiniões de tão nobres jurisconsultos, não se pode deixar de reconhecer a taxatividade das hipóteses de competência dos tribunais prevista na Constituição. É que, representando exceção do princípio da isonomia (art. 5º, II, da CF), somente a Lei Maior ostenta legitimidade para afastar a competência originária dos juízes de primeiro grau, os quais, ordinariamente, revelam-se como os *juízos naturais* da causa. E tal é, aliás, o fundamento maior da aludida taxatividade – o princípio do *juiz natural*, garantia de imparcialidade e segurança contra modificações casuísticas nas atribuições dos tribunais superiores<sup>28</sup>. O STF já teve oportunidade de, em inúmeras vezes, alertar

<sup>28</sup> MORAES, Alexandre. *O Princípio do Juiz Natural como Garantia Constitucional*. Aula Magna proferida na abertura do II Curso de Pós-Graduação *lato sensu* – Especialização em Processo Penal da Escola Paulista da Magistratura, disponível em [www.justica.sp.gov.br](http://www.justica.sp.gov.br). Consulta em 29.11.2005, às 16h30min.

para a veracidade do que ora se expõe, a exemplo do que mencionou o Ministro CELSO DE MELLO, na Petição nº 1.026-4/DF (j. 26.05.1995):

a competência originária do Supremo Tribunal Federal, por qualificar-se como um complexo de atribuições jurisdicionais de extrato essencialmente constitucional - e ante o regime de direito estrito a que se acha submetida – não comporta a possibilidade de ser estendida a situações que extravasem os rígidos limites fixados em *numerus clausus* pelo rol exaustivo inscrito no art. 102, I, da Carta Política, consoante adverte a doutrina (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, “Comentários à Constituição Brasileira de 1988”, vol. 2/217, 1992, Saraiva) e proclama a jurisprudência desta própria Corte (RTJ 43/129 - RTJ 44/563 - RTJ 50/72 - RTJ 53/776). A ratio subjacente a esse entendimento, que acentua o caráter absolutamente estrito da competência constitucional do STF, vincula-se à necessidade de inibir indevidas ampliações descaracterizadoras da esfera de atribuições institucionais desta Suprema Corte, conforme ressaltou, a propósito do tema em questão em voto vencedor, o saudoso Ministro ADALIO NOGUEIRA (RTJ 39/56-59, 57).

Para o que interessa ao presente estudo, trago à baila, mais uma vez, as considerações tecidas pelo Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, extraídas do voto condutor do RHC nº 79.785-7/RJ, *verbis*:

(...) em relação ao ordenamento pátrio, para dar a eficácia pretendida à clausula do Pacto de São José, de garantia do duplo grau de jurisdição, não bastaria sequer lhe conceder o poder de aditar a Constituição, acrescentando-lhe limitação oponível à lei: seria necessário emprestar à norma constitucional força abrogatória de normas da Constituição mesma, quando não dinamitadoras do seu sistema. (...) Toda vez que a Constituição prescreveu para determinada causa a competência originária de um Tribunal, de duas uma: ou também previu recurso ordinário de sua decisão (CF, arts. 102, II, a; 105, II, a e b; 121, par. 4º, III, IV e V) ou, não o tendo estabelecido, é que o proibiu. Em tais hipóteses, o



recurso ordinário contra decisões do Tribunal, que ela mesma não criou, a Constituição não admite que o institua o direito infraconstitucional, da lei ordinária à convenção internacional: é que, afora os casos da Justiça do Trabalho – que não estão em causa – e da Justiça Militar – na qual o STM não se superpõe a outros Tribunais –, assim, como a do Supremo Tribunal, com relação a todos os demais Tribunais e juízos do País, também as competências recursais dos outros tribunais superiores – o STJ e o TSE – estão enumeradas taxativamente na Constituição, que só ela mesma poderia ampliar.

Dito isso, percebe-se que o grande obstáculo ao reconhecimento da viabilidade jurídica de instituição, via lei, da garantia do *duplo grau* reside na inexistência de juízos *ad quem* a que se direcionarem as causas objeto de revisão. De qualquer modo, a fragilidade que representaria estatuir o dito princípio por meio de lei ordinária – cuja força, meramente temporária, derivaria tão-somente do princípio *lex posterior priori derogat*, já que eventuais modificações supervenientes na legislação poderiam facilmente excepcioná-lo – nem sequer justificaria o esforço. A exceção vai por conta da veiculação da garantia em tratado ou convenção internacional e desde que interpretada a norma do art. 5º, par. 2º, da Lei Maior como conferidora de ‘status’ constitucional às disposições contidas em tais espécies de instrumentos, tese que, sobretudo após o acréscimo do par. 3º ao referido artigo pela Emenda Constitucional nº 45/2004, não se reveste de sustentabilidade<sup>29</sup>.

<sup>29</sup> Inobstante, mencione-se ser esta a argumentação defendida pelo Ministro CARLOS VELLOSO, em seu voto, quando o Pleno do STF julgou o multicitado RHC nº 79.785-7/RJ: “(...) É dizer, os ‘direito e garantias fundamentais’ reconhecidos em tratados de que o Brasil seja signatário, os quais hajam sido introduzidos no direito interno na forma estabelecida pela Constituição Federal, ganham ‘status’ de direitos e garantias garantidos pela própria Constituição. Assim, penso que a disposição inscrita na Convenção de São José da Costa Rica, estabelecendo como garantia fundamental o duplo grau de jurisdição, é, pos, direito consagrado na Constituição do Brasil”.

## 6 AS CONSEQÜÊNCIAS JURÍDICAS DA INEXISTÊNCIA DA GARANTIA CONSTITUCIONAL AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO QUANTO AO RESGUARDO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL (ART. 5º, LIV, CF/88) E DA AMPLA DEFESA (ART. 5º, LV, CF/88)

Considerando tudo o que foi acima exposto, cumpre indagar *quais* seriam as conseqüências práticas no não-acolhimento do princípio do *duplo grau* no ordenamento jurídico brasileiro.

Como alerta preambular, rememore-se que a Carta Maior de 1988 consagrou expressamente, dentre outros, três relevantes princípios aplicáveis ao processo: o *devido processo legal*, a teor do art. 5º, LIV, o *contraditório* e a *ampla defesa*, com os meios e recursos a ela inerentes – art. 5º, LV. E embora na referência a recursos inerentes à ampla defesa a expressão *recursos* não esteja necessariamente empregada no sentido de “remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração da decisão judicial que se impugna”<sup>30</sup>, resta indubitoso que a prerrogativa de reexame do julgado constitui valioso instrumento para atribuir-se efetividade à garantia. De igual modo, como já houve oportunidade de verificação, a revisibilidade da sentença por órgão diverso do prolator poderia ser considerada dimensão do *devido processo*, tendo em conta, sobretudo, às vantagens aportadas à segurança e certeza jurídicas.

Teria sido, pois, o direito a recurso, na condição de mecanismo indissociavelmente atrelado à *ampla defesa* e ao *devido processo*, consagrado constitucionalmente no Brasil? A resposta não é nada simples, como se pode antever. Mas é o Texto Constitucional que fornecerá o norte.

A possibilidade de impugnação, via recurso, das decisões judiciais não pode, a princípio, ser suprimida. As razões desse entendimento foram elencadas acima, quando abordados os fundamentos do *duplo grau*. Contudo, em atenção a valores outros consagrados na Carta Magna, poder-se-á mitigar, ou mesmo extinguir, a revisibilidade dos atos judiciais, desde que, é claro, no todo, não restem suprimidos ou nuclearmente afetados os cânones da *ampla defesa* e do *devido processo*.

<sup>30</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa, 2004, p. 233.

Cite-se, nessa linha, o caso dos juizados especiais. O art. 98, I, da CF/88 estabeleceu que, nas hipóteses previstas em lei, o julgamento dos recursos competiria a turmas de juízes de primeiro grau (como se disse acima, para aqueles que defendem dever o tribunal *ad quem* situar-se necessariamente acima dos juízos *a quo* na hierarquia do Poder Judiciário, restaria já aí afastado o *duplo grau*). E quanto à conformação dos recursos, todavia? Poderia a lei não os prever? Ou poderia restringi-los a apenas certas situações, como o fez, segundo alguns, o art. 5º da Lei nº 10.259/2001 (Lei dos Juizados Especiais Federais), ao estabelecer como hipóteses de cabimento de recursos apenas o *deferimento* de medida cautelar e a sentença *definitiva*?

Tratando da questão recursal dos juizados especiais cíveis, nos termos em que posta na Lei nº 9.099/95, manifestaram-se MARINONI e ARENHART no sentido de que

nas hipóteses de ‘causas de maior simplicidade’ não há razão para se insistir em duplo juízo sobre o mérito. Se o duplo grau dilata o prazo para a prestação da tutela jurisdicional, não há dúvida que a falta de racionalidade no uso do duplo grau – ou a sua sacralização – retira do Poder Judiciário a oportunidade de responder mais pronta e efetivamente aos reclamos do cidadão<sup>31</sup>.

Com efeito, dada a exigência constitucional de que o procedimento nessa instância fosse caracterizado pela *oralidade* e *sumariedade* (art. 98, I), há fundamento para a restrição, ou mesmo a abolição, como querem os doutrinadores citados, da revisibilidade das sentenças proferidas nos JECs ou JEFs. Os cânones da *oralidade* e da *sumariedade*, até porque de estatura constitucional, conformariam o *devido processo* e a *ampla defesa* no âmbito dos juizados, sem que se pudesse dar trânsito à argumentação em contrário. Não é outra a abordagem geral sobre o tópico que fazem MARINONI e ARENHART:

Quando a Constituição Federal afirma que estão assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os recursos a ela

<sup>31</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz, 2001, p. 494.

inerentes, ela não está dizendo que toda e qualquer demanda em que é assegurada a ampla defesa deva sujeitar-se a uma revisão ou a um duplo juízo. Os recursos nem sempre são inerentes à ampla defesa; nos casos em que não é razoável a previsão de um duplo juízo sobre o mérito, como nas hipóteses das causas denominadas de ‘menor complexidade’ – que sofrem os efeitos benéficos da oralidade – ou, em outras, assim não definidas, mas que também possam justificar, racionalmente, uma única decisão, não inconstitucionalidade na dispensa do duplo juízo<sup>32</sup>.

ADA PELLEGRINI GRINOVER, de sua parte, aponta ser a conciliação dos princípios da *justiça* (o qual “leva a pensar que quanto mais se examina uma decisão, mais possível será a perfeita distribuição da justiça”) e da *certeza jurídica* (“impõe a brevidade do processo, a exigir que a decisão seja proferida uma vez por todas, sem procrastinações inúteis, no menor tempo possível”) o fator responsável por conferir o adequado contorno do sistema recursal<sup>33</sup>. E o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, de outra banda, assevera, em se tratando de *duplo grau*, que “a Carta Política (...) não vedou à lei ordinária estabelecer as exceções que entender cabíveis, conforme a ponderação em cada caso acerca do dilema permanente do processo entre a segurança e a presteza da jurisdição”<sup>34</sup>.

Situação que evidencia a solução legislativa ao conflito entre *celeridade e efetividade da jurisdição* versus *justiça*, ou *segurança jurídica*, é aquela cristalizada no art. 515, par. 3º, do CPC, na redação conferida pela Lei nº 10.352/2001 – “nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento”. Caracterizaria indevida supressão de instância? Dadas as condicionantes – “a causa versar sobre questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento” – en-

<sup>32</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz, 2001, p. 496.

<sup>33</sup> GRINOVER, Ada, 1998, p. 65.

<sup>34</sup> STF, RHC nº 79.785-7/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 22.11.2002.

tende-se pela negativa, consoante argumentou, com percuciência, MANOEL CAETANO FERREIRA FILHO:

A nova regra, porém, permite que o tribunal, afastando a causa de extinção do processo sem julgamento do mérito, passe imediatamente ao julgamento da lide. Para alguns haveria ofensa ao princípio do duplo grau de jurisdição e até mesmo do contraditório. No entanto, não vislumbramos fundamentos que justifiquem esta preocupação. (...) É preciso que se atente aos escopos almejados pelo novel dispositivo legal para que sua interpretação não lhe tolha o alcance que merece. Quando o processo é extinto sem julgamento do mérito e, em apelação, a sentença terminativa é reformada, o seu retorno ao primeiro grau, para que ali seja proferida sentença julgando a lide, produz um prolongamento na já inaceitável demora na prestação jurisdicional. Sentenciado o mérito, sem a prática de qualquer outro ato processual, os autos, por força da nova apelação, voltam ao tribunal para que agora, já alguns anos depois, decida o mérito, à luz do mesmo material de que já dispunha quando reformara a sentença terminativa. Ora, este hiato pode muito bem ser superado, sem que ocorra qualquer prejuízo para as partes e para a qualidade da prestação jurisdicional. Portanto, a finalidade desta nova regra é permitir que o tribunal, rechaçando a causa de extinção do processo, que fora acolhida na sentença, julgue de pronto a lide desde que o processo apresente condições para tanto<sup>35</sup>.

Para rematar, traz-se, ainda, o exemplo do art. 34 da LEF, que reduziu o espectro recursal das sentenças proferidas em execuções fiscais de valor igual ou inferior a 50 OTN, admitindo apenas embargos de declaração e embargos infringentes, ambos para o mesmo juízo. São os fatores atinentes à *celeridade* e à *economicidade* que conduzem à formulação de juízo de constitucionalidade acerca da vedação ao

<sup>35</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 17. São Paulo: RT, 2003, p. 65/66.

manejo do recurso de apelação ao caso, consoante apregoa MANOEL ÁLVARES:

Afirma-se, com freqüência, que o princípio constitucional do duplo grau de jurisdição não pode ser atingido para atendimento de um simples critério em razão do valor. Ocorre que o dispositivo vem ao encontro da tendência moderna de se buscar maior efetividade na prestação jurisdicional, eliminando formalismos inúteis em busca de uma Justiça mais célere e eficaz. (...) De outra parte, não se pode olvidar que as execução fiscais de pequeno valor são antieconômicas, levando à Fazenda Pública a gastar mais do que recebe, além de abarrotar ainda mais os Cartórios ou Secretarias de Vara. Daí a freqüente edição de portarias, medidas provisórias ou leis autorizando a não inscrição ou não ajuizamento de cobranças, e mesmo a extinção de processos, de valores reduzidos<sup>36</sup>.

Frente ao quadro desenhado, percebe-se que, conquanto não acolhido, expressa ou implicitamente, no ordenamento constitucional brasileiro, o princípio do *duplo grau de jurisdição* enquanto garantia universal, a prerrogativa do reexame das decisões, via recurso, surge como dimensão do *devido processo legal* e da *ampla defesa*, não podendo ser manipulada ao bel-prazer do legislador ordinário. A mitigação da *revisibilidade* por órgão diverso do que proferiu a sentença, ainda em caráter ordinário (ou seja, independentemente da permanência da acessibilidade dos recursos extraordinários *lato sensu*), somente pode ser considerada compatível com a Carta Magna, pois, se estabelecida em nome de outro cânone de *status* constitucional. E, caso assim não o seja, merecerá ser rechaçada pelo Poder Judiciário, sob pena de consagrar-se, em prejuízo aos litigantes e ao Estado de Direito, injustificada afronta àque-las garantias processuais maiores.

<sup>36</sup> ÁLVARES, Manoel, 1998, p. 484.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁLVARES, Manoel. *Execução Fiscal – Doutrina e Jurisprudência*. Coord. Vladimir Passos de Freitas. São Paulo: Saraiva, 1998.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. GOMES, Fábio. *Teoria Geral do Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 17. São Paulo: RT, 2003.

FREDERICO MARQUES, José. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. I. São Paulo: Bookseller, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo em Evolução*. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. São Paulo: RT, 2001, p. 490.

MORAES, Alexandre. *O Princípio do Juiz Natural como Garantia Constitucional*. Aula Magna proferida na abertura do II Curso de Pós-Graduação *lato sensu* – Especialização em Processo Penal da Escola Paulista da Magistratura, disponível em [www.justica.sp.gov.br](http://www.justica.sp.gov.br). Consulta em 29.11.2005, às 16h30min.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: RT, 2002.

\_\_\_\_\_. NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 4. ed. São Paulo: RT, 1999.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. Porto Alegre: Advogado, 1995.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de Execução – Parte Geral*. 3. ed. São Paulo: RT, 2004.





# LIMITE À INVALIDAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

## PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Frederico Valdez Pereira  
Juiz Federal

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Doutrina Tradicional: Princípio da Legalidade. 3. A Concepção Sistêmica: Princípio da Segurança Jurídica. 4. Conclusão.

### 1 INTRODUÇÃO

A tarefa de controle da validade dos atos administrativos sob o enfoque do Direito Administrativo brasileiro clássico sempre foi simplificada à linearidade de confrontação com a regra legal aplicada à espécie. Dizia-se que o ato administrativo deveria ou não ser anulado pela aferição restrita ao Princípio da Legalidade, mormente pelo parâmetro da letra estrita da regra legal ordinária.

O objeto do presente trabalho é o de analisar a nova corrente de idéias que insere a atividade de controle do ato administrativo em um ordenamento jurídico sistêmico, referindo o papel essencial do controle dos atos da administração em prisma mais amplo que não apenas o Princípio da Legalidade, sob a consideração de que não pode ser este o único parâmetro para se aferir a higidez do ato administrativo; senão que se deve circundar o controle dos atos pelos Princípios Gerais de Direito e pelos Princípios Constitucionais que orientam o Direito Público e Administrativo.

O enfoque pretendido tem efeitos concretos de alteração de paradigmas, não se restringindo à atuação inovadora apenas nos efeitos e parâmetros de controle dos atos administrativos, mas também com reflexos importantes e de premissa no entendimento do que se entende por ato vinculado e por ato discricionário, de modo a compatibilizar seus conceitos a esses novos parâmetros.

A discricionariedade supera o entendimento tradicional amplo que ditou as possibilidades restritas de controle do ato administrativo exerci-

do sob esse poder discricionário – erguendo campo de proteção ao mérito administrativo e conferindo liberdade ao administrador para escolher a razão de ser e o objeto do ato. A contenção da discricionariedade pode advir da verificação pela lente dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, lealdade, boa-fé e igualdade.

A vinculação do ato oriundo do poder vinculado da Administração também não será restrita à legalidade, mas a todos os princípios do sistema jurídico. Embora num primeiro momento tenha-se desse entendimento uma idéia de aparente limitação ao poder do intérprete e controlador do ato, sob a consideração de que estaria ainda mais vinculado no exercício da atividade de concretizar e/ou controlar o ato; o fato é que se está criando um campo de dialética maior, pois à reserva legal se incluiriam outros princípios que podem, pela relação iminente de antinomia e tensão com o princípio da legalidade, permitir e até exigir do controlador solução outra que não a simples legitimação da atividade administrativa, ou sua invalidação.

A inserção da dialética dos Princípios traz reflexos tanto no parâmetro de aferição da legitimidade do ato, como na consideração do ato em si. Isso porque a atividade de controle do ato administrativo está vinculada não apenas ao Princípio da Legalidade, mas também aos demais Princípios Constitucionais, esses devem ser os parâmetros da valoração; da mesma forma que o ato administrativo concreto, o objeto a ser valorado, estará, em maior (vinculado) ou menor (discricionário) intensidade, vinculado não apenas à Legalidade, mas aos demais Princípios de Direito Público. Assim é que tanto a valoração do objeto como o objeto da valoração devem respeito ao conjunto dos Princípios, exigindo-se que a lupa do intérprete do ato administrativo esteja regulada não apenas sob o foco do Princípio da Legalidade, mas também sob o norte dos demais princípios de mesma hierarquia, tais como: razoabilidade, proporcionalidade, eficiência, moralidade, impessoalidade, boa-fé e, que se pretende destacar, o da Segurança Jurídica.

Com efeito, o ato vinculado de anulação deve ser contido por limites advindos de outros princípios, o que não é novidade tanto em sede de doutrina como de jurisprudência, ao menos quando se constata sempre se ter reconhecido que o poder vinculado da Administração de anular seus próprios atos está limitado pelos Princípios da Ampla Defesa e do Contraditório quando deles se constituíram direitos individuais.

A novidade está em que os atos ilegais, dos quais se originam direitos subjetivos, não podem ser cassáveis de forma irrestrita, ainda que observado o direito de defesa. Pelo que se entendia do conceito de ato vinculado, atingido um dos seus requisitos de validade, portanto a norma legal, o ato deveria ser anulado, não havendo possibilidade de opção, ou de solução outra em obediência ao princípio da legalidade. Com a luz dos Princípios Gerais de Direito a irradiar e clarear todos os matizes do ato administrativo, a solução constitucional e, portanto, legal e jurídica, pode não ser a de se declarar a nulidade, ainda que se conclua pela infringência à regra legal.

Constata-se, que se pode sim, exigir a invalidação de ato administrativo praticado no exercício do poder discricionário, ainda que com os olhos focados na causa ou no objeto do ato, logo no campo de discricção, desde que se conclua pelo malferimento da razoabilidade, da proporcionalidade, ou dos demais princípios<sup>1</sup>.

Da mesma forma se pode exigir a manutenção hígida de ato administrativo vinculado contrário ao Princípio da Legalidade, pois esse ato também está condicionado aos demais Princípios, dentre os quais o da Confiança Jurídica e da Boa-Fé dos administrados e, na tarefa do intérprete de ponderação, pode-se concluir pela preponderância desses em prol daquele.

O fundamento dessas afirmações passa pela compreensão de que, para se alcançar o melhor Direito, exigência do administrador e do controlador da atividade administrativa, deve ser tomado em relevância o Princípio da Legalidade e também os demais Princípios que se irradiam na espécie. “O ato administrativo não estará vinculado apenas à legalidade, senão que à totalidade dos princípios regentes das relações jurídico-administrativas, mormente os de vulto constitucional” (FREITAS, 2004, P.213).

---

<sup>1</sup> Nesse mesmo sentido a seguinte decisão do STJ: Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei. 2. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade. (2 Turma. RECURSO ESPECIAL Nº 510.259 - SP (2003/0017033-9) RELATORA: MINISTRA ELIANA CALMON DJ DATA:19/09/2005 PÁGINA:252.

Feitas essas considerações iniciais, passa-se na seqüência do texto a referir as noções elaboradas pela doutrina para conduzir o intérprete na relevantíssima tarefa de aferir a invalidação de ato administrativo, mormente quanto à possibilidade de se estabelecerem limites temporais à anulação de atos dos quais se tenham gerado direitos subjetivos. Num primeiro momento, abordam-se os ensinamentos da doutrina tradicional; no item seguinte, passam-se às novas concepções conformadas pela dialética dos Princípios, destacando-se o papel do Princípio da Segurança Jurídica, apresentando-se ainda, de forma ilustrativa, a conseqüente alteração que essa evolução acarretou no posicionamento jurisprudencial dos Tribunais.

## **2 DOCTRINA TRADICIONAL: PRINCIPIO DA LEGALIDADE**

1. A doutrina administrativista brasileira formulada ao longo da segunda metade do século passado, refletida nos autores de referência básica, moldou o seu entendimento acerca do controle dos atos administrativos com lastro no Princípio da Legalidade. Prevalencia a idéia de que a aferição da legitimação do agir administrativo residia somente na legalidade, significando uma norma de conduta segundo a qual “na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular, significa ‘pode fazer assim’; para a Administração Pública significa ‘deve fazer assim’” (MEIRELLES, 1989, p.78).

Essa noção arraigada do Princípio da Legalidade conduzia o controlador do ato administrativo a uma interpretação linear a respeito de sua validade; bastava observar os ditames legais, com olhar nos requisitos formais e materiais da norma legal aplicável ao caso concreto, para se concluir pela conformidade ou não da atuação pública ao Direito. Acaso o ato administrativo violasse a norma legal, a única saída possível seria a de se declarar a nulidade da atividade administrativa, pois essa teria desbordado dos lindes traçados pelo Princípio da Legalidade<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Há ementa de acórdão do egrégio STF ilustrativo da aplicação desse entendimento: “Ementa: (...) Os atos administrativos não podem ser revogados, mesmo quando discricionários, se deles nasceu um direito público subjetivo, salvo se o ato não obedeceu a lei. Porque então, já não se trata de revogação, mas de anulação, com efeito ex tunc, pois do ato nulo, em regra, não nasce direito. (RE 51680 – Rel Min Luis Gallotti – j. 18/04/1963).

2. Antes de se prosseguir, cabe a referência de que não se está fazendo crítica negativa da visão imperante ao longo do século XX. Isso porque houve aí a transposição ao Direito Público das idéias básicas do liberalismo iluminista, que foi o primeiro passo para que se chegasse à concepção atual de Estado de Direito. Relembre-se que no Estado absolutista não havia limites ao poder do soberano, a não ser a sua própria vontade. CASSESE<sup>3</sup> chega a referir que um dos traços dominantes do Direito Administrativo no final do século XIX era o princípio da supremacia da administração pública. O interesse público impunha ao interesse particular, numerosos sacrifícios, havendo relações assimétricas e desiguais, com subordinação do particular à administração.

