

REVISTA JURÍDICA
DA DEFENSORIA
PÚBLICA DA BAHIA

v.1

*Tutela individual
e coletiva de direitos*

2014



REVISTA JURÍDICA DA DEFENSORIA PÚBLICA DA BAHIA

volume1

Tutela Individual e Coletiva de Direitos

Salvador, 2014

REVISTA JURÍDICA DA DEFENSORIA PÚBLICA DA BAHIA

volume1

Tutela Individual e Coletiva de Direitos

Salvador, 2014

REVISTA JURÍDICA DA DEFENSORIA PÚBLICA DA BAHIA – Volume 1
TUTELA INDIVIDUAL E COLETIVA DE DIREITOS

© *Copyright* by Defensoria Pública do Estado da Bahia, 2014

Todos os direitos reservados.

Proibida a reprodução, total ou parcial, sem autorização expressa dos autores.

Autores dos artigos

Alexandra Soares da Silva
Bartolomeu Oliveira da Silva
Eduardo Feldhaus
Iracema Érica Ribeiro Oliveira
Laise de Carvalho Leite
Lúdio Rodrigues Bonfim
Maria Auxiliadora Santana Bispo Teixeira
Maurício Garcia Saporito
Nelson Alves de Sant'Anna Filho
Walmery Dias Pimentel

Capa

SLA Propaganda

Projeto Gráfico e Editoração Eletrônica
Editora Dendê

Revisão

Carlos Amorim

B42r Bahia (Estado). Defensoria Pública da Bahia
Revista Jurídica da Defensoria Pública da Bahia. - Salvador :
Defensoria Pública da Bahia, 2014.
316 p.; v. 1

ISSN 2358-0100

1. Defensoria Pública - Periódico. 2. Assistência judiciária –
Periódico. 3. Direito.

CDD:344.58142
20. ed.

Ficha elaborada pela bibliotecária Renata Souza CRB:1702

Defensoria Pública do Estado da Bahia
Tel.: (71) 3116-3400
www.defensoria.ba.gov.br

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA

ADMINISTRAÇÃO SUPERIOR

Defensora Pública Geral

Vitória Beltrão Bandeira

Subdefensor Público Geral

Renato Amaral Elias

Corregedora Geral

Carla Guenem da Fonseca Magalhães

Subcorregedor

César Ulisses Oliveira Monteiro da Costa

CONSELHO SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA

Conselheiros titulares eleitos

Clériston Cavalcante de Macedo

Gil Braga de Castro Silva

Juarez Angelin Martins

Maria Auxiliadora Santana Bispo Teixeira

Mônica de Paula Oliveira Pires de Aragão

Robson Freitas de Moura Moura Júnior

Conselheiros suplentes eleitos

Alexandre Alves de Souza

Elaina Borges de Souza Rosas

Pedro Joaquim Machado

Ouvidora-Geral

Tânia Maria Palma Santana

ESCOLA SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA

Diretor

Daniel Nicory do Prado

Conselho Editorial da Revista Jurídica

Andrea Tourinho Pacheco de Miranda

Ariana de Sousa Silva Wanderley

Bethânia Ferreira de Souza

Cláudia Regina Ferraz de Souza Bispo Silveira

Felipe Silva Noya

Liana Santos Conceição Leão

Luiz Carlos de Assis Júnior

Maria Auxiliadora Santana Bispo Teixeira

Matheus Góes Santos

Rodrigo Ferreira Lima

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	7
DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA Alexandra Soares da Silva	9
CONDIÇÕES DA AÇÃO: FLEXIBILIZAÇÃO NA ANÁLISE DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO E DO INTERESSE PROCESSUAL, VISANDO À EFETIVIDADE DO PROCESSO E A POSSIBILITAR O ACESSO À JUSTIÇA E À GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS Bartolomeu Oliveira da Silva	51
VEDAÇÃO DO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA Eduardo Feldhaus	64
A (IM) POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NO PROCESSO CIVIL Iracema Érica Ribeiro Oliveira	96
A EFETIVIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS VERSUS A IMPROBIDADE PROCESSUAL: SANÇÕES APLICÁVEIS Laise de Carvalho Leite	125
A TUTELA ANTECIPADA E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE Lúdio Rodrigues Bonfim	157

**A PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS FRENTE AO CÓDIGO DE
DEFESA DO CONSUMIDOR**

Maria Auxiliadora Santana Bispo Teixeira 194

**RESPONSABILIDADE CIVIL PELA TUTELA CAUTELAR DE
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA CASSADA**

Maurício Garcia Saporito 221

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DA AGÊNCIA REGULADORA
DE TELECOMUNICAÇÕES NA DEFESA DOS DIREITOS
DOS USUÁRIOS DE TELEFONIA MÓVEL**

Nelson Alves de Sant'Anna Filho 244

O TRANSEXUAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Walmary Dias Pimentel 283

APRESENTAÇÃO

Vitória Beltrão Bandeira¹

Lançar a primeira edição da Revista Jurídica da Defensoria Pública é mais do que cumprir uma obrigação contida na Lei Complementar estadual nº 26/2006: é atender a um antigo anseio da classe, e contribuir para o fortalecimento de uma tradição de pesquisa e publicação no âmbito da Defensoria Pública do Estado da Bahia, que já vem sendo construída em diversas iniciativas particulares, individuais ou coletivas pelos defensores públicos baianos.

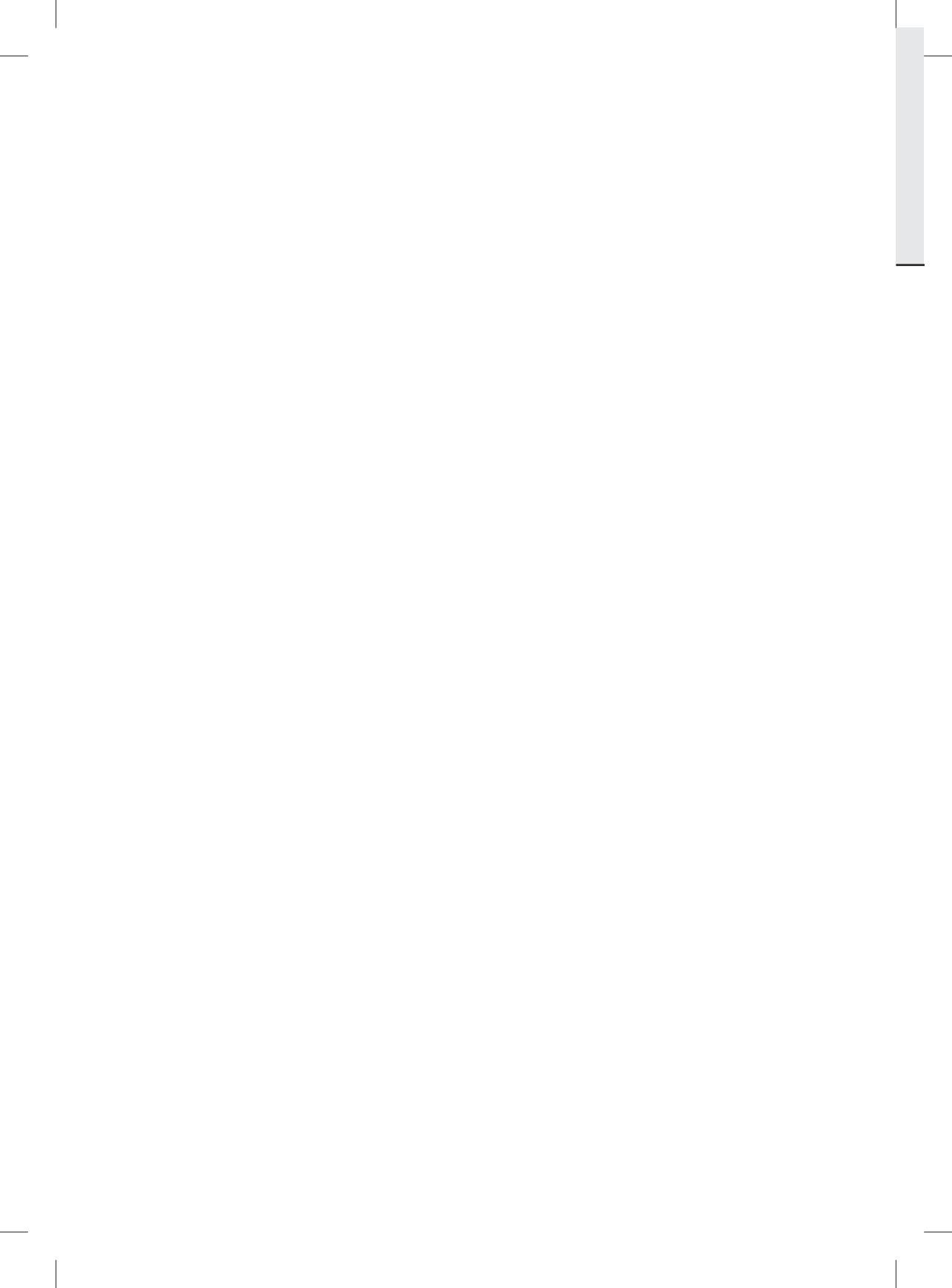
Desde o início, apoiou a decisão da Escola Superior de prestigiar a produção científica já existente e já submetida à Defensoria, em gestões anteriores, pois ela está em consonância com a orientação da atual Administração de racionalizar os processos operacionais e de gestão, e, por isso, foi possível apresentar com brevidade os primeiros resultados.

Os trabalhos publicados nesta edição da Revista Jurídica da Defensoria Pública são um testemunho do esforço de cada Defensor que o produziu e da Instituição que subsidiou os seus estudos, e agora pode usufruir de reflexões sérias e consistentes sobre os problemas que tanto afligem os nossos assistidos e os próprios defensores em sua atuação cotidiana.

Por fim, cabe apenas parabenizar cada um dos autores pelos ótimos resultados alcançados em suas pesquisas e incentivar todos os defensores públicos a continuarem produzindo e submetendo os seus trabalhos à apreciação da Escola Superior da Defensoria Pública, para que o lançamento de uma Revista Jurídica deixe de ser uma novidade e passe a fazer parte da rotina institucional, no melhor sentido da palavra.

Salvador, 15 de maio de 2014.

¹ - Defensora Pública-Geral do Estado da Bahia.



DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA

Alexandra Soares da Silva¹

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 ORIGEM HISTÓRICA DO ACESSO À JUSTIÇA; 2.1 ASPECTOS NA REVOLUÇÃO FRANCESA; 2.2 ASPECTOS NO BRASIL; 3 DEFINIÇÃO DO DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA; 3.1 DEFINIÇÃO DO DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA EM UMA VISÃO ATUALIZADA; 4 O ACESSO À JUSTIÇA E O DIREITO PROCESSUAL CIVIL; 5 OBSTÁCULOS AINDA EXISTENTES AO EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA; 5.1 MOROSIDADE PROCESSUAL; 5.2 CUSTOS FINANCEIROS DO PROCESSO; 5.3 HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA, CULTURAL E TÉCNICA; 5.4 FORMALISMO JURÍDICO; 6 MEIOS FACILITADORES DO ACESSO À JUSTIÇA; 6.1 DEFENSORIA PÚBLICA; 6.2 ARBITRAGEM; 6.3 MEDIAÇÃO; 6.4 JUIZADOS ESPECIAIS; 7 PROJETO DE LEI DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E CELERIDADE PROCESSUAL; 8 CONSIDERAÇÕES REFERENTES AO ALCANCE DO EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA; 9 CONCLUSÃO; 10 REFERÊNCIAS.

Resumo

Através deste trabalho objetiva-se demonstrar que o direito de acesso à Justiça, previsto constitucionalmente, ainda não atingiu a sua plenitude, de maneira que os estudiosos e operadores do direito continuam buscando meios que viabilizem a sua total efetividade. Após breve relato histórico verificou-se que, embora tenha existido progresso, ainda há uma considerável parcela da população sem condições de acesso a uma justiça digna, em virtude da deficiência dos serviços judiciários, de falta de condições econômicas e culturais da população hipossuficiente, dentre outros fatores. Para combater os obstáculos detectados foram instituídos meios facilitadores, tais como arbitragem, mediação, juizados especiais e Defensoria Pública, além das reformas processuais realizadas desde a Emenda Constitucional 45/2004, que visam combater a morosidade processual. Pretende-se apresentar outra solução consistente em um olhar direcionado para as causas geradoras dos obstáculos e não para seus efeitos, dando ênfase para outros meios compositivos do litígio, especialmente o fortalecimento da Defensoria Pública.

Palavras-chave: Acesso à Justiça; Obstáculos; Meios Facilitadores; Defensoria Pública.

1 – Defensora Pública de Classe Intermediária, Especialista em Direito do Estado pela Faculdade Baiana de Direito



Abstract

Through this work, we aim to prove that the right of access to justice, constitutionally provided for, not yet reached its fullness, so that scholars and jurists continue to seek ways to enable their full effectiveness. After a brief historical account, it was found that, although there was progress, there is still a considerable proportion of the population unable to access a worthy justice, due to the deficiency of the judiciary, lack of economic and cultural conditions of the population at a disadvantage among other factors. To combat the identified obstacles were imposed enablers, such as arbitration, mediation, special courts and public defense, and procedural reforms undertaken since the Constitutional Amendment 45/2004, to combat the lengthy procedure. They try to present another solution, consisting of a gaze directed at the causes for the obstacles and not to its effects, giving emphasis to other compositional means of dispute, especially the strengthening of the Public Defender.

Keywords: *Access to Justice. Obstacles. Effectiveness. Instruments. Public Defender.*

1 – INTRODUÇÃO

O direito de acesso à Justiça não surgiu de forma súbita, da noite para o dia, ao contrário, tanto no contexto nacional quanto internacional ele foi se desenvolvendo por meio da luta cotidiana das pessoas que necessitavam da tutela do Estado para lhes garantir direitos e evitar a utilização da autotutela como meio de alcance da Justiça. Assim, o Estado criou o Poder Judiciário para que pudessem ser resolvidos todos os litígios instaurados entre as pessoas que convivem em sociedade, visando garantir, com isso, a paz social e promover a manutenção do Estado Democrático de Direito.

No entanto, observa-se que o Judiciário brasileiro não tem conseguido atingir os moldes de eficiência necessários para atender aos anseios sociais de justiça. A referida ineficiência é perpetuada em razão de obstáculos existentes até a atualidade, tais como morosidade processual, custos financeiros do processo, formalismo jurídico e hipossuficiência econômica, cultural e técnica das partes litigantes.

O acesso à Justiça era entendido, até recentemente, como sendo, tão-somente, o acesso ao Poder Judiciário, contudo passou-se a ampliar esse entendimento considerando-o como substancializador de uma sociedade justa e igualitária, enquanto o Judiciário é apenas um dos meios para se buscar essa Justiça. Neste sentido, Cintra, Grinover e Dinamarco (2007, p. 39) dizem que “o acesso à justiça não se identifica, pois, como mera admissão ao processo, ou possibilidade de ingresso em juízo [...]. É necessário isso e muito mais.”

Por todo o exposto, fez-se necessário desenvolver meios alternativos para soluções de litígios que contribuíssem para o alcance do efetivo acesso à Justiça. Alguns desses meios facilitadores são a Arbitragem, a Mediação, os Juizados Especiais e a Defensoria Pública, instituição esta que exerce relevante papel para garantir o acesso à Justiça, sobretudo em uma sociedade com grandes níveis de desigualdade social.

Neste contexto, o presente artigo pretende demonstrar que o direito de acesso à Justiça, apesar de todo esforço até então empreendido para torná-lo efetivo, ainda não tem atendido adequadamente às necessidades da população. Além disso, pretende-se demonstrar que ainda faltam incentivos e fortalecimento aos meios auto e heterocompositivos dos litígios, de forma a proporcionar segurança aos litigantes quanto à utilização desses meios de resolução das lides, desestimulando a sociedade da cultura judiciarista que atualmente se encontra difundida.

Para demonstrar o que se pretende, apresentou-se a evolução histórica do direito de acesso à Justiça, sendo constatados seus principais obstáculos e as ações até então empregadas para superá-los. Ao final, teceram-se considerações acerca de alternativas que visam contribuir com a implementação do pleno acesso à Justiça.



Para atender ao objetivo proposto, este artigo científico tem como metodologia a pesquisa bibliográfica, por meio da revisão de literatura, de citações e argumentações encontradas em livros, periódicos especializados em matéria de Direito, artigos, bem como publicações, encontradas em banco de dados na Internet, sobre a temática desenvolvida. Foi utilizada como pesquisa documental a legislação pátria.

2 – ORIGEM HISTÓRICA DO ACESSO À JUSTIÇA

2.1 – ASPECTOS NA REVOLUÇÃO FRANCESA

Antes de ingressar na história do acesso à Justiça propriamente dito, torna-se necessário breve relato do momento histórico mais importante para os direitos individuais e sociais. Aquele no qual o povo, cansado de tanta injustiça social, exigiu a proclamação de direitos, na esperança de que pudesse viver numa sociedade livre e socialmente justa.

Pode-se dizer, até mesmo, que para se escrever sobre qualquer direito fundamental é imprescindível ter uma visão geral, ainda que de forma perfunctória sobre a Revolução Francesa, pois foi a partir daí que os direitos foram formalmente previstos, sendo declarados os direitos fundamentais do cidadão.

No século XVIII vigorava o Absolutismo, em que o rei detinha a total concentração dos poderes do Estado sem necessidade, sequer, de prestar contas à população. Nesse contexto, Pontes de Miranda (*apud* BRÜNING 2006, p. 281) relata sobre os poderes do Rei: “O Rei não podia malfazer: era infalível, uma vez que não tinha que prestar contas.”

Na sociedade francesa havia três camadas sociais, quais sejam o Primeiro Estado formado pelo Clero; o Segundo Estado formado pela nobreza, que era composta pelo Rei, sua família, Condes, Duques, Marqueses e outros Nobres; e o Terceiro Estado, que abrangia a maior parte da população francesa, incluindo-se todos os trabalhadores, camponeses e burguesia.

A terceira camada social era tratada com total discriminação. O Clero e a Nobreza viviam com muito luxo e ostentação, tudo custeado com o dinheiro proveniente dos altos impostos que somente eram pagos pelos integrantes do Terceiro Estado. A situação social era de extrema gravidade, sobretudo pela insegurança jurídica que as pessoas viviam ante a ausência de direitos individuais. A insatisfação popular era tão grande que em 14 de julho de 1789 o povo, movido pelos ideais iluministas, foi às ruas com o objetivo de tomar o poder e acabar de vez com a Monarquia.

Posteriormente, houve a queda do Absolutismo e a seguir a aprovação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, através da qual foram consagrados vários direitos individuais e sociais

anteriormente difundidos pelo Iluminismo, como, por exemplo, direito à igualdade perante a Lei, Direito à vida, à propriedade, à liberdade de religião e expressão, dentre outros.

Não se pode olvidar que a mais importante conquista da Revolução Francesa foi a criação de uma Constituição que passou a regular a vida em sociedade, estabelecendo direitos e deveres para os cidadãos e limitando o poder estatal. A partir daí teve início uma nova fase: a fase liberal individualista.

O Estado Liberal tinha como fundamento a liberdade do cidadão em todos os aspectos, ou seja político, social e econômico, segundo nos apresenta Paulo Bonavides:

Dentro da Sociedade Liberal, os direitos fundamentais eram os direitos da liberdade, traçados segundo uma imagem isolante e individualista, pertinente à Liberdade pessoal, à propriedade, à individualidade do domicílio e da correspondência, às liberdades de opinião, assembleia, reunião e crença religiosa, dentre outras. Tinham, pois, todos esses direitos uma função delimitadora, defensiva, específica, de resistência ou oposição ao Estado (BONAVIDES, 1983, p. viii).

A Revolução Francesa foi apenas formalmente fundamental para o acesso à Justiça, embora tenha tido por ideais a liberdade, a igualdade e a fraternidade. Cite-se, como exemplo, a previsão constitucional de igualdade dos indivíduos, que não passou de uma garantia formal, pois não podia ser amplamente usufruída, sobretudo pela fragilidade do direito de acesso à Justiça.

Nesse aspecto, é importante destacar que o Estado assumiu uma postura totalmente passiva no que tange aos problemas que afetavam a capacidade do cidadão para ingressar na Justiça na defesa de seus direitos e interesses, pois considerava o direito de acesso à Justiça um direito natural e, por isso, anterior à formação do próprio Estado, sendo desnecessário qualquer regramento que pudesse viabilizar a sua efetividade. Sobre o tema, explica Cappelletti em sua obra *Acesso à Justiça*:

Nos Estados Liberais "burgueses" dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigorante. Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação (CAPPELLETTI, 2002, p. 9).

Portanto, mesmo diante dos grandes avanços e dos nobres ideais, a Revolução Francesa não conseguiu consolidar os direitos até então enunciados, sobretudo pela ineficácia do direito de acesso à Justiça.



A seguir surgiu o capitalismo, que deu origem à classe proletária. Essa classe social vivia em condições subumanas de trabalho, com jornada excessiva e local de trabalho insalubre e sem segurança. Essa situação ocasionou vários infortúnios aos trabalhadores, que sequer podiam contar com uma legislação trabalhista que os amparasse.

Neste contexto, deflagraram vários movimentos sociais no século XIX, que lutavam por uma vida digna para os trabalhadores, embasados na previsão constitucional de igualdade dos indivíduos, acima referida.

Estes movimentos culminaram com o denominado constitucionalismo social, originado na Constituição Mexicana de 1917 e na Alemã de 1919. Conceituando o constitucionalismo social, Amauri Mascaro Nascimento (2006, p.1243) relata como sendo “o movimento que, considerando uma das principais funções do Estado a realização da justiça social, propõe a inclusão de direitos trabalhistas e sociais fundamentais nos textos das Constituições dos países.” Foi assim que teve início o Estado Social.

No Brasil, foi a Constituição de 1934 que, pela primeira vez, enunciou uma ordem econômica e social, porém somente a Constituição de 1988 foi que considerou os direitos sociais como sendo direitos fundamentais da pessoa humana. Tais direitos, na acepção de José Afonso da Silva, são:

[...] prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida para os mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade (SILVA, 2010, p. 286).

2.2 – ASPECTOS NO BRASIL

No Brasil Colônia, que foi influenciado pelo Direito português, suas bases político-sociais e econômicas estavam voltadas para a classe dominante, ou seja, a Igreja Católica e as oligarquias rurais, sempre com o objetivo de fortalecer, cada vez mais, o Estado e a burguesia, à custa da mão de obra escrava. Ideologicamente, vigorava o liberalismo conservador, fundamentado na propriedade privada e no máximo de individualismo. Desta forma, o Estado pouco se interessava em melhorar o acesso à Justiça para as classes sociais desfavorecidas, nem se preocupava com a desigualdade social fomentada diariamente.

No que diz respeito à estrutura da Justiça no Brasil Colônia, ensina Raulino Jacó Brüning:

No Brasil, de 1521 a 1603 vigoravam as Ordenações Manuelinas, quando passamos a ser regidos pelas ordenações Filipinas, que se estenderam até o século XIX, tanto no civil quanto no crime. A justiça era a dos donatários, praticamente uma justiça privada. Eram investidos de jurisdição civil e criminal, nomeavam um ouvidor, tornando segundo autoridade da capitania, bem como designavam os juízes e demais funcionários (BRUNING, 2006, p. 283).

Somente em 1696 os desembargadores passaram a nomear juízes, que só atuavam nos locais mais populosos, ou seja, nas sedes das capitanias, não chegando aos interiores, sendo esse o único avanço do acesso à Justiça no período colonial.

No Brasil império, diferentemente do período colonial, vários foram os avanços relacionados ao acesso à Justiça. Foram editados o Código Penal (1830) e o Código de Processo Criminal (1832). Houve a instituição do *habeas corpus* e do sistema de jurados, sendo também reestruturada toda a organização judiciária do Brasil, pois, até então, a que existia era a proveniente de Portugal.

Em 1824 houve a promulgação da primeira Constituição brasileira (Constituição Imperial), outorgada por D. Pedro I, que concedeu independência ao Poder Judiciário. Saliente-se que através desta Constituição houve a divisão do poder estatal em poder Legislativo, Executivo, Judiciário e Moderador. A partir de então, o Imperador ficou obrigado a governar de acordo com as normas estabelecidas na Constituição. Outro importante avanço foi a criação do Código Comercial, em 1850, bem como o início dos trabalhos de elaboração do Código Civil, que somente findou em 1916, quando ocorreu a sua promulgação.

Portanto, verifica-se que houve um avanço significativo no acesso à Justiça, entretanto ainda persistiram diversas barreiras, como, por exemplo, era negada a condição de cidadãos às mulheres, aos índios, aos escravos e às crianças, a quem era totalmente vedado o acesso ao poder judiciário.

Do breve relato, depreende-se que o direito de acesso à Justiça continuou distante do cidadão, sobretudo dos mais vulneráveis, que permaneceram impedidos de ingressar no Poder Judiciário para defesa dos seus direitos.

Em 1891 foi proclamada a República, sendo promulgada a primeira Constituição do Brasil republicano, a qual foi influenciada pelo direito norte-americano. Seu objetivo principal estava relacionado à descentralização do poder e reorganização do governo, observando os princípios do novo regime adotado, qual seja, o presidencialista.



No que tange ao direito de acesso à Justiça, propriamente dito, essa Constituição pouco contribuiu, em que pese seu objetivo de proporcionar às camadas menos favorecidas da sociedade o exercício de cidadania, com a instituição do voto universal, cujo exercício ficou limitado aos eleitores homens maiores de 21 anos e que fossem alfabetizados.

Em 1934 foi promulgada uma nova Constituição que, além de trazer importantes avanços nos direitos sociais, foi um marco para o acesso à Justiça, pois, pela primeira vez, autorizou a criação da assistência judiciária gratuita, que somente foi criada em 1950 com a edição da Lei 1.060/50.