É nessa época que se entendia que tudo aquilo que diz respeito à administração somente é objeto de regulamento, e o legislador deveria se ocupar com os impostos e as leis em geral. A outorga de poderes exorbitantes à administração fazia com que esse ramo fosse considerado especial, diverso do direito privado, porque embasado nessa desigualdade, com reflexos sobre as noções de propriedade, contrato e responsabilidade, limitando-os.

Também é característica marcante nesse período que a vontade circunstancial dos governos prevalecesse sobre a vontade da administração pública. O direito Administrativo, nas palavras de CASSASE, era um direito eminentemente governativo. O Princípio da Legalidade surge justamente para restringir os poderes do governo e conduzir a atividade administrativa, por isso o apego dos autores aos limites oriundos desse postulado. Poder-se-ia até dizer que se estava na primeira geração dos direitos dos administrados frente à administração, os direitos de liberdade representados na Legalidade.

Cabe destacar que muitos autores entendem que somente se pode falar em Direito Administrativo como ramo autônomo, assim como os demais ramos do direito público, a partir do momento em que começou a se desenvolver na fase do Estado Moderno o conceito de Estado de Direito, estruturado sobre o Princípio da Legalidade e sobre o Princípio da Separação de Poderes. Alguns vão ao ponto de afirmar que o direito

---

<sup>3</sup> As Transformações do Direito Administrativo do Século XIX ao XXI. *Revista Interesse Público*, nº 24.

administrativo é produto exclusivo da situação gerada pela Revolução Francesa, só existindo nos países que adotaram os princípios por ela defendidos (DI PIETRO, 1999, p. 24)<sup>4</sup>.

Sendo assim, somente a partir de ideais iluministas de controle da *voluntas* do monarca, com a tripartição das funções do Estado, e a concepção do Legislativo como poder autônomo incumbido de ditar as possibilidades de atuação do titular do poder pela norma geral, é que se pode falar de proteção dos indivíduos contra o arbítrio do Estado. Esse o relevante papel desempenhado pelo Princípio da Legalidade e explorado pelos doutrinadores: que pretendiam moldar toda a atividade do governante aos ditames legais, como forma de assegurar a impessoalidade, o controle da Administração e os direitos dos administrados.

3. A aferição da conformidade do ato administrativo ao Direito, com foco apenas no Princípio da Legalidade, nesse contexto exposto acima, fazia com que o controlador que reconhecesse uma ilegalidade tivesse somente uma saída jurídica: deveria pronunciar-se pela anulação do ato e de todos os seus efeitos, sem se deter nas conseqüências da tardia cassação do ato. Na obra de Meirelles (1989, p. 182)<sup>5</sup> lê-se que:

Reconhecida e declarada a nulidade do ato, pela Administração ou pelo Judiciário, o pronunciamento de invalidez opera *ex tunc*, desfazendo todos os vínculos entre as partes e obrigando-as a reposição das coisas ao *status quo ante*, como conseqüência natural e lógica da decisão anulatória.

Bandeira de Mello, C.A. afirma que os efeitos da invalidação dos atos administrativos consistem em “fulminar *ab initio*, portanto, retroativamente, o ato viciado e seus efeitos. Vale dizer: a anulação opera efeitos *ex tunc*, desde então. Ela fulmina o que já ocorreu, no sentido de que se negam hoje os efeitos de ontem” (1993, p. 228-9).

<sup>4</sup> No mesmo sentido: BANDEIRA DE MELLO, 1198, p.59; MEIRELLES, 2000, 45.

<sup>5</sup> Neste trecho do estudo, a utilização de edições antigas é proposital, para realçar o que se está afirmando, isso porque nas edições atualizadas das obras dos autores clássicos, já houve a inserção das idéias de segurança jurídica como princípio a ser ponderado com a legalidade no controle do ato administrativo ilegal.

Mais antigamente, Bandeira de Mello, O.A referia que “os atos nulos e anuláveis são inválidos e, por conseguinte, não podem gerar legalmente direitos a favor de ninguém” (1979, p. 666).

Diógenes Gasparini (1992, p.103-105) também concluiu que os efeitos da invalidade reconhecida são retroativos, *ex tunc*, referindo que se restaura, em sua plenitude, a situação vigente anteriormente ao ato inválido, não admitindo sequer a convalidação.

A idéia subjacente que guiava as conclusões da doutrina era a de total impossibilidade de se reconhecerem direitos contra a lei, com a premissa de resguardar o direito vigente do arbítrio do administrador. O postulado observado pelo intérprete no controle do administrador era o Princípio da Legalidade, na sua vertente liberal de proteção dos administrados e do próprio interesse público impessoal, que estava delimitado nos estritos limites da lei. Violada a norma geral, não seria admissível solução outra que não a de se reconhecer a ilegalidade *ab initio* e, portanto, a cassação do ato e dos efeitos dele decorrentes.

Estava-se numa primeira evolução do direito público, na primeira geração, superando-se uma noção de supremacia dos interesses da administração, em prol do reconhecimento de limites ao Poder Público estabelecidos para assegurar direitos de liberdade do cidadão; a vontade geral e abstrata da lei seria garantidora da impessoalidade da administração e âmbito de proteção do administrado.

4. Não se diga que não havia temperamentos a essa idéia. No geral, a doutrina tradicional fazia ressalvas à extinção dos atos ilegais; não havia admissão plena da irrestrita possibilidade de anulação de atos administrativos ilegítimos. Falava-se em resguarda aos direitos de terceiros de boa-fé beneficiados pelo ato ilegal, embora não se admitisse a convalidação do ato pelo transcurso do tempo (GASPARINI, 1992, p. 103-105). Meirelles (1989, p.182-4) também seguia mesma linha, referindo que a anulação do ato ilegal deveria ser excepcionada para terceiros de boa-fé alcançados por efeitos incidentes do ato anulado, mas deixando expressa a necessidade de se diferenciarem o beneficiário direto ou partícipe do ato (parte), de estranho ao seu objeto e a sua formação, mas sujeito aos seus efeitos reflexos (terceiro), somente a essa categoria se cogitaria de aproveitamento dos efeitos do ato.

Outros acrescentavam necessidade de serem protegidos os direitos dos terceiros de boa-fé, o reconhecimento da prescrição após o transcurso de longo tempo da edição do ato viciado (BANDEIRA DE MELLO, 1993, 236).

Por certo que não se pretende esmiuçar a extensa doutrina acerca da invalidade dos atos administrativos produzida no Brasil nos últimos 50 anos, tampouco reduzir a uma unidade os inúmeros desdobramentos doutrinários a esse efeito, o que seria um erro ante as dissensões existentes. Pretende-se, com essa breve exposição, destacar, em linhas gerais, a inexistência de aprofundamento doutrinário das noções que admitem o eventual aproveitamento de efeitos do ato administrativo ilegal, as quais se resumiam em breves referências a atributos do ato administrativo como sua presunção de legitimidade e aparência de legalidade, e também a ausência de má-fé dos terceiros beneficiários do ato.

A doutrina, de modo geral, manteve as suas observações a respeito da invalidação dos atos administrativos, e de eventuais limites a essa invalidação, na linearidade principiológica da legalidade; abrindo algumas brechas à solução única de invalidação ilimitada com recursos a motivações sem aprofundamento e que muito mais transpassavam o problema do que o enfrentavam adequadamente. Os teóricos não reconheciam, o que posteriormente passaram a ter como premissa, a inserção da atividade estatal em um sistema Constitucional com regras e princípios de concepções valorativas e políticas distintas, o que traz inevitavelmente colisões aparentes e reais, exigindo, portanto, uma conformação ponderativa do intérprete para se alcançar a melhor solução ao caso concreto.

Na jurisprudência se encontram os reflexos dessa percepção linear da matéria, podendo-se constatar que o entendimento do Supremo Tribunal Federal se consolidou em favor da preponderância da legalidade da Administração Pública em qualquer hipótese, ao reconhecer, no enunciado 473 de sua súmula, o exercício da autotutela como plena expressão do princípio da legalidade.

Couto e Silva (2004a, 51-57) foi quem chamou a atenção para a precariedade jurisprudencial no trato da matéria, mais precisamente na deficiente fundamentação utilizada. Disse ele que as decisões que se manifestaram a favor da manutenção de atos administrativos inválidos,



por ilegais, justificavam-se na situação de fato por ele constituída, que teria persistido de forma duradoura, por vezes sustentada por decisão judicial posteriormente reformada, e que, pelo passar dos anos, gerou situação de fato e de direito que não conviria fosse cassada. Após essas constatações, Couto e Silva (p.56) pondera que:

Conquanto a conclusão nos pareça incensurável, a fundamentação é, sem nenhuma dúvida, pouco convincente. Não se compreende, na verdade, seguindo a linha da argumentação adotada, como situação de fato, nascida de ilegalidade, pode transformar-se em situação de direito, e ainda mais de direito com as características que o habilitam a ser defendido por mandado de segurança. [...] A única solução do problema que se apresenta adequada e a que identifica, no ordenamento constitucional, princípio do mesmo nível hierárquico do que o da legalidade, e que com este possa ser ponderado, num *balancing test*, em face da situação concreta em exame.

Ainda que houvesse uma porta reconhecida na jurisprudência, ao menos em alguns casos<sup>6</sup>, para a manutenção de ato administrativo ilegal no mundo jurídico, padecia-se de imprecisões técnicas ao se embasar essas decisões em supostas situações de fato consolidadas há muito tempo: em fato consumado, solução que não enfrenta o problema e está mais para sabedoria popular do que solução científica de um problema complexo. No capítulo seguinte passa-se a apresentar de forma sucinta a evolução teórica do assunto.

### **3A CONCEPÇÃO SISTÊMICA: PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA**

1. A doutrina constitucionalística desenvolveu-se nas últimas décadas inspirada por estudos da filosofia do direito com destaque em Dworkin, afirmando a premissa de que o Direito é um sistema coerente e integrado de regras e princípios. O intérprete não pode ser mero aplica-

---

<sup>6</sup> Supremo Tribunal Federal: RMS 13.807, RTJ 37/248; RMS 17144, RTJ 45/589, RE 105.789, RTJ 118/300.

dor da lei de forma silogística, como pretendia a escola da exegese; e a razão, numa desaconselhável tentativa de simplificação, é a de que o Direito não se pode resumir ou reduzir na letra genérica da lei. A partir das idéias do pós-positivismo, sustenta-se que a regra legal está inserida num ordenamento jurídico que se pretende sistemático, devendo estar conforme a constituição os princípios e valores expressos na Carta Magna.

O sistema jurídico do Estado de direito é um sistema normativo aberto de regras e princípios, tendo na constituição a fonte de legitimação do sistema. Os princípios foram alçados à categoria de normas jurídicas, portanto impositivos, com força normativa, deixando para traz a antiga idéia de que teriam mera função retórica argumentativa. Os princípios constitucionais consagram valores fundamentadores da ordem jurídica, legitimando o sistema. (CANOTILHO, 2003, p.1159).

Ocorre que mesmo esses elementos e princípios estruturantes do Estado de Direito estão em aparência ou real antinomia; verifica-se que no Direito Administrativo o artigo 37 da Constituição da República expressa princípios que se não podem pretender absolutos na aplicação concreta da norma, sobretudo quando contrastados valores do sistema, o que também se constatará na análise concretizante de outros princípios do Estado de direito<sup>7</sup>.

Na linha dos ensinamentos de Alexy e Canotilho, os princípios contêm deveres de otimização, sendo aplicáveis em níveis diferentes, conforme as possibilidades normativas e fáticas. Haverá colisão entre os princípios, porque eles expressam valores e ideologias heterogêneas, e a solução no caso concreto será encontrada mediante racional ponderação, na tentativa de se alcançar a harmonização no caso concreto, geralmente com a prevalência de um dos princípios colidentes.

O controle dos atos administrativos insere-se nessa tarefa do sistema jurídico moldado por princípios e normas, a legitimidade da atuação administrativa não estará na simples aferição em aparente norma legal específica, mas sim no Estado de Direito, numa concepção brilhantemente resumida por Bigolin (2007, p.66):

---

<sup>7</sup> Constituição é resultado de um compromisso entre vários atores sociais, transportadores de ideais, aspirações e interesses substancialmente diferenciados e até antagônicos ou contraditórios. Canotilho (2003, p.1182).

Estado de Direito Democrático brasileiro é um sistema normativo aberto de regras e princípios. É um sistema jurídico, pois se revela a partir de normas que se inter-relacionam dinamicamente, diferenciando-se, por isso, de outros ramos da ciência como a filosofia, a sociologia e a história. É um sistema aberto, em superação ao que era preconizado pela Escola de Exegese, havendo uma estrutura dialógica, traduzida na disponibilidade e capacidade de escolha da construção lógica do silogismo, num pluralismo aberto às concepções cambiantes decorrentes da indeterminação dos enunciados semânticos da matéria jurídica. É um sistema normativo, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas é feita por meio de normas, reveladas por meio de regras e princípios.

2. Apresentada resumidamente acima a idéia de que os problemas oriundos do ordenamento jurídico devem ser solucionados com o foco nas regras legais que se amoldam ao caso concreto, as quais recebem a luz dos princípios oriundos do Estado de direito e da constituição positiva, princípios esses que servem não só como embasamento de interpretação das leis, mas também e principalmente como norma e standard solucionador dos ‘*hard cases*’, nas palavras de Dworkin, na concretização ponderada de sua máxima otimização. Na seqüência, retomando a noção iniciada na introdução, de que o ato administrativo não está vinculado apenas à legalidade, senão que à totalidade dos princípios regentes das relações jurídico-administrativas<sup>8</sup>, impõe-se destaque ao princípio da segurança jurídica.

O controle do ato administrativo passa, inicialmente, pela verificação de sua legitimidade, ou seja, se está ou não conforme o direito. A tarefa, ainda que entendida sob a complexidade dos princípios que regulam o ato concreto, não se encerra aí. O controlador, para definir pela invalidação ou não do ato, terá que aferi-lo no quadro sistêmico dos princípios, mormente na projeção do princípio da segurança jurídica.

---

<sup>8</sup> FREITAS, 2004, p.213.

Identifica-se no ordenamento jurídico o princípio da segurança jurídica como da mesma hierarquia do princípio da legalidade, e se destaca o caso concreto para se identificar claramente a antinomia existente na necessária invalidação do ato ilegal, como reflexo da imposição da conduta possível do administrador: deve anular seus atos quando ilegais, não havendo direito contra a lei; com o valor da estabilidade das relações jurídicas e da boa-fé como projeções do princípio da segurança jurídica.

Couto e Silva (2004, p.46) foi talvez o pioneiro na introdução no Brasil, na matéria de controle do ato administrativo, da teoria de que, nos vínculos entre o Estado e os indivíduos, deve-se assegurar uma certa previsibilidade da ação estatal, do mesmo modo que se garante o respeito pelas situações constituídas. A segurança jurídica é um valor constitucional que se qualifica como subprincípio do princípio maior do Estado de Direito, estando ao lado e no mesmo nível hierárquico do outro subprincípio do Estado de Direito, que é o da legalidade.

Segurança jurídica e proteção da confiança são elementos constitutivos do Estado de direito<sup>9</sup>. O controle dos atos administrativos passa pelos princípios da legalidade e da segurança jurídica, que são elementos e derivações do Estado de Direito, tendo o mesmo valor e hierarquia. Disso resulta, para a matéria de regência, que o dever da Administração e do Poder Judiciário de controle dos atos administrativos deve ter em conta a articulação de subprincípios concretizadores do princípio do Estado de Direito: os princípios da proteção e da segurança jurídica, por um lado, e o princípio da legalidade de outro.

Seguindo no ensinamento de Canotilho (2003, p.258-265), tem-se que as refrações mais importantes da segurança jurídica são verificadas nos atos normativos, pela vedação de normas retroativas que restrinjam direitos ou interesses; nos atos jurisdicionais, pela impossibilidade de alteração do caso julgado; e nos atos da administração, pela tendencial e necessária estabilidade dos casos decididos e de situações concretizadas

---

<sup>9</sup> A afirmação, basilar para a teoria que se está desenvolvendo, é feita por diversos autores. Cita-se, exemplificativamente: Couto e Silva, 1987, p.46 (que cita também a origem dessa concepção na doutrina alemã); Canotilho, 2003, p.257; Mendes, 1996, 261; Freitas, 2004, p. 62.

em atos administrativos constitutivos de direitos. A administração estaria autovinculada a esses atos, impondo-se a proteção da confiança e da segurança jurídica.

3. A evolução doutrinária apresentada de forma muito resumida acima, e que vinha sendo inserida pouco a pouco entre os administrativistas brasileiros no final do século XX, como reflexo da adoção da concepção sistêmica do ordenamento jurídico, alcançou a legislação em 1999. A regra do artigo 54 da Lei nº. 9.784, alterando a norma anterior inserida no artigo 114 da Lei nº. 8.112/90 - que determinava à Administração o dever de rever seus atos eivados de ilegalidade **a qualquer tempo** – previu que o decurso de prazo superior a 5 anos retira a necessidade de aprofundamento do tema: tendo o próprio legislador feito a harmonização dos princípios em tensão e positivado o critério objetivo temporal como limitador da possibilidade de anulação de ato administrativo ilegal, presente a boa-fé. Decorridos os 5 anos, a norma legal assumiu que passa a preponderar, sobre o princípio da legalidade, o princípio da segurança jurídica.

Pode-se retirar dessa legislação ordinária concretizadora do princípio da segurança jurídica a premissa de que, sempre que houver qualquer colaboração dos envolvidos na configuração de ilegalidade nos atos administrativos, não há como se defender limitações à possibilidade de anulação. Pressuposto para a incidência da luz do postulado da segurança jurídica é a ausência de má-fé dos administrados; sequer o requisito do lapso temporal será impeço à anulação de ato administrativo ilegal acaso ausente a boa-fé.

Outra premissa firmada na Lei nº. 9.784/99, tendo o legislador efetuado a tarefa de antecipadamente harmonizar princípios antinômicos incidentes na espécie, está na norma do artigo 55, que estabeleceu que os atos anuláveis devem, via de regra, ser convalidados pela Administração, levando à conclusão de que, nos vícios menores, não tendo sido atingidos de forma mais contundente e grave as normas e princípios irradiantes, prevalecerá a segurança jurídica, com a convalidação do ato pela passagem do tempo.

Na jurisprudência também é claramente constatada a evolução alicerçada na noção principiológica. O Supremo Tribunal Federal vem afirmando, em sucessivos julgados produzidos na última década, que o pas-

sar do tempo pode limitar a anulação de ato administrativo ilegal, não mais com a insuficiente fundamentação anterior, que se referia a fato consumado e conveniência na manutenção da situação consolidada.

Ao menos em três decisões o órgão judiciário supremo afirmou que a segurança jurídica é princípio constitucional na posição de subprincípio do Estado de Direito, devendo ser sopesado e ponderado com o princípio da legalidade na situação concreta em análise, para se encontrar a justiça material, ou o melhor direito no caso específico, rejeitando a verificação linear antiga<sup>10</sup>.

4. Ao intérprete do direito e controlador do ato administrativo restará a tarefa de aferir a manutenção ou não de ato administrativo ilegal quando, presente a boa-fé dos envolvidos na origem e conformação do ato, não houver ultrapassado o requisito objetivo temporal de 5 anos. A solução não poderá se subtrair da verificação atenta das características e nuances do ato administrativo concreto e específico. Não há como se estabelecer uma solução apriorística: os princípios da legalidade e da segurança jurídica mantêm-se hígidos na conformação de elementos estruturantes do Estado de Direito, impondo sempre a busca pela máxima efetivação. Analisando-se cada caso é que o jurista deverá, utilizando-se da argumentação jurídica, convencer-se e demonstrar, com vínculo no conteúdo dos princípios que se projetam na situação jurídica, qual deles deverá preponderar.

Saliente-se que não há somente duas situações possíveis, as circunstâncias do caso podem levar o intérprete a concluir que o ato pode ter seus efeitos cassados a partir de então, com efeitos *ex nunc*, ou então a partir de determinado lapso temporal, ou ainda com a cassação de algumas das projeções concretas do ato. A harmonização concretizante dos princípios é que permitirá definir-se qual a melhor solução possível no caso concreto, atendendo-se à máxima efetividade das normas constitucionais.

Atente-se para o fato de que não são somente os princípios da segurança jurídica e da legalidade que devem guiar o intérprete na pondera-

---

<sup>10</sup> MC nº 2900/RS, 2ª Turma, relator Ministro Gilmar Mendes (08.03.2003); MS 24.268/MG, relator Ministro Gilmar Mendes (15.03.2004) e MS 22357/DF, 24.05.2004.

ção dos valores em questão, apesar de se realçarem no campo de colisão. Há uma série de princípios de mesma hierarquia e importância constitucional e que também servirão de referência para se definir se o melhor direito na espécie passa pela anulação ou manutenção do ato eivado de ilegalidade; podendo-se citar: interesse público, moralidade, eficiência, proporcionalidade. A extensão e gravidade da lesão à norma legal também deve ser levada em consideração na tarefa de concretização dos princípios do sistema jurídico.

## 4 CONCLUSÃO

As conclusões se fundam na compreensão de que, para se alcançar o melhor direito, devem ser levados em consideração o princípio da legalidade, da segurança jurídica, e os demais princípios que se irradiam no controle dos atos da Administração.

Na lógica Constitucional do sistema não se haveria como sustentar outra hipótese, toda a atividade que produza efeitos jurídicos está subordinada, quanto à sua legitimação, à constituição.

A atividade legislativa, seja no aspecto material, seja no formal, será inválida por inconstitucionalidade se não se conformar com a constituição. A decisão judicial deve ter por parâmetro o que está disposto na carta fundamental, sob pena de ser reformada, do que não estará imune nem após o trânsito em julgado.

Sendo assim, certo é que não seria na atividade administrativa, que se caracteriza pela aplicação da lei no caso concreto, desde que ausente uma lide, que se admitiria, a título de obediência à legalidade, se pudessem atingir princípios constitucionais estruturantes do estado de Direito como a da Segurança Jurídica, sem a prévia ponderação sistêmica dos valores e princípios em colisão.

Os estritos limites do presente estudo passavam pela aferição da possibilidade de manutenção de ato administrativo inválido. A matéria: controle dos atos administrativos, é muito extensa e complexa, com inúmeras linhas de desenvolvimento, destacando-se as diferenças de classificação e conceituação dos graus de invalidade: nulo e anulável, e os limites da convalidação dos atos, matéria que, pela densidade e importância, merece reflexão à parte, não nos limites ora pretendidos, que

eram os de apresentar a visão que insere a atividade de controle da administração na lógica do sistema principiológico, e as consequências advindas na anulação ou manutenção de atos ilegais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BIGOLIN, Giovani. *Segurança Jurídica. A Estabilização do Ato Administrativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BIELSA, Rafael. *Estúdios de Derecho Público*, vol. II. Depalma: Buenos Aires, 1951.

CANOTILHO, JJ Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2003.

CASSASE, Sabino. As Transformações do Direito Administrativo do Século XIX ao XXI. *Revista Interesse Público*, n. 24.

CIRNE LIMA Ruy. *Princípios de direito administrativo*. 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

COUTO E SILVA, Almiro. Princípio da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica do Estado de Direito Contemporâneo. *Revista de Direito Público* 84/46-63. São Paulo: RT, 1987.

\_\_\_\_\_. O princípio da segurança jurídica e o sistema de invalidade dos atos administrativos no direito brasileiro. Porto Alegre: TRF – 4ª Região, 2007 (Currículo Permanente. Caderno de Direito Administrativo: módulo 2).

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 11ª ed., São Paulo: Atlas, 1999.

FREITAS, Juarez. *Estudos de Direito Administrativo*. 2ª ed., revista e atualizada, São Paulo: Malheiros, 1997.

\_\_\_\_\_. *O Controle dos atos Administrativos*. 8ª ed, revista e ampliada, São Paulo: Malheiros, 2004.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1992.



MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25ª ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. *Direito Administrativo Brasileiro*. 19ª ed., São Paulo: RT, 1989.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 1993.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. Vol. I, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. *O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo*. Montesquieu; introdução, tradução e notas Pedro Vieira Mota. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

PEREIRA, Frederico Valdez. Uma Leitura Constitucional da Proteção ao Sigilo Bancário. *Revista dos Tribunais*, vol. 804. São Paulo: RT ed., Outubro 2002, p. 115 – 130.

\_\_\_\_\_. Limites à imposição de sanções administrativas: multas punitivas tributárias. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 17, abr. 2007. Disponível em: [http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao017/Frederico\\_Pereira.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao017/Frederico_Pereira.htm)

SCHOLLER, Heinrich. O Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional e Administrativo da Alemanha. *Revista da Ajuris*, 75, Rio Grande do Sul, 1999, vol I.



# O STF E O ENFRENTAMENTO DO CONFLITO APARENTE ENTRE O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE E O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E DA LIVRE INICIATIVA

Gabriel Wedy

Juiz Federal Substituto. Delegado da AJUFE no Estado do Rio Grande do Sul. Vice-Presidente Institucional da AJUFERGS-ESMAFE. Mestre em Direito pela PUC-RS

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O objeto do *leading case* analisado. 3. Da análise do acórdão. 3.1. Da não ocorrência das falácias da *hyper-integration* e *dis-integration*. 3.2. A interpretação conferida pela Corte, por maioria, está de acordo com os quatro cânones de Emílio Betti. 3.3. As pré-compreensões determinantes da decisão. 3.4. Na decisão respeitou-se à máxima da aplicação direta dos direitos fundamentais. 3.5. A decisão é a única resposta correta. 3.6. Na decisão aparecem argumentações intencionalistas. 3.7. Na decisão há justificação (interna e externa) suficiente. 3.8. Na decisão não aparecem intenções racionalistas radicais. 3.9. A decisão em horizonte mais longo reduz conflitos intertemporais. 4. Conclusão.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo analisar o *leading case* do egrégio Supremo Tribunal Federal – Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.540-1/ Distrito Federal – que teve como relator o Ministro Celso de Mello. O *leading case* será analisado tendo por premissa dez questões de hermenêutica jurídica.

São estas as questões: 1) A decisão comete a falácia da desintegração? 2) A decisão comete a falácia da hiperintegração? 3) A decisão respeita os cânones de Emílio Betti? 4) Na decisão aparecem argumentações intencionalistas? 5) Na decisão aparecem intenções racionalistas radicais? 6) Na decisão quais foram as pré-compreensões determinantes? 7) A decisão é a única resposta correta? 8) Na decisão respeitou-se à máxima da aplicação direta dos direitos fundamentais? 9) Na decisão há justificação (interna e externa) suficiente? 10) A decisão em horizonte mais longo reduz ou amplia conflitos intertemporais?

A decisão é decorrente de Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Ministério Público Federal impugnando o art. 4º, *caput* e §§ 1.º a 7.º, da Lei n. 4. 771, de 15/09/1965 [Código Florestal], na redação dada pela Medida Provisória n. 2.166-67, de 24/08/2001. Estas alterações permitem que vegetação seja suprimida de área de preservação permanente sem a edição de lei em sentido formal e material específica para cada corte e, contra este fato, irressignou-se o Ministério Público Federal que entende por vulnerado o art. 225 da Constituição Federal que protege de forma ampla o meio ambiente.

## 2 DO OBJETO DO *LEADING CASE*

As normas legais impugnadas sob o argumento de violação à Constituição Federal possuem o seguinte conteúdo material: “Art. 4º A supressão de vegetação em área de preservação permanente somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública ou de interesse social, devidamente caracterizados e motivados em procedimento administrativo próprio, quando inexistir alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto. § 1º A supressão de que trata o ‘*caput*’ deste artigo dependerá de autorização do órgão ambiental estadual competente, com anuência prévia, quando couber, do órgão federal ou municipal de meio ambiente, ressalvado o disposto no § 2º deste artigo. § 2º A supressão de vegetação em área de preservação permanente situada em área urbana, dependerá de autorização do órgão ambiental competente, desde que o município possua conselho de meio ambiente com caráter deliberativo e plano diretor, mediante anuência prévia do órgão ambiental estadual competente fundamentada em parecer técnico. § 3º O órgão ambiental competente poderá autorizar a supressão eventual e de baixo impacto ambiental, assim definido em regulamento, da vegetação em área de preservação permanente. § 4º O órgão ambiental competente indicará, previamente à emissão da autorização para a supressão de vegetação em área de preservação permanente, as medidas mitigadoras e compensatórias que deverão ser adotadas pelo empreendedor. § 5º A supressão de vegetação nativa protetora de nascentes, ou de dunas e mangues, de que tratam, respectivamente, as alíneas ‘*c*’ e ‘*f*’ do art. 2º deste Código, somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública. § 6º Na implantação de reservatório artificial é obri-

gatória a desapropriação ou aquisição, pelo empreendedor, das áreas de preservação permanente criadas no seu entorno, cujos parâmetros e regime de uso serão definidos por resolução do CONAMA. § 7º É permitido o acesso de pessoas e animais às áreas de preservação permanente, para obtenção de água, desde que não exija a supressão e não comprometa a regeneração e a manutenção a longo prazo da vegetação nativa.”

O então Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal, Nélson Jobim, durante o período de férias forenses (julho de 2005), ao suspender, cautelarmente, a eficácia e aplicabilidade do art. 1º da Medida Provisória nº 2.166-67, de 24/08/2001, na parte em que alterou o art. 4º, *caput* e parágrafos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º e 7º, da Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, que instituiu o Código Florestal, proferiu decisão com o seguinte conteúdo:

O PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA ajuizou ADI contra o art. 1º da Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 agosto de 2001, na parte em que alterou o art. 4º, *caput* e parágrafos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º e 7º da Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965.

Aponta a inconstitucionalidade formal dos referidos dispositivos por violação ao art. 225, § 1º, III, da Constituição Federal.

Como referido no acórdão, constou na inicial:

...os dispositivos ora atacados tornam possível a supressão de área de preservação permanente mediante mera autorização administrativa do órgão ambiental, quando, em verdade, o legislador constituinte determinou que tal supressão somente poderá ocorrer por meio de lei formal.

... somente a lei em sentido formal e específica, entendida esta como o ato normativo emanado do Poder Legislativo e elaborada segundo os preceitos do devido processo legislativo constitucional, poderá autorizar a alteração e/ou supressão dos espaços territoriais especialmente protegidos...’

Foi alegado que o CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE - CONAMA, com fundamento na Medida Provi-

sória atacada...está prestes a autorizar, por meio de resolução, que o gestor ambiental local apure a ‘utilidade pública’ de um empreendimento de mineração e autorize, sem lei, a supressão da vegetação em área de preservação permanente.

E que...Tal fato... poderá acarretar prejuízos irreparáveis ao bem ambiental, uma vez que fundado unicamente na discricionariedade do gestor ambiental de dizer o que é utilidade pública, quando essa avaliação evidentemente extrapola a questão ambiental. [via de consequência] Abre-se a porta, por exclusivos interesses econômicos, especialmente minerários, para a extinção de espaços territoriais protegidos e essenciais à proteção e defesa dos ecossistemas.

...’ (fl. 7) E ainda que ...A 78ª Reunião do CONAMA será realizada nos próximos dias 27 e 28 de julho de 2005..., o que comprova a necessidade de concessão de medida cautelar com base no art. 10, § 3º, da Lei nº 9.868/99, ‘sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado’.

Nestes termos foi deferida a medida cautelar em sede de apreciação monocrática nestas termos:

Em exame prévio, verificam-se presentes os pressupostos necessários para o deferimento da medida cautelar.

A inicial anuncia a proximidade da 78ª Reunião Ordinária do CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE - CONAMA, órgão consultivo e deliberativo do SISNAMA - SISTEMA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE, que será realizada nos dias 27 e 28 de julho de 2005 (fls. 17/20).

Ocorre que, com fundamento no art. 4º da Medida Provisória ora impugnada, o CONAMA, por meio de Resolução, pode vir a autorizar o gestor ambiental local a suprimir a vegetação de uma área de preservação permanente, para fins de ‘empreendimento de mineração’ (fl. 7).

A Constituição Federal impõe ao Poder Público o dever de defender e proteger o meio ambiente para as presentes e futuras gerações (art. 225, ‘caput’, da CF).

Ora, a extração de minério causa danos irreparáveis e irreversíveis ao meio ambiente, eis que a área em que a atividade for desenvolvida não voltará ao seu estado anterior, presente por este motivo o ‘periculum in mora’.

O ‘fumus boni iuris’ encontra-se na norma constitucional (art. 225, § 3º, III, da CF) que autoriza a supressão de área de preservação permanente somente por lei.

Daí que a concessão da medida permitirá uma análise mais aprofundada sobre o tema e, ao mesmo tempo, não impedirá o precimento do direito de eventuais interessados na exploração ambiental.

Assim, defiro o pedido de medida cautelar para suspender, ‘ad referendum’ do Plenário, até o julgamento final desta ação, a eficácia do art. 4º, ‘caput’, e parágrafos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º e 7º, da Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965.

Comunique-se, com urgência, o teor desta decisão ao Diretor do CONAMA e ao Procurador-Geral da República.

Solicitem-se informações.

Todavia, referido entendimento não foi referendado pela maioria do Tribunal Pleno do egrégio Supremo Tribunal Federal, restando vencidos os Senhores Ministros Carlos Britto e Marco Aurélio que entenderam como inconstitucionais os dispositivos impugnados. O Ministro Relator Nelson Jobim, por sua vez, voltou atrás e reconsiderou a decisão acima proferida.

Referido acórdão restou assim ementado:

MEIO AMBIENTE – DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225) – PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE – DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE – NECESSIDADE DE IMPEDIR QUE A TRANSGRESSÃO A ESSE DIREITO FAÇA IRROMPER, NO SEIO DA COLETIVIDADE, CONFLITOS INTERGENERACIONAIS - ESPAÇOS TERRITO-

RIAS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS (CF, ART. 225, § 1º, III) – ALTERAÇÃO E SUPRESSÃO DO REGIME JURÍDICO A ELAS PERTINENTE – MEDIDAS SUJEITAS AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE LEI – SUPRESSÃO DE VEGETAÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE – POSSIBILIDADE DE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, CUMPRIDAS AS EXIGÊNCIAS LEGAIS, AUTORIZAR, LICENCIAR OU PERMITIR OBRAS E/OU ATIVIDADES NOS ESPAÇOS TERRITORIAIS PROTEGIDOS, DESDE QUE RESPEITADA, QUANTO A ESTES, A INTEGRIDADE DOS ATRIBUTOS JUSTIFICADORES DO REGIME DE PROTEÇÃO ESPECIAL – RELAÇÕES ENTRE ECONOMIA (CF, ART. 3º, II, C/C O ART. 170, VI) E ECOLOGIA (CF, ART. 225) – COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRITÉRIOS DE SUPERAÇÃO DESSE ESTADO DE TENSÃO ENTRE VALORES CONSTITUCIONAIS RELEVANTES – OS DIREITOS BÁSICOS DA PESSOA HUMANA E AS SUCESSIVAS GERAÇÕES (FASES OU DIMENSÕES) DE DIREITOS (RTJ 164/158, 160-161) – A QUESTÃO DA PRECEDÊNCIA DO DIREITO À PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE: UMA LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL EXPLÍCITA À ATIVIDADE ECONÔMICA (CF, ART. 170, VI) – DECISÃO NÃO REFERENDADA – CONSEQÜENTE INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. A PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE: EXPRESSÃO CONSTITUCIONAL DE UM DIREITO FUNDAMENTAL QUE ASSISTE À GENERALIDADE DAS PESSOAS.

- Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciá-



vel, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. Doutrina.

**A ATIVIDADE ECONÔMICA NÃO PODE SER EXERCIDA EM DESARMONIA COM OS PRINCÍPIOS DESTINADOS A TORNAR EFETIVA A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE.**

- A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a “*defesa do meio ambiente*” (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral.

Doutrina.

Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural. A QUESTÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL (CF, ART. 3º, II) E A NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE (CF, ART. 225): O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO FATOR DE OBTENÇÃO DO JUSTO EQUILÍBRIO ENTRE AS EXIGÊNCIAS DA ECONOMIA E AS DA ECOLOGIA.- O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compro-

missos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações. O ART. 4º DO CÓDIGO FLORESTAL E A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.166-67/2001: UM AVANÇO EXPRESSIVO NA TUTELA DAS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE.

- A Medida Provisória nº 2.166-67, de 24/08/2001, na parte em que introduziu significativas alterações no art. 4º do Código Florestal, longe de comprometer os valores constitucionais consagrados no art. 225 da Lei Fundamental, estabeleceu, ao contrário, mecanismos que permitem um real controle, pelo Estado, das atividades desenvolvidas no âmbito das áreas de preservação permanente, em ordem a impedir ações predatórias e lesivas ao patrimônio ambiental, cuja situação de maior vulnerabilidade reclama proteção mais intensa, agora propiciada, de modo adequado e compatível com o texto constitucional, pelo diploma normativo em questão.

- Somente a alteração e a supressão do regime jurídico pertinente aos espaços territoriais especialmente protegidos qualificam-se, por efeito da cláusula inscrita no art. 225, § 1º, III, da Constituição, como matérias sujeitas ao princípio da reserva legal.

- É lícito ao Poder Público – qualquer que seja a dimensão institucional em que se posicione na estrutura federativa (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) – autorizar, licenciar ou permitir a execução de obras e/ou a realização de serviços no âmbito dos espaços territoriais es-

pecialmente protegidos, desde que, além de observadas as restrições, limitações e exigências abstratamente estabelecidas em lei, não resulte comprometida a integridade dos atributos que justificaram, quanto a tais territórios, a instituição de regime jurídico de proteção especial (CF, art. 225, § 1º, III).

Em suma o acórdão analisa como questão de fundo aparente o conflito entre o dispositivo constitucional do desenvolvimento nacional [CF, art. 3º, II] e a necessidade de preservação da integridade do meio ambiente [art. 225]. Em sentido estrito a questão objeto da discussão é se seria necessária a edição de lei formal [princípio constitucional da reserva de lei] para a supressão de vegetação em área de preservação permanente. Isto porque a Medida Provisória n° 2.166-67/2001, na parte em que introduziu alterações no art. 4º do Código Florestal permitiu a autorização da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, sem a publicação de lei específica, para licenciar ou permitir a execução de obras e realização de serviços no âmbito dos espaços territoriais especialmente protegidos.

Isto porquê, segundo a maioria dos membros do Supremo Tribunal Federal, a lei que autoriza estas licenças, permite a execução de obras e realização de serviços nas áreas de preservação permanente é o próprio Código Florestal que permitiria ele sim um real controle pelos entes estatais das atividades desenvolvidas no âmbito das áreas de preservação permanente, em ordem a impedir ações predatórias e lesivas ao patrimônio ambiental, cuja situação de maior vulnerabilidade reclama proteção mais intensa.

### **3 DA ANÁLISE DO ACÓRDÃO**

#### **3.1 Da não ocorrência das falácias da hyper-integration e dis-integration.**

Preliminarmente, observa-se que a interpretação conferida, pelos componentes do Tribunal Pleno do egrégio Supremo Tribunal Federal, ao julgado está em consonância com os dez preceitos para uma interpre-

tação sistemática da Constituição defendidos por Juarez Freitas<sup>1</sup> que são de fundamental importância para a hermenêutica jurídica contemporânea, não apenas nos debates acadêmicos, mas principalmente, nas decisões do Poder Judiciário acerca de matéria constitucional. Estes preceitos suprimem lacunas, extinguem antinomias e tornam possível uma aplicação justa e proporcional do texto constitucional aos casos a serem examinados pelo Poder Judiciário.

O mau entendimento e a incompreensão da Constituição nos dias atuais são a causa de equívocos cometidos nos julgados de nosso país que, algumas vezes, não aplicam o texto constitucional quando deveriam aplicar, aplicam o texto constitucional quando não deveriam aplicar, ou cometem as falácias da hiper-integração e da desintegração bem referidas por Laurence Tribe e Michael Dorf no seu clássico *How not to read de Constitution*.

Todavia, no caso em tela não se vislumbram as falácias da *hyper-integration* e da *dis-integration* que somadas ao originalismo são as

---

<sup>1</sup> Primeiro Preceito: Numa adequada interpretação tópicosistemática da Constituição os princípios fundamentais são a base e o ápice do sistema. Segundo Preceito: As melhores interpretações são aquelas que sacrificam o mínimo para preservar o máximo de direitos fundamentais. Terceiro Preceito: Toda exegese sistemática constitucional tem o dever de garantir a maior tutela jurisdicional possível. Quarto Preceito: Uma interpretação sistemática constitucional deve buscar a maior otimização possível do discurso normativo. Quinto Preceito: Toda e qualquer exegese sistemática constitucional deve ser articulada a partir de uma fundamentação [hierarquização] racional, objetiva e impessoal das premissas eleitas. Sexto Preceito: Uma boa interpretação sistemática constitucional é aquela que se sabe, desde sempre, coerente e aberta. Sétimo Preceito: As melhores interpretações constitucionais sempre procuram zelar pela soberania da vitalidade do sistema, sem desprezar o texto, mas indo além dele, como requer o próprio texto constitucional. Oitavo Preceito: As melhores leituras sistemáticas da Constituição visualizam os direitos fundamentais como totalidade indissociável e, nessa medida, procuram restringir ao máximo as suas eventuais limitações, emprestando-lhes, quanto ao núcleo essencial, tutela reconhecida da eficácia direta e imediata. Nono Preceito: Na perspectiva tópicosistemática, uma lúcida interpretação das normas fundamentais sempre colima promover a preservação dos princípios constitucionais, ainda quando em colisão. Décimo Preceito: Uma pertinente e adequada interpretação sistemática só declara a inconstitucionalidade quando a afronta ao sistema revelar-se manifesta e insanável. Cf. *A interpretação sistemática do direito*, p. 7.

formas falaciosas pelas quais, segundo Tribe e Dorf, não deve ser lido o texto constitucional.<sup>2</sup>

A *dis-integration* é bem exemplificada por Tribe e Dorf ao referirem a interpretação dada pelo *Chief Justice* Burger acerca da pena de morte<sup>3</sup>. A quinta emenda da Constituição Americana refere que nenhuma pessoa deverá ser privada da sua vida, liberdade e propriedade sem o devido processo legal. Dessa forma, ignorando a oitava emenda que proíbe a aplicação de penas cruéis, a Suprema Corte Americana entendeu que com o devido processo legal é possível à aplicação da pena de morte. Referida interpretação comete a falácia da desintegração tendo em vista que desconsidera importante dispositivo constitucional que protege a integridade física do ser humano. A aludida interpretação falaciosa compreende que a punição cruel não é permitida pela Constituição Americana, mas a pena de morte por enforcamento, choque elétrico ou envenenamento pode ser aplicada pelos Estados não sendo, segundo esta interpretação desintegrada, a pena capital uma pena cruel.

---

<sup>2</sup> In effect, we want to offer some negative observations about ways no to read the Constitution, before turning in the remaining chapters to the more affirmative Project of reading the Constitution, against the backdrop of several actual as well as hypothetical cases. We have already rejected originalism as one way not to read the Constitution. Two additional ways not to read the Constitution are readily apparent; we will call them reading by disintegration and reading by hyper-integration. Cf. *How not to read de Constitution*, p. 20.

<sup>3</sup> Consider more closely, then, the first fallacy – that of dis-integration. Let us begin with a straightforward example, one that was a favorite of former Chief Justice Burger. The Fifth Amendment says that “no person... shall be prived of life, liberty, or property, without due process of law”. Chief Justice Burger used to argue, as have others, that the authors of the language obviously must have contemplated that, with “due process of law”, a person may be deprived of life. Therefore, the argument goes, capital punishment is constitutional. It’s very simple; why should the Court struggle over it? The conclusion may or may not be right. Whether the death penalty is unconstitutional in an era when the overwhelming majority of industrialized nations have rejected it is a perplexing question. But Chief Justice Burger’s proposed method of answering it is profoundly dis-integrated and is not really a way of interpreting this Constitution, because the Fifth Amendment ratified as a separate part of the Constitution. It says that “cruel and unusual punishments” shall not be imposed. Is the death penalty, then, cruel and unusual? *Idem*, p. 21.

Nos dias atuais, contudo, como bem referido pelo *Justice Brennan*, o fato de uma cláusula constitucional contemplar de forma evidente que a pena de morte pode ser imposta pelo governo, sem ofender esta parte da Constituição, não é suficiente para responder a questão. Isto porque a quinta emenda da Constituição Americana deve ser analisada em conjunto com a oitava emenda da mesma para que o todo do texto não tenha o seu espírito e significado fulminado pela falácia da desintegração.

Indiscutivelmente, a interpretação oferecida pela Suprema Corte Americana há época da ratificação destas emendas, em 1791, não destoava do quadro político e econômico da época por mais bárbaro que fosse. Todavia, nos dias atuais, em que as nações civilizadas baniram a pena capital do seu ordenamento e sucessivos estudos demonstram cabalmente a completa ineficácia da mesma, torna-se insustentável a defesa da pena capital se analisarmos, também, o assunto sob o prisma das garantias dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.

Também não ocorre no caso a falácia da *hyper-integration* bem exemplificada por Tribe e Dorf na análise, de forma reversa, dos precedentes da Suprema Corte americana chamados *flag-burning decisions* de 1989 e 1990. Nestes casos Tribe e Dorf analisam o conflito entre o princípio da liberdade de expressão e crítica contra as políticas dos EUA prevista na primeira emenda da Constituição americana como um direito constitucional de todo o cidadão e a impossibilidade de punição criminal prevista através de emenda constitucional, para quem intencionalmente mutilasse, desfigurasse, corrompesse, queimasse ou mantivesse no chão ou no solo qualquer bandeira dos Estados Unidos da América.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Consider, for example, the task that would confront the Supreme Court if, in order reverse the Court's 1989 and 1990 flag-burning decisions, the Constitution were amended to enable the federal and state governments to impose criminal sanctions on someone who "knowingly mutilates, defaces, physically defile, burns, maintains on the floor or ground, or tramples upon any flag of the United States". That was the language of the federal statute properly struck down in *United States v. Eichman*. Presumably, the terms of any flag desecration amendment that might ever be ratified would not disturb the First Amendment per se. It would be an amendment in addition to the First Amendment: both would be an amendment in addition to the First Amendment: both would be part of the amended Constitution. Suppose that after ratification of the flag desecration amendment, Congress were to reenact the flag desecration amendment, Congress were to reenact the flag desecration statute struck down in *Eichman*. Would it then be

No *leading case United States v. Eichman* julgado pela Suprema Corte Americana foi derrubado o Estatuto Federal que proibia a punição para quem conscientemente estragasse, cortasse, desfiasse, queimasse, estendesse no chão ou pisasse em qualquer bandeira dos Estados Unidos.<sup>5</sup> Estaríamos ante um caso de hiper-integração, se a decisão não fosse esta. Como bem afirmado por Tribe e Dorf:

Uma posição hiper-integracionista como essa, a nosso ver, pode não ser legítima. Para ser claro, talvez não exista uma teoria política adequada capaz de conciliar o largo alcance da liberdade de expressão generalizada, com uma exceção criada explicitamente para a bandeira dos Estados Unidos; e ainda, a necessidade de consistência doutrinária pode não dar poder à Suprema Corte para ignorar o texto ou o inegável propósito de uma emenda promulgada no prazo. Outra tarefa difícil para a Suprema Corte seria ter que seguir indefinidamente delineando as fronteiras entre as expressões protegidas e a não profanação da bandeira.<sup>6</sup>

---

obviously constitutional? In the 1989 flag burning case, the Supreme Court noted that protection for “expression of dissatisfaction with the policies of this country is situated at the core of our First Amendment, since it is difficult to imagine that someone who burns an American flag express anything but “dissatisfaction with the policies of this country”. Given the importance of the First Amendment to our constitutional scheme of individual liberty and self-government, might this entitle the justice to rule that since the First Amendment is still part of the Constitution it trumps the flag desecration amendment, and to hold therefore that flag burning is still protected speech, notwithstanding the flag desecration amendment? Such a hyper-integrationist position would, in our view, be illegitimate. To be sure, there may be no adequate political theory that can reconcile wide-ranging freedom of expression generally with an explicit exception for the United States flag; yet the need for doctrinal consistency does not empower the Supreme Court to ignore the text or the undeniable purpose of a duly enacted amendment. Difficult as the task might be, the Supreme Court would have to go about drawing lines between protected expression on the one hand, and unprotected flag-defilement on the other. The sort of view that would allow the Supreme Court to invalidate a duly enacted amendment is a clear symptom of not interpreting the Constitution; little could better illustrate the hyper-integrationist fallacy. To attribute any unitary mission to the Constitution “as a whole” is to cross the line between reading the document and writing one of your own. Idem, págs. 26-27.

<sup>5</sup> *Hermenêutica Constitucional*, p. 27.

<sup>6</sup> Idem, p.28.

No *leading case* do egrégio STF ora analisado faz-se fundamental analisar a legislação de regência. A norma Constitucional prevê: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: (...) III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção. (...)”

De outra banda a Lei nº 4.771/65 prevê: “Art. 4º A supressão de vegetação em área de preservação permanente somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública ou de interesse social, devidamente caracterizados e motivados em procedimento administrativo próprio, quando inexistir alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto. § 1º A supressão de que trata o ‘caput’ deste artigo dependerá de autorização do órgão ambiental estadual competente, com anuência prévia, quando couber, do órgão federal ou municipal de meio ambiente, ressalvado o disposto no § 2º deste artigo. § 2º A supressão de vegetação em área de preservação permanente situada em área urbana, dependerá de autorização do órgão ambiental competente, desde que o município possua conselho de meio ambiente com caráter deliberativo e plano diretor, mediante anuência prévia do órgão ambiental estadual competente fundamentada em parecer técnico. § 3º O órgão ambiental competente poderá autorizar a supressão eventual e de baixo impacto ambiental, assim definido em regulamento, da vegetação em área de preservação permanente. § 4º O órgão ambiental competente indicará, previamente à emissão da autorização para a supressão de vegetação em área de preservação permanente, as medidas mitigadoras e compensatórias que deverão ser adotadas pelo empreendedor. § 5º A supressão de vegetação nativa protetora de nascentes, ou de dunas e mangues, de que tratam, respectivamente, as alíneas ‘c’ e ‘f’ do art. 2º deste Código, somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública. § 6º Na implantação de reservatório artificial é obrigatória a desapropriação ou aquisição, pelo empreendedor, das áreas de preservação permanente criadas no seu entorno, cujos parâmetros e regime de uso serão definidos por resolução do CONAMA. § 7º É permitido o acesso de pessoas e animais às áreas de



preservação permanente, para obtenção de água, desde que não exija a supressão e não comprometa a regeneração e a manutenção a longo prazo da vegetação nativa.”