A Constituição de 1937 retroagiu no que diz respeito aos avanços do acesso à Justiça, pois decorreu de uma atitude arbitrária do então presidente, que decretou uma nova Constituição voltada a satisfazer seus interesses ditatoriais, suprimindo os avanços trazidos pela Constituição de 1934 e os direitos à ampla defesa e ao contraditório. Dessa forma, essa Carta Magna praticamente suprimiu o direito de acesso à Justiça, pois excluiu vários princípios e garantias constitucionais.

Em 1946 foi promulgada uma nova Constituição, com vista a fortalecer o Estado Democrático de Direito. Assim, restabeleceu os princípios e garantias constitucionais anteriormente violados. No que tange ao acesso à Justiça, essa Constituição foi de fundamental importância, pois garantiu o direito de ação aos cidadãos.

Retroagindo as conquistas até então alcançadas, a Constituição de 1967 centralizou o poder nas mãos do presidente, embora tenha mantido o direito de acesso ao Judiciário. Em 1967 foi decretado o Ato Institucional nº 05 (AI 05), que foi extremamente ditatorial e, além de outras arbitrariedades, suspendeu os direitos e garantias fundamentais; suprimiu o direito de ação, excluindo da apreciação do Poder Judiciário todas as ações que violassem seus dispositivos e restringiu a utilização do *Habeas Corpus*.

A Constituição de 1969, na verdade, apenas incorporou o Ato Institucional nº 05, dando-lhe status de norma constitucional. No tocante ao acesso à Justiça não houve alteração, já que ele continuou praticamente inexistente, sobretudo pela exigência de esgotamento das vias administrativas para propositura de ação.

Após quatorze anos de ditadura militar, mais precisamente em 1978, foi editada uma emenda constitucional que revogou o AI nº 05.

Chega-se à atual constituição, promulgada em 1988 e denominada Constituição Cidadã, em razão do seu principal escopo, qual seja eliminar todas as normas ditatoriais impostas anteriormente. Por essa razão, ela trouxe um grandioso conteúdo de direitos e garantias fundamentais.

Do ponto de vista político, a redemocratização do país produziu forte impacto sobre o sistema de Justiça. De um lado, a demanda por justiça, em grande parte represada nos anos de autoritarismo, inundou o Poder Judiciário com o fim dos constrangimentos impostos pelo regime militar ao seu livre funcionamento. Por outro lado, a democratização e o retorno ao Estado de Direito recolocaram a necessidade de juízes e árbitros legítimos para decidir eventuais conflitos entre sociedade e governo e entre os poderes do próprio Estado (ARANTES, 1997).

O acesso à Justiça passou a ser princípio constitucional previsto no artigo 5º, inciso XXXV da CF/88, nos seguintes termos: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, garantindo-se, dessa forma, o direito de ação como instrumento de acesso à Justiça.

Para conceder amplo alcance e efetividade ao acesso à Justiça, a atual Constituição estabelece o direito ao contraditório e à ampla defesa a garantia do juiz natural, o princípio da isonomia das partes, direito a assistência jurídica gratuita e integral, dentre outros. Conclui-se, portanto, que essa Carta Magna considerou significativamente o direito de acesso à Justiça.

3 – DEFINIÇÃO DO DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA

Não é tarefa tão simples definir ou delimitar o conteúdo do direito de acesso à Justiça, garantindo que ele atinja a sua plenitude, no sentido de que todo cidadão encontra-se apto a buscar a efetividade dos seus direitos formalmente reconhecidos.

Sobre o tema, Mauro Cappelletti traz a seguinte lição:

A expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para delimitar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos (CAPPELETI, 2002, p. 8).

O conceito de acesso à Justiça vem evoluindo no tempo, sendo uma preocupação constante dos estudiosos e operadores do direito garantir sua efetividade. Para tanto, busca-se não somente novos meios ou mecanismos de acesso, mas também alterações no sistema jurídico que amenizem ou até mesmo excluam seus obstáculos.

Foi na Constituição Federal de 1946 que, pela primeira vez, o direito de acesso à Justiça ganhou status constitucional, dispondo seu artigo 141 § 4º, que “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”



Verifica-se, pelo dispositivo acima transcrito, que inicialmente foi garantido o acesso à Justiça apenas para defesa de direito individual, assim permanecendo por mais de 40 (quarenta) anos, até a promulgação da Constituição Federal de 1988. Em razão disso, foram editadas diversas leis que, direta ou indiretamente, acabavam restringindo o acesso à Justiça.

Atualmente, o direito fundamental de acesso à Justiça encontra-se previsto de forma indireta no Artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, o qual dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

Esclareça-se logo que o legislador constituinte, preocupado com as arbitrariedades que anteriormente existiam nas legislações infraconstitucionais com relação ao acesso à Justiça, direcionou esse dispositivo precipuamente ao legislador, impedindo-o de elaborar leis que tivessem por finalidade excluir da apreciação do Poder Judiciário determinada espécie de lesão ou ameaça a direito. Nesse sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso apregoa que:

Em verdade o citado inciso XXXV do art. 5º da CF/1988 vigente se coloca na esteira de outros anteriores textos de análogo teor (v.g., EC 01/1969, art. 153 § 4º), sendo que, numa visão serena e isenta, por aí não se pretende generalizar, prodigalizar ou banalizar o acesso à Justiça, e sim fazer com que aquele dispositivo opere como uma válvula de segurança do sistema, ou um elemento de contenção em face do Legislativo, ao proibir que certos conflitos sejam, a priori, subtraídos à cognição judicial; de outro lado, as disposições daquele gênero têm a ver com o fato de nossa justiça ser unitária, nesse sentido de aqui não ter sido implementado o Contencioso Administrativo, posto acenado no art. 111 da EC 01/1969 (MANCUSO, 2012, p. 219).

Assim, de forma indireta, a Constituição Federal de 1988 garantiu o direito de ação ao Poder Judiciário para apreciação de ameaça ou lesão a direito. Devendo ser destacado que a expressão “direito”, desta vez, foi concebida no seu mais amplo alcance, não se limitando a direito exclusivamente individual, como era nas constituições anteriores. Nesse sentido, também a lição de Pedro Lenza:

Conforme já observamos, apesar desta crítica terminológica, o artigo 5º, inciso XXXV, da CF/88 veio sedimentar o entendimento amplo do termo “direito”, dizendo que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a **direito**, não mais restringindo a sua amplitude, como faziam as Constituições anteriores, ao “direito individual” (vide arts. 141 § 4º, da CF/46; 150, § 4º, da Constituição de 1967; art. 153, § 4º, da EC n. 1/69; art. 153, § 4º,

na redação determinada pela EC n. 7/77). A partir da Constituição de 1988, passa a se assegurar, de forma expressa e categórica, em nível constitucional, a proteção de direitos, sejam eles **privados, públicos** ou **transindividuais** (difusos, coletivos ou individuais homogêneos) (LENZA, 2007, p. 722).

Importante ressaltar, ainda, que o direito de acesso à Justiça é incondicional, diferentemente de como era na Constituição Federal de 1969, cuja redação dada pela Emenda nº 07, de 13 de abril de 1977, assim dispunha:

A Lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido (art. 153, § 4º da CF/69).

Atualmente, repita-se, não existe qualquer restrição ao exercício do direito de ação, o qual pode ser exercido sem necessidade de esgotamento das vias administrativas. Sobre o tema, continua nos ensinando Lenza:

Em decorrência do princípio em análise, **não** mais se admite no sistema constitucional pátrio a chamada jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso forçado, conforme se verificava no artigo 153, § 4º, da CF/69, na redação dada pela EC n. 7, de 13.04.1977. Para se ingressar ("bater às portas") no Poder Judiciário não é necessário, portanto, o prévio esgotamento das vias administrativas (LENZA, 2007, p. 723).

Por todo o exposto, observa-se que o direito de acesso à Justiça evoluiu ao longo do tempo. Inicialmente, deixou de ser um direito infraconstitucional para adquirir força de norma constitucional. A seguir, passou a ser assegurado no seu mais amplo alcance, deixando de ser garantida somente a apreciação de lesão a direito individual, para ser assegurada a apreciação de qualquer ameaça e lesão de direito. Além disso, passou a não mais se sujeitar a qualquer condição, podendo ser exercido de imediato.

3.1 – DEFINIÇÃO DO DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA EM UMA VISÃO ATUALIZADA

Cumprido destacar, ainda, que o estudo do acesso à Justiça não pode ficar circunscrito à análise dos meios de acesso ao Poder Judiciário, mas deve ir mais além, perquirindo se está sendo viabilizado ao cidadão não somente o meio, mas também uma Justiça digna. Nesta toada é a lição de Cintra *et al.* (2002, p. 208):



[...] Falar em instrumentalidade do processo ou em sua efetividade significa, no contexto, falar dele como algo posto à disposição das pessoas com vistas a fazê-las mais felizes (ou menos infelizes) mediante a eliminação dos conflitos que as envolvem, com decisões justas. Mais do que um princípio, o acesso à justiça é a síntese de todos os princípios e garantias do processo, seja a nível constitucional ou infraconstitucional, seja em sede legislativa ou doutrinária e jurisprudencial. Chega-se à idéia do acesso à justiça, que é o pólo metodológico mais importante do sistema processual na atualidade, mediante o exame de todos e de qualquer um dos grandes princípios.

Tem-se, assim, que **acesso à justiça** é um direito social fundamental do ser humano, através do qual não somente lhe é garantido um meio de acesso ao Judiciário, mas também lhe é viabilizado o conhecimento do seu direito e a certeza de solução do litígio, com obtenção de uma tutela jurisdicional célere, eficaz e justa.

Aliás, quanto ao último aspecto, ou seja, solução de conflito, saliente-se que os modernos doutrinadores já defendem a tese de quebra do monopólio da Justiça, devendo ser concedido às partes outros meios alternativos de composição do litígio. Nesse sentido, a lição de Rodolfo de Camargo Mancuso:

O conceito de acesso à justiça não pode mais se manter atrelado a antigas e defasadas acepções – que hoje se pode dizer ufanistas e irrealis – atreladas à vetusta ideia do monopólio da justiça estatal, à sua vez assentado numa perspectiva excessivamente elástica de “universalidade/ubiquidade da jurisdição” e, também, aderente a uma leitura desmesurada da “facilitação do acesso”, dando como resultado que o direito de ação acabasse praticamente convertido em ... Dever de ação, assim insuflando a contenciosidade ao interno da sociedade e desestimulando a busca por outros meios, auto ou heterocompositivos (MANCUSO, 2012, p. 24).

Dessa forma, atualmente vem sendo proposta uma releitura do conteúdo do direito de acesso à Justiça, com objetivo de desestimular a cultura de judicialização dos conflitos. Nesse sentido, Kazuo Watanabe, criticando a ausência de políticas públicas de tratamento adequado dos conflitos de interesses, e propondo uma nova interpretação do art. 5º, XXXV da CF/88, disse:

Tal dispositivo deve ser interpretado não apenas por meio da adjudicação de solução estatal em processos contenciosos, cabendo-lhe em especial institucionalizar, em caráter permanente, os meios consensuais de solução de conflitos de interesses. [...] A instituição de semelhante política pública pelo CNJ, além de criar importante filtro da litigiosidade, estimulará em

nível nacional o nascimento de uma nova cultura, não somente entre os profissionais do direito, como também entre os próprios jurisdicionados, de solução negociada e amigável dos conflitos (WATANABE, 2011, p. 384).

Conclui-se, portanto, que atualmente a criação de meios alternativos de solução dos conflitos é de suma importância, não somente para que se tenha acesso a uma Justiça digna, mas também para provocar a mudança de paradigma, consistente na judicialização de todos os conflitos.

4 – O ACESSO À JUSTIÇA E O DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Mesmo reconhecendo a importância da solução dos conflitos através de outros meios auto ou heterocompositivos, não podemos deixar de mencionar que o direito de acesso à Justiça é imprescindível no âmbito do Direito Processual Civil, por ser ele o meio provocador da tutela jurisdicional, fazendo com que o direito se materialize, saindo do seu plano meramente formal.

Como já mencionado, o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal de 1988 foi dirigido precipuamente ao legislador ordinário, orientando-o a se abster, no momento de elaboração da lei, de excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito. Esse dispositivo não conceitua explicitamente o direito de ação, embora os doutrinadores encontrem nele o seu fundamento constitucional. O próprio artigo 22, inciso I da CF/88 concedeu competência ao legislador ordinário para dispor sobre direito processual.

Art. 22 – Compete privativamente à União legislar sobre:

I – direito civil, comercial, penal, **processual**, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho (Constituição Federal de 1988). (Grifo nosso).

Por essa razão, o direito de ação será examinado também sob o enfoque infraconstitucional. Quando o Estado avocou para si a tarefa de dirimir os conflitos, o que o faz através de sua função jurisdicional, concedeu aos indivíduos o direito de ação, ou seja, o direito de buscar a tutela jurisdicional. Esse direito, na doutrina moderna, é um direito público, subjetivo, abstrato e incondicional. Sobre o conceito do direito de ação, vale transcrever a lição de Luiz Rodrigues Wambier *et al.*:

Podemos conceituar o direito de ação como o direito público, subjetivo e abstrato, de natureza constitucional, regulado pelo Código de Processo Civil, de pedir ao Estado-juiz o exercício da atividade jurisdicional no sentido de solucionar determinada lide (WAMBIER; ALMEIDA; TALAMANI, 1999, p. 118).

Como dito anteriormente, o acesso à Justiça, através do exercício do direito de ação, constitui-se no meio pelo qual o direito se materializa, porque a atividade estatal de jurisdição é



inerte, inativa, dependendo de provocação da parte para que o direito possa se concretizar, regulando as situações de fato colocadas sob a apreciação do Poder Judiciário. Nosso Código de Processo Civil estabelece em seu art. 2º que “nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional, senão quando a parte ou interessado a requerer, nos casos e formas legais.”

O Mestre Humberto Theodoro Júnior nos ensina que:

A função jurisdicional só atua diante de casos concretos de conflitos de interesses (lide ou litígio) e sempre na dependência da invocação dos interesses, porque são deveres primários destes a obediência à ordem jurídica e a aplicação voluntária de suas normas nos negócios jurídicos particulares (THEODORO JÚNIOR, 2001, p. 30). (Grifo nosso).

Mais adiante, o referido autor continua discorrendo sobre a inércia da jurisdição. Vejamos:

*Embora a jurisdição seja função ou atividade pública do Estado, versa, quase sempre, sobre interesses privados – direitos materiais subjetivos das partes –, donde não ter cabimento a prestação jurisdicional, a não ser quando solicitada, nos casos controvertidos, pela parte interessada. Daí dizer-se que a jurisdição é atividade provocada e não espontânea do Estado: *ne procedat iudex ex officio*” (THEODORO JÚNIOR, 2001, p. 30). (Grifo nosso).*

Portanto, através do exercício do direito de ação busca-se a tutela jurisdicional de um direito violado ou ameaçado de lesão, com vistas a restabelecê-lo, afastando a ameaça ou lesão.

Várias teorias tentaram explicar a natureza jurídica do direito de ação, a saber: teoria clássica, civilista ou imanetista, teoria concretista, teoria abstrativista e a teoria eclética. O objetivo do presente trabalho não permite um estudo aprofundado de todas as teorias apontadas pela doutrina. Por isso, a matéria será examinada de forma perfunctória e ficará circunscrita à teoria atualmente adotada.

O Código de Processo Civil de 1973, ainda hoje em vigor, seguiu a teoria eclética, de Enrico Tulio Liebmann, segundo a qual o direito de ação é um direito subjetivo, público, instrumental e autônomo de pedir ao Estado-Juiz uma tutela jurisdicional. Reconhece a autonomia do direito de ação, no sentido de que ele não se confunde com a pretensão de direito material deduzida em juízo.

Destarte, não se confundem o direito subjetivo substancial e o direito subjetivo processual, caracterizando-se este último como direito de pedir ao Estado uma tutela jurisdicional que

venha a compor o litígio, independente da procedência do direito material invocado. A relação jurídica, que se instaura com a propositura da ação, é direcionada ao Estado-juiz, portanto, de direito público, e, também, não se confunde com a relação jurídica de direito material existente entre as partes (autor e réu). Deve ser destacado que a prolação da sentença de mérito depende do preenchimento das condições da ação, que serão ponderadas mais adiante.

Vejamos a lição de Fredie Didier Jr. quanto à definição do direito de ação:

“Ação” como direito autônomo em relação ao direito material. Ação, neste sentido, seria o direito de provocar a jurisdição, direito ao processo, direito de instaurar a relação jurídica processual. Trata-se da “pretensão à tutela jurídica”, que se exerce contra o Estado para que ele preste justiça. Os autonomistas dividiam-se entre os “abstrativistas”, que consideravam que o direito de ação era abstrato, pois existiria sempre, pouco importa o resultado da causa (existência ou não do direito material, e os “concretistas”, para quem, embora autônomo, o direito de ação só existiria se o autor tivesse o direito material. A concepção abstrativista prevaleceu, embora com o “tempero” que lhe foi ministrado pela concepção eclética de Enrico Tullio Liebman [...] (DIDIER JR., 2007, p. 157-158).

Impende destacar, entretanto, que o direito de ação não é absoluto, irrestrito ou potestativo, ao contrário, é um direito subordinado ao preenchimento de algumas condições. Oportuno esclarecer que não podemos confundir o direito de simples acesso aos órgãos judiciais com o verdadeiro exercício do direito de ação. Este último exige o preenchimento das condições da ação para que se alcance a tutela jurisdicional acerca do mérito da demanda, ou seja, a pretensão de direito material, dirimindo, dessa forma, a lide (pretensão resistida).

Desde já torna-se necessário registrar que as condições da ação serão mencionadas, a seguir, somente com o objetivo de mostrar que a sua compreensão e aplicação também vêm sofrendo mutação ao longo do tempo, para que elas não se configurem em verdadeiros empecilhos ao acesso à Justiça.

O CPC afirma, em seu artigo 267, que o processo será extinto sem resolução de mérito se não concorrer qualquer das condições da ação (a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade das partes e o interesse processual). Portanto, essas condições devem estar presentes desde o início do processo até a sua conclusão. Ao tratar da matéria, Fredie Didier Jr. afirma o seguinte:

O Código de Processo Civil brasileiro adotou a concepção eclética sobre o direito de ação, segundo a qual o direito de ação é o direito ao julgamento



do mérito da causa, julgamento esse que fica condicionado ao preenchimento de determinadas condições, aferíveis à luz da relação jurídica material deduzida em juízo. São as chamadas condições da ação, desenvolvidas na obra de Enrico Tullio Liebman, processualista italiano cujas lições exercem forte influência na doutrina brasileira. Seriam elas a legitimidade *ad causam*, o interesse de agir ou interesse processual e a possibilidade jurídica do pedido (DIDIER JR., 2007, p. 160).

Tratam-se as condições da ação de matéria processual e de ordem pública, portanto, não se submete à preclusão processual, podendo ser enfrentada de ofício pelo Juiz, sem necessidade de qualquer provocação, e a qualquer tempo e grau de jurisdição, conforme preceitua o § 3º do artigo 267 do Código de Processo Civil: “O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida sentença de mérito, da matéria constante dos incisos IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.”

Pois bem. Ultimamente as condições da ação vêm sofrendo críticas de doutrinadores abalizados, adeptos da teoria da asserção, segundo a qual a aplicação literal do artigo supra transcrito pode ensejar prejuízos irreparáveis aos litigantes. Nesse diapasão, buscam solução mais favorável à interpretação da lei, sustentando que o reconhecimento da falta das condições da ação, em momento posterior à propositura da ação, deve ensejar uma decisão de mérito, tendo em vista que sua análise está intimamente ligada ao direito substantivo material.

A dificuldade de análise do preenchimento ou não das condições de admissibilidade da ação, bem como de se constatar se determinada matéria refere-se à condição da ação ou ao mérito, pode acarretar decisões injustas e geradoras de prejuízos para os litigantes.

Nesse sentido, reconhecendo que a matéria trata-se de condição da ação, a sentença é de extinção do processo sem análise de mérito, por carência de ação; consequentemente, a decisão não fica acobertada pelo manto da coisa julgada. Isso proporciona à parte a possibilidade de, futuramente, depois de preenchida a condição faltante, propor a mesma demanda. Por outro lado, sendo reconhecido que a matéria se refere ao mérito da causa, o processo é extinto com julgamento de mérito, havendo a formação de coisa julgada material, o que impediria a sua repropositura.

Muitas vezes, a constatação da presença de uma ou outra das situações expostas no parágrafo anterior não resulta do simples exame das alegações do autor, sendo necessária uma instrução probatória para sua aferição. Isso pode acarretar a possibilidade de extinção do processo sem análise de mérito, depois que ele se arrastou durante longos anos, como permite o § 3º do artigo 267 do CPC.

Ocorre que tal situação, além de gerar prejuízos irreparáveis para as partes, traz consequências devastadoras para a própria Justiça, que passa a ficar desacreditada, sempre pairando no jurisdicionado a certeza de que a Justiça é ineficiente ou até mesmo inexistente.

Doutrinadores abalizados, a exemplo de Alexandre Câmara, Kazuo Watanabe, José Carlos Barbosa Moreira, Luís Guilherme Marinoni, dentre outros, questionam a adoção das condições da ação pelo CPC. Com base na teoria da asserção ou da *prospettazione* e com vistas a abrandar os efeitos danosos causados pela aplicação incondicional do CPC, defendem a tese de que a apreciação das condições da ação, como causa estranha ao mérito da demanda, deve ficar circunscrita ao juízo de admissibilidade da ação, sendo realizada logo após o seu recebimento e à vista, exclusivamente, das alegações do autor.

Afora isso, o exame das condições da ação deve ficar atrelado ao mérito da demanda, portanto reconhecendo-se a inexistência de alguma condição da ação em momento futuro, o julgamento deverá ser de mérito, ou seja, de improcedência do pedido, até porque a sua análise está intimamente ligada ao exame da relação de direito material. A propósito, vejamos a lição de Rodolfo de Camargo Mancuso:

Aliás, as condições da ação, enquanto categoria processual, nunca formaram questão fechada, bastando lembrar que o próprio Liebman, como é cediço, a partir da legalização do divórcio na Itália, deu-se conta de que a possibilidade jurídica do pedido já estava implicitamente contida no bojo do interesse de agir (posto não se poder tê-lo como presente em face de uma pretensão não albergada ou mesmo repelida pelo ordenamento positivo). Ainda atualmente, as condições da ação continuam despertando interesse e suscitando novas abordagens, valendo colacionar Eduardo de Avelar Lamy: "(...) as condições da ação, ao contrário do que literalmente dispõe o Código de Processo Civil, dizem respeito ao direito material em análise, caso a caso, e não a questões meramente formais nem eminentemente processuais, já que versam sobre a legitimidade das partes, a possibilidade jurídica do pedido e atualidade das medidas tomadas." Há, mesmo, vezes abalizadas sustentando, numa mirada prospectiva, a dispensabilidade de tais condições, na medida em que elas podem ser analisadas juntamente com o *meritum causae* (MANCUSO, 2012, p. 217).

Fredie Didier Jr. vai mais além, considerando dispensável a análise das condições da ação como categoria jurídica específica, estranha ao mérito da demanda. Ao contrário do que está previsto no CPC, o seu reconhecimento deve ensejar uma sentença de mérito. Vejamos:

A posição deste trabalho sobre as condições da ação já foi posta, e é muito clara: prega-se a abolição como categoria jurídica. Na tutela jurisdicional



individual, ao menos nos casos de legitimidade de agir ordinária e possibilidade jurídica do pedido, é impossível extremá-las do mérito da causa, fato que por si só justificaria a exclusão dessa categoria da dogmática jurídica e, conseqüentemente, do texto legal. A falta de uma dessas condições, reconhecida liminarmente ou após a instrução, deveria dar ensejo, sempre, a uma decisão de mérito. A natureza de uma questão não muda de acordo com o momento em que é examinada. No entanto, é indiscutível que, à luz do direito positivo, a melhor solução hermenêutica é a adoção da teoria da asserção, que ao menos diminui os inconvenientes que a aplicação literal do § 3º do art. 267 do CPC poderia causar (DIDIER JR., 2007, p. 160).

Conclui-se, assim, que até mesmo a concepção acerca da aplicação das condições da ação vem sendo reformulada ao longo do tempo, com o objetivo de garantir uma solução rápida, eficaz e justa para os conflitos, conferindo, assim, um efetivo acesso à Justiça.

5 – OBSTÁCULOS AINDA EXISTENTES AO EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA

Desde o momento em que se percebeu que a visão individualista do direito, preconizada pelas sociedades dos séculos XVIII e XIX, não era suficiente para dar efetividade aos direitos assegurados pela legislação, as sociedades contemporâneas passaram a se interessar pelos Direitos Sociais, exigindo do Estado uma postura ativa no sentido de garantir a efetividade dos direitos (SILVA, 2010).

A partir daí, passou-se a não mais admitir a posição passiva outrora adotada pelo Estado, que se contentava em apenas proclamar os direitos. Foi assim que teve início uma série de estudos que culminaram com mudanças significativas, a exemplo da criação dos juizados especiais, da tutela dos direitos transindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos), alterações nos códigos de Processo Civil visando à celeridade da tutela jurisdicional, dentre outras.

Porém, mesmo diante das referidas mudanças, ainda persistem, até os dias atuais, vários obstáculos a serem transpostos para o efetivo acesso à Justiça. No presente trabalho serão abordadas as principais barreiras, quais sejam: morosidade processual, custos financeiros do processo, hipossuficiência econômica, cultural e técnica das partes, e o formalismo jurídico.

Frise-se, logo, que os referidos obstáculos são mais perceptíveis na população desprovida de recursos financeiros e culturais. É muito comum encontrar, nos dias atuais, pessoas hipossuficientes que perderam seus direitos mais básicos, como, por exemplo, o de moradia, em razão dos empecilhos que enfrentaram no acesso à Justiça. Serão analisados, abaixo, os principais obstáculos do acesso à Justiça.