Dessa forma referido dispositivo infra-constitucional é uma garantia de que haverá um procedimento administrativo quando houver supressão de vegetação em área de preservação permanente, e mais, esta supressão somente poderá ser autorizada em casos de utilidade pública ou de interesse social de forma motivada e, ainda, somente naqueles casos em que não houver alternativa técnica ou locacional ao empreendimento proposto.

Assim o Poder Público possui em suas mãos um mecanismo legal que permite a defesa e a preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações como previsto no art. 225, *caput*, de nossa Magna Carta. Do mesmo modo referido texto constitucional torna compatível à preservação do meio ambiente, como direito constitucional de terceira geração, com os princípios gerais da atividade econômica que é fundada na livre iniciativa, mas tem também como princípio a defesa do meio ambiente, inclusive, mediante “tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação [art.170,inc.IV]”.

Isto porque seria pouco crível, e violaria o princípio constitucional da proporcionalidade, que cada árvore ou arbusto que por algum motivo especial tivesse de ser cortada, por utilidade pública ou interesse social, fosse necessária a edição de lei formal para a realização de referido corte. Aqui pode ser lembrada aquela máxima de Fritz Fleiner ao referir-se ao poder de polícia utilizado de forma abusiva com a seguinte comparação: “Não é dado ao Estado abater com um fuzil um pardal”.

A interpretação deve ser feita, e o foi no caso, a ponto de não aniquilar um direito constitucional [livre iniciativa] em benefício de outro princípio constitucionalmente tutelado: a proteção do meio ambiente. Deve haver proporcionalidade na ponderação destes valores, o núcleo essencial de cada qual deve ser preservado e a proteção deve ser suficiente não podendo ser insuficiente em face do vetor da vedação de inoperância e tampouco não pode superestimar determinado princípio em face da possibilidade do escárnio da violação do vetor da proibição de excesso, ambos corolários do princípio da proporcionalidade.

Como afirmado por Juarez Freitas o intérprete constitucional deve ser o guardião de uma perspectiva proporcional da Carta:

O segundo preceito a referir é o de que o intérprete constitucional deve ser o guardião de uma perspectiva proporcional da Carta, não entendida a proporcionalidade apenas como adequação meio-fim. Proporcionalidade significa, sobretudo, que estamos obrigados a sacrificar o mínimo para preservar o máximo de direitos. Esta parece ser uma fórmula suficientemente esclarecedora para o preceito, vendo-o também como algo mais do que a simples vedação de excessos. Em nenhuma circunstância, um direito constitucional deve suprimir, por inteiro, outro direito.<sup>7</sup>

Pode-se dizer que no caso em tela a não exigência de lei para a supressão de vegetação de área de preservação permanente além de não impedir a proteção do meio ambiente também não inviabiliza investimentos da iniciativa privada importantes sempre para o desenvolvimento econômico sustentável e politicamente correto. É certo afirmar, também, que o Supremo Tribunal Federal através de uma interpretação sistemática afastou as falácias da *dis-integration* e da *hyper-integration*. Ademais como afirmado por Juarez Freitas "...uma interpretação sistemática madura afasta, entre outras, as falácias da *dis-integration* e da *hyper-integration*, sem sucumbir a niilismo de qualquer espécie."<sup>8</sup>

Referidas falácias, portanto, encontram-se expungidas do *leading case* justamente porque a interpretação do texto Constitucional em seu conjunto cotejado com a legislação infraconstitucional já citada harmoniza o desenvolvimento econômico e a livre iniciativa com a proteção do meio ambiente.

<sup>7</sup> O intérprete e o poder de dar vida à Constituição: preceitos de exegese constitucional, in *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*.

<sup>8</sup> Idem, p. 64.

### 3.2 A interpretação conferida pela Corte, por maioria, está de acordo com os quatro cânones de Emílio Betti.

Emílio Betti fundador - na Universidade de Roma em 1955 - do “Instituto de Teoria da Interpretação” deve ser recordado como autor da obra que é alicerce basilar da teoria da hermenêutica: “Teoria Geral da Interpretação”. É um marco da obra deixada por Betti que a tarefa do intérprete a de “re-conhecer” e “re-construir” a mensagem, as intenções e o sentido do objeto.

Betti foi ferrenho crítico de teóricos da hermenêutica como Heidegger, Gadamer e Bultmann, pois segundo ele estes não levam na devida conta os direitos do objeto. Para Betti estes impõe o sentido ao objeto, ao invés de essencialmente extraírem do objeto o sentido de que a ele é inerente. Por isso Betti faz a devida distinção do que seja uma doação de sentido [*Singesbung*] do que é uma interpretação do sentido incorporado em um objeto [*Aulesgung*]. E daí surge a conhecida máxima na teoria da hermenêutica: “*Sensus nos est inferendus, sed efferendus*, o sentido não deve ser imposto mas extraído”.<sup>9</sup>

Com a finalidade de defender uma hermenêutica que garanta direitos ao objeto, Betti propôs quatro cânones ao procedimento hermenêutico:

1º. Cânon da autonomia: o sentido deve ser aquilo que se encontra no dado e dele se extrai, e não um sentido que para ele se transfere a partir de fora;

2º. Cânon da totalidade: as partes de um texto são iluminadas pelo sentido do texto inteiro, e o texto em seu conjunto se compreende no contínuo confronto com suas partes;

3º. Cânon da atualidade do compreender: a atitude do intérprete não deve ser “passivamente receptiva, mas factualmente reconstrutiva”: isto quer dizer que seria absurdo se a subjetividade do intérprete [e seus preconceitos, suas expectativas] fosse cancelada; o importante é que não seja imposta arbitrariamente sobre o objeto;

<sup>9</sup> *História da Filosofia. I. Emílio Betti e a hermenêutica como método geral das ciências do espírito*. p. 265.

4º Cânon da adequação do compreender: o intérprete deve estar congenialmente disposto em relação ao objeto a interpretar, no justo nível espiritual para uma compreensão adequada.<sup>10</sup>

Assim para Betti a diferença entre o processo interpretativo e qualquer outro processo de conhecimento, em que se confrontam sujeito e objeto, é que o objeto está constituído por objetivações do espírito cabendo, como já referido, ao hermenêuta a missão de “re-construir” após “re-conhecer” a mensagem, os códigos e as intenções manifestadas nas objetivações.

Dessa forma o cânone da autonomia restou demonstrado na medida que o princípio constitucional da proteção ao meio ambiente foi extraído do art. 225 da Constituição Federal na medida certa e nada mais foi dali absorvido para alterar o significado do referido princípio.

O cânone da totalidade restou demonstrado de forma cabal no *leading case* na medida que o princípio da preservação do meio ambiente restou interpretado em harmonia com o princípio da livre iniciativa e do desenvolvimento sustentável. Desta forma a interpretação majoritária analisou o texto como um todo e não através de princípios, valores e regras isoladas de nossa Carta Política.

O cânone da atualidade do compreender também foi observado tendo em vista que a atitude do julgar da maioria do Tribunal Pleno não foi passiva, mas re-constitutiva, restando preservada a subjetividade do intérprete. Isto porque se fosse levado em consideração apenas o princípio da preservação do meio ambiente considerado de forma literal e ignorada a abrangência do texto inserto no Código Florestal pela Medida Provisória 2. 166 – 67 esta deveria ser declarada inconstitucional. Todavia, a Suprema Corte entendeu que os mecanismos inseridos no art. 4º do Código Florestal permitem um real controle pelo Estado das atividades desenvolvidas no âmbito das áreas de preservação permanente e desta forma impedem ações predatórias e lesivas ao patrimônio ambiental.

---

<sup>10</sup> Idem, pág. 265.

Isso porque a partir da edição da Medida Provisória a supressão de vegetação somente poderá se dar com autorização do Poder Público em casos de utilidade pública ou de interesse social, de forma motivada, e após procedimento administrativo próprio. Ainda, a supressão da vegetação somente poderá ocorrer quando inexistir alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto.

Em relação ao quarto cânone, afirmou Betti:

Um quarto cânone ermeneutico, strettamente conesso col precedente e, come questo, attinente al soggetto del processo interpretativo: quello che proporremo di chiamare il cânone dell' adeguazione dell' intendere, o cânone della retta corrispondenza o consonanza ermeneutica, per cui l' interprete deve sforzarsi di mettere la própria vivente attualità in intima adesione e armonia col messaggio che – secondo la calzante immaginedei Humboldt – gli perviene dall' oggetto, per modo che l' una e l' altro vibrino in perfetto uníssonu.<sup>11</sup>

Como referido, por Leonel Cesarino Pessoa, a respeito do quarto cânone de Betti, em complementação:

A participação do sujeito foi introduzida com um sentido bastante determinado. O intérprete deve percorrer em sentido inverso o processo criativo, mas não pode empreender esse percurso de maneira qualquer. O intérprete não está totalmente livre para tanto. O quarto cânone prescreveu condições que o intérprete deve satisfazer nesse processo de reconstrução do espírito originário. Duas foram às condições. Ele deve, sob o aspecto negativo, livrar-se dos pré-julgamentos e, sob o aspecto positivo, ampliar seus horizontes, tudo isso de modo a poder colocar-se em “íntima harmonia” com a mensagem que lhe é enviada na forma representativa. Nem todos podem assim captar as mensagens inscritas nas formas representativas, mas somente aqueles que conseguirem satisfazer a essa exigência de adequação.<sup>12</sup>

<sup>11</sup> *Teoria generale della interpretazione*, p. 319.

<sup>12</sup> *A teoria da interpretação jurídica de Emílio Betti: Dos métodos interpretativos à teoria hermenêutica*.

No *leading case* o Tribunal Pleno, na condição de guardião da Constituição, “re-percorreu” o *iter* interpretativo e “re-construiu” o espírito originário do texto da Medida Provisória que estava em consonância com o texto constitucional no sentido de preservar o meio ambiente sem tolher o desenvolvimento econômico e a livre iniciativa.

### 3.3 As pré-compreensões determinantes da decisão.

Aluno de Heidegger, Hans Georg Gadamer [1900-2002] – professor em Leipzig, depois em Frankfurt e, por fim, em Heidelberg, intérprete da filosofia antiga, da mesma forma de Hegel e dos historicistas, publicou “Verdade e Método”, um clássico da hermenêutica, em questões técnicas e filosóficas.

Segundo Gadamer o intérprete se aproxima dos textos não com a mente semelhante a uma tabula rasa, mas com a sua pré-compreensão [*Vor-verständnis*], seus pré-juízos [*Vor-urteile*], suas pré-suposições e suas expectativas. Dessa forma analisa-se o texto através de uma pré-compreensão do intérprete. O intérprete possui em seu intelecto um significado preliminar do texto e é por isso que o texto é lido pelo mesmo com expectativas pré-determinadas, que derivam de sua pré-compreensão.

É com este *Vor-verständnis* que o intérprete se aproxima do texto e é sempre a colisão entre alguma parte da pré-compreensão do intérprete e o texto propriamente dito que atrai a sua atenção. E isto ocorre nos casos em que o texto não possui qualquer sentido e também naqueles outros casos em que o texto contrasta com as expectativas do intérprete.

Com efeito, Gadamer afirma que:

São esses choques que forçam o hermeneuta a se dar conta de seus próprios pré-juízos e a pôr em movimento a cadeia das interpretações sempre mais adequadas. Com efeito, quem procura compreender fica exposto aos erros derivados de pressuposições que não encontram confirmação no objeto. Conseqüentemente, a compreensão de tudo o que se deve compreender consiste totalmente na elabo-

ração desse projeto preliminar, que obviamente é revisto continuamente com base no resultado da penetração ulterior do texto.<sup>13</sup>

Desse modo, o trabalho hermenêutico posterior nada mais é do que a elaboração ou “re-elaboração” da chamada pré-compreensão que é revista continuamente com base no resultado da penetração ulterior do texto.

No *leading case* observa-se que no voto condutor resta evidenciada uma pré-compreensão determinante no sentido de proteger o meio ambiente através de uma leitura harmônica do texto constitucional com a aludida Medida Provisória que alterou o Código Florestal. Todavia, nos votos vencidos do Ministro Marco Aurélio e Carlos Britto está embutido um pré-conceito que insula a leitura do texto constitucional quando este protege o meio-ambiente. Ou seja, os Ministros ao proferirem os seus votos invocando o art. 225 da Constituição Federal não tiveram a pré-compreensão necessária do mesmo, pois não o adaptaram em relação à atividade econômica ecologicamente correta [art. 170, inc. VI] e tampouco observaram que a Medida Provisória que alterou o Código Florestal aperfeiçoou o mesmo na medida em que criou critérios com base no processo administrativo a fim de evitar o desmatamento criminoso e irracional.

Como afirmado por Richard Palmer “a interpretação de um texto, não é, pois uma abertura passiva, mas sim uma interação dialética com o texto, não é uma simples confirmação, mas sim uma criação, um novo evento na compreensão”.<sup>14</sup> É necessário “re-percorrer” os próprios pré-conceitos e pré-compreensões para se chegar a uma interpretação mais razoável e mais próxima da verdade e, no caso do direito, da justiça.

Em relação aos votos vencidos, onde esteve presente o círculo hermenêutico? Foi esmiuçado o texto da Medida Provisória e cotejado o mesmo com a Constituição Federal e com a realidade econômica, social e ambiental do país? Foi reconhecida a existência de sistema jurídico?

<sup>13</sup> *História da Filosofia. Hans Georg Gadamer e a teoria da hermenêutica*. Capítulo Décimo Terceiro. 6 Volume. Pág.251.

<sup>14</sup> *Hermenêutica*. pág. 24.

Penso que não, houve mera aplicação de artigo da Constituição Federal que ignorou esses relevantes fatos. E, impossível confundir-se, não ocorreu aqui a máxima de Gadamer de “interpretar aplicando”, ao contrário, “aplicou-se a lei sem efetivamente interpretá-la”.

Refere com propriedade Ricardo Bittar:

Outra constatação importante da teoria de Gadamer: só há hermenêutica jurídica quando há um sistema jurídico vigente para todos os membros de uma comunidade, inclusive e, sobretudo, para aqueles que elaboram as leis e ditam as regras sociais. Se algo é vinculante e não abolível, o único recurso racional à solução necessária para a decisão é o recurso à hermenêutica.

Aí, neste ponto fica evidenciada a importância do pensamento de Gadamer para a hermenêutica jurídica, principalmente os conceitos de experiência, de compreensão, de historicidade e de lingüisticidade que sempre foram combatidos e ignorados pelas tendências mais conservadoras da hermenêutica jurídica. A hermenêutica jurídica é o resultado híbrido do passado e do presente, assim a aplicação demanda sempre a pré-compreensão, em um círculo de passado, presente e futuro que envolve a compreensão do ser pelo próprio ser.<sup>15</sup>

Pasqualini, por sua vez, afirma que “quem interpreta, ao mesmo tempo, aplica [Gadamer] e hierarquiza [Juarez Freitas], então o jogo da exegese representa, mais do que qualquer outra coisa, perseguir o melhor possível [*belstiston ekton dynaton*]”.<sup>16</sup> A interpretação e aplicação de Gadamer, portanto, deve estar em consonância com a interpretação tópico-sistemática de Juarez Freitas para que haja então maior plausibilidade de obtenção da melhor, mais exata e justa interpretação.

<sup>15</sup> Hans-Georg Gadamer: a experiência hermenêutica e a experiência jurídica. *Hermenêutica Plural*. Org. Carlos e de Abreu Boucault e José Rodrigo Rodriguez. Págs.180-201.

<sup>16</sup> In *Hermenêutica Plural*. Org. Carlos e de Abreu Boucault e José Rodrigo Rodriguez. Op. Cit. págs. 159-179.



### 3.4 Na decisão respeitou-se à máxima da aplicação direta dos direitos fundamentais.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito constitucional fundamental de terceira dimensão [art. 225, §3º] [seguindo o conhecido critério de direitos constitucionais de primeira, segunda e terceira dimensões referidos por Celso Ribeiro Bastos], em que pese a sua localização no texto constitucional esteja fora do rol do art. 5º.<sup>17</sup>

Jorge Miranda, ao comentar a Constituição portuguesa é por demais claro e refere que “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos e garantias são diretamente aplicáveis”.<sup>18</sup> Aliás, referida asserção provém da dicção literal da primeira parte do art. 18º do diploma constitucional luso praticamente transplantado para o art. 5º, § 2º, de nossa Magna Carta.

Para Jorge Miranda o sentido essencial da norma não pode deixar de salientar o caráter preceptivo, e não programático, das normas de direitos, liberdades e garantias. A norma deve afirmar que esses direitos se fundam na Constituição e não na lei. E por fim a norma deve sublinhar [em expressão conhecida na doutrina tedesca] que é a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais, e não são os direitos fundamentais que devem mover-se no âmbito da lei.<sup>19</sup>

De outra banda, sem ignorar as lições de Konrad Hesse, contrárias a Nipperday, que em sua essência admite a aplicação direta dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, Gilmar Ferreira Mendes entende que, sendo as relações entre particulares, com base no direito privado, decididas pelo Estado-Juiz, está a jurisdição vinculada aos direitos fundamentais. Desse modo, a matéria constitucional assume sempre relevo nas decisões dos tribunais ordinários como na Corte Constitucional.<sup>20</sup>

<sup>17</sup> Cf. Ingo Sarlet. *A eficácia dos direitos fundamentais*. pág. 80.

<sup>18</sup> *Direitos Fundamentais*; pág. 135.

<sup>19</sup> Idem, ibidem.

<sup>20</sup> *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. p. 223.

Juarez Freitas, por sua vez, defende a redução ao máximo das limitações dos direitos fundamentais:

os direitos fundamentais não devem ser apreendidos separada ou localizadamente, como se estivessem todos encartados no art.5º da Constituição Federal [no caso brasileiro]. De outra parte, devem ser interpretadas restritivamente as limitações, havendo, a rigor, regime unitário dos direitos fundamentais das várias gerações, donde segue que, no âmbito, todos os direitos têm eficácia direta e imediata, reclamando crescente acatamento, notadamente tendo em vista os direitos sociais, encontrando-se peremptoriamente vedados os retrocessos. Com efeito, uma vez reconhecido qualquer direito fundamental, a sua ablação e a sua inviabilização de exercício mostram-se inconstitucionais.<sup>21</sup>

Tendo presentes referidas lições doutrinárias em cotejo com o corpo do acórdão sindicado observa-se de chofre que a máxima da aplicação imediata dos direitos fundamentais verificou-se no caso em tela. Todavia, referida aplicação, por maioria dos membros da Corte, se reafirma, observou as máximas da vedação de excesso e de inoperância. Não foi o caso da minoria vencida que ao interpretar o dispositivo constitucional levou a interpretação extrema de se exigir, na prática, a edição de lei formal para o corte de uma árvore ou de um arbusto em uma área de preservação permanente.

### **3.5 A decisão é a única resposta correta.**

A decisão do Supremo Tribunal Federal sim, neste caso, e por exceção, tendo em vista que nos dias atuais a hermenêutica repudia a tese da única resposta correta, foi, sem redundância, a única resposta correta. Pretender a aplicação do art. 225, § 3º, da Constituição em detrimento da Medida Provisória impugnada inviabilizaria toda e qualquer atividade econômica em áreas de preservação permanente em menoscabo aos princípios gerais da atividade econômica insertos no art. 170 da Constituição Federal. Em permane-

---

<sup>21</sup> Idem, pág.206.

cendo o voto da minoria, estaria vulnerado o princípio da livre iniciativa e da propriedade privada insertos no texto constitucional.

É certo que o direito ambiental deve cada vez mais ser um direito de tutela não do homem, mas do meio ambiente como um todo. É certo que o meio ambiente deve ser vigorosamente protegido contra atividades econômicas nocivas, inescrupulosas e irresponsáveis ambientalmente. Não se ignora também que a ordem econômica tem como princípio geral “a defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e seus processos de elaboração e prestação [art.170, inc.VI]”.

Todavia, a interpretação deve ser sempre tópico-sistemática alijando falácias interpretativas diversas. Assim dificultar e impedir o desenvolvimento, através de uma interpretação que não protege o meio ambiente e nem atende as noções de justiça preconizadas por Rawls, em *Uma Teoria da Justiça*, e de equidade lecionadas por Aristóteles, em “*A Política*”, não pode ser o melhor caminho a trilhar.

Desta forma ocorre que os votos vencidos pareceram marcados por uma interpretação textualista que não extraiu do texto constitucional o seu sentido mais sublime e, tampouco, analisou a medida provisória em seu âmago que ao exigir motivação e procedimento administrativo para a supressão de vegetação estava a proteger e tutelar o meio ambiente como determina o art. 225 da Constituição Federal.

### 3.6 Na decisão aparecem argumentações intencionalistas.

Parece ser indiscutível que no *leading case* aparecem argumentações intencionalistas. Esta posição intencionalista imbuída daquela noção de *voluntas legislatoris*, está inarredavelmente ligada à posição majoritária do excelso sodalício.

É bem verdade que ao referir-se ao intencionalismo mister faz se reportar aos hermeneutas norte-americanos que se dividem entre os interpretativistas e os não-interpretativistas que, sem preconceito, podem ser chamados de novos hermeneutas. Dentre os interpretativistas temos os originalistas que pretendem extrair da norma ou do texto original o seu significado. Também dentre os interpretativistas temos os intencionalistas que buscam na interpretação do texto extrair a intenção do seu

autor e, no mesmo sentido, do texto legal pretendem extrair a intenção do legislador ao editar determinada norma.

Dentre os interpretativistas, e também intencionalistas, se pode destacar Scalia [*A Matter of the Interpretation*] e Bork que dentre outras contribuições para o direito deixou a sua célebre polêmica com Dworkin sobre “o originalismo e a interpretação”. Essa talvez a sua mais concreta contribuição no campo da hermenêutica, seja em face dos seus sólidos argumentos seja pelo fôlego e vigor intelectual do adversário, autor de “*Taking Rights Seriously*”.

Como afirmado por Amy Gutmann no prefácio de *A Matter of the Interpretation*, a essência da filosofia da lei desenvolvida pelo Justice Scalia na obra é chamada de originalismo ou textualismo e visa buscar o significado original do texto e aplicá-lo às presentes circunstâncias. É assim que deveria, para Scalia, ser dirigida a interpretação dos estatutos e da Constituição.<sup>22</sup>

O Justice Scalia, de indiscutível coragem moral e intelectual, demonstrada em *A Matter of the Interpretation*, pela sua exposição às críticas de juristas do porte de Gordon Wood, Laurence H. Tribe, Mary Ann Glendon e Ronald Dworkin, defende com altivez o que ele entende por textualismo. Afirma que o textualismo não deve ser confundido com o que é apenas chamado de construtivismo, a forma degradada de textualismo traz uma filosofia como um todo desacreditada. Refere, no entanto, que não é um construcionista estrito e afirma que ninguém deve sê-lo. Todavia, supõe ser esta posição melhor do que a de um não-textualista. Assevera que o texto não deveria ser interpretado estritamente e lenientemente, mas deveria ser interpretado razoavelmente e abranger todos os significados de forma justa.<sup>23</sup>

<sup>22</sup> Vide em *A Matter of the Interpretation*” p. 3: “This is the essence of the philosophy of law that Justice Scalia develops here in more detail. The philosophy is called textualism, or originalism, since it is the original meaning of the text – applied to present circumstances – that should govern judicial interpretation of statutes and the Constitution”.

<sup>23</sup> Idem, p. 23: “Textualism should not be confused with so-called strict constructionism, a degraded form of textualism that brings the whole philosophy into disrepute. I am not a strict constructionist, and no one ought to be – though better that, I suppose, than a nontextualist. A text should not be construed strictly, and it should not be construed leniently; it should be construed reasonably, to contain all that it fairly means.”

Bork, criticado ferozmente por Dworkin, se caracteriza por ser um *strict constructionist*, ou seja, por ser um originalista radical assim como Berger e Rehnquist. Este pensamento de um *strict constructionism* nada mais é do que um originalismo radical e fica bem resumido em duas asserções bem expostas por Miguel Beltrán de Felipe nestes termos:

[a]- La interpretacion de la Constitución ha de regirse única y exclusivamente por la original intent y [b] cuando van más Allá de esta original intent, los Jueces del Tribunal Supremo le imponen sus ideas a la nación, usurpándole el poder al pueblo.<sup>24</sup>

Todavía, mostra-se temerário voltar-se exclusivamente para a *voluntas legislatoris* na hora de interpretar uma lei ou ater-se exclusivamente ao texto legal ao interpretá-lo. O círculo hermenêutico neste caso não se completa e o trabalho do hermenêuta torna-se empobrecido. Observa-se que o Ministro Marco Aurélio afirma que o art. 225 da Constituição Federal incide no caso concreto e protege o meio ambiente. Mas não observa que mesmo que essa disposição constitucional esteja no texto para proteger o meio ambiente não pode ser interpretada de modo a não protegê-lo, e mais, de inviabilizar a atividade econômica nas áreas de preservação permanente. Isto porque, se nem o direito fundamental à vida é absoluto o que se dirá do direito à proteção do meio ambiente que, se compreende, deve prevalecer sobre o direito fundamental à livre iniciativa, mas não pode solapá-lo, destruí-lo e incinerá-lo.

Em outros termos o argumento parece posto no sentido de que toda e qualquer atividade viola o meio ambiente e nada mais pode ser feito, projetado e elaborado sob pena de violação ao art. 225 da Constituição Federal. Este argumento é posto *ad terrorem* e não se sustenta, pois não vem devidamente motivado e justificado.

Todavía, em contrapartida, sempre os argumentos do Supremo Tribunal Federal trazem “um quê” de intencionalismo pela própria disposição constitucional que o eleva a guardião e intérprete maior do texto constitucional [art. 102, da CF]. Dessa forma, o intencionalismo sempre

<sup>24</sup> *Originalismo e interpretacion. Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional*, p. 57.

está presente nas interpretações do Supremo Tribunal Federal. Impõe-se ao mesmo policiar-se para não assumir uma posição intencionalista radical o que seria incompatível com o conceito mais comezinho de Estado Democrático e Social de Direito e feriria de morte o princípio da separação dos poderes [art. 2º], marcado pelo *checks and balances*.

Evidentemente a melhor hermenêutica, principalmente quando aborda direitos fundamentais, deve ir além do textualismo. Neste sentido Juarez Freitas:

numa perspectiva tópico-sistemática, indo além do textualismo, o núcleo basilar dos direitos fundamentais não pode deixar de ser respeitado, no presente, não apenas pelo legislador, mas pelo intérprete, mormente em sistemas de jurisdição única.<sup>25</sup>

Desse modo o textualismo não resolve antinomias e questões de difícil interpretação que envolvam conflitos de direitos fundamentais, de regras, valores e princípios. É necessária uma interpretação tópico-sistemática que busque em um sistema aberto de princípios, valores e regras uma saída que não descaracterize o Estado Democrático de Direito e, mais, o Direito em uma concepção justa.

### **3.7 Na decisão há justificação (interna e externa) suficiente.**

Na decisão encontra-se justificação interna e externa razoável e suficiente. A essa conclusão se chega ao se sindicarem acerca dos conceitos de sistemas interno e externo de acordo com Claus – Wilhelm Canaris, Karl Larenz, Ricardo Guastini e Alexy.

Referidos sistemas não são incompatíveis, mas complementam-se. Como afirmado por Karl Larenz:

O sistema interno é, além disso, fragmentário, no sentido de que não podem integrar-se nele todas as normas ou regulamentações. Tanto as regulações de índole preponderantemente técnico-jurídica, por exemplo, o regime cadastral for-

---

<sup>25</sup> Idem, pág. 209.

mal, a natureza da autenticação, os regulamentos de polícia, como as leis-medida se subtraem a ele, pelo menos em grande escala. Para pôr numa ordem externa a massa dessas normas e poder manejá-las é preciso, agora como dantes, o sistema externo. Só que não se deve esperar dele nenhuma resposta a questões jurídicas ou acreditar que só com a sua ajuda se podem descobrir as conexões de sentido internas do direito – sem cujo conhecimento a matéria jurídica é no seu conjunto uma massa inerte com a qual, em última instância, se pode operar de um ou exaltando a importância do sistema externo e de outro modo.<sup>26</sup>

Para Canaris, respondendo àqueles que o entendem despido de valor:

Com certeza que semelhante sistema não fica, com isso, despido de valor; pelo contrário: ele é de grande significado para que o Direito possa ser visto no seu conjunto e, com isso, para a praticabilidade da sua aplicação, bem como, imediatamente, também, para a segurança jurídica, no sentido da previsibilidade da decisão.<sup>27</sup>

Esta aí talvez a importância fulcral do chamado sistema externo e de seu inquestionável valor: a possibilidade de, ao analisar este sistema, prever a provável decisão e com isso irradiar segurança jurídica aos jurisdicionados.

A decisão considerou a alteração da legislação infraconstitucional, via Medida Provisória, constitucional. Desta forma restaram protegidas as áreas de proteção permanente e a sua vegetação. Foi considerado, também, o texto constitucional no sentido de compatibilizar o princípio da livre iniciativa com a proteção ao meio ambiente. No mesmo sentido valeram-se os Ministros em seus votos, em especial o relator, de citações de doutrina de direito constitucional e ambiental. Houve também referências a *leading cases* do Supremo Tribunal Federal.

<sup>26</sup> *Metodologia da Ciência do Direito*, págs. 696-697.

<sup>27</sup> *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema Jurídico*, p. 26.

Ficaram nítidas a eleição e a adoção de premissas internas e externas. Dessa forma a decisão restou com sólida justificação interna e externa e de difícil, ou impossível, contestação dentro de um prisma proporcional e racional.

### **3.8 Na decisão não aparecem intenções racionalistas radicais.**

Todo radicalismo torna-se perigoso, pois lhe falta juízo dialético, contraponto suficiente de idéias, análise de prós e contras, a razão dos “porquês”, uma visão ampliada de sistema jurídico e a razoabilidade de um pensamento que se possa chamar de tópico e sistemático.

O racional provém da razão e, portanto, desde que ponderado e refletido em um discurso dialético pode ser positivo. No caso em tela observam-se intenções racionalistas e raciocínios que levam em consideração àquela máxima da tridimensionalidade do direito exposta na filosofia jurídica de Miguel Reale levando em consideração a premissa maior e a premissa menor que levam a uma conclusão lógica. Portanto, analisando os votos vencedores, observa-se que foi analisado o texto constitucional e a combatida norma infraconstitucional em primeiro lugar [premissa maior]. Foram analisadas as hipóteses fáticas que poderiam ser marcadas por conseqüências nefastas com a suspensão da lei e chegou-se à conclusão de que poderiam ser causados prejuízos à economia, ao meio ambiente e à coletividade como um todo se a liminar deferida fosse ratificada.

Nesse prisma se observa um *decisum* racionalista, mas prudente, em que foram analisadas às hipóteses de decisões, contrário *sensu*, e suas conseqüências. Dessa forma não seria nem mesmo racional decidir ao contrário do que foi decidido por ausência de fundamentos constantes nos sistemas interno e externo.

### **3.9 A decisão em horizonte mais longo reduz conflitos intertemporais.**

A decisão demonstrou-se atual, pois protege o meio ambiente, o que vem sendo uma preocupação mundial nos últimos anos. Em nossos dias observa-se que os textos constitucionais e infraconstitucionais, ao redor do Mundo, surgem com redações que, de forma crescente, embasados



em acontecimentos reais e fatos científicos, protegem o meio ambiente como um todo.

Partindo, portanto, da premissa de que a alteração infraconstitucional, através da aludida Medida Provisória é benéfica ao meio ambiente pode-se dizer que a decisão em horizonte mais longo não apenas reduz conflitos intertemporais como também, no ponto nevrálgico da questão debatida neste ensaio, os elimina. Isto porque dos dias de hoje até os finais dos tempos o desenvolvimento econômico e social deverá respeitar o meio ambiente como uma forma não apenas de preservação da espécie humana, mas de todos os seres vivos.

A presente lei não poderá ser alterada, por exemplo, para permitir que a vegetação das áreas de preservação permanente seja extirpada pelo Poder Público ou por particulares sem o competente processo administrativo, sem o estudo de impacto ambiental e sem motivação fática e legal. Este ponto parece pacífico, e neste sentido jamais poderá a legislação ser modificada. Na mesma senda observa-se que a intenção da lei em proteger o meio ambiente será uma constante ao longo da história sempre em linha ascendente e jamais em linha descendente.

É desnecessário assim recorrer aos ensinamentos François Ost em “O tempo do direito” ou extrair o sumo da polêmica entre Gabba e Robier sobre o direito intertemporal para se chegar à conclusão que a atual decisão é boa hoje, como teria sido satisfatória ontem e será no mínimo suficiente no futuro. Infere-se, portanto, que a decisão reduz e até mesmo extingue conflitos intertemporais.

## 4 CONCLUSÃO

Ao final do presente estudo, sem pretender esgotar o debate que envolve mais que questões legais, mas filosóficas, pode se chegar a respostas razoáveis e fundamentadas às questões inicialmente propostas na introdução do mesmo.

Pelo exposto ao longo do trabalho conclui-se que a decisão analisada não comete as falácias da *hyper-integration* e *dis-integration* e respeita os quatro cânones de Emílio Betti. No mesmo sentido estão presentes no *leading case* argumentações intencionalistas muito embora não apareçam nos votos da maioria intenções racionalistas radicais como expostas nos votos vencidos.

Está claro na decisão a pré-compreensão determinante de que o meio ambiente necessita ser preservado sem anular o núcleo essencial do princípio da livre iniciativa e do desenvolvimento econômico sustentável. A decisão em face dos argumentos propostos pela maioria do Supremo Tribunal Federal é realmente a única resposta correta até porque respeitou a máxima da aplicação imediata dos direitos fundamentais, eliminou em horizonte mais longo conflitos intertemporais e foi sólida através de justificações internas e externas suficientes.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria del discurso y derechos humanos*. Traducción Luis Villar Borda. Bogotá: Editora Universidad Externado de Colômbia.

\_\_\_\_\_. *Sistema Jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. IV Jornadas Internacionales de Lógica e Informática Jurídicas. San Sebastián. Septiembre: 1988.

\_\_\_\_\_. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Págs 13-26. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 22. Num. 66. Septiembre-Diciembre. 2002

BITTAR, Eduardo C. B. págs. 181-202. in *Hermenêutica Plural*. Org. Carlos E de Abreu Boucault e José Rodrigo Rodriguez. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10ª. ed. Brasília: Ed. Editora Universidade, 1999.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3ª. Ed. Tradução A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Editora Fundação Calouste Guilbenkian, 2002.

ECO, Humberto. *Como se faz uma tese*. Tradução: Gilson César Cardoso de Souza. 20ª. São Paulo: Ed. Editora Perspectiva, 2006.

FELIPE, Miguel Beltrán de. *Originalismo e interpretación: Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional*. Madrid: Editora Civitas, 1999.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 4ª. Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. O intérprete e o poder de dar vida à constituição: preceitos de exegese constitucional. *Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais*. Vol. 35. n.2. p. 01-304. abr./jun.2000.

GUASTINI, Riccardo. *Distinguendo. Estudios de teoria y metateoria del derecho*. Barcelona: Editora Gedisa, 1999.

MARTINS, Leonardo, e DIMOULIS, Dimitri. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2ª. Ed. São Paulo: Celso Bastos Editora, 1999.

MIRANDA, Jorge. *Direito Constitucional II. Direitos fundamentais*. Lisboa: Editado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1993-1994.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 4ª.ed. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Trad. de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1986.

PASQUALINI, Alexandre. *Hermenêutica e sistema jurídico. Uma introdução a interpretação sistemática do direito*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 1999.

\_\_\_\_\_. Hermenêutica: uma crença intersubjetiva na busca da melhor leitura possível. Págs. 159-180. in *Hermenêutica Plural*. Org. Carlos E de Abreu Boucault e José Rodrigo Rodriguez. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PESSÔA, Leonel Cesarino. A teoria da interpretação jurídica de Emílio Betti dos métodos interpretativos à teoria hermenêutica. *Revista Trimestral de Direito Civil*. v. 6. abril/junho 2001. Rio de Janeiro: Padma, 2000.

REALE, G. e ANTISERI. *História da Filosofia. Hans Georg Gadamer e a teoria da hermenêutica*.

\_\_\_\_\_. *Emílio Betti e a hermenêutica como método geral das ciências do espírito*.

SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7ª. ed. ver. Atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

SCALIA, Antonin. *A Matter of Interpretation*. New Jersey: Princeton University Press, 1997.

TRIBE, Laurence, e DORF, Michael. *Hermenêutica Constitucional*. Tradução Amarílis de Souza Birchal. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007.

\_\_\_\_\_. *How Not to Read the Constitution*. Cambridge: Harvard University, 1991.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. 3ª.ed. Madrid: Editora Trotta, 1999.

# **O RECONHECIMENTO DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS COMO ENTIDADES FAMILIARES E A POSSIBILIDADE JURÍDICA DE ADOÇÃO EM CONJUNTO POR PARCEIROS DO MESMO SEXO**

Gustavo Pedroso Severo  
Juiz Federal Substituto

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Evolução do Conceito de família. 3. As Famílias da Constituição. 4. As Uniões Homoafetivas como Entidades Familiares. 5. Parcerias Homossexuais e Adoção. 6. Conclusões.

## **1 INTRODUÇÃO**

No presente trabalho abordaremos a possibilidade de enquadramento jurídico das uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidades familiares.

Iniciaremos nossa exposição com uma retrospectiva das transformações operadas no conceito de família ao longo do último século.

A seguir, examinaremos os aspectos relacionados à adoção de crianças e adolescentes por casais homoeróticos.

Buscaremos demonstrar a compatibilidade desses institutos com os princípios esculpidos em nossa Constituição (em especial os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana), propondo uma hermenêutica construtiva que preencha as lacunas deixadas pelo legislador.

## **2 EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA**

A evolução do conceito de família acompanha a evolução cultural, política, econômica e religiosa da própria sociedade. Considerando os limites deste trabalho, concentraremos nossa análise na realidade brasileira do início do século XX até os dias atuais.

Em uma sociedade cujos membros residiam, em sua maioria, na zona rural, a família constituía-se em uma unidade produtiva, forne-

cendo a mão-de-obra necessária ao cultivo da terra. A descendência, não raro, era vista como força de trabalho, a tal ponto que o “crescimento da família ensejava melhores condições de sobrevivência a todos, havendo um amplo incentivo à procriação”. Ao homem competia administrar os bens e negócios do grupo, atribuição que lhe outorgava papel proeminente e o *status* de “chefe” da família, cuja autoridade era inquestionável. À mulher cabia a função de mera reprodutora, limitada ao ambiente doméstico, às “idas regulares à missa e à Igreja”<sup>1</sup> e ao cuidado dos filhos. Esses “deviam ater-se ao respeito ao pai, atitude que se projetava no meio social mediante o respeito devido ao patrão e ao Estado”<sup>2</sup>.

Tal modelo de organização familiar se erguia sobre a instituição do casamento, que “tinha como objetivo precípuo, além da concentração e transmissão de patrimônio, a geração de filhos, especialmente homens, que sucedessem os pais, herdando seus negócios”<sup>3</sup>.

De fato:

[...] era tão forte e arraigada no seio da sociedade essa concepção de casamento como forma de constituição de uma prole, que os casais que não podiam ter filhos sofriam discriminações, sentiam-se envergonhados e humilhados por não poderem gerar seus próprios filhos. Também os filhos havidos fora do casamento eram discriminados, a ponto de serem denominados de “filhos ilegítimos” e sofrerem uma série de restrições no que se refere ao direito sucessório<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> GIRARDI, Viviane. *Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto – A Possibilidade Jurídica da Adoção por Homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, pág. 28.

<sup>2</sup> CARBONERA, Silvana Maria. O Papel Jurídico do Afeto nas Relações de Família. Apud GIRARDI, Viviane. Op. cit., pág. 27.

<sup>3</sup> SILVEIRA, João Batista Pinto. Excerto do voto proferido no julgamento da Apelação Cível nº 2000.71.00.009347-0/RS. In: *Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*, a. 16, n. 57, 2005, pág. 339.

<sup>4</sup> SILVEIRA, João Batista Pinto. Op. cit., pág. 339.

O divórcio não encontrava previsão no ordenamento jurídico, circunstância que revela a forte influência da Igreja – sobretudo a Católica – no período, expressa “na máxima canônica *Quod Deo coniunxit, homo non separet*”<sup>5</sup>.

Esse contexto foi absorvido pelo Código Civil de 1916, que consagra, entre outros institutos, a desigualdade entre os cônjuges (art. 233) e os filhos havidos dentro e fora do casamento (arts. 337 a 367), a supremacia da autoridade paterna (art. 380) e a indissolubilidade do vínculo matrimonial (art. 315, parágrafo único).

O passar dos anos e as transformações sociais daí advindas, no entanto, proporcionaram o surgimento de uma nova concepção da família. O fenômeno da industrialização, aliado ao movimento feminista, incentivou o ingresso da mulher no mercado de trabalho, passando ela, gradativamente, a desempenhar funções e a ocupar postos antes destinados apenas aos indivíduos do sexo masculino. O êxodo rural e as novas oportunidades de emprego nas cidades mudaram o perfil da população economicamente ativa, que, pouco a pouco, foi substituindo o modo de produção familiar pela produção em larga escala das empresas. A formação de grandes conglomerados urbanos e os problemas deles decorrentes (em especial a violência e o aumento do custo de vida), além da difusão dos métodos anticoncepcionais, tornaram as famílias menores. O enfraquecimento do poder da Igreja relativizou a importância do casamento, ensejando a aparição cada vez maior de uniões extramatrimoniais. A evolução dos meios de comunicação e a expansão das redes de ensino primário, médio e superior aguçaram o espírito crítico dos jovens, passando eles a contestar a autoridade dos pais. Novas técnicas de fertilização e o aperfeiçoamento da engenharia genética fomentaram as chamadas “produções independentes”, redimensionando os conceitos de maternidade, paternidade e filiação.

A família – que antes era “hierarquizada, patriarcal, matrimonializada e transpessoal”<sup>6</sup> – mudou. O poder-dever de sustento, guarda e educa-

<sup>5</sup> TALAVERA, Glauber Moreno. *União Civil entre Pessoas do Mesmo Sexo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pág. 8.

<sup>6</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família – Elementos Críticos à Luz do Novo Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 2003, pág. 78.

ção dos filhos foi dividido entre o homem e a mulher, que passaram a exercê-lo em igualdade de condições, o mesmo se podendo dizer quanto à administração dos bens e negócios do casal. A família deixou de ser um espaço destinado à conservação e à transmissão de patrimônio, aparências, nome, tradições e laços de sangue – onde a felicidade do grupo precede a felicidade dos indivíduos que o compõem – para se tornar um círculo de carinho, respeito e satisfação pessoal. O afeto tornou-se o principal elemento constitutivo e aglutinador da instituição familiar, substituindo o casamento, embora não seja com ele incompatível.

Enfim, a família passou a ser plural, diárquica e eudemonista, destinando-se a promover a igualdade substancial (e não apenas formal), a felicidade e a dignidade de seus membros.

Nesse sentido é a opinião de Maria Berenice Dias:

Ainda que se quisesse considerar indiferentes ao Direito os vínculos afetivos que aproximam as pessoas, são eles que dão origem aos relacionamentos que geram as relações jurídicas, fazendo jus ao *status* de família. Imperioso reconhecer o surgimento de uma nova família, a chamada família “eudemonista”, expressão dicionarizada como *doutrina que admite ser a felicidade individual ou coletiva o fundamento da conduta humana moral*<sup>7</sup>.

Assim também escreveu Eduardo Silva, citando Guilherme de Oliveira e João Batista Villela:

A alteração mais profunda, portanto, no conceito de família decorre do reconhecimento de um *direito à felicidade individual* diverso, mas não independente do bem-estar da própria instituição familiar. A felicidade da família passa a ser o *somatório* do bem-estar de cada um dos seus integrantes, *da felicidade que o agregado familiar pode proporcionar a cada um de seus membros*. A família despe-se da sua condição de unidade econômica e passa a ser uma *unidade afetiva, uma comunidade de afetos, relações e aspirações solidárias*.

---

<sup>7</sup> Op. cit., pág. 68.



*A comunhão plena de vida* a que faz menção o primeiro artigo do livro de direito de família privilegia esta concepção e esta inovação em direito de família<sup>8</sup>.

Outras não são as palavras de Luiz Edson Fachin:

A família por isso mesmo se definia: matrimonializada, hierarquizada, patriarcal e de feição transpessoal. Um tempo, outra história e contexto político-econômico. Na Constituição, outra família é apreendida: pluralidade familiar (não apenas a matrimonialização define a família), igualdade substancial (e não apenas formal), direção diárquica e de tipo eu-demonista<sup>9</sup>.

### 3 AS FAMÍLIAS DA CONSTITUIÇÃO

A Constituição brasileira de 1988 não ignorou as transformações acima referidas, declarando que a “família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” (art. 226, *caput*). Além disso, salientou que, 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” (art. 226, § 3º). Também admitiu “como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” (art. 226, § 4º), consagrando as chamadas famílias monoparentais. Finalmente, proclamou que os “direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher” (art. 226, § 5º).

Como se pode observar, nossa Carta Magna não se manifestou de forma expressa quanto à possibilidade jurídica de uniões entre pessoas do mesmo sexo, tampouco quanto à possibilidade de tais uniões constituírem uma família sujeita à tutela estatal.

<sup>8</sup> SILVA, Eduardo. A Dignidade da Pessoa Humana e a Comunhão Plena de Vida: O Direito de Família entre a Constituição e o Código Civil. In: *A Reconstrução do Direito Privado*. Organização: Judith Martins-Costa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pág. 451.

<sup>9</sup> Op. cit., pág. 80.

De fato, consoante relata Maria Berenice Dias:

A Constituição Federal, rastreando os fatos da vida, viu a necessidade de reconhecer a existência de entidades familiares fora do casamento, mas, na tentativa de exercer certo controle social, se limitou a emprestar juridicidade às relações heterossexuais. Por absoluto preconceito de conteúdo ético, deixou de regular certas espécies de relacionamentos que não têm como pressuposto a diversidade de sexos<sup>10</sup>.

Tal omissão do legislador constituinte não impediu que a matéria chegasse ao Poder Judiciário. Assim, perguntas outrora incogitáveis passaram a despertar a atenção de nossa comunidade jurídica. Que efeitos podem ser extraídos das uniões homoafetivas? São elas entidades familiares? Qual é o regime jurídico aplicável à solução de controvérsias envolvendo parceiros do mesmo sexo? Na tentativa de fornecer uma resposta a essas e outras indagações, incansáveis foram os esforços interpretativos da doutrina e da jurisprudência, alguns dos quais passamos a referir abaixo, em linhas gerais.

#### **4 AS UNIÕES HOMOAFETIVAS COMO ENTIDADES FAMILIARES**

A primeira questão a ser enfrentada no exame da juridicidade das uniões entre pessoas do mesmo sexo diz respeito ao caráter taxativo ou exemplificativo das comunidades familiares previstas na Constituição. Noutros termos, nossa Carta Magna – ao assegurar a proteção do Estado à família resultante do casamento, à família derivada da união estável e à família monoparentalidua – estaria ou não excluindo da tutela estatal outras espécies tais quais as uniões homoafetivas?

Roger Raupp Rios refere a existência de defesa da tese de que, ao enumerar os tipos de comunidades familiares, o legislador constituinte estaria afastando a possibilidade do reconhecimento de outros, “sendo

---

<sup>10</sup> Op. cit., págs. 95-6.

vedado ao legislador ordinário e ao Poder Judiciário avançar nesta questão”<sup>11</sup>.

Entretanto, adverte, lembrando Norberto Bobbio e Konrad Hesse:

A interpretação da Constituição, em face deste problema, todavia, deve ser conduzida de outro modo. Na verdade, colocar o problema nestes termos em nada colabora para sua elucidação, na medida em que perquirir da natureza taxativa ou enumerativa das comunidades familiares previstas no texto constitucional seria concebê-lo de acordo com o dogma da completude, isto é, idéia de que a Constituição já tenha definido de antemão a resposta para o problema. No entanto, quando se trata de interpretação constitucional, deve-se partir de premissa diversa, segundo a qual a Constituição se caracteriza por sua abertura e amplitude, não se propondo de antemão “à pretensão de ausência de lacunas ou até de unidade sistêmica”<sup>12</sup>.

De fato, não parece que o silêncio do legislador constituinte quanto às uniões entre pessoas do mesmo sexo tenha sido um “silêncio eloqüente”, no sentido de excluí-las do sistema, negando-lhes qualquer juridicidade. Tal omissão, salvo melhor juízo, pode ser mais bem compreendida com o recurso ao conceito de fonte material do direito.

Segundo Maria Helena Diniz:

*Fontes materiais* ou *reais* são não só *fatores sociais*, que abrangem os históricos, os religiosos, os naturais (clima, solo, raça, natureza geográfica do território, constituição anatômica e psicológica do homem), os demográficos, os higiênicos, os políticos, os econômicos e os morais (honestidade, decoro, decência, fidelidade, respeito ao próximo), mas também os *valores* de cada época (ordem, segurança, paz social, justi-

<sup>11</sup> RIOS, Roger Raupp. *A Homossexualidade no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, ESMAFE, 2001, pág. 116.

<sup>12</sup> Op. cit., págs. 116-7.