5.1 – MOROSIDADE PROCESSUAL

Vários fatores contribuem para a morosidade processual, sendo um dos mais relevantes o grande número de processos existentes nos tribunais do país, seja em decorrência da cultura judiciarista, que atualmente se encontra disseminada na população brasileira, seja em razão da falta de estrutura do Poder Judiciário, que não dispõe de um número suficiente de profissionais para atender, de forma satisfatória e eficaz, a demanda que lhe é posta. Forçoso reconhecer que nos dias atuais ainda existem várias unidades judiciais com mais de 30.000 (trinta mil) processos para apenas um juiz de direito (RELATÓRIO CNJ, 2012).

Para ilustrar a situação do Poder Judiciário nacional, vale mencionar os números divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça, através do seu site: www.cnj.jus.br, apresentando um panorama global da Justiça no país. O último relatório apresentado mostrou que a Justiça estadual conta com **6,2 magistrados para cada cem mil habitantes**, superando esta média somente o estado do Rio Grande do Sul, que possui 7,1 magistrados para o mesmo número de habitantes (RELATÓRIO CNJ, 2012).

Quanto à litigiosidade, o CNJ apresentou os dados gerais da movimentação processual, sendo registrado que no ano de 2010 ingressaram na Justiça estadual 17,7 milhões de processos. Disse o CNJ que “Em relação a 2009, houve redução de 3% no quantitativo total de casos novos, ou seja, em 2010, ingressaram cerca de 640 mil processos a menos que no ano anterior” (RELATÓRIO CNJ, 2012, p. 34).

O Conselho Nacional de Justiça esclareceu, ainda, o número total de processos em tramitação, que é calculado pela soma entre o total de casos novos e o total de casos pendentes. Assim, mostrou que na Justiça comum tramitaram cerca de 65,7 milhões de processos em 2010, ou seja, 0,8% a mais que em 2009, o que corresponde a 543 mil processos a mais que no ano anterior (RELATÓRIO CNJ, 2012, p. 36).

A respeito do tema, vale transcrever também reportagem do jornal O Estado de São Paulo, tratando acerca da política de metas para o Judiciário, implementada pelo CNJ, trazida por Rodolfo de Camargo Mancuso em sua obra Acesso à Justiça. Vejamos:

Ao propósito, ao final de Março de 2011 o CNJ deu a público os números da situação judiciária no país, especialmente no tocante à aferição quanto às metas antes estabelecidas. Tal divulgação veio repercutida no jornal O Estado de São Paulo, no cad. A-3, de 02.04.2011. ‘A política de metas para o Judiciário foi implementada em 2009. No final desse ano, tramitavam nos tribunais 86,5 milhões de processos – 70% dos quais protocolados nos anos anteriores’. [...] ‘Os resultados apurados pelo CNJ ficaram abaixo do espe-



rado. Dos 10,1 milhões de processos que deram entrada no ano passado, foram julgados 94,2% - com isso, incorporados cerca de 989 mil ações ao estoque de processos acumulados. Com relação aos processos mais antigos, o desempenho foi pior. Em 2010, os tribunais julgaram apenas 44,5% dos processos apresentados até 2006 e 2007 (MANCUSO, 2012, p. 52).

Ademais, é uma realidade de nosso país a disseminação de uma cultura demandista em sua população, ficando de lado outros meios auto e heterocompositivos do litígio, o que acarreta, anualmente, milhões de novos processos dentro do Poder Judiciário. As causas geradoras dessa realidade são as mais variáveis possíveis, destacando-se a precariedade na utilização de meios alternativos de composição do litígio:

Neste sentido, o Ministro Cezar Peluso, do Supremo Tribunal Federal, em entrevista concedida à Revista Consultor Jurídico, apregoa o seguinte:

A litigiosidade é um vício que prende a mentalidade tanto da sociedade quanto dos magistrados. Até a economia foi entorpecida, uma vez que muitos estudantes de Direito vêem no litígio uma forma de ganhar direito, movimentando uma verdadeira fábrica de advogados. A única cura para a dependência é a adoção de métodos alternativos de solução de conflitos. Sim, o acordo pacífico sem solução judicial corta o mal pela raiz, porque não resolve apenas a demanda, mas também desestimula novos conflitos [...] métodos alternativos de solução de conflitos como a conciliação, mediação e a arbitragem podem trazer muito mais do que reduzir a carga de trabalho do judiciário. A ideia é a dar à própria sociedade uma via de se tornar mais pacífica. Tentar resolver os conflitos de modo pacífico, com soluções que nasçam do próprio sujeito do conflito é, do ponto de vista prático, extremamente frutífero (PELUSO, 2010, p. 1).

Outra causa da cultura judiciarista é a inoperância dos demais poderes estatais no desempenho de suas funções básicas, como acontece, por exemplo, na saúde e na previdência. É grande o número de processos como finalidade de buscar algo que, a princípio, faz parte das funções básicas do próprio Estado.

Além disso, não se constata uma preocupação das autoridades em diagnosticar e combater essas causas, veem-se apenas produções legislativas e políticas públicas direcionadas a reduzir suas consequências. Rodolfo de Camargo Mancuso, escrevendo sobre o tema, diz:

Por conta de se insistir no vezo de lidar com o efeito – a sobrecarga de processos – deixando in albis os fatores que lhe estão à base, enfeixados no demandismo judiciário excessivo, não é de estranhar que a crise judiciária brasileira

venha recrudescendo, como, numa analogia, sucederia com o estado clínico do paciente cujo médico insistisse em baixar a febre, deixando de investigar a causa da moléstia. A partir de um tal contexto, compreende-se o agravamento do quadro judiciário nacional, ainda insuflado por fatores diversos, tal a crescente contenciosidade social (a “exploração da litigiosidade”, prognosticada por Mauro Cappelletti no último quartel do século passado), a massificação dos conflitos (os *mass tort cases* da experiência norte-americana), a parca e insatisfatória divulgação quanto às outras formas de resolução de conflitos, e seu corolário: a judicialização do cotidiano (MANCUSO, 2012, p. 53).

O fato é que a morosidade processual traz consequências devastadoras para os litigantes. As decisões prolatadas nos processos judiciais são quase sempre inócuas, pois exaradas muito tempo após o ajuizamento da ação, dando às partes a sensação de que não foi feita justiça e de que o problema, na verdade, foi se definindo pelo transcurso do tempo, sobretudo em razão da resignação das pessoas envolvidas no conflito.

Além disso, tal situação termina forçando a realização de acordos geralmente desvantajosos para uma das partes. Quase sempre a parte economicamente mais fraca cede às pressões decorrentes do silêncio daquele que tinha o dever de se pronunciar (o Estado-Juiz), bem como da parte adversária, que, ciente de todas essas circunstâncias, empreende esforços para que isso venha a acontecer. Diz Mauro Cappelletti sobre o assunto:

[...] Os efeitos dessa delonga, especialmente se considerados os índices de inflação, podem ser devastadores. Ela aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito. A convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais reconhece explicitamente, no artigo 6º, parágrafo 1º, que a Justiça que não cumpre suas funções dentro de ‘um prazo razoável’ é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível (CAPPELLETTI, 2002, p. 20).

Assim, conclui-se que, na atual situação, a Justiça é inacessível, mesmo que esteja garantido o meio de ingresso a ela, sobretudo por que a decisão somente é prolatada anos e anos depois de ter sido pleiteada a tutela jurisdicional.

5.2 – CUSTOS FINANCEIROS DO PROCESSO

Outro fator que, reconhecidamente, cria barreiras ao acesso à Justiça é o custo econômico de um processo, ou seja, o pagamento das custas e despesas processuais. As despesas



decorrentes do ajuizamento de uma causa são altíssimas, englobando não apenas aquelas antecipadamente pagas, como também aquelas que se tem uma expectativa de cobertura na hipótese de se sair vencido na demanda, já que a parte vencida tem a obrigação de reembolso das despesas antecipadamente pagas pela parte vencedora (GORON, 2011). Para Cappelletti e Garth (2002, p. 15), “A resolução formal dos litígios, particularmente dos tribunais, é muito dispendiosa na maior parte das sociedades modernas.”

Ganha destaque a despesa referente aos honorários advocatícios, por ser ela a de maior vulto. Impende salientar que ainda é muito comum nos dias atuais, sobretudo nas cidades de pequeno porte, onde a população é mais carente e não dispõe dos serviços da Defensoria Pública, profissionais exigindo honorários que praticamente correspondem à totalidade dos rendimentos que a pessoa ganha no mês. Muitas vezes, para promover a defesa de direitos cuja obrigação primária de cumprimento seria do próprio Estado.

Nem mesmo a nomeação de advogado gratuito é suficiente para solucionar o problema, pois quase sempre gera uma situação de favor para o necessitado, onde quem o está desempenhando não empreende os esforços suficientes para obter sucesso na demanda.

Esse fator se reflete com maior destaque na população carente de recursos financeiros. Como grande parte da população brasileira apresenta essa realidade, o que será demonstrado no tópico seguinte, pode-se concluir que ainda existem no país milhões de pessoas sem acesso à Justiça.

A Constituição Federal de 1988, atenta às desigualdades econômicas existentes no Brasil, bem como ao cumprimento do direito fundamental de acesso à Justiça, assegurou às pessoas que comprovem insuficiência de recursos o direito à assistência jurídica integral e gratuita, nos termos do seu artigo 5º, inciso LXXIV.

Essa garantia constitucional abrange a assistência jurídica gratuita e a gratuidade das custas e despesas do processo. A primeira versa sobre o direito à orientação jurídica e à defesa judicial e extrajudicial; a segunda refere-se à dispensa do pagamento de custas, honorários periciais, enfim todas as despesas do processo. Lívio Goellner Goron, analisando o ensinamento de Araken de Assis, em artigo publicado recentemente na Revista de Processo, discorre que:

Araken de Assis observa corretamente que o artigo 5º, LXXIV, da CF/88, ao assegurar aos que provarem insuficiência de recursos “assistência jurídica integral e gratuita”, está a enunciar conceito amplo, que engloba tanto a assistência jurídica integral, consistente na “consulta e orientação extrajudiciais e representação em juízo”, como a gratuidade do processo. Esta última

noção – a gratuidade – compreende, por sua vez, a dispensa de todas as custas e despesas, sejam elas judiciais ou não, relativas aos atos necessários ao desenvolvimento do processo e à defesa dos direitos do beneficiário em juízo, estando regulada pela Lei 1060/50 (GORON, 2011, p. 9).

Cabe à Defensoria Pública promover a assistência jurídica integral e gratuita, nos termos do artigo 134, *caput*, da CF/88, no entanto, essa Instituição, até os dias atuais, ainda não se encontra dotada da estrutura suficiente para garantir a todos o acesso à Justiça.

A Lei 1.060/50 estabelece as normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. No parágrafo único do seu artigo 2º considera como sendo necessitada, para fins de concessão do benefício, toda pessoa cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio e da família.

A referida Lei estabelece, ainda, no *caput* de seu artigo 4º, que para comprovar a condição de necessitado é suficiente que a parte afirme na petição inicial que não possui condições financeiras para pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família. Sobre o assunto, o STJ firmou entendimento no mesmo sentido (AgRg no Ag 1009703/RS, 6.ª T., j. 27.05.2008, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Dje 16.06.2008).

Pois bem. O direito à assistência jurídica integral e gratuita, previsto no artigo 5º, inciso LXIV da CF/88, tem por finalidade garantir a todos o direito de acesso à Justiça, tratando de maneira diversa as pessoas economicamente carentes, ou seja, aquelas cujo pagamento de honorários advocatícios, custas e despesas processuais, impliquem em efetivo empecilho a esse direito ou, no mínimo, ocasionem o comprometimento de sua existência digna.

Ocorre que essa garantia ainda não possui efetividade para muitos, diante da atual realidade, pois existem milhões de pessoas sem condições financeiras de contratar advogado e sem possibilidade de acesso à Defensoria Pública, Instituição constitucionalmente incumbida do desempenho de tal mister.

Mesmo reconhecendo que os custos financeiros do processo representam um obstáculo ao acesso à Justiça, não se defende a ideia de que o processo seja totalmente gratuito, até porque as custas servem para desestimular a propositura de possíveis demandas desarrazoadas. O que se defende é que os custos sejam razoáveis e proporcionais, de modo a não obstaculizar o necessário acesso à Justiça. Ademais, deve ser concedida a gratuidade da Justiça com utilização de critérios razoáveis, de modo a não causar desigualdade entre os litigantes, para que a parte beneficiada não usufrua vantagens desproporcionais em relação à outra.



5.3 – HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA, CULTURAL E TÉCNICA

O conceito de “necessitado” não termina na definição da pessoa carente economicamente, vai muito mais além, abrangendo a hipossuficiente cultural, técnico, enfim todas as situações que coloquem a pessoa em uma posição de vulnerabilidade na sociedade, como ocorrem, por exemplo, com a criança, o adolescente, a mulher vítima de violência doméstica, o idoso, dentre outros. Nesse sentido vem decidindo o STJ.

No julgamento do Recurso Especial 2011/0156529-9, o STJ concedeu maior abrangência à expressão “necessitado” contida no artigo 134 da Constituição Federal, ampliando, inclusive, as atribuições da Defensoria Pública. Senão vejamos:

[...] 4. A Defensoria Pública, instituição altruísta por natureza, é essencial à função jurisdicional do Estado, nos termos do artigo 134, *caput*, da Constituição Federal. A rigor, mormente em países de grande desigualdade social, em que às largas parcelas da população – aos pobres sobretudo – nega-se acesso efetivo ao Judiciário, como ocorre infelizmente no Brasil, seria impróprio falar em verdadeiro Estado de Direito sem a existência de uma Defensoria Pública nacionalmente organizada, conhecida de todos e por todos respeitada, capaz de atender aos necessitados da maneira mais profissional e eficaz possível. 5. O direito à educação legitima a propositura da Ação Civil Pública, inclusive pela Defensoria Pública, cuja intervenção, na esfera dos interesses e direitos individuais homogêneos, não se limita às relações de consumo ou à salvaguarda da criança e do idoso. Ao certo, cabe à Defensoria Pública a tutela de qualquer interesse individual homogêneo, coletivo *stricto sensu* ou difuso, pois sua legitimidade, no essencial, não se guia pelas características ou perfil do objeto de tutela (= critério subjetivo). 6. “É imperioso reiterar, conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça, que a *legitimatío ad causam* da Defensoria Pública para intentar ação civil pública na defesa de interesses transindividuais de hipossuficientes é reconhecida antes mesmo do advento da Lei 11.448/07, dada a relevância social (e jurídica) do direito que se pretende tutelar e do próprio fim do ordenamento jurídico brasileiro: assegurar a dignidade da pessoa humana, entendida como núcleo central dos direitos fundamentais” (REsp 1.106.515/MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 2.2.11). 7. Recurso Especial provido para reconhecer a legitimidade ativa da Defensoria Pública para a propositura da Ação Civil Pública. (Recurso Especial 2011/0156529-9, Relator (a) Ministro Herman Benjamin (1132). Órgão Julgador T2 – Segunda Turma. Data do julgamento: 18/10/2011. Data da Publicação/Fonte: DJe 13/04/2012)

Ultrapassadas as considerações acima, cumpre destacar que a hipossuficiência econômica diz respeito à ausência de condições financeiras para custear um processo.

A dificuldade no custeio das despesas necessárias ao litígio sempre foi objeto de consideração em todos os estudos sobre o acesso aos tribunais. A primeira “onda” para solução dos problemas de acesso à Justiça foi justamente a assistência judiciária para os pobres (CAPPELLETTI; GARTH, 2002).

A Lei 1060/50 define quem é necessitado, para obter a assistência jurídica do Estado, estabelecendo que:

Art. 2º [...] Parágrafo Único - Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família

Não é difícil constatar o grande número de pessoas carentes que ainda existe na população brasileira, cuja renda mensal não suporta arcar com todas as despesas do processo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

No tocante à renda da população economicamente ativa, cumpre destacar que os Indicadores Sociais Municipais do Censo de 2010, realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), mostrou que ainda existe no Brasil uma grande desigualdade de renda. Ao final, concluiu que “embora a média nacional de rendimento domiciliar per capita fosse de R\$ 668 em 2010, 25% da população recebiam até R\$ 188 e metade dos brasileiros recebia R\$ 375, menos que o salário mínimo naquele ano” (Indicadores Sociais Municipais 2010 – IBGE, p. 01).

Portanto, vê-se que grande parte da população brasileira não dispõe de recursos financeiros para custear uma demanda judicial. Por isso mesmo, constantemente ocorrem casos em que os litigantes abandonam a causa ou realizam acordos frustrantes apenas para pôr fim àquela situação dispendiosa.

A carência cultural é outro fator que acarreta a condição de necessitado. Diz respeito à ausência de conhecimento, à falta de cultura propriamente dita, que impossibilita não somente a ciência de direitos, mas também a capacidade de avaliação das consequências das atitudes praticadas.

A vulnerabilidade decorrente desta situação fica mais evidente nos contratos de consumo, em que as pessoas carentes culturalmente são seduzidas pelo crédito fácil e, posteriormen-



te, acabam envolvidas em situação de inadimplência, que somente com muito sacrifício conseguem reverter. Além disso, seus nomes são inscritos nos cadastros de proteção de crédito, impedindo, até mesmo, o ingresso ou reingresso no mercado de trabalho.

A respeito do tema, Mauro Cappelletti e Bryant Garth, no brilhante trabalho sobre acesso à Justiça, nos trazem a seguinte lição:

Num primeiro nível está a questão de reconhecer a existência de um direito juridicamente exigível. Essa barreira fundamental é especialmente séria para os despossuídos, mas não afeta apenas os pobres. Ela diz respeito a toda a população em muitos tipos de conflitos que envolvem direitos. Observou recentemente o professor Leon Mayhew: ‘Existe... um conjunto de interesses e problemas potenciais; alguns são bem compreendidos pelos membros da população, enquanto outros são percebidos de forma pouco clara, ou de todo despercebido’ (26). Mesmo consumidores bem informados, por exemplo, só raramente se dão conta de que sua assinatura num contrato não significa que precisem, obrigatoriamente, sujeitar-se a seus termos, em quaisquer circunstâncias. Falta-lhes o conhecimento jurídico básico não apenas para fazer objeção a esses contratos, mas até mesmo para perceber que sejam passíveis de objeção (CAPPELLETTI, 2002, p. 23).

Acrescente-se, ainda, que o hipossuficiente cultural geralmente é uma pessoa insegura e essa condição faz com que ela não acredite nos operadores do direito ou, até mesmo, na própria realização da justiça. Tal situação desestimula a busca de soluções para resolução dos conflitos ou faz com que se desista das ações já iniciadas.

Por fim, tem-se a hipossuficiência técnica, que nada mais é do que a falta de elementos, de conhecimento técnico, de estrutura e habilidade para fazer prova de suas alegações. O hipossuficiente técnico não possui os mecanismos necessários para provar suas alegações.

A hipossuficiência técnica também ganha relevância nos contratos decorrentes das relações de consumo. Por isso, o Código de Defesa do Consumidor prevê a possibilidade de inversão do ônus da prova, na forma estabelecida pelo seu artigo 6º, inciso VIII.

Hugo Mazzilli (2000, p. 103), depois de reconhecer que o acesso à Justiça é um dos valores fundamentais da própria democracia, constata que a possibilidade de acesso à Justiça não é efetivamente igual para todos, pois são gritantes as desigualdades econômicas, sociais, culturais, regionais, etárias, mentais.

Dessa forma, verifica-se que não somente a hipossuficiência econômica causa empecilho ao acesso à Justiça, mas também a hipossuficiência técnica, cultural e todas aquelas que, de alguma forma, impeçam ou dificultem o acesso à Justiça e o exercício da cidadania.

5.4 – FORMALISMO JURÍDICO

Sem dúvida, este obstáculo é o que vem sendo mais combatido pelos legisladores ao longo dos anos, pois são várias as alterações legislativas que objetivam a celeridade processual.

Porém o formalismo jurídico não se encontra limitado à burocracia excessiva dos procedimentos, mas refere-se também à postura formalista que muitos profissionais do direito adotam na condução do seu trabalho diário, sempre priorizando a forma do Direito sobre o seu conteúdo. Esse modo de agir pode acarretar prejuízos irreparáveis para os litigantes.

Na atualidade, a complexidade das relações sociais exige dos profissionais conduta harmoniosa e integradora do sistema jurídico, sempre direcionada a realizar justiça de forma célere e eficaz, dando maior relevância ao conteúdo do direito e às suas consequências sociais do que a formalidades excessivas e desnecessárias.

Não se pretende aqui defender o abandono dos procedimentos, mas que a valoração da forma não seja superior à do conteúdo. Aliás, é importante destacar que as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa jamais podem ser lesionadas, nem, de qualquer forma, prejudicadas ao argumento de que se deve privilegiar a celeridade processual.

Quanto à importância da necessidade de observação dos princípios constitucionais, acima mencionados, vale transcrever a lição de José Roberto dos Santos Bedaque.

Acesso à justiça, ou mais propriamente, acesso à ordem jurídica justa, significa proporcionar a todos, sem qualquer restrição, o direito de pleitear a tutela jurisdicional do Estado e de ter à disposição o meio constitucionalmente previsto para alcançar esse resultado. Ninguém pode ser privado do devido processo legal, ou, melhor, do devido processo constitucional. É o processo modelado em conformidade com garantias fundamentais, suficientes para torná-lo, correto, justo (BEDAQUE, 2003, p. 66).

Exemplo de formalismo desnecessário é o não conhecimento de agravo de instrumento, em razão de sua inicial não fazer menção expressa ao nome e endereço dos advogados, quando existam nos autos outros elementos que permitam a identificação dos mesmos. Nesse sentido vem se orientando a jurisprudência do STJ, conforme podemos constatar no



Recurso Especial nº 2006/0210491-4. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Data da Publicação/Fonte DJe 22/08/2008.

Da mesma forma, não se deve priorizar os ritos em detrimento do objetivo maior do direito: a realização da justiça. Ressalte-se, ainda, que é um objetivo das partes e da grande maioria dos operadores do direito ter acesso a uma justiça rápida, realizada por meio de um processo sem burocracias desnecessárias.

Portanto, a visão moderna do processo não se coaduna com apego a formalismos excessivos, que, em última análise, só acarreta prejuízos para os litigantes.

Embora seja louvável a implementação de todas as reformas processuais, bem como a criação de meios que objetivam garantir ao cidadão um acesso rápido à Justiça, constata-se que as causas obstadoras a esse acesso ainda se encontram presentes até os dias atuais, o que pode ser ocasionado, também, pela postura formalista dos magistrados, que ainda não conseguiram se desvincular da cultura burocrática do direito.

Finalizam-se, assim, as considerações acerca dos principais obstáculos ao acesso à Justiça, destacando-se que os estudiosos, doutrinadores, legisladores e operadores do direito continuam lutando para superá-los, de modo a garantir o pleno acesso à Justiça.

6 – MEIOS FACILITADORES DO ACESSO À JUSTIÇA

O conceito de acesso à Justiça é um tema que vem sendo estudado há muito tempo com a finalidade constante de se atingir sua efetividade plena. Não se pode olvidar que várias medidas foram adotadas visando transpor os obstáculos acima apresentados.

Dentre as referidas medidas, podem ser destacadas a criação dos Juizados Especiais de Pequenas Causas, a instituição da arbitragem e o fortalecimento da Defensoria Pública, entre outras, como passaremos a analisar a seguir.

Desde já, impende salientar que a doutrina tem criticado a forma adotada para se combater os obstáculos do acesso à Justiça, sustentando que todas as propostas até então concretizadas visaram combater as consequências, não buscando as causas que lhe deram ensejo.

Neste sentido, Mancuso apregoa:

Concentra-se o foco da política judiciária no ataque obstinado – e a qualquer preço – contra o que constitui a consequência daquela demanda excessiva,

a saber, o volume extraordinário e crescente de processos, excogitando-se e positivando-se providências de toda ordem: compactação e sumarização dos procedimentos, não raro atritando garantias do devido processo legal; julgamentos em cognição parcial (sentido da extensão) e superficial (sentido da profundidade), insuscetíveis de estabilização pela coisa julgada material; eliminação de figuras recursais por fatores conjunturais, em detrimento do duplo grau; potencialização das decisões monocráticas nos Tribunais, comprometendo a colegialidade. De modo geral, tem-se tentado resolver o problema pela via legislativa – a nomocracia – sem se dar conta de que tal estratégia, experimentada desde o último quartel do século passado (v.g., a Lei 8.038/1990, dita lei dos recursos) até hoje não surtiu o resultado esperado, já que os Tribunais estão sobrecarregados e o crescimento do estoque nacional de processos não dá sinais de arrefecer (MANCUSO, 2012, p. 11).

A seguir, serão analisados os principais meios adotados para facilitar o acesso à Justiça, sem descon siderar as críticas expostas acima, ao contrário, com o objetivo de sedimentar o seu pensamento.

6.1 – DA DEFENSORIA PÚBLICA

A Defensoria Pública é uma instituição essencial à função jurisdicional do Estado cujas incumbências, dentre outras, é prestar orientação jurídica e proceder à defesa, em todos os graus, dos necessitados.

A Constituição Federal de 1988, intitulada de “Constituição Cidadã”, trouxe a criação da Defensoria Pública como instituição viabilizadora do acesso universal à Justiça, por meio do seu artigo 134, visando garantir o princípio do acesso à Justiça previsto no artigo 5º, incisos XXXV e LXXIV.

Frederico Rodrigues Viana de Lima (2011, p. 73) diz que “a Defensoria Pública se constituiu no mecanismo mais apropriado a concretizar a missão de auxiliar o necessitado, por ser um órgão destinado exclusivamente a prestar assistência jurídica integral e gratuita em seu benefício.”

A Emenda Constitucional 45/2004, chamada de “Reforma do Judiciário”, conferiu autonomia administrativa e funcional à Defensoria Pública dos Estados, embora não tenha concedido iniciativa de lei. Portanto, no que se refere a esta iniciativa, ainda depende do Governador do Estado, que é quem deve dar início aos processos legislativos de interesse da Defensoria Pública.

Contudo, após quase vinte e quatro anos de vigência da nossa atual Constituição, o Brasil ainda não implantou integralmente e fortaleceu o suficiente esta instituição a ponto de se ver cumprido o preceito constitucional de garantia de acesso à Justiça para todos.



A Lei Complementar 132/09 (Lei Orgânica da Defensoria Pública) teve por objetivo conceder um modelo de qualidade à instituição, através de sua atuação descentralizada e prioritária nas regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional. Vejamos o que dispõe o seu artigo primeiro:

Art. 1º A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.

O artigo 4º da mencionada lei elenca as funções da Defensoria Pública, dentre as quais se destacam as seguintes: prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus; promover, prioritariamente, **a solução extrajudicial dos litígios, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos**; promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico; exercer, mediante o recebimento dos autos com vista, a ampla defesa e o contraditório em favor de pessoas naturais e jurídicas, em processos administrativos e judiciais, perante todos os órgãos e em todas as instâncias, ordinárias ou extraordinárias, utilizando todas as medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa de seus interesses; representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos; promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes; exercer a defesa dos direitos e interesses individuais, difusos, coletivos e individuais.

Cumpra esclarecer que, no texto acima, foi propositadamente destacada a função extrajudicial da Defensoria Pública, para elucidar que sua esfera de atuação não deve ficar circunscrita a uma rede de acesso à Justiça gratuita. Ao contrário, deve promover com a mesma eficácia a solução extrajudicial dos conflitos, de modo a auxiliar significativamente na redução da cultura demandista, desfogando, assim, o Poder Judiciário.

Vejamos os ensinamentos de Lima neste sentido:

[...] a Defensoria Pública serve como elo de ligação entre as partes em conflito, visando a uni-las para que cheguem, antes da judicialização do litígio, a um consenso pacificador. Experiências conciliatórias, por exemplo, podem se manifestar na convocação das partes para comparecerem à Defensoria

Pública e, na presença do Defensor Público, tentarem deliberar uma solução amistosa (LIMA, 2011, p. 181).

Portanto, verifica-se que a Defensoria Pública é a instituição constitucionalmente incumbida de promover o pleno acesso à Justiça aos hipossuficientes, pelo que há necessidade urgente do fortalecimento dessa instituição, pois essa parcela da população é a que se encontra mais atingida pelos obstáculos do acesso à Justiça.

6.2 – ARBITRAGEM

A Lei 9.307/96 regulamentou no Brasil o instituto da arbitragem. Pode-se conceituá-la como sendo um meio heterocompositivo e paraestatal de resolução de litígios, em que um ou mais árbitros, não servidores do Poder Judiciário, de forma imparcial, decidem e emitem sentença sobre o objeto da discussão, devendo as partes envolvidas submeter-se à decisão arbitrada, posto que desta sentença não cabe recurso. Segundo a lei de arbitragem, o árbitro possui competência a *vocatio* e a *iudicio*, contudo não tem poderes de coerção, de império e de execução.

De acordo com Carmona, a arbitragem constitui-se em:

[...] uma técnica para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção, sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial (CARMONA, 1993, p. 19).

A arbitragem se concretiza por meio de foro de justiça privada promovido pelos Tribunais Arbitrais. Este instituto não é recente, pois desde há muito tempo vem sendo utilizado nos países desenvolvidos como método alternativo e eficaz para a solução de litígios, principalmente os de natureza comercial.

A flexibilidade é o objeto principal da arbitragem, pois ela tem como fundamento criar e adaptar procedimentos para uma melhor e mais eficaz resolução de conflitos, despidendo-se do excesso de formalidades do processo judicial, com a finalidade de ampliar ao máximo a garantia de acesso à Justiça.

A opção pela arbitragem decorre da manifestação de vontade das próprias partes ou de terceiros que intervenham na relação litigiosa, as quais de comum acordo firmam compromisso arbitral no corpo do contrato ou em outro instrumento, público ou particular, para, na hipótese de surgir controvérsia ao longo do cumprimento do contrato, seja ela solucionada por um árbitro, não sendo necessário socorrer-se de um Judiciário moroso e dispendioso



e, muitas vezes, menos especializado na matéria que o próprio juízo arbitral. Dessa forma, a manifestação de vontade das partes constitui-se em uma característica importante do instituto da arbitragem.

Cretella Neto ensina sobre o tema que:

Inexistirá arbitragem sem convenção de arbitragem; a base da arbitragem é o consenso entre as partes, enquanto que a jurisdição estatal se insere no *ius imperium estatal*, imposto a todos; o árbitro não está vinculado ao Poder Judiciário; o juízo arbitral não confere obrigatoriedade de cumprimento ao lado arbitral, que deve ser voluntariamente obedecido pela parte vencida; em caso de recalcitrância, se fará necessária a intervenção do Poder Judiciário (CRETELLA NETO, 2004, p. 14).

Na arbitragem, a função do árbitro nomeado será a de conduzir o processo arbitral, de forma semelhante ao processo judicial, porém muito mais rápido, informal e com baixo custo. Acrescente-se, ainda, que a decisão é dada por pessoa especialista na matéria objeto da controvérsia, diferentemente do Poder Judiciário, em que o juiz, na maioria das vezes, para bem instruir seu convencimento quanto à decisão final a ser prolatada, necessita do auxílio de peritos, especialistas na matéria. Na Arbitragem pode-se escolher diretamente esses especialistas, que terão funções de julgadores.

Por todo o exposto, observa-se que a utilização da arbitragem vem se mostrando relevante, pois contribui para a superação de limites estruturais do Poder Judiciário e para o desenvolvimento econômico-social do Brasil, já que tem sido bastante utilizado nas transações empresariais e mercantis, nacionais e internacionais. Assim, sua criação vem favorecendo o crescimento dos negócios e contribuindo no desenvolvimento de novas relações jurídico-sociais, facilitando o acesso à Justiça com a resolução célere e segura dos conflitos.

Os principais motivos **que levariam os contratantes a optarem pelo juízo arbitral (arbitragem) em detrimento da jurisdição para dirimir quaisquer problemas que poderiam advir de um contrato onde haja transação com bens patrimoniais seriam:** a rapidez, a economia, menos formalismos e maior amplitude do poder de julgar para os árbitros e o sigilo (ALBUQUERQUE FILHO, 2012, p. 1).

Contudo a alternativa da arbitragem não é suficiente para garantir a efetividade do acesso à Justiça, pois possui pouca aplicabilidade, já que o artigo 1º da Lei de Arbitragem limita seu uso às pessoas capazes de contratar, as quais poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, assim a maioria das questões de família não é suscetível de arbitragem.

Outro fator limitador é que o costume brasileiro faz com que esse instituto seja utilizado, basicamente, em questões empresariais, não havendo divulgação e incentivo para sua utilização.

6.3 – MEDIAÇÃO

Como já visto anteriormente, nem todo acesso à Justiça perpassa necessariamente pelo acesso à jurisdição, uma vez que existem formas extrajudiciais de resolução de conflitos que podem acontecer sem a intervenção estatal.

A mediação é uma destas formas extrajudiciais de solução de controvérsias, que pode ser conceituada como uma técnica de resolução de conflitos, que não se dá de maneira adversária. Nessa hipótese, duas ou mais pessoas (sejam físicas ou jurídicas), por intermédio de um especialista imparcial denominado de mediador, buscam uma solução consensual e satisfatória para a controvérsia. Esclareça-se que a função do mediador consiste em estimular as partes a encontrarem pessoalmente a solução do conflito.

A mediação valoriza o aspecto emocional e psicológico das partes priorizando o diálogo na composição do litígio. O mediador é quem, sem envolvimento emocional, porém compreendendo a extensão do problema apresentado, conduz a referida composição aconselhando, esclarecendo, emitindo pareceres e propondo acordo para que as próprias partes decidam a controvérsia.

A mediação pode ser considerada um meio de efetivo acesso à Justiça, tendo em vista que uma boa administração do impasse, por meio de um acordo justo, resolve exaustivamente o problema, fazendo com que as partes saiam satisfeitas. Isso por que, no acordo firmado, todos ganham e perdem ao mesmo tempo, gerando a sensação de equilíbrio, diferentemente do processo judicial, em que o juiz, ao analisar a verdade formal, decide de maneira a promover um ganhador e um perdedor da demanda, o que acarreta insatisfação em pelo menos uma das partes litigantes.

Este meio autocompositivo de solução de litígios contribui para que a justiça seja melhor aplicada, visando o desafogamento do Poder Judiciário e, conseqüentemente, imprimindo maior celeridade na entrega da tutela jurisdicional pelo Estado.

Neste sentido, José Luiz Bolzan de Moraes e Anarita Araújo da Silveira apregoam:

Esses mecanismos alternativos, entre os quais citam-se a mediação, a arbitragem, a negociação, a conciliação [...] colocam-se ao lado do tradicional processo judicial como uma opção que visa descongestionar os tribunais e



reduzir o custo e a demora dos procedimentos; estimular a participação da comunidade na resolução dos conflitos, e facilitar o acesso à justiça, já que, por vezes, muitos conflitos ficam sem resolução porque as vias de obtenção são complicadas e custosas e as partes não têm alternativas disponíveis a não ser, quem sabe, recorrer à força (MORAIS; SILVEIRA, 1998, p. 70).

Existem vantagens evidentes, tanto para as partes quanto para o sistema jurídico, quando o litígio é resolvido sem necessidade de judicialização. Assim, a mediação se faz importante à medida que contribui para minimizar a sobrecarga dos tribunais e para desonerar os litigantes das despesas processuais excessivamente altas de uma demanda judicial. Além disso, resta, claro, que as soluções obtidas pela mediação, por serem acordadas entre as partes, são mais facilmente aceitas e cumpridas do que as sentenças judiciais, que são impostas pelo Estado-juiz e, por isso, geram um maior grau de insatisfação nos litigantes (CAPPELLETTI; GARTH, 2002).

A mediação pode ser utilizada nos direitos disponíveis de uma maneira geral. No que tange aos direitos de indisponibilidade relativa, somente é possível a sua utilização quando a legislação permitir. Sendo assim, nas situações em que o Estado atua com *jus imperii* (direitos absolutamente indisponíveis), não há possibilidade de mediação.

Saliente-se, ainda, que o acordo resultante da mediação terá valor de título executivo extrajudicial, com fundamento no artigo 585, II, do Código de Processo Civil. No entanto, cumpre observar que a solução alcançada não é imutável, pois para tanto as partes necessariamente submetê-la à homologação judicial.

Embora se reconheça que a utilização da mediação apresenta diversas vantagens, como, por exemplo, o grau mais elevado de satisfação das partes e cumprimento do que foi ajustado, faz-se necessário destacar que ela não vem sendo utilizada na medida e proporção que seria necessário para que houvesse um significativo avanço para o alcance efetivo do acesso à Justiça.

Isso ocorre por que o legislador nacional ainda não regulamentou devidamente esse procedimento no ordenamento jurídico pátrio. Além disso, inexistem incentivos à utilização desta prática. Ressalte-se que a utilização da mediação, como um meio alternativo de resolução de litígios, ainda é muito restrita, já que não se encontra difundida na cultura brasileira.

6.4 – JUIZADOS ESPECIAIS

A criação dos Juizados Especiais teve como fundamento garantir efetividade aos direitos de pequena monta, que, muitas vezes, eram desprezados em razão dos obstáculos encontrados no procedimento comum para se buscar a tutela jurisdicional.

A fim de garantir o efetivo acesso à Justiça, foi previsto o instituto do “*jus postulandi*”, garantindo-se ao titular desses direitos a possibilidade de sozinho, ou seja, sem a presença de advogado, postular em juízo, sem embargo das inúmeras discussões existentes sobre sua efetiva aplicabilidade.

Além disso, o legislador buscou imprimir celeridade e eficácia à solução dessas demandas, determinando, no artigo 2º da Lei 9099/95, que o processo nesses juizados deverá orientar-se pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

A necessidade de criação dos referidos juizados foi sistematizar o procedimento e o julgamento pela complexidade da causa, a fim de garantir uma solução rápida a essas demandas, que, embora sejam de pequeno valor, possuem grande relevância social.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth trazem a seguinte lição acerca do tema:

Causas relativamente pequenas vêm sendo tratadas diferentemente das grandes causas, há longo tempo. Juizes singulares (ao contrário das juntas de três julgadores) ou juizes menos qualificados do ponto de vista formal, limitações à apelação, e – pelo menos no papel – maior grau de “oralidade” tem sido usados para reduzir os custos para o Estado e para as partes, quando tenham de resolver disputas que envolvem quantias relativamente pequenas de dinheiro. Sem dúvidas os propósitos pretendidos por tais reformas têm sido, frequentemente, os de criar Tribunais e procedimentos que sejam rápidos e acessíveis às pessoas comuns (CAPPELLETTI; BRYANT, 2002, p. 52).

Segundo Almeida (2012), os Juizados Especiais são destinados às pessoas comuns para garantir direitos de baixo caráter econômico; uma instituição que se insere na tentativa de superar, ou de apenas abrandar, os obstáculos opostos ao pleno e igual acesso de todos à Justiça, atendendo a uma demanda reprimida, mediante a oferta de um processo rápido, econômico e simples que não promova ônus para o cidadão que necessite ter acesso à Justiça.

Embora tenha sido louvável a criação dos referidos juizados, atualmente eles não atendem aos reclames sociais, tendo em vista que se tornaram tão lentos e onerosos quanto a Justiça comum. Essa situação decorre, dentre outras causas, da postura adotada por seus juizes, que continuam conduzindo o processo de maneira formal, resistindo em abandonar o tradicionalismo. Além disso, a presença de advogados, que em algumas situações era teoricamente desnecessária, tornou-se importante para que a parte não fique prejudicada diante do comparecimento do advogado da parte adversária, sobretudo nos juizados que tratam das relações de consumo.



7 – PROJETO DE LEI DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E CELERIDADE PROCESSUAL

Encontra-se em tramitação o Projeto de Lei nº 8.046/2010 que visa criar o novo Código de Processo Civil, com objetivo de combater a morosidade da Justiça, simplificando os procedimentos para conferir maior celeridade à entrega da prestação jurisdicional, cumprindo, assim, a determinação constitucional da razoável duração do processo.

Este projeto traz ferramentas com capacidade de diminuir o número de demandas e recursos que tramitam no Poder Judiciário. Em estudo preliminar foram detectadas como principais causas da morosidade processual: o formalismo jurídico que afeta o processo civil, a litigiosidade que atualmente atinge a população brasileira e o grande número de recursos existentes no sistema recursal vigente (FUX, 2011).

Para combater as referidas causas, o projeto do novo CPC apresenta uma série de medidas, como, por exemplo, a criação do incidente de resolução de demandas repetitivas, a ser instaurado pelas partes, pela Defensoria Pública, pelo Ministério público ou até mesmo pelo próprio juiz, perante o juízo de 1º grau para apreciação pelo Tribunal de Justiça local; a extinção do recurso de embargos infringentes e limitação do manejo dos recursos extraordinário e especial.

Além disto, outra significativa modificação é a ampliação dos poderes do juiz, que, a partir de então, poderá adequar as fases e os atos processuais às especificações do litígio, deferir medidas cautelares sem disciplina prévia, aplicar multas e sentenças com força executiva imediata, independentemente de sua confirmação pelo Tribunal, dentre outras.

O referido projeto vem sofrendo críticas acirradas no meio jurídico, principalmente por provocar insegurança jurídica, abalando, assim, a paz social, que necessariamente decorre do Estado Democrático de Direito. Na avaliação do professor de Teoria Geral do Processo e Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da USP, Antonio Cláudio da Costa Machado, ao comentar o Projeto do Novo Código de Processo Civil, "o texto confere superpoderes aos juízes, desde a adaptação das regras processuais até a concessão de medidas antecipatórias 'sem limitação'" (A.E, 2010, p. 1).

Em que pesem as críticas apresentadas ao referido projeto, não se pode deixar de destacar a sua significativa importância ao acesso à Justiça, à medida que todas as alterações buscam, em última análise, a entrega da prestação jurisdicional de forma célere e com maior eficácia. Contudo registre-se que a busca pela celeridade não deve se sobrepor à segurança jurídica, ao contrário, deve respeitar os princípios constitucionais e processuais que decorrem do Estado Democrático de Direito, tais como o contraditório e a ampla defesa, sob pena de legitimar atitudes arbitrárias e autoritárias dos juízes de primeiro grau.

8 – CONSIDERAÇÕES REFERENTES AO ALCANCE DO EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA

Atualmente, observa-se um excessivo demandismo judicial, como mencionado anteriormente, o que acarreta um imenso volume de processos nos cartórios do Poder Judiciário, os quais se encontram desestruturados para recebê-los, dando ensejo, assim, à morosidade na prestação jurisdicional e, em *ultima ratio*, à inacessibilidade a uma justiça digna.

Como se pode verificar alhures, ao longo dos anos, os legisladores sempre procuraram e, ainda continuam procurando, combater a inacessibilidade à Justiça através de reformas que visam extinguir os maléficos efeitos decorrentes da morosidade processual. Contudo as medidas adotadas até então demonstram que nunca houve preocupação em se perquirir e tentar eliminar as causas geradoras da situação.

Com efeito, para combater a morosidade processual foram feitas várias reformas legislativas visando dar celeridade ao procedimento de entrega da tutela jurisdicional. Ocorre que, em que pese o nobre objetivo da celeridade, vêm sendo constantemente desprestigiados o contraditório e a ampla defesa, cada vez mais suprimidos, para dar espaço à concentração dos ritos procedimentais.

Difícilmente se constata preocupação das autoridades em estruturar devidamente o poder incumbido do desempenho da função jurisdicional, com funcionários capacitados e empenhados a cumprir metas, após estímulos ofertados pelo Poder Público. Ao contrário, encontramos diariamente serventuários da Justiça desestimulados e descomprometidos, sendo visivelmente perceptível que eles ainda se encontram ali em razão da estabilidade oferecida e da perspectiva de uma aposentadoria tranquila, sem maiores preocupações com o resultado a ser oferecido ao usuário do serviço público.

Portanto, torna-se imprescindível a realização de cursos de capacitação para todos os integrantes do Poder Judiciário, de maneira constante e não apenas pontual, da forma como vem sendo realizado. Não menos importante é a criação de estímulos financeiros para cumprimento de metas anteriormente estabelecidas, já que é notória a necessidade de estímulos para se aguçar a vontade humana a alcançar determinado objetivo. Além disso, torna-se imperiosa a elaboração de políticas públicas de gerenciamento dos documentos das unidades judiciais com vistas a aperfeiçoar os serviços, para que os mesmos sejam realizados de maneira célere e eficaz.

Neste sentido, vejamos trecho da sábia argumentação de Hugo Filardi sobre a reforma processual:

Infelizmente, a discussão sobre os rumos de atuação do Poder Judiciário e os mecanismos que devem ser aperfeiçoados e criados para efetividade da tutela jurisdicional definitivamente, não têm levado em consideração aspectos de cunho prático. Falta de condições dignas de trabalho para serventuários



de justiça, total omissão do Poder Público no investimento na estrutura dos órgãos judiciários, carência de políticas de gerenciamento de documentos e insuficiência no número de magistrados são hoje os grandes problemas de ordem pragmática da atividade jurisdicional e nenhuma construção doutrinária ou acadêmica será capaz de garantir a duração razoável do processo sem enfrentar esses pontos mais práticos (FILARDI, 2011, p. 204).

Com relação ao Projeto de Lei nº 8046/2010, que visa substituir o atual Código de Processo Civil a fim de prestigiar a celeridade processual, foram realizadas várias críticas à maneira como se está pretendendo obter essa celeridade na prestação jurisdicional. Veja, a propósito, a entrevista publicada pela Agência Estado no site Estadão, com Clito Fornaciari Jr., presidente da Comissão de Estudos sobre a Reforma do CPC da OAB, explanando opinião acerca da reforma do CPC, que sustenta:

[...] o Brasil não precisa de um novo código. “Essa reforma é precipitada e desnecessária e pode acobertar problemas da Justiça em termos de estrutura e funcionamento. **Não se pode culpar as questões processuais pelas mazelas do Judiciário.** Querem criar um novo código às pressas”, concorda Machado. “Não foi submetido à Comissão de Constituição e Justiça, que examina o controle prévio de constitucionalidade. **O problema da Justiça é de gestão,** não de legislação. O juiz de primeira instância vai poder tudo. É colocar o juiz acima da lei com intento de dar rapidez aos ritos” (AE, 2010, p. 1). (Grifo nosso).

Ademais, verifica-se também a ausência de políticas públicas voltadas a fomentar a resolução dos conflitos extrajudicialmente, através dos meios auto e heterocompositivos do litígio, como, por exemplo, a arbitragem e a mediação. Nesse sentido, observa-se que ainda é muito tímida a divulgação desses meios alternativos de composição do litígio, de maneira que a população brasileira sequer acredita na sua efetividade. Portanto, é inegável que nos dias atuais não se encontra arraigada ou sedimentada na população brasileira a cultura de resolver os conflitos de forma extrajudicial, ao contrário, tudo se quer levar ao conhecimento do Poder Judiciário, sobretudo em razão da propagação do acesso a esse poder.

Nesse ponto, destaca-se a importância de uma Defensoria Pública estruturada, com capacidade de atuação em todos os municípios do país, sendo garantido o desenvolvimento de sua função de maneira a atingir todos os hipossuficientes. Com isso se quer demonstrar que a atuação extrajudicial da Defensoria Pública se encontra no mesmo patamar de importância da sua atuação judicial.

A estruturação da Defensoria Pública não se limita ao aumento do número de Defensores Públicos, mas perpassa pela questão da organização de seu quadro de pessoal, capacita-

ção constante dos seus membros e dos seus servidores, fixação de sede própria em cada município, com todos os equipamentos necessários para o desempenho das funções. No tocante à sua atuação extrajudicial, tem-se como imprescindível a formação de núcleos de mediação em todas as sedes da Defensoria Pública, a fim de evitar a total judicialização dos conflitos.

Outro papel importante desenvolvido pela Defensoria Pública na construção do acesso a uma Justiça digna, embora ainda timidamente, diz respeito à prestação de orientação à população carente de instrução e/ou conhecimento. Dessa forma, pode-se garantir a implementação efetiva e real da cidadania como elemento transformador da sociedade.

A função a ser exercida pelo defensor público não deve ficar circunscrita à esfera judicial, é imprescindível que ela seja também desempenhada no seio da sociedade hipossuficiente, em que a atuação defensorial deverá servir como elemento integrador da lacuna aberta pela carência financeira e cultural, dentre outras.

9 – CONCLUSÃO

Ao acompanhar o desenvolvimento do direito de acesso à Justiça percebeu-se que, até o presente momento, ele continua sendo um tema tormentoso, objeto de constantes estudos, pois ainda não se conseguiu garantir a sua plenitude para todos os cidadãos. Objetiva-se garantir a efetivação da justiça resolvendo os conflitos sociais de forma célere e eficaz, para que a segurança jurídica e a paz social sejam sempre alcançadas.

Observou-se, assim, que ter acesso à Justiça não se trata apenas de garantir acesso à jurisdição, mas, sobretudo, acesso à própria ordem jurídica justa. Visando garantir esse direito, a Constituição Federal de 1988 assegurou a inafastabilidade da prestação jurisdicional, entretanto, com o passar do tempo, restou claro que não bastava apenas garantir acesso aos tribunais, mas que é necessário que se garanta também a proteção material dos direitos de todos os cidadãos, independentemente de sua classe social.

O Poder Judiciário não tem conseguido suprir a demanda, de forma que ainda persistem vários obstáculos ao pleno acesso à Justiça. Com o objetivo de superá-los, foram criados diversos mecanismos para facilitar esse acesso, visando desafogar o Poder Judiciário, que se encontra abarrotado de processos.

Não se pode olvidar que a crescente cultura demandista da população brasileira vem contribuindo sobremaneira para o abarrotamento do Poder Judiciário, aliada à morosidade no andamento dos feitos, sendo esses os pontos fulcrais que fomentam o estudo da matéria.



Vislumbra-se, assim, que sempre permeou todas as reformas legislativas e ações adotadas o objetivo de garantir acesso à Justiça independentemente das condições econômicas ou socioculturais dos litigantes, tentando suprir as lacunas existentes. Podemos destacar como exemplos de iniciativas a criação dos Juizados Especiais, a ampliação das funções extrajudiciais da Defensoria Pública, várias reformas legislativas, imprimindo ritmo célere aos procedimentos, dentre outras.

Conclui-se que realmente houve evolução no acesso à Justiça, porém esse direito ainda não atingiu a sua plenitude, de maneira que ainda se faz necessária a implementação de outros mecanismos que garantam não somente o acesso ao Judiciário, mas o acesso a uma justiça digna. Para tanto, é necessário realizar a inclusão social dos necessitados, promovendo a cidadania.

Neste diapasão, faz-se imprescindível o fortalecimento da Defensoria Pública a fim de que ela tenha suporte para desempenhar suas funções precípua de orientação jurídica e defesa, em todos os graus, dos necessitados, nos termos do artigo 5º, LXXIV, da Constituição Federal. Tal mister deverá ser desenvolvido tanto judicial quanto extrajudicialmente.

Por último, acrescente-se a necessidade de realização de foros de discussões que promovam debates acerca do tema e pressionem a esfera política para que seja viabilizada a implantação da Defensoria Pública em todos os municípios do país, pois o seu fortalecimento se constitui em condição necessária para inclusão de uma multidão de desassistidos da Justiça brasileira.

10 – REFERÊNCIAS

AGÊNCIA ESTADO – AE. **Juristas criticam reforma do Código de Processo Civil**. Publicado em 24 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,juristas-criticam-reforma-do-codigo-de-processo-civil,644599,0.htm>>. Acesso em: 25 set. 2012 as 10h08min.