ça), dos quais fluem as normas jurídico-positivas. São elementos que emergem da própria realidade social e dos valores que inspiram o ordenamento jurídico<sup>13</sup>.

Ainda segundo a referida autora, tais fatores “decorrem das convicções, das ideologias e das necessidades de cada povo em certa época, atuando como *fontes de produção do direito positivo*, pois condicionam o aparecimento e as transformações das normas jurídicas”<sup>14</sup>.

Com efeito, a falta de previsão expressa, na Constituição, acerca das uniões homoafetivas não pode ser interpretada em prejuízo dessas relações. Tal lacuna do sistema, quer nos parecer, decorre das repercussões da matéria no contexto da Assembléia Nacional Constituinte de 1988, quando o país saía de um modelo de Estado conservador, no qual o debate de questões como a liberdade sexual e a convivência entre gays e lésbicas era restrito aos protagonistas dessas relações, não alcançando as dimensões necessárias a sua caracterização como fonte material de direito.

Alguns dados estatísticos, aliás, confirmam tal realidade: a Associação Brasileira de Gays Lésbicas e Transgêneros (ABGLT), por exemplo, órgão destinado a “*fortalecer e organizar entidades de gays, lésbicas, travestis e transexuais para promover a construção de uma sociedade livre e igualitária*”<sup>15</sup>, foi criada somente em 1995, quatro anos antes da Associação da Parada do Orgulho de Gays, Lésbicas, Bissexuais e Transgêneros de São Paulo (APOGLBT), grupo responsável atualmente pela maior manifestação do gênero no mundo, com cerca de 2,5 milhões de participantes.

A propósito, extrai-se do histórico da APOGLBT:

A Parada do Orgulho GLBT de São Paulo nasceu com o objetivo de visibilizar a população GLBT e suas demandas e a princípio era organizada por uma comissão composta por

<sup>13</sup> DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 1995, pág. 258.

<sup>14</sup> Op. cit., pág. 259.

<sup>15</sup> Informação obtida na página da ABGLT na *internet*. Disponível em: <<http://www.abgl.org.br/port/index.php>>. Acesso em: 26/12/06.

representantes de vários grupos GLBT de São Paulo. Seu histórico pode ser dividido em três diferentes momentos:

1) Um primeiro momento vai de 1997 a 1999, quando a Parada enfoca principalmente temáticas ligadas à visibilidade GLBT e se consolida como manifestação política do movimento GLBT. Nesse período a Parada teve um crescimento de 2 mil para 35 mil participantes e foi criada a APOGLBT.

2) Entre 2000 e 2002, a Parada passou de 100 mil a 500 mil participantes e tomou por temática principal o trabalho com a idéia de diversidade, de modo a não somente visibilizar a população GLBT, mas envolver a sociedade como um todo a partir da idéia de respeito à diversidade. É nesse período que as atividades em torno da parada começam a se multiplicar, de modo a dar origem ao Mês do Orgulho.

3) A partir de 2003, alcançados os objetivos de visibilização da população GLBT e do envolvimento da sociedade como um todo, começa uma nova fase em que a Parada, já plenamente consolidada como manifestação de um campo social crescente que apóia direitos para GLBT, passa a ser utilizada a fim de refletir sobre as demandas da comunidade e como forma de pressão política pelo reconhecimento e garantia efetiva de direitos humanos de GLBT. Nesse período a Parada passou de 1 milhão de participantes em 2003 para 1 milhão e oitocentos mil em 2004 e mais de 2 milhões em 2005, sendo considerada desde 2004 a maior manifestação do gênero no mundo [...] <sup>16</sup>.

Como se vê, não havia, à época da elaboração da Constituição Federal de 1988, a efervescência necessária à inclusão expressa das uniões homoafetivas no texto constitucional. Isso, contudo, não significa que elas estivessem excluídas da tutela estatal, conclusão que se obtém já na

---

<sup>16</sup> Disponível em: <<http://www.paradasp.org.br/modules/articles/article.php?id=6>>. Acesso em: 26/12/06.

leitura do preâmbulo de nossa Carta Magna, espaço onde os congressistas pontificaram:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, **pluralista e sem preconceitos**, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil [...] (grifo nosso)<sup>17</sup>.

Pluralismo, ausência de preconceitos (CF/88, art. 3º, inc. IV), dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, inc. III), liberdade, justiça, solidariedade (CF/88, art. 3º, inc. I) e igualdade (CF/88, art. 5º, *caput*), eis alguns dos fundamentos constitucionais que podem ser invocados para se sustentar a juridicidade das uniões entre pessoas do mesmo sexo e a necessidade de sua proteção pelo Estado.

Nesse sentido:

A partida para a confirmação dos direitos dos casais homoeróticos está, precipuamente, no texto constitucional brasileiro, que aponta como valor fundante do Estado Democrático de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), a liberdade e a igualdade sem distinção de

<sup>17</sup> Consoante o magistério de Alexandre de Moraes (in *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*, São Paulo, Atlas, 2002, pág. 119), o “preâmbulo de uma Constituição pode ser definido como documento de intenções do diploma, e consiste em uma certidão de origem e legitimidade do novo texto e uma proclamação de princípios que demonstra a ruptura com o ordenamento constitucional anterior e o surgimento jurídico de um novo Estado”. Ainda segundo o mesmo autor, é de “tradição em nosso Direito Constitucional e nele devem constar os antecedentes e enquadramento histórico da Constituição, bem como suas justificativas e seus grandes objetivos e finalidades”.

qualquer natureza (CF, art. 5º), a inviolabilidade da intimidade e da vida privada (CF, art. 5º, X), que, como assevera Luiz Edson Fachin, formam a base jurídica para a construção do *direito à orientação sexual como direito personalíssimo*, atributo inerente e inegável da pessoa e que, assim, como direito fundamental, é um prolongamento de direitos da personalidade, imprescindíveis para a construção de uma sociedade que se quer livre, justa e solidária<sup>18</sup>.

Outra questão relevante, a ser abordada, diz respeito ao pressuposto da diversidade de sexos para a caracterização da união estável, conforme estabelece o art. 226, § 3º, da CF/88. Seria tal previsão – considerando que a doutrina e a jurisprudência rejeitam peremptoriamente a possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo – um sinal de repúdio à juridicidade das uniões homoafetivas e ao seu reconhecimento como uma entidade familiar?

Maria Berenice Dias examina o problema sob duas perspectivas, argumentando que, em face dos princípios da igualdade e da liberdade individual,

[...] a regra do § 3º do artigo 226 da Constituição, na parte em que condiciona à distinção de sexos o reconhecimento da união estável, ou é mera lei constitucional, que pode ser reformada até por lei ordinária, segundo preconiza Carl Schmitt, ou é norma constitucional inconstitucional, conforme sustenta Otto Bachof, que deve ser banida do ordenamento jurídico constitucional<sup>19</sup>.

Registre-se, porém, que a tese da existência de normas constitucionais originárias inconstitucionais não é acolhida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, consoante demonstra a ementa do acórdão proferido no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 815/DF, de que foi relator o eminente Ministro Moreira Alves:

<sup>18</sup> GIORGIS, José Carlos Teixeira. A Natureza Jurídica da Relação Homoerótica. *Revisita da AJURIS*, n. 88, tomo I, pág. 242.

<sup>19</sup> Op. cit., pág. 80.

Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafos 1º e 2º do artigo 45 da Constituição Federal. - A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é impossível com o sistema de Constituição rígida. - Na atual Carta Magna “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição” (artigo 102, “caput”), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição. - Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abrangendo normas cuja observância se impôs ao próprio Poder Constituinte originário com relação às outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido<sup>20</sup>.

Roger Raupp Rios aprecia a matéria de outro vértice. Para ele, o reconhecimento da pertinência das uniões homoafetivas ao direito de família prescinde da existência da união estável como espécie autônoma de comunidade familiar. Eis uma síntese de seu pensamento:

Imagine-se, por hipótese, que emenda constitucional retirasse do texto constitucional a previsão da união estável, sem mais nada dispor. Tal procedimento não impediria que a legislação e a jurisprudência continuassem a desenvolver e a

<sup>20</sup> Tribunal Pleno, DJ 10/05/96, pág. 15131.



atualizar o direito de família, reconhecendo a pertinência tanto da referida união estável quanto das uniões homossexuais ao direito de família. Vê-se, portanto, que a qualificação jurídica familiar às uniões homossexuais não depende da existência da união estável. Trata-se, mais do que analogia, de comunhão de características típicas do conceito jurídico de família às duas situações<sup>21</sup>.

Particularmente, entendemos que a referência a “homem” e “mulher” no § 3º do art. 226 da CF/88 não inviabiliza o reconhecimento oficial da convivência entre pessoas do mesmo sexo. Conforme já salientado, essa distinção é circunstancial, resultando antes do contexto sociocultural em que foi elaborada nossa Constituição do que de uma vontade consciente do legislador constituinte. Ademais, é preciso superar a concepção de que a solução dos problemas concretos está sempre a depender de um texto indicativo do caminho adequado para tanto. Se antes o direito era eminentemente normativo, hoje é cada vez mais principiológico, dotado de “conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, que são pontos de mobilidade e de abertura do sistema para as modificações da realidade”<sup>22</sup>. Nesse novo cenário a Constituição desempenha papel proeminente, seja em razão de sua “força ativa”<sup>23</sup>, seja em razão da multiplicidade de direitos que consagra. Não se justifica, pois, a manutenção de posturas herméticas, divorciadas da realidade e dos objetivos sociais da lei. Posturas que vêem o ordenamento jurídico como um fim em si mesmo, e não como um meio para a efetivação da liberdade, da igualdade e da paz; que vêem a Constituição como uma mera declaração de boas intenções, e não como um instrumento de realização da justiça.

Não se está defendendo, aqui, evidentemente, a adoção de ativismos judiciais irresponsáveis, mas tão-somente um despertar dos operadores do direito para as potencialidades de nosso sistema jurídico, em

<sup>21</sup> Op. cit., pág. 124.

<sup>22</sup> MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, pág. 55.

<sup>23</sup> GIORGIS, José Carlos Teixeira. Op. cit., pág. 235.

especial de nosso ordenamento constitucional, que elegeu como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil “a dignidade da pessoa humana” (CF/88, art. 1º, inc. III). Não propriamente – convém esclarecer – a dignidade do “ser abstrato, desvinculado da história”<sup>24</sup>, mas a dignidade do ser dotado de polaridade, atributo “que o singulariza pela possibilidade de ser para si e ser para outrem, de ser o que *é* e o que *deve ser*; de ser um *eu* e as suas *circunstâncias*; o que *é* imutável e o que se desenvolve no tempo”<sup>25</sup>. Esse “ser”, com o perdão do trocadilho, **não pode ser** privado de seus direitos por questões meramente semânticas, tampouco por lacunas ou anacronismos da lei. Menos ainda pelo preconceito daqueles encarregados de aplicá-la. Ao contrário, **deve ser** o centro do ordenamento jurídico, a razão do aperfeiçoamento da lei e o norte da atividade jurisdicional.

De qualquer forma, a falta de parâmetros legislativos expressos parece não ser mais desculpa para o não-reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares, consoante se deduz da leitura do art. 5º da Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha): “Art. 5º. Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Parágrafo único. **As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual**” (grifo nosso).

Ainda sobre a importância da discussão do tema das uniões homoafetivas, inclusive para efeito de sua subsunção ao conceito de entidade familiar, cumpre referir a decisão proferida pelo Ministro Celso de Me-

<sup>24</sup> MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Op. cit., pág. 181.

<sup>25</sup> REALE, Miguel. Pluralismo e Liberdade. Apud MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Op. cit., pág. 182.

llo na ADI nº 3300 MC/DF. Tratava-se de demanda em que a Associação da Parada do Orgulho dos Gays, Lésbicas, Bissexuais e Transgêneros de São Paulo e a Associação de Incentivo à Educação e Saúde daquele Estado buscavam a declaração da inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.278/96, o qual, ao regular o § 3º do art. 226 da Constituição, reconheceu, unicamente, como entidade familiar, a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família. As autoras da ação fundamentavam sua pretensão no argumento de que a norma questionada, em cláusula impregnada de conteúdo discriminatório, excluía, injustamente, do âmbito de especial proteção que a Lei Fundamental dispensa às comunidades familiares, as uniões entre pessoas do mesmo sexo pautadas por relações homoafetivas. A causa restou extinta de plano, ponderando o eminente relator ser incabível, na espécie, a instauração do processo objetivo de fiscalização normativa abstrata, pois o art. 1º da Lei nº 9.278/96 fora derogado pelo art. 1.723 do novo Código Civil (Lei nº 10.406/02), e esse não restara impugnado na inicial. Tal circunstância, porém, não o impediu de realizar profícua análise sobre o tema das uniões entre pessoas do mesmo sexo, que, por sua relevância, passamos a transcrever:

[...] Não obstante as razões de ordem estritamente formal, que tornam insuscetível de conhecimento a presente ação direta, mas considerando a extrema importância jurídico-social da matéria – cuja apreciação talvez pudesse viabilizar-se em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental –, cumpre registrar, quanto à tese sustentada pelas entidades autoras, que o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não-discriminação e da busca da felicidade), tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto a proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, de outro, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros

homossexuais, relevantes conseqüências no plano do Direito e na esfera das relações sociais. Essa visão do tema, que tem a virtude de superar, neste início de terceiro milênio, incompreensíveis resistências sociais e institucionais fundadas em fórmulas preconceituosas inadmissíveis, vem sendo externada, como anteriormente enfatizado, por eminentes autores, cuja análise de tão significativas questões tem colocado em evidência, com absoluta correção, a necessidade de se atribuir verdadeiro estatuto de cidadania às uniões estáveis homoafetivas (LUIZ EDSON FACHIN, “Direito de Família – Elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro”, p. 119/127, item n. 4, 2003, Renovar; LUIZ SALEM VARELLA/IRENE INNWINKL SALEM VARELLA, “Homeroetismo no Direito Brasileiro e Universal – Parceria Civil entre Pessoas do mesmo Sexo”, 2000, Agá Juris Editora, ROGER RAUPP RIOS, “A Homossexualidade no Direito”, p. 97/128, item n. 4, 2001, Livraria do Advogado Editora – ESMAFE/RS; ANA CARLA HARMATIUK MATOS, “União entre Pessoas do mesmo Sexo: aspectos jurídicos e sociais”, p. 161/162, Del Rey, 2004; VIVIANE GIRARDI, “Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto: a possibilidade jurídica da Adoção por Homossexuais”, Livraria do Advogado Editora, 2005; TAÍSA RIBEIRO FERNANDES, “União Homossexuais: efeitos jurídicos”, Editora Método, São Paulo; JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, “A Natureza Jurídica da Relação Homoerótica”, “in” “Revista da AJURIS” nº 88, tomo I, p. 224/252, dez/2002, v.g.). Cumpre referir, neste ponto, a notável lição ministrada pela eminente Desembargadora MARIA BERENICE DIAS (“União Homossexual: O Preconceito & a Justiça”, p. 71/83 e p. 85/99, 97, 3ª ed., 2006, Livraria do Advogado Editora), cujas reflexões sobre o tema merecem especial destaque: “A Constituição outorgou especial proteção à família, independentemente da celebração do casamento, bem como às famílias monoparentais. Mas a família não se define exclusivamente em razão do vínculo entre um homem e uma mulher ou da convivência dos ascendentes com seus descendentes. Também o convívio de pesso-

as do mesmo sexo ou de sexos diferentes, ligadas por laços afetivos, sem conotação sexual, cabe ser reconhecido como entidade familiar. A prole ou a capacidade procriativa não são essenciais para que a convivência de duas pessoas mereça a proteção legal, descabendo deixar fora do conceito de família as relações homoafetivas. Presentes os requisitos de vida em comum, coabitação, mútua assistência, é de se concederem os mesmos direitos e se imporem iguais obrigações a todos os vínculos de afeto que tenham idênticas características. Enquanto a lei não acompanha a evolução da sociedade, a mudança de mentalidade, a evolução do conceito de moralidade, ninguém, muito menos os juízes, pode fechar os olhos a essas novas realidades. Posturas preconceituosas ou discriminatórias geram grandes injustiças. Descabe confundir questões jurídicas com questões de caráter moral ou de conteúdo meramente religioso. Essa responsabilidade de ver o novo assumiu a Justiça ao emprestar juridicidade às uniões extraconjugais. Deve, agora, mostrar igual independência e coragem quanto às uniões de pessoas do mesmo sexo. Ambas são relações afetivas, vínculos em que há comprometimento amoroso. Assim, impositivo reconhecer a existência de um gênero de união estável que comporta mais de uma espécie: união estável heteroafetiva e união estável homoafetiva. Ambas merecem ser reconhecidas como entidade familiar. Havendo convivência duradoura, pública e contínua entre duas pessoas, estabelecida com o objetivo de constituição de família, mister reconhecer a existência de uma união estável. Independente do sexo dos parceiros, fazem jus à mesma proteção. Ao menos, até que o legislador regulamente as uniões homoafetivas - como já fez a maioria dos países do mundo civilizado -, incumbe ao Judiciário emprestar-lhes visibilidade e assegurar-lhes os mesmos direitos que merecem as demais relações afetivas. Essa é a missão fundamental da jurisprudência, que necessita desempenhar seu papel de agente transformador dos estagnados conceitos da sociedade. (...).” (grifei) Vale rememorar, finalmente, ante o caráter seminal de que se acham impregnados, notáveis julgamentos, que,

emanados do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e do E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, acham-se consubstanciados em acórdãos assim ementados: “Relação homoerótica – União estável – Aplicação dos princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade – Analogia – Princípios gerais do direito – Visão abrangente das entidades familiares – Regras de inclusão (...) – Inteligência dos arts. 1.723, 1.725 e 1.658 do Código Civil de 2002 – Precedentes jurisprudenciais. Constitui união estável a relação fática entre duas mulheres, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir verdadeira família, observados os deveres de lealdade, respeito e mútua assistência. Superados os preconceitos que afetam ditas realidades, aplicam-se, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa, da igualdade, além da analogia e dos princípios gerais do direito, além da contemporânea modelagem das entidades familiares em sistema aberto argamassado em regras de inclusão. Assim, definida a natureza do convívio, opera-se a partilha dos bens segundo o regime da comunhão parcial. Apelações desprovidas.” (Apelação Cível 70005488812, Rel. Des. JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, 7ª Câmara Civil - grifei) “(...) 6. A exclusão dos benefícios previdenciários, em razão da orientação sexual, além de discriminatória, retira da proteção estatal pessoas que, por imperativo constitucional, deveriam encontrar-se por ela abrangidas. 7. Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno ao ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal (na qual, sem sombra de dúvida, se inclui a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana. 8. As noções de casamento e amor vêm mudando ao longo da história ocidental, assumindo contornos e formas de manifestação e institucionalização plurívocos e multifacetados, que num movimento de transformação permanente colocam homens e mulheres em face de distintas possibilidades

de materialização das trocas afetivas e sexuais. 9. A aceitação das uniões homossexuais é um fenômeno mundial – em alguns países de forma mais implícita – com o alargamento da compreensão do conceito de família dentro das regras já existentes; em outros de maneira explícita, com a modificação do ordenamento jurídico feita de modo a abarcar legalmente a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo. 10. O Poder Judiciário não pode se fechar às transformações sociais, que, pela sua própria dinâmica, muitas vezes se antecipam às modificações legislativas. 11. Uma vez reconhecida, numa interpretação dos princípios norteadores da constituição pátria, a união entre homossexuais como possível de ser abarcada dentro do conceito de entidade familiar e afastados quaisquer impedimentos de natureza atuarial, deve a relação da Previdência para com os casais de mesmo sexo dar-se nos mesmos moldes das uniões estáveis entre heterossexuais, devendo ser exigido dos primeiros o mesmo que se exige dos segundos para fins de comprovação do vínculo afetivo e dependência econômica presumida entre os casais (...), quando do processamento dos pedidos de pensão por morte e auxílio-reclusão.” (Revista do TRF/4ª Região, vol. 57/309-348, 310, Rel. Des. Federal João Batista Pinto Silveira - grifei) Concluo a minha decisão. E, ao fazê-lo, não posso deixar de considerar que a ocorrência de insuperável razão de ordem formal (esta ADIN impugna norma legal já revogada) torna inviável a presente ação direta, o que me leva a declarar extinto este processo (RTJ 139/53 – RTJ 168/174-175), ainda que se trate, como na espécie, de processo de fiscalização normativa abstrata (RTJ 139/67), sem prejuízo, no entanto, da utilização de meio processual adequado à discussão, “in abstracto” – considerado o que dispõe o art. 1.723 do Código Civil –, da relevantíssima tese pertinente ao reconhecimento, como entidade familiar, das uniões estáveis homoafetivas<sup>26</sup>.

<sup>26</sup> Excerto extraído do Informativo nº 414 do STF. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/antiores/info414.asp#transcricao2>>. Acesso em: 27/12/06.

## 5 PARCERIAS HOMOSSEXUAIS E ADOÇÃO

Admitidas as uniões homoafetivas como entidades familiares, cumpre indagar acerca da possibilidade jurídica de adoção por parceiros do mesmo sexo, considerando que esse instituto, juntamente com a guarda e a tutela, é uma das modalidades de colocação de crianças e adolescentes em família substituta, nos termos do art. 28 da Lei nº 8.069/90 (ECA)<sup>27</sup>.

Não são poucos os obstáculos opostos a tal hipótese. Argumenta-se, por um lado, que, a falta de referências masculino-paternas ou feminino-maternas poderia prejudicar o desenvolvimento da identidade sexual do adotando, havendo o risco de ele se tornar homossexual. Por outro, alega-se que a criança (ou o adolescente), em razão das peculiaridades de seu grupo familiar, poderia ser alvo de chacotas de vizinhos e colegas de escola, com prováveis repercussões sobre a sua formação psíquica.

Tais objeções, data vênia, não parecem resistir a uma análise mais acurada da temática em questão.

De fato, a ausência de referenciais de ambos os gêneros não se constitui em óbice intransponível ao desenvolvimento da sexualidade do menor. Do contrário, as famílias monoparentais, formadas por um dos pais e seus descendentes, não teriam assento em nossa Constituição (art. 226, § 4º), e crianças e adolescentes institucionalizados seriam seres assexuados. Da mesma forma, a possibilidade de o adotando vir a se tornar homossexual não é um fator prejudicial em si. A uma, porque a orientação sexual dos pais parece não determinar a orientação sexual dos filhos (se assim fosse, pais heterossexuais teriam sempre filhos heterossexuais). A duas, porque a homossexualidade não é doença, não é crime, não é imoral e não significa desvio de caráter; ao contrário, imoral é o desrespeito às opções individuais que não causam prejuízos a terceiros e que envolvem o exercício de direitos inerentes à consagração da dignidade da pessoa humana, como é o direito à livre orientação sexual.

O risco de o menor ser alvo de preconceitos, igualmente, não deve contra-indicar a adoção por parceiros do mesmo sexo. Com efeito, o

---

<sup>27</sup> “Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei”.



problema, aqui, estaria na própria sociedade e não na opção sexual dos adotantes. Sociedade que deveria lutar para ser “livre, justa e solidária” (CF/88, art. 3º, inc. I), promovendo “o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (CF/88, art. 3º, inc. IV), mas que, lamentavelmente, por intermédio de muitos de seus membros, ainda resiste a certas mudanças e ao estilo de vida de algumas de suas minorias. Sociedade que deveria lutar para ser “fraterna, pluralista e sem preconceitos” (CF/88, preâmbulo), mas que, não raro, se mostra aversa e inflexível<sup>28</sup>.

Corroborando o acima exposto, encontramos o escólio de Maria Berenice Dias:

[...] não há como prevalecer o mito de que a homossexualidade dos genitores gera patologias. Não foram constatados [em estudos mencionados pela autora] quaisquer efeitos danosos ao desenvolvimento moral ou à estabilidade emocional decorrentes do convívio com pais do mesmo sexo. Não dispõe de qualquer sustentação o temor de que o par possa praticar sexo na frente ou com os filhos. Assim, nada justifica a visão estereotipada de que o menor que vive em um lar homossexual será socialmente estigmatizado ou terá prejudicado o seu desenvolvimento e muito menos que a falta de modelo heterossexual acarretará perda de referências a tornar confusa a identidade de gênero. *O aspecto principal é a habilidade dos pais em propiciar para a criança um ambiente carinhoso, educativo e estável*, como lembra Samuels<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> Costuma-se freqüentemente polemizar acerca do seguinte paradoxo: o menor teria um pai-homem e uma mãe-homem ou um pai-mulher e uma mãe-mulher. Essa perplexidade, porém, decorre mais de uma postura preconceituosa do que da dificuldade de superar o problema. De fato, antes de se perquirir quem seria o pai ou a mãe do adotando, se deveria compreender e aceitar que o melhor, para ele, era ter “pais” ou “mães”. Ademais, não são poucos os exemplos de crianças e adolescentes criados por avós, irmãos, tios e outros parentes, o que demonstra que a identificação de quem seja o pai ou a mãe não é tão importante quanto se possa imaginar.

<sup>29</sup> Op. cit., pág. 116.