ALBUQUERQUE FILHO, Clóvis Antunes Carneiro de. A arbitragem no Direito brasileiro pela Lei nº 9.307/96. Comentários. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2629>>. Acesso em: 8 ago. 2012.

ALMEIDA, Eder Luiz dos Santos. **Meios facilitadores do acesso à justiça**. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6493>. Acesso em: 09 Ago. 2012.

ARANTES, Rogério Bastos. **Judiciário e política no Brasil**. São Paulo, Sumaré/EDUC/FAPESP. 1997.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1983.

BRÜNING, Raulino Jacó. **Constituição, justiça e sociedade**. Vol. 1, Florianópolis: OAB/SC, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris 1988, Reimpresso 2002.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96**. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 18. ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2002. p. 208.

Teoria geral do processo. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2007, p. 39.

CRETELLA NETO, José. Curso de arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil – teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 7. ed. Vol. I Salvador. Edições Podivm, 2007.

FILARDI, Hugo. **Revista de processo - análise crítica da proposta de emenda constitucional dos recursos**. Ano 36, v. 201. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GORON, Lívio Goellner. Revista de processo – acesso à Justiça e gratuidade: uma leitura na perspectiva dos direitos fundamentais. Ano 36, v. 195. São Paulo: Revista dos Tribunais, Maio/2011.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. **Indicadores Sociais Municipais 2010 do Censo realizado pelo IBGE**. Disponível em: <www.ibge.gov.br/home/presidência/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=2019&id_página=1>. Acesso em: 18 jul. 2012, às 21h04min.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 11. ed. São Paulo: Editora Método, 2007.

LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. **Defensoria Pública**. 2. ed. Salvador: Editora Jus PODIVM, 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2012.



- MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do Ministério Público**. São Paulo: Saraiva, 2000.
- MORAIS, José Luiz Bolzan de; SILVEIRA, Anarita Araújo da. Outras formas de dizer o direito. In: WARRAT, Luis Alberto (Org.). **Em nome do acordo. A mediação no direito**. Buenos Aires: Almed, 1998.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- PELUSO, Cesar. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**. Disponível em: <www.conjur.com.br/2010-ago-11/entrevista-cezar-peluso-presidente-supremo-tribunal-federal>. Acesso em: 15 jul. 2012, às 18h20min.
- RELATÓRIO – CNJ (**Conselho Nacional de Justiça**). Disponível em: <www.cnj.jus.br/imagens/programas/justica-em-umeros/2010/rel_justica_2010>. Acesso em: 18 jul. 2010, às 17h17min.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no Ag 1009703/RS, 6.ª T., j. 27.05.2008, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Dje 16.06.2008) <ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/abre_documento>. Acesso em: 07 jul. 2012 as 14h10min.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Vol. I Rio de Janeiro, 2001.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 1999.
- WATANABE, Kazuo. **Política pública do Poder Judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses**. Revista de Processo, nº: 195, maio, 2011.

CONDIÇÕES DA AÇÃO: FLEXIBILIZAÇÃO NA ANÁLISE DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO E DO INTERESSE PROCESSUAL, VISANDO À EFETIVIDADE DO PROCESSO E A POSSIBILITAR O ACESSO À JUSTIÇA E À GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS

Bartolomeu Oliveira da Silva²

1 – INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem como objetivo principal ressaltar a necessidade de os operadores do direito observarem com cuidado as condições da ação, flexibilizando, todavia, na análise da **possibilidade jurídica do pedido** e do **interesse processual**, com vistas à efetividade do processo e ao acesso à justiça.

É que a inobservância desse cuidado poderá resultar na extinção do processo, sem apreciação do mérito, o que acarretará irreparáveis prejuízos decorrentes da perda de tempo e dinheiro, seja ao particular, seja ao Estado, quando, nesta hipótese, o postulante está litigando pela assistência judiciária gratuita, pois impõe ao interessado o retorno a juízo para, sanado o vício, ver seu pleito apreciado e julgado pelo Poder Judiciário.

Por outro lado, o rigor excessivo, por parte dos julgadores, na aplicação dos institutos – **possibilidade jurídica do pedido e interesse processual** –, poderá conduzi-los a extinguir o processo, prematuramente (sem resolução do mérito), impossibilitando, assim, a que o processo alcance o seu fim social, que consiste na solução dos conflitos de interesses, com a entrega da prestação da tutela jurisdicional, através de uma decisão justa.

No dia a dia forense, os operadores do direito deparam-se com decisões excessivamente formalistas, as quais em nada contribuem para o desfecho da demanda. Ao contrário. Além do atraso no deslinde da causa, o apego ao formalismo pode ensejar a extinção do processo, sem apreciação do mérito, o que implica na inobservância dos princípios da instrumentalidade e da efetividade do processo, bem como do acesso à justiça e da dignidade da pessoa humana.

2 – Defensor Público de Classe Especial, Pós Graduado em Processo Civil pela Universidade Estadual de Santa Cruz



O processo, como instrumento que é, não pode atuar em detrimento de um direito material, mas sim para reconhecê-lo e conferir ao seu titular o que lhe assiste obter.

Nada justifica, pois, que o puro formalismo processual anule um processo que, apesar de possuir um ato vicioso, não gerou prejuízos a nenhuma das partes. Um exemplo, em que o próprio sistema normativo repele esse excesso de formalismo, é o disposto no art. 920 do Código de Processo Civil, onde o juiz pode dar continuidade a um processo, no caso de uma ação de manutenção de posse ter sido ajuizada erroneamente no lugar de uma ação de reintegração de posse.

Não só cabe ao magistrado deixar de lado os rigores na interpretação da norma, mas sobretudo não pode, em hipótese alguma, permitir que seu raciocínio o conduza a uma interpretação contraproducente ao texto legal.

O Estado, ao não permitir a autotutela, ou seja, não permitir que o indivíduo faça justiça “pelas próprias mãos” – salvo nas hipóteses de legítima defesa (no crime) e desforço incontinenti (no cível) –, precisa garantir-lhe o acesso à justiça de uma forma justa. Por isso, tem-se o processo como uma garantia constitucional à satisfação de um direito material por meio da tutela jurisdicional. A função do processo consiste em fazer o ordenamento jurídico atuar com efetividade.

A preocupação, portanto, com as referidas condições da ação, tanto por quem postula, quanto por quem julga, deve estar sintonizada com a instrumentalidade e a efetividade do processo, bem assim com o acesso à justiça e a dignidade da pessoa humana, que se constituem no objetivo maior da moderna doutrina processual, de forma que a inobservância desses princípios, concomitantemente, restará empobrecido o anseio de acesso à ordem jurídica justa, demonstrando, geralmente, a ineficiência dos instrumentos existentes.

A nossa intenção, importa registrar, não obstante acreditarmos na posição defendida, é também de suscitar o debate com referência à necessidade de flexibilização dos institutos processuais mencionados, haja vista, inclusive, que, na opinião de renomados juristas, a exemplo de Calmon de Passos, as condições da ação constituem matéria de mérito.

2 – FLEXIBILIZAÇÃO COM VISTAS À EFETIVIDADE DO PROCESSO.

A possibilidade jurídica do pedido e o interesse processual constituem, ao lado da legitimidade *ad causam*, as condições da ação, que devem estar presentes, no juízo de admissibilidade da ação, a fim de que o mérito da causa possa ser enfrentado e julgado.

Não se pretende aqui entrar na discussão doutrinária, segundo a qual alguns eminentes processualistas sustentam que a possibilidade jurídica do pedido e o interesse processual constituem matéria de mérito, mas seguir o preceituado no nosso Código de Processo Civil, que, adotando a teoria de Liebman, determina que a ausência de qualquer das condições da ação dá ensejo à extinção do processo, sem apreciação do mérito da causa, a teor do art. 267, inciso VI, combinado com o art. 3º do referido Diploma Processual.

É necessário, contudo, que sejam afastados o excesso de formalismo, bem como o rigor exegético na análise, tanto da possibilidade jurídica do pedido quanto do interesse processual, para evitar que o apego a esses dogmas possa conduzir à prematura extinção do feito, com manifesto prejuízo à efetividade do processo e, conseqüentemente, à solução dos conflitos de interesses, impossibilitando-se a entrega da prestação jurisdicional.

Modernamente, a doutrina tem revelado enorme preocupação com a efetividade do processo, ressaltando que este deve ser encarado como um instrumento que tem por finalidade dar efetividade à prestação jurisdicional diante de um litígio, cabendo ao julgador assegurar, da melhor forma ou da forma possível, a concretização do direito material.

Se o julgador não raciocinar nesses termos, preferindo manter-se rigoroso na análise das referidas condições da ação, para concluir, preambularmente, pela extinção do processo, sem resolução do mérito, a função social do processo jamais será alcançada.

Adverte Silvio de Salvo Venosa (2003, vol. I: 382) que:

O processo só tem sentido para a realização do direito material; o direito de ação só existe para garanti-lo. A exacerbação da importância do processo leva a alguns erros de perspectiva, transformando, por vezes, o processo em fim, quando, na realidade, é meio. Trata-se de caminho a ser percorrido, garantido pela lei, para atribuir o reconhecimento de um direito material aos litigantes. Esquecer que o direito processual é caminho tem sido erro comum, por vezes, de alguns que, apaixonados pelos meandros do processo, transformam-no de meio em fim, o que deixa o perfazimento do direito material em segundo plano.

Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, em sua obra "Do Formalismo no Processo Civil", cita uma passagem em que demonstra como o excesso de formalismo compromete a efetividade do processo e dificulta a prestação da tutela jurisdicional. Veja-se:

Exemplo emblemático, tanto de excesso de formalismo quanto de sua correção pelas normas maiores do sistema brasileiro, ocorreu no Rio Grande



do Sul. Em determinada demanda movida contra esse Estado, seis antigas assistentes judiciárias reclamaram o reconhecimento do direito de opção pela carreira de defensor público, assegurado no art. 22 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias anexo à Constituição de 1988. O ente estatal, ao contestar a demanda, reconheceu a situação fática incontestada das autoras, mas lhe negou o direito ao argumento de que a norma transitória só albergaria os concursados, não aqueles em desvio de função. No juízo de apelação, o órgão fracionário do Tribunal de Justiça entendeu de acolher o pedido em relação a quatro postulantes. Rejeitou, porém, o pedido de duas delas, sob o fundamento de inexistência de desempenho das funções de Defensoria Pública anteriormente à instalação da Assembléia Nacional Constituinte, considerando despida de eficácia a admissão da contestação por se tratar de ente estatal, incidindo o disposto no parágrafo único do art. 302 do Código de Processo Civil. Verifica-se, portanto, um giro de cento e oitenta graus, porquanto se tornara incontroverso nos autos o próprio suporte fático da regra constitucional transitória. A parte surpreendida ainda tentou elucidar o juízo apresentando, juntamente com os embargos declaratórios, certidão passada pelo Estado comprovando a circunstância fática reclamada pela decisão. O recurso, porém, não logrou êxito, pois a Câmara julgadora entendeu ter passado o momento próprio para a apresentação do documento, não se podendo emprestar efeito infringente a essa modalidade de inconformidade. O acerbadado conflito entre a Justiça e o formalismo encontrou exemplar corretivo em decisão do 2º Grau Cível do mesmo Tribunal, por via do remédio da ação rescisória. Prevaleceu a tese de que fora infringido o princípio do contraditório, pois o órgão judicial não poderia ter surpreendido, a parte, sem ouvi-la previamente, em questão de fato fundamental para a decisão (1997:203-204).

A falta de preocupação com a efetividade do processo chega, inclusive, a ofender o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, inciso XXXV), pois esse princípio, na lição de Luiz Guilherme Marinoni:

não garante apenas uma resposta jurisdicional, mas a tutela que seja capaz de realizar, efetivamente, o direito afirmado pelo autor, pois o processo, por constituir a contrapartida que o Estado oferece ao cidadão diante da proibição da autotutela, deve chegar a resultados equivalentes aos que seriam obtidos se espontaneamente observados os preceitos legais. Dessa forma, o direito à adequada tutela jurisdicional garantido pelo princípio da inafastabilidade é o direito à tutela adequada à realidade do direito material e à realidade social.

Depreende-se, pois, que o processo deve ter sempre em mira a utilidade das decisões. Neste sentido, doutrina Cintra, Grinover e Dinamarco:

“Todo processo deve dar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que tem o direito de obter. Essa máxima de nobre linhagem doutrinária constitui verdadeiro slogan dos modernos movimentos em prol da efetividade do processo e deve servir de alerta contra tomadas de posição que tornem acanhadas ou mesmo inúteis as medidas judiciais, deixando resíduos de injustiça.”

Para Barbosa Moreira, “querer que o processo seja efetivo é querer que desempenhe com eficiência o papel que lhe compete na economia do ordenamento jurídico.”

De forma que, se o processo não se constituir num instrumento eficiente à realização do direito material, ele não se mostrará “capaz de veicular aspirações da sociedade como um todo e de permitir-lhe a satisfação por meio da Justiça”, conclui o ilustre jurista.

Citado por Barbosa Moreira, Rudolf Von Jhering já havia assinalado, na sua obra, o “Espírito do Direito Romano”, que:

O direito existe para se realizar. A realização é a vida e a verdade do direito, é o próprio direito. O que não se traduz em realidade, o que está apenas na lei, apenas no papel, é um direito meramente aparente, nada mais do que palavras vazias. Pelo contrário, o que se realiza como direito é direito, mesmo quando não se encontra na lei e ainda que o povo e a ciência dele não tenham tomado consciência (RT nº 74-126).

Daí a necessidade de flexibilização na análise dessas condições da ação. Não se justifica julgar-se o autor carecedor de ação, por falta de interesse processual, apenas porque ele elegeu a via processual inadequada.

Raciocinado nesses termos, observa o processualista José Orlando Rocha de Carvalho:

É muito comum o registro de casos em que os juízes, por motivação vária (intolerância – arbitrariedade – comodismo – preguiça – parcialidade (para não ter que julgar contra uma das partes) – inclinação para o leguleio etc.), encerram o processo, sem julgamento do mérito, ou seja, sem a outorga da tutela jurisdicional requerida, sem, no entanto, observar que o feito poderia ter sido salvo da morte agônica e violenta, caso houvesse um mínimo de bom senso da parte do magistrado que assim o deliberou.



Magistrados desse jaez – continua o Professor da UESC – não medem esforços para vislumbrar uma tênue falta de pressuposto processual ou uma polêmica e discutida ausência de uma das condições da ação, para (escudando-se na disposição processual que informa serem tais matérias preceitos de ordem pública e conhecíveis ex officio), passarem logo a redigir o seu decreto de extinção do feito. E, o pior: no mais das vezes, sem sequer ouvir a parte a quem prejudicaria o decreto de extinção da demanda.

Contra esse excesso de formalismo, já advertia o Des. João Mariosa, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, conforme o Professor José Orlando:

“A irretocabilidade da sentença no seu aspecto técnico-jurídico é um formalismo pretoriano, que, ao invés de analisar o direito material, vangloria-se com elucubrações de direito instrumental. Tem-se corolário esdrúxulo: nega-se o direito não porque a parte não o tenha, mas porque escolheu a via inadequada” (Cf. voto como relator do Ac. n. 20.822 – TJDF – 1ª T – DJU 16.03.94) (RJ199/86).

Theodoro Júnior, a propósito, citado pelo processualista José Orlando Rocha de Carvalho, exemplifica com o seguinte caso:

O autor de uma ação de adjudicação compulsória, que teve sua ação negada sob o fulcro de carência de ação por falta de prévia inscrição do título no Registro Imobiliário e que, após promover tal inscrição, poderá propor outra ação nesse sentido. Neste exemplo, pois, se o juiz não observar, de logo, essa irregularidade; nem o demandado o fizer na contestação, e, antes do saneador, o autor fizer a inscrição e juntar aos autos, poder-se-á falar em falta de interesse ou poder-se-á negar a pretensão, se a irregularidade já se acha sanada?

E adverte:

Uma vez, porém, que o objetivo precípua da função processual é a composição da lide, não pode o magistrado supervalorizar as questões formais para colocá-las, desde logo, num plano superior ao do mérito. Por isso mesmo, a extinção do processo por vício de pressuposto ou ausência de condição da ação só deve ter lugar quando o defeito detectado pelo juiz seja insuperável, ou quando, ordenado o saneamento, a parte deixe de promovê-lo no prazo que se lhe tenha assinado. (...) Dessa forma, não pode o juiz, na sistemática do Código, desde logo extinguir o processo, sem apreciação do mérito, simplesmente porque encontrou um defeito nas questões preliminares de formação da relação processual. Agir dessa maneira, frente a um vício sanável, importaria subverter a missão do processo e a função jurisdicional.

Dá a indagação do Professor:

Afinal, em situações que tais, o reconhecimento judicial de uma falta de suposto interesse (adequação), a motivar o indeferimento da pretensão, não estaria a conspurcar e desprezar completamente os princípios da efetividade e da instrumentalidade do processo que reclamam exatamente o aproveitamento de atos e processos inadequados desde que tenham colimado por atingir a finalidade desejada, (a de atuar eficazmente o direito material) e sem que tenha havido qualquer prejuízo aos contendores?

E conclui, citando aresto do STJ: “Sendo os fatos expostos aptos a conduzir, em tese, a consequência jurídica traduzida no pedido, não importa o rótulo que se tenha dado à causa” (Resp 15.713, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 24.02.92).

Por outro lado, não seria razoável julgar-se, *initio litis*, o autor carecedor de ação, por falta de possibilidade jurídica do pedido, tão-somente porque não se acostou à petição inicial o documento indispensável à propositura da ação. Na hipótese, por exemplo, de uma ação de reivindicação de área rural, em que o autor só juntou à inicial escritura pública de compra e venda, desacompanhada do título de domínio. Como a escritura só transfere posse, e não domínio, e considerando que a reivindicatória pressupõe, de um lado, autor proprietário e sem posse, e do outro, réu posseiro e sem propriedade, seria o caso de indeferimento da inicial, para extinguir o processo, sem abordagem do mérito, por ausência de possibilidade jurídica do pedido? (CPC, art. 295, parágrafo único, inciso III, c/c o art. 267, inciso I).

Entendemos que não, diante da necessidade de aplicação dos princípios da instrumentalidade e da efetividade do processo. Deve-se conceder ao autor, com fundamento no art. 284 do CPC, o prazo de 10 dias para juntar aos autos o título comprobatório do seu direito de propriedade, viabilizando-se, desse modo, o julgamento do mérito da causa. Não cumprida, no entanto, a diligência, incide o parágrafo único do art. 284, quando, então, o processo deve ser extinto na forma dos dispositivos supracitados.

Em decisão proferida no Processo Resp 433.671, o Superior Tribunal de Justiça, aplicando os princípios da instrumentalidade e da efetividade do processo, reformou acórdão do TJ-SC, que extinguiu um processo de execução, sob o fundamento de que o exequente não juntou à petição inicial o demonstrativo pormenorizado do débito. Eis o teor da decisão, publicada em Notícias do STF, pela internet:

O Banco do Estado de Santa Catarina S/A entrou com uma ação de execução cobrando o débito de R\$ 26.502,84 da empresa Casa Real Confeccões Ltda. e dos comerciantes Antônio e Sebaldo Brand. A dívida teria resultado de um



contrato de abertura de crédito fixo, firmado em julho de 1995, no valor de R\$ 15 mil. Os devedores contestaram a execução com embargos alegando que o Banco teria embutido juros acima dos contratados. Além disso, segundo os devedores, o Banco não teria comprovado a origem do débito, tendo apresentado somente cópia do contrato firmado sem os extratos da evolução da dívida. O juiz de primeiro grau rejeitou os embargos dos devedores. A Casa Real, Antônio e Sebaldo Brand apelaram reiterando as afirmações da contestação. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina acolheu o apelo julgando extinto o processo. Para o TJ, “o demonstrativo pormenorizado do débito é elemento essencial à liquidez, certeza e exigibilidade do título (crédito cobrado pelo Banco)” representando documento indispensável ao julgamento do processo de execução movido pelo credor.

Tentando modificar a decisão de segundo grau e, assim, dar prosseguimento à cobrança, o Banco de SC recorreu ao STJ defendendo o princípio do aproveitamento do processo contrário ao formalismo, como previsto no art. 616 do Código de Processo Civil. Para o Banco, o título executivo (cobrança) não poderia ser anulado, como decidido pelo TJ-SC. O certo seria a intimação do credor para complementar o processo, ‘que cuida de contrato de abertura de crédito fixo, como valor literal já estabelecido, questionados apenas os cálculos que embasaram a cobrança sob a afirmação de que o demonstrativo de débito estaria incompleto’.

O ministro Aldir Passarinho Júnior acolheu o pedido determinando o retorno do processo ao Juízo de primeiro grau. Dessa forma, o banco será intimado pela primeira instância para que apresente a documentação que está faltando. O relator destacou que, em seu entendimento, o artigo 616 do Código de Processo Civil só poderia ser aplicado pelo Juízo ao analisar o processo, ‘mas não quando a parte devedora tenha apontado o tal vício em embargos à execução’.

No entanto, segundo o ministro, o STJ tem decisões no sentido de permitir a apresentação posterior dos documentos faltantes, mesmo após a contestação da parte devedora, permitindo que o autor da execução supra ‘a omissão (falta de determinados documentos) mediante intimação para tanto pelo órgão julgador’.

Com base nos precedentes do Tribunal, Aldir Passarinho concluiu: “Cedo à orientação predominante para, também aqui, permitir, mesmo após embargos do devedor suscitando o tema, seja reparado o defeito, aproveitando-se o processo de execução já iniciado.

Com vistas, pois, à flexibilização da análise das aludidas condições da ação, deve-se atentar, como princípio geral do processo, para o princípio da adequação formal, facultando-se, inclusive, ao juiz – obtido o acordo das partes, e sempre que a tramitação processual prevista

na lei não se adapte perfeitamente às exigências da demanda aforada –, a possibilidade de amoldar o procedimento à especificidade da causa, por meio da prática de atos que melhor se prestem à apuração da verdade e acerto da decisão, prescindindo dos que se revelem inidôneos para o fim do processo.

Em nome da instrumentalidade e da efetividade do processo, somente em casos absolutamente extremos, quando não houver nenhuma possibilidade de salvar o feito, é que deve o Magistrado extingui-lo sem apreciação do mérito.

Urge, portanto, a mudança de mentalidade, a fim de que o processo possa realmente aproximar-se dos legítimos objetivos que justificam a sua própria existência.

3 – A FALTA DE FLEXIBILIZAÇÃO ACARRETA NEGAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA.

Por outro lado, a extinção do processo, sem se adentrar no mérito da causa, em decorrência da não flexibilização das mencionadas condições da ação, implica em negar à parte o acesso à justiça, elevado, com a Constituição Federal de 1988, ao patamar de direito e garantia fundamentais do cidadão, pois o acesso à justiça “não se identifica com a mera admissão ao processo, ou possibilidade de ingresso em juízo”, conforme leciona o Professor Paulo Cesar Santos Bezerra, que, ao enfatizar que o acesso à justiça é um problema ético-social, adverte:

O acesso à justiça, portanto, depende de uma postura de natureza eminentemente ética e social. Social, porque é o maior ou o menor acesso do cidadão aos direitos e valores desejáveis, que determina o fluxo dos conflitos sociais. Ético, em sentido teórico, como valor supremo e ideal, em sentido de *praxis* moral no seio da sociedade, porque “a moral constitui, seja qual for a orientação que se tome, uma regulação da atitude e da conduta humana. O homem parte do que é, rumo ao que pode ser: o dever ser incumbe de regular o caminho.” Ético e social se amalgamam num direito que é o principal deles, o acesso à justiça (2001: 238-239).

E no tópico “Acesso à justiça e o Poder Judiciário”, o referido Professor da UESC, e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, acentua que:

Quando a legislação está em descompasso com a realidade social, deve o juiz interpretá-la de forma a conformá-la com esta última”, não se olvidando, por outro lado, que “os tribunais superiores são compostos por juízes de postura dogmática na maioria de sua composição, prontos a coarctar qualquer interpretação mais avançadas e mais sociológica (2001: 204-205).



Portanto, o acesso à justiça, de acordo com a doutrina brasileira recente, significa acesso à ordem jurídica justa.

É que o acesso à justiça está umbilicalmente ligado à justiça das decisões. Daí Cintra, Grinover e Dinamarco advertirem que:

O juiz deve pautar-se pelo critério de justiça, seja (a) ao apreciar a prova, (b) ao enquadrar os fatos em normas e categorias jurídicas ou (c) ao interpretar os textos de direito positivo. Não deve exigir uma prova tão precisa e exaustiva dos fatos, que torne impossível a demonstração destes e impeça o exercício do direito material pela parte. Entre duas interpretações aceitáveis, deve pender por aquela que conduza a um resultado mais justo, ainda que aparentemente a vontade do legislador seja em sentido contrário (*a men legis* nem sempre corresponde à *mens legislatoris*); deve “pensar duas vezes antes de fazer uma injustiça” e só mesmo diante de um texto absolutamente sem possibilidade de interpretação em prol de justiça é que deve conformar-se.

Com o mesmo pensar, doutrina o Professor José Orlando Rocha de Carvalho:

“Ademais, convém salientar, que o encerramento de feito sem julgar a lide, em situações anômalas e quando possível (de alguma forma), a outorga da tutela jurisdicional, representa indubitavelmente uma forma de impedimento ao livre acesso à jurisdição. Ainda mais quando se procede a esta extinção *ex officio*, sem qualquer pronunciamento prévio das partes, que são os maiores interessados no prosseguimento, ou não, do feito, até porque têm, ambos, autor e réu, direito subjetivo de buscarem uma sentença de fundo que defina, de uma vez por todas, a controvérsia que deu origem à contenda judicial.

Nesse sentido, o pronunciamento de Rogério Lauria Tucci lança a seguinte advertência: “não há dúvida de que o réu, tanto quanto o autor, têm direito a uma sentença de mérito, no processo para o qual é chamado à instância do antagonista.”

A ausência de flexibilização na análise das mencionadas condições da ação, aliada ao excessivo formalismo na interpretação das regras de direito, levou o Professor a se manifestar, contundentemente, nos seguintes termos:

Sabe-se que o juiz é obrigado a julgar, não podendo declinar desse dever. No entanto as circunstâncias autorizam a pensar que, na maioria das vezes em que se decreta a extinção do feito sem julgamento de mérito (nota-

damente fundado em falta de pressuposto processual e/ou condição da ação), o juiz nada mais está fazendo do que encontrando um meio legal (porém não legítimo) de proferir disfarçadamente ao *non liquet*.

E conclui, indagando:

“Não estaria, destarte, esta postura, limitando o livre exercício de direitos, por vezes legítimos, justamente por conta da recusa do judiciário em prestar a tutela jurisdicional? Não representaria, isso, uma forma de se pretender negar, injustificadamente, a jurisdição?”

Conforme se observa, o excesso de formalismo, que viola, ao mesmo tempo, os princípios da instrumentalidade e da efetividade do processo, bem como da inafastabilidade da jurisdição e do acesso à justiça dá origem, inevitavelmente, à síndrome da inefetividade do processo e, conseqüentemente, da jurisdição. E, como acentua Celso Antonio Bandeira de Melo:

“Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra” (1994:451).

4 – FLEXIBILIZAÇÃO VISANDO À GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS.

A falta de flexibilização poderá, inclusive, ferir um dos mais importantes dos direitos humanos, ou seja, a **dignidade da pessoa humana**, pois a parte poderá ver frustrada a sua sede de Justiça, com a extinção prematura do processo.

E, justamente em respeito à dignidade da pessoa humana, cresce, na doutrina e na jurisprudência, um movimento de adesão à tese da relatividade da coisa julgada. Não se admite, atualmente, que, diante do resultado preciso do exame genético do DNA, não possa alguém voltar a discutir a paternidade, se a sentença, apesar de transitada em julgado, julgou o feito com base em provas exclusivamente testemunhais.

A corrente contrária à tese invoca o princípio constitucional da segurança jurídica (CF/1988, art. 5º, XXXVI). Só que a dignidade da pessoa humana possui, também, *status* constitucional, alçando-se num dos pilares da República (CF/1988, art. 1º, inciso III).



Se, diante do caso concreto, os dois princípios entrarem em rota de colisão, aplicar-se-á aquele de maior prevalência. É que os princípios constitucionais não se anulam, uma vez que eles têm o mesmo *status* jurídico, desfrutando todos da condição de cláusula pétrea (CF/1988, art. 60, § 4º, IV).

5 – CONDERAÇÕES FINAIS

Como ficou demonstrado, a análise dos institutos da possibilidade jurídica do pedido e interesse processual deve visar, sempre, à efetividade do processo, ao acesso à justiça e ao respeito aos Direitos Humanos

Isto porque, a extinção do processo, sem a resolução do mérito, invocando-se às referidas condições da ação, deve constituir-se numa exceção, pois o fim do processo reside na solução da demanda posta em juízo.

Não se justifica que o processo, sendo possível a flexibilização na aplicação dessas condições da ação, como, por exemplo, concedendo-se prazo para emenda da inicial ou junta de documentos, seja extinto, sem apreciação do mérito, já que o seu prosseguimento pode conduzir o julgador a ingressar no mérito da causa solucionando o conflito de interesses, com a efetiva entrega da prestação da tutela jurisdicional, tão reclamada pelas partes e pela sociedade.

O processo, “antes de ser um meio de satisfações de pretensões, é, antes de tudo, um instrumento destinado a excluir insatisfações.”

A doutrina moderna e a tendência dos Tribunais direcionam-se no sentido da efetividade do processo, devendo o Juiz fazer sua parte, envidando o máximo de esforços para assegurar, da melhor forma possível, a concretização do direito material.

Somente em hipóteses absolutamente extremas, ou seja, quando não houver nenhuma possibilidade de salvar o processo, é que deve o Magistrado extingui-lo sem resolução do mérito.

Destarte, a falta de flexibilização na análise das mencionadas condições da ação, bem como o apego ao excessivo formalismo na interpretação das normas a elas atinentes, ofende os princípios da instrumentalidade e efetividade do processo, implicando, inclusive, na negação dos princípios constitucionais do acesso à justiça e da dignidade da pessoa humana, gerando, como consequência, a síndrome da inefetividade do processo e da jurisdição, e, portanto, uma violação dos Direitos Humanos.

6 – REFERÊNCIAS

BEZERRA, Paulo Cezar Santos. **Acesso à Justiça**: um problema ético-social no plano da realização do direito. São Paulo: Renovar, 2001.

CARVALHO, José Orlando Rocha. **Possibilidade Jurídica do Pedido Versus Adequação**: um Embate sem Trégua. DIKÉ, Revista Jurídica do Curso de Direito da UESC, vol. I. Ilhéus: Editus, 1999.

_____. Uma Alapoiese no Sistema Processual de Ministração da Tutela Jurisdicional: a extinção do processo sem julgamento do mérito, por falta de pressuposto processual ou por ausência de condições da ação. Porto Alegre: **Síntese**, 2002. 1 CD-ROM. Windows 3.1.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do Processo e Tutela Urgente**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994.

MELO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, São Paulo: Malheiros, 1994.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A efetividade do Processo de Conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. Por um Processo Socialmente Efetivo. Porto Alegre: **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, nº 11, 2001.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Coisa Julgada Inconstitucional**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. **Condições da ação**: A Possibilidade Jurídica do Pedido. Porto Alegre: Revista de Processo, vol. 46/40-47.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Em Torno das Condições da Ação – A Possibilidade Jurídica. Porto Alegre: **Revista de Direito Processual**, vol. 4º, jul-dez, 1961

_____. **A Ação no Direito Processual Civil Brasileiro**. Salvador: Imprensa Oficial da Bahia, 1960.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: parte geral. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

VEDAÇÃO DO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Eduardo Feldhaus³

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 BREVE HISTÓRICO SOBRE O PRINCÍPIO; 2.1 DIREITO ROMANO; 2.2 IDADE MÉDIA; 3 CONCEITO E APLICAÇÃO; 3.1 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ; 3.2 A VALORIZAÇÃO DA CONFIANÇA E SUA ABRANGÊNCIA; 4 PRESSUPOSTOS DO *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*; 4.1 O *FACTUM PROPRIUM*; 4.2 A LEGÍTIMA CONFIANÇA; 4.3 CONTRADIÇÃO AO *FACTUM PROPRIUM*; 4.4 DANO EFETIVO OU POTENCIAL; 4.5 A IDENTIDADE DE SUJEITOS; 5 CABIMENTO DO PRINCÍPIO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA; 5.1 ENTENDIMENTO DA JURISPRUDÊNCIA E DA DOUTRINA SOBRE A APLICAÇÃO DO *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*; 6. CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA APLICAÇÃO DO *NEMO POTEST VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*; 6.1 IMPEDIMENTO DO DANO DERIVADO DA VEDAÇÃO AO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO; 6.2 DA REPARAÇÃO DO DANO DERIVADO DA VEDAÇÃO AO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO; 7 ESTUDO DO CASO OCORRIDO NA VARA DE FAZENDA DA COMARCA DE FEIRA DE SANTANA; 7.1 PARECER DO *PARQUET* SOBRE A AÇÃO JUDICIAL; 7.2 OPINIÃO CRÍTICA SOBRE O PARECER; 7.3 A DECISÃO JUDICIAL QUE CONCEDEU A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA; 7.4 OPINIÃO CRÍTICA SOBRE O COMPORTAMENTO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL; 8 CONCLUSÃO; 9 REFERÊNCIAS.

Resumo

O presente artigo trata da vedação ao comportamento contraditório no âmbito da Administração Pública, sendo abordado, inicialmente, um breve histórico sobre o surgimento do *venire contra factum proprium*, o conceito e sua aplicação, o princípio da boa-fé, o princípio da confiança e sua abrangência, os pressupostos do *venire contra factum proprium*, as consequências jurídicas de sua aplicação. Ao final, faz-se um estudo sobre o cabimento deste subprincípio na Administração Pública, com entendimento da jurisprudência e doutrina so-

3 – Defensor Público do Estado da Bahia, atuando na 2ª Vara de Família da Comarca de Feira de Santana e atendimento inicial pleno abrangendo qualquer matéria. Email: eduardofeldhaus@hotmail.com

bre o tema, dando ênfase, principalmente, ao caso concreto ocorrido na cidade de Feira de Santana, onde eu, como Defensor Público, ajuizei um mandado de segurança em favor de Isadora da Mota Araújo contra ato do Secretário Municipal e do Prefeito de Feira de Santana, fazendo o estudo do caso ocorrido na referida ação, com opinião crítica sobre o parecer do *parquet* e da decisão judicial que concedeu a liminar. O artigo tem a finalidade de demonstrar, através do referido caso concreto, as mudanças repentinas de comportamento na Administração Pública, que emite um novo ato em contradição ao primeiro, desrespeitando a conduta anterior e a confiança gerada no particular, ferindo, assim, o dever de coerência, frustrando legítimas expectativas e até acarretando prejuízo à parte, o que tem sido muito comum no âmbito da Administração Pública.

Palavras-chave: *Venire contra factum proprium*; Administração Pública.

Abstract

This article deals with the contradictory behavior of the seal Public Administration, being approached, initially, a brief history of the rise of the venire contra factum proprium, the concept and application, the principle of good-faith, the principle of trust and its scope, the assumptions of venire contra factum proprium, the legal consequences of its implementation. In the end, a study on the introduction of this subprinciple in Public Administration, with understanding of jurisprudence and doctrine on the subject, giving emphasis to the case occurred in the city of Feira de Santana, where I, as a Public Defender, to judge an writ of security in favor of Isadora Mota Araújo act against the Municipal Secretary and the Mayor of Feira de Santana, making the case study occurred in that action, with critical opinion about the opinion of parquet and of the judicial decision which granted the injunction. The article aims to demonstrate, through this case, sudden changes of behavior in Public Administration, which issues a new act in contradiction to the first, disregarding the previous conduct and the confidence generated in particular, thus injuring the duty consistency, frustrating legitimate expectations and even causing damage to the party, what has been very common in Public Administration.

Keywords: *Venire contra factum proprium*; Public Administration.



1 – INTRODUÇÃO

O presente estudo versa sobre um tema de grande importância que é o *venire contra factum proprium*, sendo uma vedação ao comportamento contraditório decorrente do princípio da confiança. A referida proibição assegura a manutenção da situação de confiança criada nas relações jurídicas, nas quais não se admite a adoção de condutas contraditórias.

Pela teoria do *venire*, aquele que adere a uma determinada forma de proceder não pode opor-se às suas consequências, justamente pelas expectativas legítimas que emergem para a outra parte, que, de boa-fé, supõe-lhe presentes os efeitos. Prestigia-se a conduta escorreita e mostra a incongruência da conduta posterior que contraria a legítima confiança de outrem, causando um dano à parte.

Nota-se que existe uma correlação da teoria do *venire* com o princípio da boa fé, sendo, inclusive, já reconhecida sua aplicação na doutrina e em alguns julgados do STJ.

Verificar, sob o ponto de vista da doutrina e jurisprudência, o impacto da aplicação da teoria no caso em concreto, principalmente quanto à Administração Pública, analisando as questões importantes, já que, apesar não estar previsto em lei, o *venire contra factum proprium* tem sido uma válvula de escape vedando o comportamento contraditório, resguardando, assim, a tutela da confiança.

No *venire contra factum proprium* está incluído, também, o princípio da moralidade administrativa que tem aplicação típica no controle da Administração Pública. A moralidade administrativa seria uma limitação vinculativa dos seus agentes, que devem agir de forma leal e de boa-fé, assim, a Administração Pública quando procura agir de forma astuta, maliciosa, causando dano ao administrado, viola o princípio da moralidade e, conseqüentemente, o *venire contra factum proprium*, conforme restará demonstrado no conteúdo desta monografia.

Por ser uma teoria pouco utilizada no direito e existir pouco doutrinadores a abordarem o tema, é de grande importância um estudo sobre a matéria, inclusive trazendo à tona o caso em concreto de uma ação judicial ajuizada na Vara de Fazenda Pública, Proc. nº0008760-28.2010.805.0080, em que eu, Eduardo Feldhaus, Defensor Público, ao ser procurado pela assistida Isadora da Mota Araújo, entrei com um mandado de segurança alegando a violação de alguns princípios, principalmente a violação do *venire contra factum proprium*, tendo o Excelentíssimo Juiz de Direito, Roque Ruy Barbosa de Araújo, deferido a liminar determinando que a impetrante fosse nomeada para o cargo de assistente-administrativo e, subseqüentemente, a mesma seja empossada no respectivo cargo, desde que preenchesse os requisitos no edital do mencionado concurso público, devendo ser respeitada a ordem de classificação do certame para o mencionado cargo.

Ao ajuizar a ação judicial, entendia que o direito violado era mais que plausível, já que a Constituição Federal e os princípios da boa-fé, confiança e a vedação de comportamento contraditório garantem à impetrante que em qualquer relação, seja privada ou pública, jurídica ou não, deve sempre existir o dever de agir com lisura, honestidade, lealdade, devendo a Administração Pública estar vinculada aos atos que emite, como a convocação para a autora para o cargo de assistente-administrativo.

A confiança merecedora de tutela jurídica, que pode verdadeiramente ser considerada como um limite à atuação estatal, podendo ser arguida pelo particular em face do Poder Público, objetivando ver mantida alguma situação jurídica que lhe é favorável e que foi criada por ato estatal, é aquela denominada, doutrinariamente, como confiança legítima.

Apesar da doutrina e jurisprudência já reconhecerem a aplicação do *venire contra factum proprium*, o Excelentíssimo Juiz, ao conceder a liminar no mandado de segurança, não reconheceu diretamente a sua aplicação, mas indiretamente na sua decisão deixou claro, inclusive fundamentando com uma jurisprudência, dizendo: “Que explicitada a necessidade da administração nomear (...) deixou de ser discricionário para ser tornar vinculado o ato de nomeação” (STJ. RMS 20.718/SP. Rel. Min. Paulo Medina. 6ª Turma. Publicado no DJ de 03/03/2008, p. 1).

Ressalte-se, ainda que, quando é reconhecida pela doutrina e jurisprudência a aplicação diretamente da proibição ao comportamento contraditório na Administração Pública, sempre vem atrelada à aplicação junto a outros princípios, como boa-fé, segurança jurídica, moralidade e razoabilidade.

2 – BREVE HISTÓRICO SOBRE O PRINCÍPIO

2.1 – DIREITO ROMANO

Analisando brevemente a história do *venire contra factum proprium*, percebe-se que as pessoas, na época, pretendiam coibir a prática da conduta contraditória, conforme será visto a seguir.

O Direito Romano tinha uma intensa vinculação na produção jurídica voltada para os casos concretos, e diante deste casuísmo não havia uma teorização da proibição do comportamento contraditório. Existiam regras específicas nas quais se vedava a contradição.

Vários eram os casos previstos no Direito Romano em que se declaravam ilícitas as atitudes do homem que demonstravam a incoerência da segunda conduta em relação à primeira, como a previsão que proibia o vendedor de impugnar a venda a “*non domino*” quando a



propriedade fosse posteriormente adquirida; alegar erro capaz de inquinar o negócio quando a própria pessoa tivesse laborado ou dado causa a alguma destas situações. Ressalta-se que estas previsões não caracterizavam efetiva vigência de uma regra geral que proibisse o *venire contra factum proprium*.

Segundo Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, “no Direito Romano, não havia uma regra geral que vedasse o *venire contra factum proprium*, mas apenas casos singulares onde este tipo de comportamento era proscrito” (2007, p. 743).

Os romanos eram, em essência, práticos. Tinham necessariamente que buscar soluções para seus problemas jurídicos e, por isso, não se permitiam proceder a infundáveis especulações dogmático-conceituais. Foi exatamente a busca pela solução mais justa para os casos jurídicos que permitiu à jurisprudência romana identificar, em algumas situações, a impossibilidade de um sujeito contrariar um comportamento anteriormente praticado quando esta conduta subsequente fosse lesiva à boa-fé, mas sem desenvolver, ressalte-se, qualquer tipo de pensamento voltado ao estudo e sistematização dos atos próprios (SOUZA, 2008, p. 240).

2.2 – IDADE MÉDIA

Como fim do Império Romano do Ocidente, no século V – que, ao desaparecer, deu lugar a diversos reinos, e apesar de o Direito Romano ir se fundindo entre estes diversos reinos, como os visigodos, lombardos e francos –, o mesmo, diante da pluralidade de ordens normativas emanadas pelo fortalecimento dos senhores locais, acaba perdendo sua sistematização racional, e somente a partir do século XII é que retomou, pelo menos, uma sistematização do direito.

Judith Martins-Costa afirma:

Foram os glossadores que cunharam o brocardo *venire contra factum proprium nulli conceditur*, ou *nemo potest contra factum venire*, também formulado como *adversus factum suum quis venire non potest por azzo*. O brocardo, que nada mais consistia do que a síntese de uma evidência jurídica, segundo os textos romanos, operava como uma exceção similar à *exceptio doli*, essa também fundada em evidente conteúdo moral, pois figurava o poder conferido pelo ordenamento a uma pessoa para repelir a pretensão dos autos quando tivesse incorrido em dolo. Pós-glossadores, como Bartolo e Baldo, mantiveram a construção, introduzindo algumas particularidades, por exemplo, se a conduta (*o factum proprium*) tivesse sido realizada *secundum*

ou *praetes legem* ou se exercida em nome próprio ou alheio, considerando-se revogável apenas a conduta contra *legem* (2004, p. 112).

Na Idade Média foi expresso o brocardo *venire contra factum proprium nulli conceditur*, concebido pela escola dos glossadores como sistematização do *corpus iuris civilis*, considerada, então, a legislação ideal e perfeita. O *corpus* representava perfeição, elevando a modelo universal de revelação. Ao pretenderem extrair a lei de uma série de previsões legais específicas, os juristas da Idade Média conceberam, como espécie de princípio geral, a fórmula da proibição do comportamento contraditório.

O *corpus iuris civilis* registrava que seria inadmissível a pretensão do *pater familias* de pedir a impugnação da emancipação outorgada a sua filha, depois da morte desta, já que, desta maneira, o testamento que ela havia instituído a seus herdeiros seria inválido, em razão da conduta anterior de sempre considerá-la como emancipada. Nota-se que esta conduta praticada pelo *pater familias* era completamente contraditória, já que tornaria o testamento sem efeito, colocando o filho na condição de incapaz devido à nulidade da emancipação.

Segundo Anderson Schreiber,

[...] o *venire contra factum proprium nulli conceditur* tinha, assim, desde sua origem uma validade contestável como princípio geral, porque, muito embora pudesse ser extraído de previsões específicas, outras previsões existiam nos textos clássicos que autorizavam o comportamento contraditório (2005, p. 25).

Havia casos legais em que se aplicava o princípio, mas existiam outros casos em que a contradição era autorizada expressamente pela lei, e, diante deste imbróglio, o *venire contra factum proprium* não foi incorporado como princípio fundamental.

No Direito Canônico a conduta contraditória era reconhecida apenas em situações específicas, como no caso do bispo que houvesse concedido um benefício eclesiástico a um clérigo e depois o privasse do mesmo benefício.

3 – CONCEITO E APLICAÇÃO

O *venire contra factum proprium* é uma vedação decorrente do princípio da confiança. A referida proibição assegura a manutenção da situação de confiança criada nas relações jurídicas, em que não se admite a adoção de condutas contraditórias. Trata-se de uma regra de congruência comportamental que deve ser observada pelas partes, por meio da qual se veda



que se atue em determinado momento de uma certa maneira e, posteriormente, adote-se um comportamento contraditório à conduta anteriormente tomada.

Pela teoria do *venire*, aquele que adere a uma determinada forma de proceder não pode opor-se às suas consequências, justamente pelas expectativas legítimas que emergem para a outra parte que, de boa-fé, supõe-lhe presentes os efeitos. Prestigia-se a conduta correta e mostra a incongruência da conduta posterior que contraria a legítima confiança de outrem, causando um dano à parte.

O *venire* proíbe o rompimento da confiança depositada, por meio de incoerência, sendo seu fundamento da vedação do comportamento contraditório, mantendo íntima relação com a boa-fé objetiva.

O princípio tem aplicação no Direito Público e Privado, bem como em vários ramos do Direito, como Direito de Família, Direito Contratual, Direito Societário, Direito Tributário, Direito Administrativo e Direito Processual.

No âmbito da autonomia privada, a teoria dos atos próprios ganhou força por causa do individualismo, pois, de acordo com Anderson Schreiber, o *venire contra factum proprium*, o ir contra os próprios atos encontrava-se, assim, inserido no âmbito da autonomia privada do indivíduo, que era livre para contrariar comportamento, para alterar suas posições e dar o curso que bem entendesse a sua vontade, independente das expectativas eventualmente despertadas pela sua conduta. Além disso, um dever de manutenção de comportamento coerente pareceria retrógrado, desconforme mesmo ao espírito de revolução e rompimento com as instituições pretéritas (2005, p. 42).

Segundo Judith Martins Costa, o *leading case* está no acordão da lavra do culto Ministro Leitão de Abreu, STF RE nº 86.782-2/RS, julgamento em 20.10.1978. O caso era relacionado ao Direito de Família, em que uma parte havia casado no Uruguai quando, no Brasil, vigorava a proibição do divórcio, mas que não tinha impedimento legal para casar no Brasil, vem, posteriormente, alegar nulidade daquele matrimônio (2004, p. 116).

A teoria dos atos próprios tem a finalidade de proteger uma parte contra aquela que pretende exercer uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente. Ao criar em outrem uma expectativa, em razão de conduta indicativa de determinado comportamento futuro, há violação do princípio da confiança, já que o ato praticado em contrário ao previsto causa dano ao destinatário deste ato.

Como este trabalho está voltado ao cabimento do princípio na Administração Pública e ao meu caso em concreto, não iremos comentar sobre a aplicação em outros ramos do Direito.

3.1 – O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

O conceito de boa-fé objetiva é largamente discutido entre os civilistas e é, primordialmente, uma regra de conduta. Infere-se de tal conceito, por consciência moral, que as partes envolvidas em qualquer tipo de negócio, seja ele privado ou público, jurídico ou não, devam agir com lisura, honestidade, lealdade, comportamento aguardado por uma parte em relação à outra.

Trata-se de uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando suas expectativas razoáveis, seus legítimos interesses, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.

A boa-fé objetiva tem fundamento constitucional, haja vista que decorre dos princípios fundamentais da dignidade humana e da solidariedade, funcionando como um indispensável e eficaz instrumento jurídico a ser utilizado, tendo, também, previsão infraconstitucional, tanto no Código de Defesa do Consumidor quanto no Código Civil, no seu art. 422, que diz: “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

Do dever de boa-fé objetiva derivam o dever de não agir contra os atos próprios e o dever de informar. Pelo primeiro, a ninguém é concedida a possibilidade de se voltar contra um ato que foi praticado quando não mais lhe interessar, ou seja, considera-se inadmissível uma pretensão que, apesar de lícita, demonstra ser objetivamente contraditória em relação ao comportamento anterior do sujeito (EHRHARDT JR., 2008, p. 56).

A boa-fé impõe limites às partes pela imposição de deveres de conduta que devem ser observados de maneira que as partes devem agir de forma leal, correta e honesta, evitando causar danos ao outro.

O princípio da boa-fé tem como um dos fundamentos o *venire contra factum proprium*, sendo esta a melhor orientação.

3.2 – A VALORIZAÇÃO DA CONFIANÇA E SUA ABRANGÊNCIA

A boa-fé está caracterizada, geralmente, como dever de lealdade e confiança recíprocas entre as partes, lisura e honestidade. Assim, a confiança exerce um papel muito importante na compreensão da boa-fé, vindo a valorizar a regra de conduta, observando os efeitos fá-



ticos de sua adoção em relação à pessoa a quem é dirigida, de modo que, ao impor sobre todos um dever de se comportar com lealdade de forma que outrem confie em seu comportamento de maneira a não lesar as suas expectativas, a tutela da confiança torna-se um dos principais pressupostos de aplicação para o *venire contra factum proprium*, revelando-se uma forte expressão da solidariedade social.

Com relação a sua abrangência, a tutela da confiança, apesar de não estar expressamente prevista no ordenamento positivo brasileiro, se aplica a todos os ramos do Direito, tendo importância no Direito Público, já que o titular deve respeitar a aparência criada por sua própria conduta anterior na relação jurídica, pois havia gerado expectativa na parte, podendo, inclusive, causar dano a outrem, acarretando instabilidade jurídica. Assim, a vedação ao comportamento contraditório proíbe ao agente o exercício de direitos e prerrogativas, em manifesta contradição com sentido anterior do seu ato.

É uma regra ética, um dever de guardar fidelidade à palavra dada ou ao comportamento praticado, na ideia de não fraudar ou abusar do alheio, sendo mandamento de respeito à recíproca confiança existente entre as partes, sejam elas participantes de qualquer relação jurídica.

4 – PRESSUPOSTOS DO *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*

4.1 – O *FACTUM PROPRIUM*

O *factum* é a conduta inicial que deriva do comportamento humano que, necessariamente, não configura, a princípio, um comportamento vinculante, pois, se assim fosse, não seria necessário recorrer à confiança depositada na parte que é destinatária da conduta, já que, se o comportamento, no início, é vinculante, é por que a lei o deseja, não sendo, portanto, necessário aplicar o *venire contra factum proprium*, pois o comportamento contraditório violara uma conduta que a própria lei declarava vinculante. O *factum* cria na outra parte a expectativa de continuidade.

O *factum proprium* será qualquer outra conduta que não seja declarada vinculante pelo ordenamento jurídico, logo o *factum*, no primeiro momento, não pode ser considerado vinculante, mas a partir do momento em que o autor da primeira conduta edita um comportamento posterior em sentido contrário à primeira conduta é que passa a ser vinculante.