A propósito de pesquisas científicas relacionadas à homossexualidade e à constituição de famílias com crianças, cumpre mencionar as conclusões de uma série de estudos da Associação Americana de Psicologia:

[...] “não há um único estudo que tenha constatado que as crianças de pais homossexuais e de lésbicas teriam qualquer prejuízo significativo em relação às crianças de pais heterossexuais. Realmente, as evidências sugerem que o ambiente doméstico promovido por pais homossexuais e lésbicas é tão favorável quanto os promovidos por pais heterossexuais para apoiar e habilitar o crescimento ‘psicológico das crianças’. A maioria das crianças em todos os estudos, funcionou bem intelectualmente e ‘não demonstrou comportamentos ego-destrutivos prejudiciais à comunidade. Os estudos também revelam isso nos termos que dizem respeito às relações com os pais, auto-estima, habilidade de liderança, ego-confiança, flexibilidade interpessoal, como também o geral bem-estar emocional das crianças que vivem com pais homossexuais não demonstravam diferenças daqueles encontrados com seus pais heterossexuais”<sup>30</sup>.

Ressalte-se que a adoção, enquanto instrumento de garantia do direito à convivência familiar a inúmeras crianças e adolescentes, pressupõe estágio de convivência entre adotante e adotado (ECA, art. 46), o qual será avaliado por equipe multidisciplinar a serviço do Poder Judiciário, assegurada a participação do Ministério Público nesse processo. Logo, não se trata de um procedimento simples, que possa facilmente ser burlado. Ademais, a circunstância de ela não poder ser deferida “a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado” (ECA, art. 29), não exclui, por si só, os homossexuais. Primeiro, porque o cumprimento do dever constitucional que tem a família (aqui incluída a família

<sup>30</sup> WALD, Michael S; REYNOLDS Jackson. *An analysis of proposition 22*. Disponível em: <<http://lawschool.stanford.edu/faculty>>, pág. 29. Acesso em: 22/08/01. Apud GIRARDI, Viviane. Op. cit., pág. 143.

substituta) de “assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão” (CF/88, art. 227, *caput*) independe da orientação sexual de seus membros. Segundo, porque lares de parceiros homoeróticos parecem oferecer melhores condições de desenvolvimento e aprendizado do que ruas, praças e orfanatos<sup>31</sup>; não raro, até, do que residências de casais heterossexuais.

Outro óbice à adoção por parceiros do mesmo sexo é vislumbrado no art. 1.622 do Código Civil (Lei nº 10.406/02), que reza: “Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou se viverem em união estável”.

O suposto entrave, porém, é afastado de forma exemplar pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que, em julgado pioneiro<sup>32</sup>, pontificou:

Estamos hoje, como muito bem ensina Luiz Edson Fachin, na perspectiva da família eudemonista, ou seja, aquela que se justifica exclusivamente pela busca da felicidade, da realização pessoal dos seus indivíduos. E essa realização pessoal pode dar-se dentro da heterossexualidade ou da homossexualidade. É uma questão de opção, ou de determinismo, controversia esta acerca da qual a ciência ainda não chegou a uma conclusão definitiva, mas, de qualquer forma, é uma decisão, e, como tal, deve ser respeitada.

Parece inegável que o que leva estas pessoas a conviverem é o amor. São relações de amor, cercadas, ainda, por pre-

<sup>31</sup> Não se está, aqui, desqualificando a importância dessas instituições, que acolhem milhares de crianças e adolescentes em nosso país. O que se está tentando demonstrar é que a adoção por homossexuais assegura de forma mais efetiva o direito dessas crianças e adolescentes à convivência familiar.

<sup>32</sup> AC nº 70013801592, 7ª Câmara Cível, Relator o Sr. Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, unânime. Registre-se que tal decisão ainda não transitou em julgado.

conceitos. Como tal, são aptas a servir de base a entidades familiares equiparáveis, para todos os efeitos, à união estável entre homem e mulher.

[...]

Partindo então do pressuposto de que o tratamento a ser dado às uniões entre pessoas do mesmo sexo, que convivem de modo durável, sendo essa convivência pública, contínua e com o objetivo de constituir família deve ser o mesmo que é atribuído em nosso ordenamento às uniões estáveis, resta concluir que **é possível reconhecer, em tese, a essas pessoas o direito de adotar em conjunto** (grifo nosso).

Eis a ementa do acórdão:

APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DO MESMO SEXO. POSSIBILIDADE. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes.

Enfim, impõe-se admitir a possibilidade jurídica da adoção em conjunto por parceiros do mesmo sexo. Se não em homenagem aos princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da vedação de preconceitos fundados em orientação sexual e da absoluta prioridade dos direitos das

crianças e adolescentes, então por uma questão de tolerância e respeito ao direito de ser diferente. Tolerância que, infelizmente, parece estar em falta hoje em dia, cedendo lugar às mais variadas formas de fundamentalismo. Tolerância que, nas palavras de André Comte-Sponville<sup>33</sup>, é uma pequena virtude, mas necessária; uma pequena sabedoria, mas acessível.

## 6 CONCLUSÕES

A idéia da família como um núcleo de relações fundadas na supremacia da autoridade paterna, no matrimônio e na transpessoalidade mudou. Atualmente ela se revela plural, diárquica e eudemonista, destinando-se a promover a igualdade substancial, a felicidade e a dignidade de seus membros.

Esse novo conceito foi assimilado pela Constituição Federal de 1988, que, ao lado da família resultante do casamento, assegurou a proteção estatal à família decorrente da união estável entre o homem e a mulher, bem como à família monoparental, assim entendida a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

As uniões homoafetivas, embora não previstas expressamente no texto constitucional, podem e devem ser reconhecidas como entidades familiares à medida que apresentem características de publicidade, continuidade e estabilidade. Pluralismo, ausência de preconceitos (CF/88, art. 3º, inc. IV), dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, inc. III), liberdade, justiça, solidariedade (CF/88, art. 3º, inc. I) e igualdade (CF/88, art. 5º, *caput*) são alguns dos fundamentos constitucionais aptos a embasar tal assertiva.

Apresentando reais vantagens para o adotando e fundando-se em motivos legítimos, é juridicamente possível a adoção em conjunto por parceiros do mesmo sexo, seja em razão do princípio da absoluta prioridade dos direitos das crianças e adolescentes, seja em razão dos direitos à igualdade e à felicidade dos casais homossexuais, seja em razão dos deveres de tolerância e respeito à diversidade impostos a toda a sociedade.

---

<sup>33</sup> In *Pequeno Tratado das Grandes Virtudes*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Disponível em: <[http://br.geocities.com/mcrost04/pequeno\\_tratado\\_das\\_grandes\\_virtudes\\_14.htm](http://br.geocities.com/mcrost04/pequeno_tratado_das_grandes_virtudes_14.htm)>. Acesso em: 06/01/07.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DIAS, Maria Berenice. *União Homossexual – O Preconceito & A Justiça*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, 304 pp.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 1995, 535 pp.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família – Elementos Críticos à Luz do Novo Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 2003, 366 pp.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. A Natureza Jurídica da Relação Homossexual. In: *Revista da AJURIS*, n. 88, tomo I.

GIRARDI, Viviane. *Famílias Contemporâneas, Filiação e Afeto – A Possibilidade Jurídica da Adoção por Homossexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, 168 pp.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, 226 pp.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002, 2924 pp.

RIOS, Roger Raupp. *A Homossexualidade no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, ESMAFE, 2001, 272 pp.

SILVA, Eduardo. A Dignidade da Pessoa Humana e a Comunhão Plena de Vida: O Direito de Família entre a Constituição e o Código Civil. In: *A Reconstrução do Direito Privado*. Organização: Judith Martins-Costa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, 861 pp.

SILVEIRA, João Batista Pinto. Excerto do voto proferido no julgamento da Apelação Cível nº 2000.71.00.009347-0/RS. In: *Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*, a. 16, n. 57, 2005, 479 pp.

TALAVERA, Glauber Moreno. *União Civil entre Pessoas do Mesmo Sexo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, 270 pp.

# SENTENÇA

## REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Claudia Maria Dadico

Juíza Federal da Vara do Juizado Especial Federal do Rio Grande, Mestre em Direito Processual pela Universidade de São Paulo, Professora de Direito Processual Civil na ESMAFE e nas Faculdades Atlântico-Sul/Anhangüera

### RELATÓRIO

A autora XXXX e o autor YYYY aforam a presente demanda em face da União Federal, do Estado do Rio Grande do Sul e do Município do Rio Grande na qual relatam que, após submeterem-se a diversos exames médicos em Hospitais de Rio Grande, foi diagnosticada a hipofertilidade do casal. Narram que o autor apresenta uma disfunção na produção de espermatozóides, cuja deficiência de mobilidade faz com que os mesmos se locomovam em movimentos circulares e não atinjam os óvulos. A autora, por sua vez, apresenta baixa produção de óvulos.

Diante destes diagnósticos, os autores foram encaminhados ao Hospital de Clínicas de Porto Alegre, onde é mantido um Programa de Reprodução Humana Assistida, através do qual garante-se o acesso gratuito a consultas, exames e procedimentos de fertilização “in vitro”, mas não é fornecida a medicação necessária ao estímulo para a produção de óvulos, indispensável ao êxito do procedimento, no caso dos autores.

Buscam, nesta ação, em síntese, provimento jurisdicional que lhes assegure o custeio, através do SUS, dos medicamentos, bem como das despesas de transporte e hospedagem na Capital gaúcha, necessários à viabilização de sua participação no referido Programa.

Os medicamentos necessários ao desenvolvimento dos óvulos da autora XXXXXX, em cada uma das tentativas de fertilização “in vitro”, encontram-se listados no documento da fl. 77, firmado pelo Prof. Eduardo Pandolfi Passos, Chefe do Setor de Reprodução Assistida do Hospital de Clínicas de Porto Alegre e são os seguintes: HMG - média de 2.300 unidades, análogo de GnRH - uma ampola, HCG - 10.000

unidades ou FSH Recombinante - média de 2.300 unidades, análogo de GnRH - uma ampola, HCG - 10.000 unidades.

Sustentam que a referida medicação tem alto custo, considerando o padrão de rendimentos do casal - ela, professora municipal e ele, micro-empresário -, o que implica, na prática, em obstáculo ao acesso ao programa.

Argumentam que seu direito à procriação encontra-se garantido constitucionalmente pelo art. 226, § 7º da CF/88, ao preconizar que o SUS, em todos os seus níveis, obriga-se a garantir, dentre outras prestações, a “assistência à concepção e à contracepção” (inciso I). Aduzem, ainda, que a Lei nº 9.263/96, em seu art. 4º, delinea o direito ao planejamento familiar orientado por “ações preventivas e educativas e pela garantia de acesso igualitário a informação, meios, métodos e técnicos disponíveis para a regulação da fecundidade”.

Alegam, ainda, que o direito à concepção encontra-se inserido no conteúdo da garantia constitucional do direito à saúde, no conceito consagrado pela Organização Mundial de Saúde em sua carta de constituição como ‘o completo bem-estar físico, social e mental e não apenas a ausência de doença ou enfermidade’.

Postulam a antecipação dos efeitos da tutela.

Em atendimento à determinação da fl. 86, os autores apresentaram emenda à inicial desistindo da demanda em face do Estado do Rio Grande do Sul e do Município de Rio Grande, razão pela qual a competência do JEF foi mantida.

A antecipação dos efeitos da tutela foi negada e a União Federal foi citada.

A ré suscitou sua ilegitimidade passiva e, no mérito, sustentou a impossibilidade orçamentária do SUS em arcar com os custos da medicação indicada, fundamentando-se em manifestação técnica do Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde.

É o relatório.



## FUNDAMENTAÇÃO

### Preliminar

#### A legitimidade passiva da União Federal

A existência do Sistema Único de Saúde, com atuação administrativa descentralizada, não exime a União Federal da responsabilidade por demandas de fornecimento de medicamentos alegadamente imprescindíveis à manutenção da saúde dos autores, pois os entes políticos federais, estaduais e municipais têm a obrigação solidária de prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício, conforme art. 2º, da Lei nº 8.080/90.

Neste sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

*‘RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 535, II, DO CPC. INEXISTÊNCIA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PARA PESSOA CARENTE. LEGITIMIDADE DA UNIÃO, DO ESTADO E DO MUNICÍPIO PARA FIGURAREM NO PÓLO PASSIVO DA DEMANDA. 1. Inexiste ofensa ao art. 535, II, do CPC, quando as questões levadas ao conhecimento do Órgão Julgador foram por ele apreciadas. 2. Recurso no qual se discute a legitimidade passiva da União para figurar em feito cuja pretensão é o fornecimento de medicamentos imprescindíveis à manutenção de pessoa carente, portadora de atrofia cerebral gravíssima (ausência de atividade cerebral, coordenação motora e fala). 3. A Carta Magna de 1988 erige a saúde como um direito de todos e dever do Estado (art. 196). Daí, a seguinte conclusão: é obrigação do Estado, no sentido genérico (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros o acesso à medicação necessária para a cura de suas mazelas, em especial, as mais graves. 4. Sendo o SUS composto pela União, Estados e Municípios, impõe-se a solidariedade dos três entes federativos no pólo passivo da demanda 5. Recurso espe-*

*cial desprovido.” (RESP 507205 / PR, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, DJ 17.11.2003 p. 213)*

No mesmo sentido, a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal:

*“PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA.*

*O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasi-*

*leiro - não pode converter-se em promessa constitucional in-consequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.” (RE 271286 AgR/RS, Relator Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJ de 24.11.2000)*

Com base no entendimento jurisprudencial consolidado acima citado, rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva da União Federal e passo ao exame do mérito da demanda.

## **MÉRITO**

### **1. A controvérsia posta nos autos: custeio estatal aos procedimentos médicos de reprodução assistida**

Os procedimentos médicos de reprodução assistida, dentre os quais a “Fertilização In Vitro - Fiv”, realizados com material genético de casais heterossexuais ou com material genético de doadores, bem como seu acesso a pessoas solteiras, casais homossexuais ou mediante utilização de material genético de pessoas falecidas e todos os seus desdobramentos, têm sido objeto de maciça divulgação pela mídia, nas últimas décadas, além de despertar intensos debates nos campos das ciências sociais, da bioética, da psicanálise, das ciências jurídicas, além daqueles

travados no Congresso Nacional, com vistas à edição de uma disciplina normativa adequada à importância do tema (vide PL 1184/2003, PL 2855/1997, PL 120/2003 e PL 2061/2003).

São inúmeros os questionamentos surgidos a partir da incorporação destas técnicas ao arsenal de procedimentos médicos postos à disposição da população, sendo sua prática, cada vez mais difundida, em clínicas e hospitais de todo o Brasil, sobretudo a partir do nascimento do primeiro “bebê de proveta” brasileiro, em meados de 1984.

No presente caso, o casal autor postula o direito ao custeio pelo SUS dos medicamentos necessários à viabilização da fertilização “in vitro”, bem como das despesas de deslocamento e hospedagem em Porto Alegre, com lastro no direito fundamental à saúde. A resistência da União Federal à pretensão, a seu turno, fundamenta-se nos limites orçamentários do Sistema Único de Saúde, no alto custo da medicação em grau universalizável, além do fato de tais medicamentos não constarem dentre aqueles franqueados à população através do SUS.

O deslinde da controvérsia exige que se responda às seguintes questões: o conteúdo normativo do direito fundamental à saúde, assegurado pela Constituição Federal, compreende o direito a um tratamento para que assegure a concepção, tal como argumentam os autores? Há um direito fundamental originário, de natureza prestacional, decorrente diretamente da Constituição, aplicado à reprodução assistida, impondo ao Estado o dever de fornecer a seus supostos titulares todos os meios necessários à consecução do objetivo de gerar uma prole? Seriam estes procedimentos médicos as únicas vias de concretização da demanda de constituir família? O preceito da proporcionalidade ampara tal pretensão? A política pública que fundamenta o pleito dos autores é suficiente para atender de forma razoável as demandas originadas pela in/hipofertilidade?

## **2. Pressupostos teóricos:**

### **2.1. Distinção entre direitos fundamentais de defesa e direitos sociais de natureza prestacional**

Para responder a estes questionamentos, partirei da diferenciação entre direitos fundamentais de defesa e direitos fundamentais prestacio-

nais, em sentido material, valendo-se, dos ensinamentos de Paulo Gilberto Cogo Leivas, segundo o qual “direitos de defesa em sentido material são direitos que asseguram ao indivíduo uma esfera de liberdade perante o Estado, independentemente de gerarem um direito a uma ação positiva como meio para se alcançar a liberdade. Direitos prestacionais em sentido material garantem direitos a ações positivas - normativas ou fáticas.” (“Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais”. Ed. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2006, p. 83/84).

Valendo-se da lição de Hesse, podemos afirmar que “em princípio não podem tais direitos fundamentais sociais cobrar o caráter de direito subjetivos individuais”, porque estes direitos têm “uma estrutura distinta dos tradicionais direitos de liberdade e igualdade” e “não se fazem já efetivos pelo fato que se respeitem e amparem, senão que reconhecem de antemão, e em qualquer caso mais que nos direitos fundamentais tradicionais, ações do Estado tendentes a realizar o programa contido neles.” Ou seja, quanto aos direitos fundamentais sociais, sob o ponto de vista estrutural, “somente a partir de uma regulação concreta acometida pelo legislador podem nascer pretensões jurídicas bem determinadas e invocáveis ante o poder público” (Leivas, op. Cit., p. 91).

Tal distinção é de extrema relevância para o julgamento do caso concreto, uma vez que tal diferença estrutural vai fornecer todo um aporte teórico distinto para cada uma das categorias, na busca de seu conteúdo definitivo, o que se fará através da aplicação da teoria das restrições e do princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

## **2.2. A determinação do conteúdo definitivo do direito social e a teoria externa das restrições**

Uma vez situada a distinção entre direitos de defesa e direitos prestacionais, nos quais situam-se os direitos sociais, o próximo passo consiste em verificar se seu conteúdo é absoluto, amplo e irrestrito ou se a arquitetura dos direitos sociais prestacionais comporta restrições.

Para realizar tal exame adotamos a denominada teoria externa das restrições a direitos fundamentais, a qual distingue entre “o direito ‘pri-

ma facie', de um lado, e o direito definitivo ou efetivo âmbito de proteção, de outro." Para concluir que "este direito definitivo é realizável judicialmente." (Leivas, op. Cit., p. 62).

Considerando-se o valor e a importância dos direitos fundamentais sociais, além de seu caráter principiológico, constata-se que a complexidade das relações humanas e jurídicas não permite o reconhecimento do caráter irrestrito e absoluto a quaisquer direitos, por mais relevantes que sejam os bens sob sua proteção, sendo pertinente indagar, assim, quais restrições são admitidas pela Constituição.

### **2.3. O princípio da proporcionalidade e sua aplicação aos direitos sociais - a proibição da não-suficiência**

Diferentemente do que ocorre com os direitos de defesa, nos quais a proporcionalidade impõe um limite negativo à ação estatal, sob a forma da proibição do excesso, o princípio da proporcionalidade atua, quanto aos direitos sociais, como a imposição de um limite mínimo ao Estado, sob a forma da proibição da não-suficiência.

Nas palavras de Paulo Leivas, "a proibição da não-suficiência exige que o legislador [e também o administrador], se está obrigado a uma ação, não deixe de alcançar limites mínimos. O Estado, portanto, é limitado de um lado, por meio dos limites superiores da proibição do excesso, e de outro, por meio dos limites inferiores da proibição da não-suficiência. (op. Cit., p. 76).

Tal distinção na aplicação dos preceitos da proporcionalidade decorre da já apontada diferença estrutural entre direitos de defesa e direitos de índole prestacional e decorre diretamente do caráter principiológico destes.

Desta forma, em casos similares ao deste processo, o preceito da proporcionalidade, sob a forma da proibição da não-suficiência, impõe que se responda à pergunta: tendo em vista a importância do bem protegido, há uma política pública que ampare e garanta de forma suficiente o exercício daquele determinado direito fundamental?

## **2.4. A questão da reserva do possível e a competência financeira do legislador**

Da distinção entre direitos de defesa e direitos sociais prestacionais verifica-se, quanto a estes últimos, que “somente a partir de uma regulação concreta acometida pelo legislador podem nascer pretensões jurídicas bem determinadas e invocáveis ante o poder público”, sendo da essência destes direitos encontrar-se, “em qualquer caso, sob a reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo possa razoavelmente exigir da sociedade.” (Leivas, op. Cit., p. 91).

“Aquilo que o indivíduo possa esperar razoavelmente da sociedade significa, então, que o indivíduo alcança um direito definitivo caso os outros direitos fundamentais, em colisão com o direito fundamental social que lhe assiste, não tenham peso suficientemente alto para restringir o seu direito fundamental” (Leivas, op. Cit., p. 99).

No presente caso, o conflito surge exatamente em face da recusa da União Federal em oferecer o custeio aos medicamentos e despesas de deslocamento e hospedagem, necessários ao êxito do procedimento de reprodução assistida, com base em limitações orçamentárias.

A argumentação da União Federal, portanto, lastreia-se na reserva financeira do possível cabendo ao julgador examinar, no caso concreto, se a restrição alegada é admissível, seguindo o princípio da proporcionalidade, tomando-se a decisão em função do bem jurídico de maior peso.

## **3. As normas constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis**

### **3.1. O direito à saúde no Brasil como tipo normativo amplo**

A Constituição Federal de 1988 contemplou expressamente o princípio de que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal, igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação” (art. 196 da CF/88). O art. 6º elenca a saúde no rol dos direitos sociais.

Em obediência aos preceitos constitucionais citados foi editada a Lei nº 8.080/90, denominada Lei Orgânica da Saúde, onde foram disciplinadas as ações e serviços de saúde, declarando-se a natureza de direito fundamental do ser humano (art. 2º, caput), descrevendo como ações de saúde, todas aquelas medidas destinadas a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem estar físico, mental e social (parágrafo único do art. 3º).

Tal concepção, coincidente com as definições de saúde dadas pela OMS e pelo UNICEF, encontra sua expressão mais completa na “Declaração de Alma-Ata”, formulada por aquelas entidades na República do Cazaquistão, em 12 de setembro de 1978, a qual “reafirma enfaticamente que a saúde - estado completo de bem-estar físico, mental e social, e não simplesmente a ausência de doença ou enfermidade - é um direito humano fundamental, e que a consecução do mais alto nível possível de saúde é a mais importante meta social mundial, cuja realização requer a ação de muitos outros setores sociais e econômicos, além do setor saúde.” (Oliveira, Sebastião Geraldo. “Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador”. São Paulo: LTr, 1996)

Cabe ressaltar, ainda, que o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela ONU em 16 de dezembro de 1966, prevê em seu artigo 12, que os Estados Partes reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental.

Como se vê, o direito à saúde, nas conceituações internacionalmente adotadas, citadas acima, foi incorporado expressamente ao catálogo de direitos fundamentais reconhecidos pelo Estado Brasileiro e, ainda que assim não fosse, “assumiria a feição de direito fundamental não-escrito implícito” (Sarlet, Ingo Wolfgang. “A Eficácia dos Direitos Fundamentais”, 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 302), quer por se tratar de desdobramento necessário dos direitos à vida e à dignidade da pessoa humana, quer por força do parágrafo 2º do art. 5º da CF/88.

Este conceito amplo de direito à saúde decorre da adoção da já referida teoria ampla do tipo normativo de direito fundamental, que impõe uma compreensão máxima do direito, com o objetivo de emprestar o máximo alcance possível ao bem protegido pela norma jusfundamental.



### **3. 2. Há uma “Política Nacional de Atenção Integral à Reprodução Humana Assistida” no Brasil?**

Além das já citadas normas constitucionais que disciplinam o direito fundamental à saúde, os autores fundamentam sua postulação no § 7º do art. 226 da Constituição Federal que estabelece:

*“§ 7º. Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.”*

O planejamento familiar foi disciplinado pela Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que em seu art. 2º, o define como “o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.”

Os arts. 3º e 9º do referido diploma legal estabelecem:

*“Art. 3º. O planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde.*

*Parágrafo único. As instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde, em todos os seus níveis, na prestação das ações previstas no caput, obrigam-se a garantir, em toda a sua rede de serviços, no que respeita à atenção à mulher, ao homem ou ao casal, programa de atenção integral à saúde, em todos os seus ciclos vitais, que inclua, como atividades básicas, entre outras:*

*I - assistência à concepção e à contracepção;”*

*Art. 9º. Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção.”*

Buscando regulamentar os dispositivos legais citados, o Ministério da Saúde, através das Portarias nº 426, de 22 de março de 2005, do Gabinete do Ministro e nº 388, de 06 de julho de 2005, da Secretaria de Atenção à Saúde, instituiu no âmbito do SUS o que denominou de “Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Humana Assistida” e criou, no âmbito das Secretarias Estaduais e do Distrito Federal, serviços de referência em reprodução humana assistida.

Assim é que o art. 3º da Portaria nº 426/2005 define a fertilização ‘in vitro’ como procedimento de alta complexidade e o art. 3º, parágrafo único da Portaria nº 388/2005 estabelece que:

*“Parágrafo único. Para a organização dos serviços de atenção em reprodução humana assistida na média e alta complexidade devem ser observados os quantitativos de serviços, definidos por Unidade da Federação, onde a área de cobertura assistencial deve ser de 01 (um) serviço para abrangência de no mínimo 6.000.000 de habitantes, para garantir a viabilidade econômica destes serviços.”*

Sem adentrar na discussão acerca da hipotética inconstitucionalidade da formulação de uma política pública voltada à garantia da prestação efetiva de serviços de reprodução humana assistida, especialmente à luz do art. 198, II, da Constituição Federal, que determina a priorização de atividades preventivas nas ações e serviços públicos de saúde, tema que desborda os limites desta ação de natureza individual, é possível, a partir da leitura dos dispositivos regulamentares acima transcritos, desde logo, estabelecer alguns pontos de partida para o exame que se fará a seguir. Vejamos:

(1) a “Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Assistida”, instituída pelo Ministério da Saúde, impôs aos governos estaduais a obrigatoriedade de criar serviços de referência sobre a matéria, cuja proporção mínima será de um serviço para cada seis milhões de habitantes. Tal proporção - de expressão quase simbólica - por si só, já conduz à conclusão de não-obrigatoriedade para os Estados da estruturação de um acesso universal aos serviços de referência;

(2) não há, em nenhuma das normas citadas, a previsão de custeio estatal integral para os procedimentos de alta complexidade, nos quais

se insere a fertilização “in vitro”, nem previsão expressa acerca da total gratuidade dos serviços postos à disposição da população, mediante fornecimento dos medicamentos necessários ao êxito dos procedimentos. Ao contrário, a Portaria nº 388/2005 refere claramente a preocupação de preservar “a viabilidade econômica dos serviços”;

(3) conquanto as Portarias não definam claramente os critérios de elegibilidade dos usuários do SUS que farão jus aos serviços, há referências expressas a “casais inférteis” como destinatários únicos da referida política pública, haja vista que a Portaria nº 426/2005 adota a definição de infertilidade, dada pela Organização Mundial de Saúde, como a “ausência de gravidez após 12 (doze) meses de relações sexuais regulares, sem uso de contracepção”. Esta restrição da aplicabilidade da política a casais heterossexuais, além de contrariar a garantia de acesso igualitário, parece mesmo traduzir afronta ao princípio isonômico.

Desta forma, verifica-se que as Portarias limitaram-se a criar uma oferta insuficiente, parcial, não universal e não igualitária de serviços de reprodução humana assistida.

Dito isto, é questionável se esta oferta fragmentada, mediante “serviços de referência” na proporção de 1 para cada seis milhões de habitantes, pode, efetivamente, enquadrar-se no conceito jurídico de política, notadamente à luz do que dispõe o art. 196 da Constituição Federal que outorga a garantia do direito à saúde através de “políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao **acesso universal e igualitário às ações e serviços** para sua promoção, proteção e recuperação.”

As Portarias parecem, em verdade, traduzir mera promessa, sem organizar os serviços com a finalidade de se garantir acesso real, efetivo, atual, igualitário e universal, a ponto de caracterizá-las como normas estruturantes de uma “Política Nacional de Atenção Integral em Reprodução Assistida”.

Como é cediço, a noção de finalidade é essencial para a conceituação de um conjunto de normas e atos administrativos como uma política pública. Como ensina Fábio Konder Comparato: “... se a política deve ser claramente distinguida das normas e dos atos, é preciso reconhecer que ela acaba por englobá-los como seus componentes. É que a política

aparece, antes de tudo, como uma atividade, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado. O conceito de atividade, que é também recente na ciência jurídica, encontra-se hoje no centro da teoria do direito empresarial (em substituição ao superado ‘ato de comércio’) e constitui o cerne da moderna noção de serviço público, de procedimento administrativo e de direção estatal da economia. A política, como conjunto de normas e atos, é unificada pela sua finalidade. Os atos, decisões ou normas que a compõem, tomados isoladamente, são de natureza heterogênea e submetem-se a um regime jurídico que lhes é próprio. De onde se segue que o juízo de validade de uma política - seja ela empresarial ou governamental - não se confunde nunca com o juízo de validade das normas e dos atos que a compõem.” (“Ensaio sobre o Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas”, RT 737/18, março de 1997, grifo nosso).

Assim sendo, constatando-se que as referidas normas encontram-se esvaziadas da finalidade de estruturar um acesso efetivo, universal e igualitário às tecnologias reprodutivas, forma-se a convicção do juízo no sentido da inexistência, no direito brasileiro, de uma política pública de reprodução humana assistida. O passo seguinte consiste em verificar se, à luz da disciplina normativa existente, há para os autores o direito subjetivo alegado na petição inicial.

## **4. Pressupostos fáticos**

### **4.1. As técnicas de reprodução assistida - críticas à medicalização da infertilidade**

Como sustenta a antropóloga Debora Diniz, com base nos estudos de Gay Becker, uma das sociólogas pioneiras no estudo da infertilidade nos Estados Unidos: “Se nos anos 60 e 70 a infertilidade era um problema eminentemente social e passível de ser contornado pela adoção, a partir dos anos 80 ela passou a ser vista como um problema médico, diante do qual recorre-se à ciência em busca de solução.” (Diniz, Debora. “Quem pode ter acesso às tecnologias reprodutivas”. Brasília: Ed. Letras Livres, 2002, p. 10)

As críticas ao denominado fenômeno da “medicalização da infertilidade”, feita pelos estudiosos da sociologia, da antropologia e da bioética, dirigem-se à ausência de um maior comprometimento dos profissionais biomédicos com a investigação e tratamento das possíveis causas dos fenômenos biológicos que acarretam a in/hipofertilidade ou baixa fecundidade entre homens e mulheres (Diniz, op. Cit., p. 11), focalizando sua atenção no desenvolvimento de tecnologias voltadas à fabricação de bebês, procedimentos estes de alto custo e ainda não respaldados por estudos estatísticos exaustivos acerca de suas reais taxas de êxito.

“Neste sentido, o principal objetivo das tecnologias reprodutivas não seria reverter ou solucionar as possíveis causas de infertilidade que conduzem à infecundidade involuntária, mas antes garantir a produção de um bebê. Solucionar a infecundidade através da produção de um bebê com laços biológicos com os progenitores, é a promessa das tecnologias reprodutivas.” (Diniz, Debora e Costa, Rosely Gomes, “Infertilidad e Infecundidad: acceso a las nuevas tecnologías conceptivas”, In “Sexualidad, Estigma Y Derechos Humanos”, p. 56, tradução nossa)

Mas os argumentos contrários à denominada “medicalização da infertilidade” vão ainda além e não podem passar ao largo da discussão judicial do tema.

Marilena Villela Corrêa, em sua tese de doutorado, apresentada no Instituto de Medicina Social da UERJ, analisou o tema em profundidade e dentre as inúmeras e relevantes ponderações acerca das razões e conseqüências do fenômeno da medicalização da infertilidade, afirmou: “Tendo em vista que há mais de um século a medicina vem se ocupando não somente das anormalidades nitidamente orgânicas, mas também das anormalidades sociais, e o elevado grau de medicalização da reprodução humana, é razoável supor que a transformação da infertilidade em patologia tratável se deu como decorrência quase ‘normal’ ou ‘natural’ daquele processo.” Avança afirmando que “a existência e difusão da reprodução assistida tende a reforçar atitudes negativas com relação à dificuldade de reprodução. No plano individual, a sensação de inadequação à normal social da reprodução tende a ser transferida para o corpo; e o enfrentamento dessa inadequação para a instituição

médica, com a desvalorização de outras práticas como a adoção. De fato, a via da medicalização das infertilidades como forma de adequação às normas sociais procriativas (mesmo com o auxílio de material reprodutivo doado por terceiros) pode contribuir para a desculpabilização do indivíduo estéril em relação àquela norma, tendendo a reforçar, num círculo vicioso, tanto a norma como a proposta médica para o tratamento das situações desviantes”. (“Novas Tecnologias Reprodutivas: limites da biologia ou biologia sem limites?” Rio de Janeiro: EdUERJ, 2001, p. 188)

Da mesma forma, Debora Diniz aponta a “dificuldade de definir, a priori, que tipo de problema as tecnologias reprodutivas estariam solucionando, se a ausência involuntária de filhos ou se uma doença no sentido médico do termo. Considerando que as investigações sobre as causas da infertilidade são pouco pesquisadas e que pelo menos um terço dos diagnósticos médicos definem a infertilidade como de origem indefinida, atrelar a elegibilidade a um suposto quadro de doença não resolveria o problema. E, mesmo sendo possível considerar um fundamento clínico indiscutível para a infertilidade, esse será sempre um diagnóstico frágil para determinar a elegibilidade, pois a ausência de filhos é um dado que se configura para um determinado casal, sendo possível modificar o quadro com a mudança de parceiros. O fato é que, na grande maioria dos casos, o ciclo de medicalização da infertilidade somente se inicia quando a ausência de filhos torna-se ausência involuntária de filhos, ou seja, somente de posse um desejo por filhos é que as mulheres ou os casais provocam o debate sobre elegibilidade.” (Diniz, “Quem pode ter acesso às tecnologias reprodutivas?”, p. 14-15).

Estas reflexões acerca do fenômeno da medicalização da infertilidade inevitavelmente nos conduzem a outra sorte de indagações acerca da possibilidade de realização judicial desta faceta do direito à saúde, dentro um juízo de proporcionalidade, já que, como visto, mesmo o direito à saúde, enquanto direito social de índole prestacional, não é absoluto, - como, aliás, nunca o é nenhum direito e, portanto, não se mostra isento de restrições, sobretudo em face da limitação dos recursos orçamentários em um país de Terceiro Mundo como o Brasil.

## 4.2. O direito à concepção e seu enquadramento no conteúdo normativo do direito à saúde

Dito isto, não se pode ignorar que a in/hipofertilidade, enquanto ausência involuntária de filhos biologicamente vinculados, pode enquadrar-se, efetivamente, no conteúdo normativo do direito à saúde, uma vez que, de um ponto de vista exclusivamente fisiológico, pode decorrer da perda, inexistência ou supressão de uma das funções do corpo humano.

Entretanto, da mesma forma como se pode entender a in/hipofertilidade como uma restrição da funcionalidade do corpo humano, não há como negar que esta somente se configura como problema no momento em que surge o desejo por filhos, como realçado acima.

*“De fato, sem o desejo de filhos não há infertilidade. Não querer ter filhos anula a possibilidade de vir a ser ou não medicamente confirmado, ou mesmo apenas interrogado um estado de in/hipofertilidade. Correlativamente, desejar ter filhos - por quê, quantos, quando - é algo que responde a normas sociais, diferentes segundo países, regiões, classes, a posição familiar dos indivíduos, época histórica etc., e cujo significado simbólico varia igualmente, não tendo sido sempre tão dependente da intervenção médica e de considerações biologizantes sobre o processo reprodutivo.” (Correa, op. Cit., pg. 36/37)*

Desta constatação de que a infertilidade tem sua matriz no desejo por filhos, há autores como Berlinguer que enfocam “maternidade e uma paternidade, fundadas sobre a gestação materna e a descendência genética (mesmo que parcial)” não como um desdobramento do direito social à saúde, mas sim como um “limite à liberdade de escolha de cada indivíduo” (“Bioética Cotidiana”. Brasília: Ed. UNB, 2004, p. 33).

Mas, ainda que se compreenda a impossibilidade de gerar filhos biológicos como um importante limite à autodeterminação dos indivíduos, atuando como um obstáculo concreto à consecução de seus projetos de família, não se pode concordar com a visão que busca retirar o alegado “direito à concepção” do âmbito normativo do direito social à saúde, muito embora os procedimentos médicos de reprodução assistida, tendentes à superação de tais obstáculos se enquadrem não propriamente

mente numa medicina voltada à necessidade de cura, mas sim numa medicina de concretização de desejos que, muito embora legítimos, situam-se em outra esfera de conjugação de esforços públicos para sua realização e acesso universal.

Cabe esclarecer que o desejo de filhos não se revela como um anseio caprichoso ou não valorizado. O enfoque correto da discussão é saber se este desejo, ainda que legítimo, deve ser priorizado, em qualquer contexto e a qualquer preço, a ponto de impor judicialmente que o Estado arque com os custos financeiros de sua realização.

Assim sendo, partindo-se da premissa de que o direito à concepção encontra-se albergado no conteúdo do direito fundamental à saúde, numa compreensão ditada pela teoria ampla do tipo normativo, sinteticamente exposta acima, cabe verificar em que medida esta faceta do direito à saúde é realizável judicialmente, o que se fará a partir da aplicação dos preceitos da necessidade, da proporcionalidade em sentido estrito, como proibição da não-suficiência e da reserva financeira do possível.

## **5. O juízo de proporcionalidade e a concretização do direito à saúde, no caso concreto:**

### **5.1. O princípio da proporcionalidade e a necessidade do recurso às tecnologias reprodutivas**

Uma vez constatada uma restrição a um direito fundamental social em decorrência de princípios ou direitos contrapostos, cabe realizar um juízo de necessidade, como um desdobramento do preceito da proporcionalidade, o qual exige que o julgador efetue um “exame comparativo”, de forma a determinar se aquele fim não poderá ser atingido de outra maneira.

Conquanto a realização do direito à concepção, consista numa demanda legítima, é negável, entretanto, que a viabilização das experiências da maternidade e da paternidade não se exaurem no recurso às técnicas médicas de reprodução humana assistida como única via de concretização. Paternidade e maternidade podem ser exercidas através da adoção que, além de superar a questão da ausência involuntária de filhos, soluciona, ainda, o problema social da criança pré-existente em situação de desamparo ou carência familiar.



Com efeito, ao demandar a viabilização dos procedimentos de Fiv com a utilização de seu próprio material genético, os autores pretendem mais que a viabilização das condições para o exercício da maternidade/paternidade. Pretendem, sim, a realização de um desejo de conservação de seus patrimônios genéticos, algo que o recurso à adoção não pode solucionar. Os demandantes buscam, em verdade, não apenas realizar seu direito à concepção, mas, em verdade, realizar seu desejo por filhos biologicamente vinculados que guardem em si uma representação de continuidade para cada um dos indivíduos participantes do processo.

Tal anseio nada possui em si de reprovável. Ao contrário, como já afirmado, é perfeitamente legítimo, em especial se tivermos em mente que a in/hipofertilidade, tratada de forma crescente na atualidade como problema médico, tem sido ressaltada como uma inadequação à norma social de procriação e, portanto, uma diminuição do valor intrínseco de seus portadores, a ponto de, em certos contextos sociais, abalar sua auto-estima e representar até mesmo um estigma.

Entretanto, a constatação de que o direito à concepção, este entendido como o direito de realizar um projeto de família, não se realiza exclusivamente mediante o recurso às técnicas de reprodução assistida conduz à conclusão da inexistência de prejuízo, físico ou psicológico grave aos demandantes, decorrentes da ausência do custeio estatal à integralidade do tratamento, permitindo-se afirmar que o preceito da necessidade não abriga a presente postulação.

Como afirma Paulo Leivas, nas demandas que envolvem a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais, ou seja, o reconhecimento judicial da obrigação estatal de garantir a proteção àquele bem jurídico protegido pela norma jusfundamental, o critério da necessidade impõe que seja respeitado o “núcleo de essencialidade ou necessidade dos direitos fundamentais sociais que, se não atendidos, coloca o indivíduo em risco de sofrer um dano grave. Nesse caso, é obrigação do Estado prestar assistência, salvo impossibilidade absoluta.” (op. Cit., p. 107).

No caso dos autos não se está diante de situação de dano grave ou de desrespeito ao núcleo de essencialidade protegido pelo direito fundamental à saúde, uma vez que não se cogita de situação fática em que haja um risco relevante à vida ou à manutenção de um bom padrão de qualidade de vida dos autores.

Há, sem dúvida, uma limitação na possibilidade de concretização de seus projetos de vida familiar. Esta limitação, todavia, não se situa, no entender deste Juízo, no núcleo de essencialidade que torna obrigatória a assistência estatal, uma vez que busca atender a um desejo dos autores e não propriamente uma necessidade, como se verá mais detalhadamente a seguir.

## **5.2. Aplicação da proporcionalidade em sentido estrito: a suficiência das normas que criam os serviços de referência em reprodução humana assistida**

No exame da proporcionalidade em sentido estrito, cabe efetuar uma ponderação acerca da importância dos direitos em conflito, segundo a máxima de que “quanto maior é o grau da não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro”... “o que pode ser feito utilizando-se a escala triádica de intensidade (leve, média e grave)”. (Leivas, op. Cit., p.78/79).

Esta ponderação, no caso dos autos, deve realizar-se entre o direito à concepção dos autores em confronto com o princípio da organização financeira do SUS (escassez de recursos, orçamento, planejamento e critérios adotados pelo SUS para a elaboração das listas de medicamentos custeados pelo Sistema).

No que tange ao direito à concepção dos autores, entendido como a possibilidade de concretizar seus projetos de família, não se pode perder de vista que o referido direito encontra-se permeado pela noção de que a postulação encontra-se situada além do exercício da maternidade ou paternidade, mas sim na concretização do desejo de gerar filhos biologicamente vinculados e, assim, de legar um patrimônio genético. Como já dito e reiterado, tal desejo, ainda que legítimo, situa a não-satisfação do direito à concepção em um grau leve ou médio de restrição a direitos fundamentais, para fins de aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Ademais, a premissa de que o alegado direito à concepção pode ser alcançado por outros meios, menos onerosos para o Estado, como já visto no item anterior, aliada à ausência de um dano grave (físico ou psicológico), reforçam a convicção de que a não-satisfação do direito

dos autores situa-se na escala triádica de intensidade como uma restrição leve ou média, enquanto a infringência aos princípios em colisão, podem ser qualificados como restrições graves à esfera jurídica da União Federal.

O resultado desta ponderação conduz à conclusão de que as normas que disciplinaram os procedimentos de reprodução assistida, ainda que não se qualifiquem juridicamente como integrantes de uma política pública de reprodução humana assistida, ao atribuírem o custeio parcial aos interessados, não representaram ofensa ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito, por disponibilizarem a prestação estatal de forma suficiente, dada a maior importância valorativa dos princípios que se contrapõem ao direito à concepção, no caso concreto.

### **5.3. A reserva financeira do possível aplicada aos procedimentos de reprodução humana assistida**

Por fim, no que tange à reserva financeira do possível, ainda que o custo dos medicamentos objeto da presente ação não atinja cifras expressivas, individualmente, a solução da demanda não prescinde que o julgador tenha em mente os referidos custos num grau universalizável. Isso porque a resistência da União Federal, lastreada na escassez de recursos financeiros, na ausência de inclusão do medicamento nas tabelas do SUS impõe que se responda se é razoável exigir-se do Sistema Único de Saúde o custeio do medicamento para todas as pessoas no Brasil em situação semelhante à dos autores.

Especificamente quanto ao direito à saúde, vale citar Ingo Sarlet, que assim leciona: “cuida-se de saber se os poderes públicos são devedores de um atendimento global (toda e qualquer prestação na área da saúde) e, independentemente deste aspecto, qual o nível dos serviços a serem prestados. Em suma, pergunta-se se o particular (qualquer um ou apenas os que comprovarem carência de recursos para a manutenção de um plano de saúde privado?) poderá ter acesso, por exemplo, além dos serviços essenciais na esfera médica, a atendimento odontológico, psicológico, fisioterapêutico, etc. Ademais, será o Estado obrigado a prestar saúde de acordo com padrões mínimos, suficientes, em qualquer caso, para assegurar a eficácia das prestações, ou terão os particulares direito

a serviços gratuitos da melhor qualidade (equipamento de última geração, quarto privativo em hospitais, etc.?) Cuida-se, também neste particular, do clássico dilema do Estado social no que concerne às suas funções precípuas, isto é, se deve limitar-se à tarefa de assegurar um patamar mínimo em prestações materiais, destinadas a promover a igualdade material no sentido de uma igualdade de oportunidades ou se deve almejar um padrão ótimo nesta seara”. (op. Cit., p. 302).s

Neste aspecto, não se pode afirmar que num país em que o sistema público de saúde tem dificuldades para garantir até mesmo a manutenção de programas que atendam ao denominado “mínimo existencial”, tais como os programas de atendimento à saúde da mulher, de prevenção ao câncer de colo do útero e de mama ou de amplo acesso a medidas contraceptivas para meninas pré-adolescentes e adolescentes, não seja razoável a atribuição do custeio de parte de programas de reprodução assistida aos casais interessados em realizar alegado direito à concepção.

Veja-se que o Brasil ocupa o 73º lugar entre 173 países no Relatório de Desenvolvimento Humano 2002, lançado em 23/07/2002, pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), como noticiou o Jornal Zero Hora e, 24 de julho de 2002 (Paulo Leivas, op. Cit., p. 115).

Conforme noticia o jornal “O Tempo”, edição de 28/06/2005 (disponível em “[www.crmmg.org.br/noticias/saude/news\\_item.2005-06-30.9308](http://www.crmmg.org.br/noticias/saude/news_item.2005-06-30.9308)), estima-se que no Brasil haja hoje, aproximadamente, 278 mil casais inférteis. Ainda segundo o noticiário acima citado, as ações previstas para a política de reprodução humana assistida vão gerar um custo médio de R\$ 4,6 milhões por ano por unidade credenciada, em um investimento total de R\$ 37 milhões.

Como pondera Gustavo Amaral, citado por Paulo Leivas, diante da escassez de recursos, há uma “necessidade de motivação e controle dos critérios de escolha, uma prestação de contas à sociedade do porquê preferiu-se atender a uma situação, e não à outra”, e, além disso, não se pode ignorar que “a justiça do caso concreto deve ser sempre aquela que possa ser assegurada a todos que estão ou possam vir a estar em situação similar, sob pena de quebrar-se a isonomia.” (“Direito, Escassez e Escolha”, apud Paulo Leivas, op. Cit., p. 104/105).

Neste sentido, quer nos parecer que o acesso aos procedimentos, consultas e exames disponibilizados pelo Programa de Reprodução Assistida do Hospital de Clínica de Porto Alegre e custeio dos medicamentos pelos interessados, satisfaz tais critérios de razoabilidade e proporcionalidade, na medida em que atribui aos interessados a parcela menos onerosa dos custos totais do procedimento.

Note-se que os próprios autores anexam à inicial reportagem jornalística na qual se afirma que o custo de um procedimento de Fertilização In Vitro em clínica particular pode chegar a R\$ 8.000,00 (oito mil reais) por tentativa, ao passo que o custo da medicação solicitada gira em torno de R\$ 700,00 (setecentos reais), segundo notas fiscais anexadas aos autos (fl. 70).

Cabe frisar que, mesmo em países de primeiro mundo, há uma tendência crescente de corte das verbas para o financiamento público aos procedimentos de reprodução assistida, tal como ocorre na Alemanha e Austrália, ou mesmo de atribuição integral dos custos aos interessados, tal como sempre ocorreu e ainda ocorre em países como os Estados Unidos (Corrêa, Marilena Villela, op. Cit., p. 91). O custeio estatal das tecnologias reprodutivas tem representado uma nova perspectiva, nos países em desenvolvimento, com forma de garantir a reposição da população, diante de taxas decrescentes de natalidade, crescente envelhecimento populacional (Diniz, “Infertilidad...”, p. 61) ou mesmo, da falência dos sistemas de seguridade social. É bom lembrar, entretanto, que no direito brasileiro, a utilização do planejamento familiar com esta finalidade encontra-se expressamente vedada pelo parágrafo único do art. 2º da lei nº 9.263/96. No Brasil, nem mesmo os convênios médicos particulares incluem tais custos em sua cobertura.

Por todas as razões já expostas, tenho que também não se pode atribuir à União Federal o dever de arcar com os custos dos deslocamentos e estadias dos autores na Capital em razão da participação no Programa de Reprodução Assistida do HCPOA.

## **Conclusão**

Em conclusão, a norma-princípio do direito fundamental à saúde abarca o direito prestacional que assegura a oferta do serviço de fertilização “in vitro”, mas encontra limites fáticos na impossibilidade de um

financiamento estatal universal para o referido tratamento, tornando inexistente, em relação à União Federal, a prestação jurídica positiva correspondente ao custeio dos medicamentos e das despesas de deslocamento e de hospedagem na Capital do Estado, necessários para assegurar a participação dos autores no Programa de Reprodução Assistida do Hospital de Clínicas de Porto Alegre. Com isto, chega-se, assim ao conceito de direito à saúde em definitivo, decorrente de uma concretização do princípio que, neste caso, não abarca a postulação dos autores.

## **DISPOSITIVO**

Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTE a presente demanda, com resolução de mérito, nos termos do art. 269, I, do CPC.

Ficam desde já intimadas as partes para apresentação de contrarrazões ao recurso eventualmente interposto pela parte contrária, com prazo a iniciar no primeiro dia útil subsequente ao transcurso do prazo recursal.

Cumpridas todas as diligências, encaminhem-se os autos à Turma Recursal.

Custas e honorários incabíveis na espécie, por força dos artigos 54 e 55 da Lei nº 9.099/95.

Após o trânsito em julgado, dê-se baixa e arquivem-se os autos.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.