Segundo Anderson Schreiber (2005, p. 127), são exemplos de *factum proprium* o comportamento concreto de uma das partes à margem das disposições contratuais, a sustentação de certo sentido na interpretação de uma norma qualquer, as negociações preliminares a um contrato e qualquer outra conduta que não seja em si declarada vinculante

pelo ordenamento jurídico positivo. Por outro lado, a celebração de um contrato ou a emissão de uma promessa de recompensa não configura tecnicamente um *factum proprium*, porque já é considerada vinculante pelo Direito Positivo.

Outro exemplo de não se invocar o *venire contra factum proprium*, segundo Judith Martins Costa (2004, p. 120), é quando a conduta prévia for antijurídica, ou *contra legem*, ou, ainda, inválida ou sancionada pela lei, como ocorre, por exemplo, com a possibilidade de revogar-se o testamento ou mandato, ou arrepender-se, em certo prazo, de negócios pactuados.

Assim, o *factum* é uma conduta não vinculante diante do ordenamento jurídico, passando a ser vinculado a partir do momento em que gera uma legítima confiança na sua conservação, repercutindo na esfera de outrem, apresentando todos os pressupostos do *venire contra factum proprium*, conforme se verifica no presente trabalho.

4.2 – A LEGÍTIMA CONFIANÇA

Como pressuposto de aplicação do *venire*, é necessário que o *factum proprium* gere legítima confiança no indivíduo, sendo importante que a expectativa nutrida por outrem seja idônea, de forma a justificar sua tutela. Não se verificam aspectos psicológicos e subjetivos da parte que praticou o comportamento inicial, já que a legitimidade da confiança deve ser buscada no sentido objetivo da conduta inicial.

Anderson Schreiber (2005, p. 134) afirma que somente na análise de cada caso concreto será possível verificar a ocorrência ou não desta adesão ao comportamento inicial, mas servem de indícios gerais não cumulativos (i) a efetivação de gastos e despesas motivadas pelo *factum proprium*, (ii) a divulgação pública das expectativas depositadas, (iii) a adoção de medidas ou a abstenção de atos com base no comportamento inicial, (iv) o grau elevado de sua repercussão exterior, (v) a ausência de qualquer sugestão de uma futura mudança de comportamento.

Ressalta-se que não pode estar expressa a possibilidade de contradição por quem pratica o comportamento inicial, pois, caso isto ocorra, estaria excluída, a princípio, a legitimidade da confiança, e um exemplo seria daquele de comprovada má-fé que invoca o *venire contra factum proprium*.

4.3 – CONTRADIÇÃO AO *FACTUM PROPRIUM*

Neste pressuposto de aplicação da vedação ao comportamento contraditório, independente do propósito de contrariar, o que se exige é a contradição em sentido objetivo, ou seja, exige-se uma contrariedade à conduta ou comportamento inicial.



Deste modo, tem-se uma conduta aparentemente lícita que se torna ilícita em razão da própria contradição violar a legítima confiança do indivíduo e a boa-fé objetiva.

A partir do momento em que entre os dois comportamentos se verifique a contradição, acarretando a ruptura da confiança, se verifica a incoerência entre o comportamento inicial e comportamento posterior. A extensão do lapso temporal que separa os dois comportamentos não é importante, desde que o comportamento contraditório venha posteriormente ao comportamento inicial.

A contradição não deve ser analisada de forma que a intenção do agente seja subjetiva, pois afastaria o *venire contra factum proprium* da preocupação com a repercussão social dos comportamentos, que, na verdade, caracteriza o fundamento do princípio.

Quanto à possibilidade da incidência do *nemo potest venire contra factum proprium* em comportamentos contraditórios simultâneos, discordamos do argumento de Anderson Schreiber (2005, p. 143) de que a confiança que o *venire contra factum proprium* pretende tutelar não se forma no momento de prática da conduta, mas no momento de sua repercussão sobre o titular desta confiança, sendo o exemplo dado pelo autor absurdo, pois como a Administração Pública iria proceder simultaneamente à licitação para alienação de um terreno e à proposição de uma declaratória de nulidade do processo licitatório ao mesmo tempo? Assim, este argumento é esdrúxulo, pois seria um contrassenso a Administração fazer uma licitação e, ao mesmo tempo, ajuizar uma ação de nulidade do mesmo ato.

Nesse caso, entende-se, como a maioria da doutrina, que a confiança legítima não teria se formado, não incidindo, portanto, o *nemo potest venire contra factum proprium*.

4.4 – DANO EFETIVO OU POTENCIAL

O dano efetivo ou potencial é um dos principais fundamentos da proibição ao comportamento contraditório, já que o referido princípio pretende prevenir ou reparar danos, ainda que este dano não seja efetivo, pois basta que ocorra um possível eventual dano, já que, desta forma, estaria protegendo aquele que legitimamente confiou na conservação de um comportamento inicial.

Caso a conduta contraditória não possa ser desfeita e verificando a ocorrência o dano, o *venire* assumirá efeito reparatório, impondo o desfazimento da conduta posterior, o que, sinceramente, achamos mais adequado, ou o ressarcimento pecuniário do dano.

As despesas efetuadas por conta de expectativas despertadas, além de lucros cessantes, fazem parte dos danos potenciais.

Ressalta-se aqui, ainda, a possibilidade de o *venire contra factum proprium*, em certos casos concretos, acarretar um dano não patrimonial com a frustração da honra e da integridade psicofísica.

Assim, além da quebra da legítima confiança, o comportamento contraditório deve repercutir em outrem de forma que não configure ato material, para que ocorra o referido princípio. Logo, se não existe repercussão jurídica da conduta, não haverá a proteção da confiança.

4.5 – A IDENTIDADE DE SUJEITOS

Este pressuposto do *venire* afirma que entre o *factum proprium* e o ato posterior, que contradiz a essência do *factum*, deve existir identidade de partes envolvidas, ou seja, as partes têm que ser as mesmas: o autor do *factum proprium* é o mesmo da conduta que contradita o primeiro comportamento, pois o destinatário da conduta que acreditou no *factum proprium* viu frustrada a sua legítima confiança.

Cada pessoa passa automaticamente a estar vinculada ao seu comportamento a partir do momento em que gera confiança na parte que acreditou no primeiro comportamento.

Anderson Schreiber (2005, p. 148 e 149) entende que este pressuposto deve ser mitigado em certos casos, pois:

O fundamento do *venire contra factum proprium* é a confiança na coerência daquele que pratica o *factum proprium*, não se pode ignorar que tal confiança pode ser despertada não apenas naquele frente a quem o ato é diretamente praticado, senão em qualquer um sobre quem o ato venha a, de alguma forma, repercutir.

Não há como se exigir, como pressuposto adicional de aplicação do *nemo potest venire contra factum proprium*, a identidade de sujeito passivo das condutas praticadas. "Basta que aquele que invoca a confiança seja titular de uma legítima confiança a partir de um comportamento inicial" (SCHREIBER, 2005, p. 150).

O grande doutrinador defende, também, que a identidade do sujeito ativo das condutas é necessária apenas em certos casos, e como um dos argumentos mais contundentes com o qual concordamos, é em casos de condutas incoerentes praticadas por diferentes órgãos da Administração Pública, não havendo, nestes casos, às vezes, perfeita identidade entre os sujeitos ativos da conduta inicial e do comportamento contraditório. Assim, não há como negar que a confiança do administrado não se dirige apenas à atuação coerente de certo



ente administrativo, mas é legitimamente estendida a uma coerência global na atuação dos diversos órgãos da Administração Pública.

Como exemplo, Anderson Schreiber (2005, p. 152) retrata a controvérsia entre o Banco Central, a Advocacia Geral da União e o CADE acerca da competência para aprovação de operações de aquisição de controle de instituições financeiras.

Assim, o *factum proprium* acarreta confiança na conservação do comportamento, mas também dos sujeitos ou entes que se encontram a ele vinculados.

5 – CABIMENTO DO PRINCÍPIO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Constituição Federal, ao consagrar implicitamente o princípio da segurança jurídica, através da ideia de Estado de Direito, abarcou a natureza subjetiva do princípio da segurança jurídica, ou seja, estabeleceu a necessidade de se respeitar a confiança em toda a atuação estatal. Ocorre que a ideia de proteção da confiança está intrinsecamente ligada à ideia da boa-fé, que tem como uma de suas regras o *venire contra factum proprium* ou constitui um sub princípio da boa-fé, conforme defende Wagner Mota Alves de Souza (2008, p. 199)

Cuida-se, aqui, da proteção da confiança de um princípio fundamental de concretização da proibição ao comportamento contraditório, e vê-se, no mais das vezes, uma situação em que o direito protege o investimento de confiança feito pelos indivíduos.

A maioria dos doutrinadores afirma que existe coincidência, identidade teórico-normativa entre a proteção da confiança e o princípio da boa-fé objetiva. Sem dúvida alguma, uma das funções que se entende mais importante decorrente da boa-fé é justamente o mandamento de proteção à confiança. Diante disso, por dedução, fica evidente que o ordenamento jurídico também consagrou o princípio da boa-fé objetiva nas relações de Direito Público.

Pelo que foi exposto, está claro que a Constituição Federal, ao consagrar implicitamente o princípio da segurança jurídica, através da ideia de Estado de Direito, abarcou logicamente a natureza subjetiva do princípio da segurança jurídica, ou seja, estabeleceu a necessidade de se respeitar a confiança em toda a atuação estatal. Ademais, necessário é proteger a confiança legítima para a efetivação do princípio da boa-fé e do *venire contra factum proprium*, sendo, inclusive, a confiança legítima intrínseca à própria ideia de boa-fé objetiva.

Diante disso, como o ordenamento jurídico brasileiro protege a confiança legítima nas diversas atuações do Estado, seja através do Poder Executivo, Judiciário ou Legislativo, e como a proteção da confiança é instrumento de efetivação da boa-fé, claro está que o ordena-

mento estabeleceu a necessidade de se respeitar a boa-fé, seja no Direito Privado, seja no Direito Público. Constitui a boa-fé, portanto, um princípio constitucional implícito, deduzido do sistema de valores adotado pela Lei Fundamental.

Assim, o Poder Público tem o dever de respeitar a confiança legitimamente gerada nos administrados, quando presentes estão os requisitos necessários para proteger a confiança, não devendo, portanto, frustrar a justa expectativa que tenha incutido no administrado ou no jurisdicionado, violando, assim, o *venire*, ou seja, o Poder Público não deve frustrar a confiança legítima, a qual, por sua vez, envolve a coerência nas decisões, razoabilidade nas mudanças e a não imposição retroativa de ônus imprevistos.

O atuar razoável, leal, probó é dever do Estado em toda a sua atuação, em todas as manifestações, seja do Poder Judiciário, seja do Executivo, seja do Legislativo.

Os Tribunais Superiores vêm entendendo que o Poder Judiciário pode avaliar aspectos discricionários dos atos administrativos, fundado na proibição ao comportamento contraditório, promovendo, dessa forma, o culto às liberdades públicas, limitando os abusos estatais.

Os princípios contidos no *caput* do art. 37 da CF são expressos e determinados, fazendo nascer para a Administração Pública a obrigatoriedade de segui-los, como ensina José dos Santos Carvalho Filho, explicando que são “diretrizes fundamentais da Administração, de modo que só poderá considerar válida a conduta administrativa se estiver compatível com eles” (2001, p. 12).

Esse efetivo controle se faz presente sempre que houver uma desconsideração, por omissão ou ação, dos princípios e regras constitucionais que foram endereçados para o Poder Público, como uma forma de melhor servir à coisa pública e à sociedade.

Afirma Alexandre de Moraes que a Constituição Federal de 1988 “ao constitucionalizar os princípios e preceitos básicos da Administração Pública, permitiu um alargamento da função jurisdicional sobre os atos administrativos, consagrando a plena incidência do controle de constitucionalidade” (2002, p. 768).

Judith Martins-Costa (2004, p. 109), citando Miguel Reale, corrobora a alegação de que “a ordem jurídica é uma ordem impregnada pela moralidade, pois tem assento em mandamentos positivos expressos da Carta Magna e nas leis infraconstitucionais”.

Assim, dentro do *venire contra factum proprium* estaria incluída, também, a moralidade, já que é dever da Administração Pública agir com coerência com o outro sujeito da relação jurídica, devendo respeitar a aparência criada na sua própria conduta anterior em detrimento do comportamento posterior.



A moralidade administrativa exige do administrador uma atuação ética tanto em suas relações externas com os administrados, tomados estes como particulares ou como uma coletividade total e inespecífica de homens, quanto nas relações internas relativas ao funcionamento e estruturação do aparato administrativo (Paulo Modesto, 1997, p. 76).

No caso do Mandado Segurança, proc. nº0008760-28.2010.805.0080, ajuizado na Vara de Fazenda Pública da Comarca de Feira de Santana/BA, o princípio da moralidade impõe à Administração Pública obediência às regras insculpidas no instrumento convocatório pelo Poder Público, de sorte que a oferta de vagas vincula a Administração pela expectativa surgida entre os candidatos aprovados, bem como os gastos já feitos com exames médicos e documentos necessários para nomeação.

Assim, diante da argumentação acima, é perfeitamente possível a aplicação do *venire contra factum proprium* no âmbito da Administração Pública.

5.1 – ENTENDIMENTO DA JURISPRUDÊNCIA E DA DOCTRINA SOBRE A APLICAÇÃO DO *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*

Nestes termos, como já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça, para se ter um comportamento por relevante há de ser lembrada a importância da doutrina sobre os atos próprios. Assim, “o direito moderno não compactua com o *venire contra factum proprium*, que se traduz como o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente” (CORDEIRO, 2007, 11/742).

“Havendo real contradição entre dois comportamentos, significando o segundo quebra injustificada da confiança gerada pela prática do primeiro, em prejuízo da contraparte, não é admissível dar eficácia à conduta posterior” (Resp. n. 95539-SP Relator Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR), em que restou consignado, pelo então relator, Min. Ruy Rosado, que, o sistema jurídico nacional:

[...] deve ser interpretado e aplicado de tal forma que através dele possa ser preservado o princípio da boa-fé, para permitir o reconhecimento da eficácia e validade de relações obrigacionais assumidas e lisamente cumpridas, não podendo ser a parte surpreendida com alegações formalmente corretas, mas que se chocam com os princípios éticos, inspiradores do sistema.

De outra feita, consignou-se que o terceiro de boa-fé não pode ser prejudicado por erro próprio da Administração, sob a “aplicação dos princípios de que *nemo potest venire contra factum proprium* e de que *nemo creditur turpitudinem suam allegans*” (Resp. n. 47.015(94.011462-1) – SP Relator Ministro ADHEMAR MACIEL).

A Corte de Estrito Direito Ordinário já se pronunciou, portanto, no sentido de que ninguém pode se opor a fato a que ele próprio deu causa, ou seja, voltar sobre os próprios passos para infringir a estabilidade da boa-fé objetiva, restringindo-se, com isso, o uso abusivo de um direito teoricamente legitimado.

Com o princípio da boa-fé pretende a Constituição tutelar uma relação de confiança que deve se estabelecer entre Administração Pública e administrado. Por ela não se permite que a Administração, valendo-se dos meios materiais e jurídicos que tem a sua disposição para tutelar o interesse público, venha a agir de modo a ilaquear a boa-fé do administrado (COELHO, 2004, p. 52).

Nesta oportunidade transcreve-se trecho da obra de Alves que ajuda a reforçar tal entendimento:

[...]. A idéia de segurança jurídica, em que está inserido o mote da confiança, é abrangida, então, pelo princípio da boa-fé objetiva, que estipula a lealdade em face de uma situação estabelecida. Há que se proteger a confiança depositada no tráfego jurídico, ficando lugar, nesse quadrante, a boa-fé objetiva por preconizar o dever de não voltar-se qualquer das partes contra a situação perfeita e acabada de que participaram, onde a fidelidade mútua se mostrou presente. De inferir-se, portanto, que também pela via do princípio da segurança jurídica, adotado no seio da Constituição, a boa-fé objetiva se encontra fundada na nossa ordem jurídico-constitucional, o que contribui, decisivamente, para colocá-la ao lado dos demais princípios constitucionais implícitos e explícitos. (Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11783&p=1>>. Acesso em: 24 mar. 2009).

A lealdade diz respeito ao mais imediato dever decorrente da boa-fé – mandamento de cooperação recíproca –, impondo às partes a abstenção sobre qualquer conduta capaz de falsear o objetivo do negócio ou desequilibrar o jogo das prestações por elas consignado. Agir com deslealdade implica atingir a dignidade do outro contratante (ROSENVALD, 2007, p. 106).

Cabe a lição de Marcos Ehrhardt Junior, declarando que não há dúvida que as diretivas inspiradas no princípio da boa-fé encontram seu fundamento na “diretriz constitucional da solidariedade social”, que exprime a necessidade de um “espírito de colaboração recíproco entre os contratantes e em condições de paridade, em função da realização da pessoa humana e de seu pleno e igual desenvolvimento” (2008, p. 10). Ou, na feliz imagem de Nelson Rosenvald: “a boa-fé se assemelha a uma janela que se abre para deveres de conduta, modelo de comportamento e uma gama de valores que radicam imediatamente no princípio da solidariedade e, mediadamente, no princípio da dignidade humana” (2007, p. 57).

A confiança mútua que deve permear a relação negocial é princípio de ordem pública, estando a parte lesada por sua não observância somente obrigada a demonstrar a existência da violação quando recorrer ao Judiciário na busca de eventual reparação de danos. O dever de boa-fé objetiva importa no reconhecimento de um direito a cumprir em favor do titular passivo da obrigação. Ou seja, instaura-se, desse modo, uma via de deveres obrigacionais de mão-dupla, onde credor e devedor se submetem igualmente e de modo recíproco às mesmas exigências no interesse coletivo (CF. Enunciados 26, 168, 169, 363 das jornadas de direito civil do Superior Tribunal de Justiça).

A vinculação entre o instituto do *venire* e a boa-fé objetiva foi objeto do seguinte enunciado da IV Jornada de Direito Civil:

Enunciado 362. Art. 422. A vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, tal como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil (Cfr. José Fernando Simão, Direito Civil – Contratos, 3. edição, Atlas, p. 32).

Ementa: “loteamento – Município. Pretensão de anulação do contrato – Boa-fé _ atos próprios. Tendo o município celebrado contrato de promessa de compra e venda de lote localizado em imóvel de sua propriedade, descabe pedido de anulação dos atos, se possível a regularização do loteamento que ele mesmo está promovendo. Art.40 da Lei 6.766/79. A teoria dos atos próprios impede que a Administração retorne sobre os próprios passos, prejudicando os terceiros que confiaram na regularidade do seu procedimento.” Recurso não conhecido. (STJ, RESP. nº 141.879/SP, 4ª turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. Em 17/03/1998, in DJ de 22.06.1998, p. 90). Recurso ordinário em mandado de segurança. Administrativo. Servidor público militar. Curso de formação. Matrícula por força de liminar. Mérito julgado improcedente. Manutenção na academia, ingresso e promoção na carreira por atos da administração posteriores à cassação da decisão judicial. Transcurso de mais de cinco anos. Anulação. Segurança jurídica e boa-fé objetiva vulnerados. Vedação ao comportamento contraditório. Princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Constatação de que o candidato preenchia o requisito cuja suposta ausência impediria sua admissão no curso de formação. Atendimento aos pressupostos legais e constitucionais para ingresso e exercício do cargo de oficial da polícia militar. 1. Os princípios da segurança jurídica e da boa-fé objetiva, bem como a vedação ao comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), impedem que a Administração, após praticar atos em determinado sentido, que criaram uma aparência de estabilidade das relações jurídicas, venha adotar atos na direção contrária, com a vulneração de direito que, em razão

da anterior conduta administrativa e do longo período de tempo transcorrido, já se acreditava incorporado ao patrimônio dos administrados. (RMS 20572/DF 2005/0143093-7 Ministra LAURITA VAZ, 5ª turma, j. 01/12/2009).

O compromisso público assumido pelo Ministro da Fazenda, através de memorando de entendimento, para suspensão de execução judicial de dívida bancária de devedor que se apresentasse para acerto de contas, gera no mutuário a justa expectativa de que essa suspensão ocorrerá, preenchida a condição. Direito de obter a suspensão fundada no princípio da boa-fé objetiva, que privilegia o respeito à lealdade (STJ, 4ª Turma, ROMS 6183/MG, Rel. Min. Ruy Rosado, DJ, 18/12/1995).

6 – CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA APLICAÇÃO DO NEMO POTEST VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM

Como já abordado, a proibição do comportamento contraditório não permite agir em contradição com a conduta anterior. A legítima expectativa gerada em relação ao destinatário desta conduta não aceita a volta sobre os próprios passos de maneira que cause um dano à contraparte.

Quanto à legítima expectativa esse conceito deve ser o mais aberto possível, de maneira a tutelar o maior número de situações possíveis, de forma a garantir o comportamento ético. Assim, em cada caso concreto é que vai se verificar e proteger a confiança legitimamente depositada. A ruptura desta confiança, criada em outrem, acarreta a reparação dos danos.

Diante desse comportamento criou-se uma situação jurídica que legitimamente poderia se confiar, impondo à pessoa que deu azo a esse comportamento uma obrigação de desfazimento de um negócio jurídico, ou uma indenização em razão da violação da legítima expectativa gerada ou até o que, em nosso humilde conhecimento, achamos mais conveniente: o retorno ao *status quo* antes, isto é, que seja mantida a primeira conduta que gerou a confiança a fim de reparar o erro provocado pela contradição, evitando que outrem sofra prejuízo.

6.1 – IMPEDIMENTO DO DANO DERIVADO DA VEDAÇÃO AO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO

Quanto ao impedimento, entendemos que a vedação ao comportamento contraditório tem função principal de manter o primeiro comportamento do sujeito e dos efeitos jurídicos de acordo com caso em concreto apresentado por nós neste trabalho, em razão da legítima expectativa gerada em outrem que, posteriormente, de forma imoral, antiética, fora abruptamente rompida causando dano.



Procura-se, então, com o impedimento da conduta contraditória evitar o abuso do Direito da Administração Pública na prática dos seus atos, bem como da iniciativa privada, de maneira a prevenir e evitar o dano. O que se busca aqui é a substituição do ato posterior por outro mais correto, desta forma a doutrina tem entendido a grande importância de instrumentos de prevenção de danos, sendo que o *nemo potest venire contra factum proprium* se coaduna com essa tendência.

Apesar de esse efeito impeditivo ser fundamental, infelizmente, às vezes, a tutela jurídica não chega a tempo de obstar a conduta posterior que violou a legítima confiança, não conseguindo evitar sua paralisação. Neste caso, a conduta será praticada, causando a transformação de um dano até então potencial em efetivo, gerando prejuízo e, conseqüentemente, acarretando um dano como efeito, também, da proibição ao comportamento contraditório.

Apesar de pouco explorada, a proibição ao comportamento contraditório, no âmbito da Administração Pública com relação às pessoas, tem se verificado que na maioria dos casos aquela tem praticado condutas mostrando um comportamento a ser adotado e repentinamente volta contra os seus próprios atos inicialmente deflagrados, lesando os administrados, que foram surpreendidos com a expectativa anteriormente gerada. Assim, além do nosso caso em concreto, existem vários exemplos, como no caso a seguir exposto:

A Secretaria do Planejamento e Gestão de um estado da Federação, por meio de edital, convoca nominalmente agentes de polícia a comparecerem ao Departamento de Recursos Humanos da Superintendência da Polícia Civil para entrega de documentos com o objetivo de dar início ao processo de nomeação para os respectivos cargos efetivos, revelando, dessa forma, a necessidade do provimento das vagas.

A partir da veiculação, por meio de edital de convocação, do interesse público da Administração em dar início ao processo de investidura dos candidatos aprovados, a nomeação e a posse, que ficariam, em princípio, à discrição administrativa, tornam-se vinculados, gerando, em contrapartida, direito subjetivo em prol dos convocados.

Ainda que estes candidatos tivessem classificação no concurso público para o provimento de cargos de agente de polícia além do número de vagas ofertadas no edital de abertura, um novo edital de convocação expedido pela Secretaria da Segurança Pública desse estado posteriormente indicasse a existência de 100 vagas para o referido cargo.

Levando em consideração a vinculação da Administração Pública aos atos que emite, combinada com a existência de vagas, impõe a nomeação, posse e exercício dos recorrentes nos cargos de agente de polícia ainda que, depois, o próprio órgão que editou a convocação ao cargo alegasse que não poderia mais nomear nenhum candidato.

Neste caso, poderia simplesmente, para tentar corrigir o abuso do Estado, o ajuizamento da ação de Mandado de Segurança a fim de inibir o comportamento contraditório da Administração Pública que, de forma irresponsável, veicula uma notícia no Diário Oficial gerando uma legítima expectativa no administrado, e, posteriormente, revoga seu ato alegando discricionariedade seria a melhor solução para o caso.

6.2 – DA REPARAÇÃO DO DANO DERIVADO DA VEDAÇÃO AO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO

Pode-se dizer que, em certos casos, o dano causado em razão do comportamento contraditório acarreta um dano efetivo que deve ser indenizado. Observa-se que este dano, injustamente causado através de uma conduta contraditória, merece ser ressarcido em razão da prática de um ato ilícito do emissor do comportamento contraditório, conforme previsão expressa no art. 187 do Código Civil: “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

Como já dito, acompanhamos a posição doutrinária de alguns autores de que a teoria dos atos próprios tem natureza objetiva, ou seja, não se perquire o elemento da culpa se o agente agiu com negligência, imprudência ou imperícia, ou qualquer elemento subjetivo daquele que praticou. Assim, não haveria necessidade de a pessoa que se prejudicou com a conduta contraditória provar culpa ou dolo do agente causador do dano.

Não se verifica, em regra, a intenção do agente se ele agiu de má-fé ou não, basta provar que contradição objetivamente considerada seja lesiva em razão da legítima confiança despertada em outrem gerar dano, já que todo dano injustamente causado merece ressarcimento.

Assim, provando o dano efetivo e o prejuízo, haverá direito a reparação devido à prática do ato ilícito do agente.

7 – ESTUDO DO CASO OCORRIDO NA VARA DE FAZENDA DA COMARCA DE FEIRA DE SANTANA

Isadora da Mota Araújo submeteu-se ao Concurso Público no dia 17/09/2006 para provimento de cargos na Prefeitura Municipal de Feira de Santana/BA, concorrendo a uma vaga para o cargo de assistente administrativo, sendo aprovada em 96º lugar, conforme publicação do resultado final do concurso em 15 de dezembro de 2006.



Em 15 de dezembro de 2006 foi publicado o Decreto nº 7.214, que homologou o resultado final do referido concurso, tornando pública a lista dos candidatos aprovados por ordem de classificação.

Somente em 16 de fevereiro de 2007, através do Edital nº 001/2007, foi publicada a primeira convocação dos candidatos aprovados, a penúltima convocação foi feita em 12 de setembro de 2008, através do Edital de Convocação nº 15/2008, sendo convocada a 30ª colocada no concurso para cargo de assistente administrativo.

No dia 18/03/2010 foi publicado o Edital de Convocação nº 23/2010 do concurso do ano de 2006, PARA NOMEAÇÃO EM DIVERSOS CARGOS, que, inclusive, fora tornado público através do jornal Folha do Estado, do município de Feira de Santana/BA, sendo convocados os candidatos aprovados no cargo de assistente administrativo da 31ª a 137ª colocação, inclusive quatro candidatos beneficiados pelo Decreto nº 3298, de 20/12/99.

Importante frisar que a requerente, que fora aprovada na 96ª colocação, foi convocada para nomeação no serviço público e, após tomar conhecimento da referida convocação, fez os exames de raio-X de tórax, exame oftalmológico completo, hemograma completo etc. e procurou juntar toda a documentação necessária no prazo de 30 dias para poder tomar posse no cargo, inclusive teve gastos com os referidos exames, conforme fazem prova as notas fiscais e recibo em anexo.

Ocorre que, passados 15 dias da publicação do Edital de Convocação para nomeação, tomou conhecimento que, no dia 29/03/2010, havia sido feita uma retificação do Edital de Convocação nº 23/2010 do concurso de 2006, que resolveu, para efeito de nomeação, excluir por tempo indeterminado do referido edital todos os convocados para os cargos de assistente administrativo e de digitador.

A retificação do Edital de Convocação nº 23/2010 resolveu, ainda, manter vigente a convocação para nomeação no serviço municipal dos candidatos referentes aos cargos de agente de serviços gerais, almoxarife, analista de sistemas, enfermeira, mecânico, motorista e telefonista.

Motivo alegado na retificação do edital para excluir os convocados para os cargos de assistente administrativo e de digitador fora o Decreto nº 7.964, de 17 de março de 2010, que estabelece o contingenciamento do orçamento anual para o exercício de 2010, em 15%, sendo considerada, também, a adoção de medidas de contenção de gastos públicos em decorrência dos resultados da recente reunião realizada com toda equipe da administração municipal.

Importante ressaltar que o prazo de validade do concurso, que era de 02 (dois) anos, contado da data da homologação em 15/12/2006, foi prorrogado através do Decreto nº 7.633,

de 20 de novembro de 2008, publicado no jornal Tribuna Feirense, atendendo ao quanto disposto no item 5, do Capítulo I do Edital de Abertura de inscrições, findando seu prazo em 15/12/2010.

7.1 – PARECER DO *PARQUET* SOBRE A AÇÃO JUDICIAL

No primeiro parecer o Ministério Público, em 09 de novembro de 2010, se manifestou alegando, em síntese, que se procedeu à intimação do Secretário de Administração e do município de Feira de Santana, na pessoa do seu Procurador Geral, a fim de cumprir o quanto determinado na liminar, e a notificação do município de Feira de Santana, por seu Procurador Geral, para tomar ciência do feito.

Ocorre que se deixou de proceder à intimação do segundo impetrado no caso, o Prefeito do Município de Feira de Santana, prosseguindo-se o feito sem a participação deste.

Não existindo nos autos informações da eventual apresentação de resposta do primeiro impetrado e do Município de Feira de Santana/BA, opinou o *parquet* que fosse determinada a intimação do segundo impetrado para, querendo no prazo de lei, prestar as devidas informações, bem assim ser certificada a apresentação ou não de informações dos interessados.

No segundo parecer, datado de 20/09/2011, alegou que quanto à alegação do Defensor Público de descumprimento da decisão judicial informou que não houve desobediência à ordem judicial, já que não há nos autos a comprovação dos requisitos exigidos pela liminar para nomeação e empossamento da impetrante.

E, apesar da impetrante sustentar que tem direito à nomeação ao cargo, foi aprovada em 96º lugar, o edital do concurso estabelecia que a quantidade de vagas ao cargo de assistente administrativo era de 23 vagas, não havendo, portanto, que se falar em direito subjetivo à nomeação, tendo em vista que é dever da Administração prover apenas 23 vagas até o final do prazo de validade do concurso, em que não se inclui a autora.

O *parquet*, no parecer, ainda informa que autora alega que o Edital nº 23/2010, do concurso em questão, convocou os candidatos ao cargo de assistente administrativo da 31ª a 137ª colocação e, após 15 dias, retificou este edital, excluindo, por tempo indeterminado, todos os convocados para o cargo de assistente administrativo e digitador.

Desta forma, a impetrante afirma a ilegalidade do ato do Poder Público consistente em não proceder à nomeação da mesma, alegando direito líquido e certo à nomeação, tendo em vista que realizou todos os exames clínicos necessários à sua nomeação.



7.2 – OPINIÃO CRÍTICA SOBRE O PARECER

O Promotor, para tentar convencer o Magistrado, colaciona duas jurisprudências, a saber:

A primeira delas não tem nada a ver com o caso em concreto, pois, no prazo de validade do concurso, o município, através dos seus representantes legais, ofertou vagas a mais para vários cargos públicos para o município, concurso realizado em 2006, através do Edital nº 23/2010. Assim, o referido argumento cai por terra, tendo a requerente direito subjetivo a sua nomeação, mesmo tendo sido aprovada fora do número de vagas no concurso a partir do momento em que a Administração Municipal convoca vários candidatos, dentre os quais a própria imponente, para fazerem exames e apresentarem toda a documentação para tomar posse.

A segunda jurisprudência diz respeito a habilitados em certame público não possuírem direito subjetivo à nomeação, mas tão-somente uma mera expectativa de Direito, haja vista que os direitos estão condicionados ao poder discricionário da Administração quanto à conveniência e oportunidade do chamamento dos aprovados. Aqui também, conforme já exposto, não há que se falar em discricionariedade a partir do momento em que a Administração Pública convoca vários aprovados, passando o ato a ser vinculado, violando, assim, a teoria dos atos próprios.

Insiste o promotor em alegar que a decisão da Administração é discricionária e, como tal, deve ser praticada pela maneira e condições que reputar mais convenientes ao interesse público.

Ocorre que, para surpresa do Defensor Público, o digno Promotor colacionou a seguinte jurisprudência:

Ementa “Recurso em mandado de segurança. Concurso Público. Candidatos classificados além do número de vagas inicialmente ofertadas no certame. Posterior surgimento de novas vagas no prazo de validade do concurso. Veiculação de edital convocatório nominal para apresentação de documentos de nomeação. Ato administrativo vinculado. Direito Líquido e certo. Demonstração de insuperável razão financeira. Recurso provido.”

A partir da veiculação, por meio de edital de convocação, do interesse público da Administração em dar início ao processo de investidura dos candidatos aprovados, a nomeação e a posse, que ficariam, em princípio, à discricionariedade administrativa, tornam-se vinculados, gerando, em contrapartida, direito subjetivo em prol dos convocados; somente diante de relevante ou insuperável razão financeira, econômica ou orçamentária, devidamente comprovada, esse direito subjetivo poderá ser postergado (...) (STJ, Quinta turma, RMS 30110/CE, Min. Rel. Napoleão Nunes Maia Filho, DJE 05/04/2010).

A jurisprudência é de clareza solar que a veiculação por edital de convocação em dar início à investidura dos candidatos aprovados, que, em princípio, seria discricionária, torna-se vinculada, acarretando direito subjetivo em prol dos convocados, salvo em razão de insuperável razão financeira, econômica ou orçamentária, o que não ocorreu no caso concreto.

Além de corroborar a tese do Defensor Público, o referido argumento de insuperável razão financeira não tem nenhum cabimento, já que o decreto de contingenciamento do Município, conforme já abordado aqui, é de 17 de março de 2010, enquanto o edital de convocação tem data de 18/03/2010, portanto, feito em data posterior.

Por outro lado, apesar do Decreto nº 7.964, de 17 de março de 2010, estabelecer o contingenciamento, a Administração Pública municipal resolveu manter a convocação dos candidatos aos cargos de agente de serviços gerais, almoxarife, analista de sistemas, enfermeira, mecânico, motorista e telefonista, excluindo apenas os candidatos convocados para o cargo de assistente administrativo e digitador. Como pode a Administração alegar contingenciamento e manter a convocação de candidatos para vários cargos? Esse comportamento do Poder Público é imoral e viola frontalmente o princípio da moralidade administrativa e da boa-fé, bem como o subprincípio do *venire contra factum proprium*.

Assim, a alegação do promotor, que a autora não comprovou que a Administração não teve relevante ou insuperável razão financeira, econômica ou orçamentária, não poderia exigir sua imediata nomeação é absurda, já que fora fartamente comprovada a irresponsabilidade da Administração Pública municipal, que gerou grande expectativa na candidata, frustrando a sua legítima confiança no Poder Público municipal que, inicialmente, convoca candidatos aprovados no concurso e, posteriormente, de forma contraditória ao comportamento inicial, desconvoca os candidatos.

Por fim, ressaltamos que, apesar do parecer contrário do parquet, o referido órgão, depois de receber denúncias, ajuizou uma Ação Civil Pública, proc. 0025163- 72.2010.805.0080, que tramita na vara de Fazenda da comarca de Feira de Santana/BA, já que no inquérito civil restou demonstrado que se contratava mão de obra terceirizada em detrimento da convocação dos aprovados em concurso público no ano de 2006, sendo que o certame foi homologado em 15/12/2012. Alegou o *parquet*, na ação, que restava mais de um mês para expirar o prazo de validade do concurso e até a data do ajuizamento da ação o Município não havia nomeado o número de candidatos necessário para o serviço público, haja vista as contratações irregulares.

Requeru em sede de liminar que os habilitados aprovados no concurso público de 2006 sejam investidos nos seus cargos. Ocorre que a liminar deferida pelo juiz determinou a rescisão do contrato dos funcionários irregularmente contratados e não contemplou todos os aprovados, mas apenas os que foram aprovados dentro do número de vagas no referido



concurso público. Diante desta decisão, a assistida da Defensoria, Isadora Mota, não seria contemplada, já que sua classificação foi bem acima do número de vagas ofertadas para seu cargo no edital. Tal comportamento do Ministério Público causou no Defensor Público perplexidade, em razão do parecer contrário no mandado de segurança impetrado por mim.

7.3 – A DECISÃO JUDICIAL QUE CONCEDEU A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

No mandado de segurança, proc. nº 0008760-28.2010.805.0080, impetrado na Vara de Fazenda Pública da Comarca de Feira de Santana, alegando a violação de alguns princípios, principalmente a violação do *venire contra factum proprium*, o Excelentíssimo Juiz de Direito, Roque Ruy Barbosa de Araújo, deferiu o pedido de liminar determinando que a impetrante fosse nomeada para o cargo de assistente administrativo e, subsequentemente, a mesma seja empossada no respectivo cargo, desde que preencha os requisitos no edital do mencionado concurso público, devendo ser respeitada a ordem de classificação do certame para o mencionado cargo.

Na fundamentação, em síntese, o Juiz alega que ao pedido liminar, como é notório o interesse que justifica o pedido de liminar, faz prescindir, nesta fase do processo, de uma indagação profunda do direito material discutido, bastando, pois, o juízo de probabilidade e não de certeza ou convicção e o perigo na demora, no sentido de que a atuação normal do Direito poderia chegar tarde, podendo o provimento jurisdicional não mais ter utilidade ante a modificação dos fatos.

E, pelo que consta nos autos, restou evidenciada a necessidade de a Administração Pública municipal prover o cargo de assistente administrativo, eis que a impetrante foi convocada para nomeação no referido cargo, apesar de seu nome ter sido excluído do referido edital de convocação.

O perigo na demora estava configurado em razão de não poder haver mais a prorrogação do prazo de validade do concurso.

O referido Juiz utiliza uma jurisprudência do STJ como fundamentação, informando que se a Administração demonstra de forma explícita a necessidade de nomear 88 defensores públicos, deixou de ser discricionário para se tornar vinculado o ato de nomeação, embora não inicialmente classificados até 88ª posição.

Nota-se, portanto, que existem algumas decisões judiciais de juízo, inclusive dos Tribunais Superiores, que, apesar de não reconhecerem explicitamente a proibição do comportamento contraditório, implícita e indiretamente existem diversos julgados, reconhecendo a aplicação deste subprincípio que, na verdade, se encontra atrelado ao princípio da boa-fé

e da confiança, que nada mais é que a pura aplicação do *venire*, que vem se tornando uma grande saída para os abusos cometidos pelo particular, bem como pelo poder público.

7.4. – OPINIÃO CRÍTICA SOBRE O COMPORTAMENTO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL.

Neste contexto, não há como acatar o entendimento da Administração Pública municipal de excluir a convocação da requerente para o cargo de assistente administrativo, que fere os princípios da isonomia, boa-fé, razoabilidade e da vedação ao comportamento contraditório. E, com a finalidade de garantir a nomeação da requerente, e, destarte, afastar a ilegalidade do ato do Poder Público consistente em não proceder à nomeação da mesma, é que se ajuizou a respectiva ação judicial.

Dessa forma, não se conformando com a conduta do Poder Público, mormente considerando, de um lado, todo o seu esforço empreendido na aprovação no certame, e, de outro, seu direito líquido e certo à nomeação, é que se recorreu ao Poder Judiciário em busca do seu direito de acesso à Justiça e salvaguarda de sua dignidade humana, para se proceder à imediata nomeação da impetrante ao cargo supracitado e subsequente posse, de modo a não prevalecerem a ilegalidade e a injustiça.

A retificação do Edital nº 23/2010, que exclui indevidamente apenas os candidatos convocados aos cargos de assistente administrativo e de digitador, fere frontalmente a teoria dos atos próprios, cabendo a aplicação do *venire contra factum proprium*, do princípio da boa-fé e da moralidade administrativa, já que o referido edital manteve a convocação dos candidatos aos cargos de agente de serviços gerais, almoxarife, analista de sistemas, enfermeira, mecânico, motorista e telefonista.

Diante dos argumentos expendidos acima, é possível extrair as bases de um dos princípios através do qual se mune para apresentar o presente mandado de segurança.

A partir do momento em que o Edital de Retificação nº 23/2010 exclui os candidatos para determinado cargo e mantém a convocação de outros candidatos para cargos diversos, a alegação de contingenciamento do orçamento anual para o exercício de 2010 cai por terra, pois, se assim fosse, o Poder Público municipal não deveria manter a convocação de nenhum candidato para cargo algum.

Pronunciando-se, o ilustríssimo Doutor Alexandre de Moraes aclara-nos: “a desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas” (2002, p. 65).



Logo, destaca-se que é preciso uma justificativa fundamentada e razoável para excluir candidatos aos cargos de assistente administrativo e de digitador e manter os candidatos de outros cargos, pois, ao não fazer isso, a Administração Municipal violou os princípios da confiança, boa-fé e do *venire contra factum proprium*.

Prevalece no ordenamento jurídico brasileiro o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, esculpido no art. 5º, inciso XXXV, da CF/88, outorgado como garantia fundamental, no qual toda lesão ou ameaça a direito não escapará da apreciação pelo Poder Judiciário.

A manutenção da postura da Administração Pública municipal em excluir a autora para efeito de nomeação ao cargo de assistente administrativo, sem proceder ao provimento do cargo efetivo existente por quem legalmente habilitado em concurso público, importaria em lesão aos princípios da boa-fé administrativa, confiança e da proibição ao comportamento contraditório, os quais cumprem ao Poder Público observar.

O Decreto nº 7.964, estabelecendo o contingenciamento do Orçamento Anual, ocorreu em 17/03/2010, enquanto a convocação da requerente se deu no dia 18/03/2010. Assim, presume-se que a Administração possui verbas para nomear a autora, já que o decreto foi publicado antes da convocação da mesma.

Ressalta-se que o único entendimento admissível é que quando a Administração Pública anuncia um edital convocando candidatos para nomeação, presume-se que ela realizou estudo prévio sobre a necessidade e o orçamento, deste modo vincula-se ao publicado, criando, sim, direito líquido e certo para a candidata aprovada e classificada quanto à sua nomeação e posse.

Posicionamento contrário a esse, sem dúvida, causa grande insegurança, principalmente para a candidata, que conseguiu, após grande esforço, sua tão almejada aprovação.

Por outro lado, também é absurda a alegação de indisponibilidade financeira para nomear os candidatos aprovados e empossá-los, pois tal questão se relacionaria com a questão da governabilidade, “o que pressupõe um mínimo de responsabilidade para com os atos que praticam, mormente quando afetam de forma direta a esfera jurídica dos cidadãos” (RMS 20.718).

O RACIOCÍNIO LÓGICO É: Se o Poder Público anuncia em edital a convocação de candidatos para o preenchimento de vagas, ele se obriga ao seu provimento, pois há o direito adquirido à nomeação, aliás esse é o entendimento dos Tribunais Superiores, pois se o Poder Público publica edital convocando candidatos para o preenchimento de um número determinado de vagas, ele se obriga ao provimento das mesmas, uma vez aprovados os candidatos a preencher essas vagas, pois há o direito adquirido, líquido e certo à nomeação, sendo um direito subjetivo da requerente a nomeação.

Desta feita, uma vez exigida, pela própria Administração, através de instrumento público, a apresentação de documentos, além de uma série de providências, expressamente vinculadas ao fim de dar início ao processo de nomeação, a mera expectativa de direito dos recorrentes convola-se em direito subjetivo ante a responsabilidade do Poder Público frente aos atos que veicula, a partir da veiculação, por meio de edital de convocação, do interesse público da Administração em dar início ao processo de investidura dos candidatos aprovados, à nomeação e posse, que seriam, a princípio, atos discricionários, de acordo com a necessidade do serviço público, tornam-se vinculados gerando, em contrapartida, direito subjetivo para os convocados.

Com efeito, a vinculação da Administração Pública aos atos que emite, combinada com a existência de vagas, impõe a nomeação, posse e exercício da requerente. O instrumento convocatório expressou a necessidade de provimento das vagas, insurgindo daí direito líquido e certo dos demandantes à posse no cargo de assistente administrativo.

É inconcebível entender um Estado que se denomina Estado Democrático de Direito não ter o dever de atuar respeitando a confiança legítima que tenha gerado no administrado, ficando claro no Direito Público que há de se proteger a confiança depositada nas relações jurídicas subsequentes.

Não se trata mais do edital de abertura, mas de um segundo momento, correspondente ao edital de convocação da requerente listado no Edital de Convocação nº 23/2010, de que a Administração exigiu documentos de comparecimento em data e hora determinadas. Foi por este instrumento que se tornou pública a intenção de a Administração nomear a requerente.

Faz-se indubitosa a existência de vagas, e o Ato de Convocação nº 23/2010 certifica a necessidade de preenchimento daquelas vagas. Portanto, no contexto objetivo deste processo, a margem ou espaço para discricionariedade administrativa é nenhuma, não sendo juridicamente respaldada a recusa governamental na consumação do procedimento de provimento do cargo.

Com efeito, impõe-se a prevalência do princípio da segurança jurídica e da vedação ao comportamento contraditório na ponderação dos valores em questão, tendo como ilegal o ato que revogou o direito da autora convocada por edital a tomar posse no cargo de assistente administrativo.

Sendo assim, comprovada a aprovação da Requerente em concurso público realizado, encontrando-se o referido certame dentro de seu prazo de validade, imperativo o reconhecimento do seu direito à pretendida efetivação no cargo.



Desta forma, a parte prejudicada impetrou o respectivo mandado de segurança para sanar a irregularidade praticada pelos impetrados, a fim de ser nomeada e empossada no cargo de assistente administrativo no serviço público municipal da cidade de Feira de Santana/BA. Nestes termos, a confiança merecedora de tutela jurídica, que pode verdadeiramente ser considerada como um limite à atuação estatal, pode ser arguida pelo particular em face do Poder Público, objetivando ver mantida alguma situação jurídica que lhe é favorável e que foi criada por ato estatal, é aquela denominada, doutrinariamente, como confiança legítima.

Pode-se dizer, então, que o direito violado é mais que plausível, já que a Constituição Federal, e os princípios da boa-fé, moralidade, confiança, bem como a vedação de comportamento contraditório, garantem a impetrante que em qualquer relação seja ela privada ou pública, jurídica ou não, dever de agir com lisura, honestidade, lealdade, vinculação da Administração Pública aos atos que emite, como a convocação da autora para o cargo de assistente administrativo.

Está embasado, também, no entendimento dos nossos Tribunais Superiores acerca do alcance constitucional da acessibilidade dos cargos públicos e da vinculação ao Edital de Convocação.

8 – CONCLUSÃO

Foi no Direito Romano que surgiu a ideia do *venire contra factum proprium*, em que se declaravam ilícitas as atitudes do homem e demonstrava a incoerência da segunda conduta em relação à primeira, proibindo, assim, a conduta contraditória, como, por exemplo, alegar erro capaz de inquinar o negócio quando a própria pessoa tivesse laborado ou dado causa a alguma destas situações.

Na Idade Média foi expresso o brocardo *venire contra factum proprium nulli conceditur*, concebido pela escola dos glossadores, que pretenderam extrair a lei de uma série de previsões legais específicas. Os juristas da Idade Média conceberam, como espécie de princípio geral, a fórmula da proibição do comportamento contraditório.

Havia casos legais em que se aplicava o princípio, mas existiam outros casos em que a contradição era autorizada expressamente pela lei. Diante deste imbróglio o *venire contra factum proprium* não foi incorporado como princípio fundamental.

Ao impor sobre todos um dever de não se comportar de forma lesiva aos interesses e expectativas legítimas despertadas no outro, a tutela da confiança revela-se não apenas como

principal integrante do conteúdo da boa-fé objetiva, mas, também, como forte expressão da solidariedade social e importante instrumento de reação ao voluntarismo e ao liberalismo ainda amalgamados ao direito privado como um todo.

Sobre a concretização deste subprincípio deve-se lembrar que compete ao juiz, no caso concreto, definir e esclarecer o comportamento que está se vedando e fornecer as soluções jurisprudenciais para os casos, buscando um parâmetro o mais aberto possível.

Os Tribunais, inclusive o próprio Superior Tribunal de Justiça, vêm aplicando o subprincípio da vedação ao comportamento contraditório no âmbito da Administração Pública, proibindo a incoerência do Poder Público em prejuízo da legítima expectativa gerada no particular, mesmo os juízes não reconhecendo diretamente a sua aplicação, já que, na maioria das vezes, vem fundada em outros princípios, como da boa-fé, confiança e solidariedade social e até princípios do Direito Público, como aconteceu no nosso caso em concreto, no qual, apesar de não fazer menção ao *venire contra factum proprium* alegado na inicial, indiretamente o juiz da Vara de Fazenda Pública da Comarca de Feira de Santana/BA reconheceu sua aplicação ao fundamentar que deixou de ser discricionário o ato para se tornar vinculado, já que, inicialmente, a Administração demonstrou a necessidade de prover as vagas para o cargo de assistente administrativo.

O *venire contra factum proprium* nada mais é do que o resultado de que o direito positivo é insuficiente para solucionar os conflitos de interesses na sociedade, que é cada vez mais dinâmica, e, assim, este subprincípio e outros já alegados neste trabalho surgem como um contrapeso, evitando que injustiças sejam praticadas, como a não contradição de comportamentos lesivos à parte como meio de tutela da confiança. Assim, sob o ponto de vista fático e objetivo, é que não deve repercutir na esfera alheia.

Não se busca também examinar a contradição de forma a perquirir a intenção do agente, pois, caso se fizesse isto, estaríamos, de certa forma, retirando o caráter objetivo do *venire*, afastando, de certo modo, a aplicação deste subprincípio.

O *nemo potest venire contra factum proprium* funciona como verdadeira conduta ética e leal, de forma a exigir de todos o compromisso de agir de forma honesta, proba, com o sentido objetivo do próprio comportamento.

O fato próprio que a parte prejudicada confia não pode ser alterado de forma unilateral, violando a legítima confiança depositada.

O ordenamento jurídico brasileiro protege a confiança legítima nas diversas atuações do Estado, e, como a proteção da confiança é instrumento de efetivação da boa-fé, claro está que



o ordenamento estabeleceu a necessidade de se respeitar a boa-fé, seja no Direito Privado, seja no Direito Público. Constitui a boa-fé, portanto, um princípio constitucional implícito, deduzido do sistema de valores adotado pela Lei Fundamental.

Assim, a Administração Pública tem o dever de respeitar a confiança legitimamente gerada nos administrados, não devendo, portanto, frustrar a justa expectativa que tenha incutido no administrado violando, assim, o *venire*. Ou seja, o Poder Público não deve frustrar a confiança legítima, a qual, por sua vez, envolve a coerência nas decisões, razoabilidade nas mudanças e a não imposição retroativa de ônus imprevistos.

O comportamento contraditório pode ser enquadrado perfeitamente como um ato ilícito a que deve ser imposto uma sanção jurídica. Há casos em que é possível evitar o dano quando a Administração Pública, ou através de uma ação judicial, se consegue inibir ou impedir a segunda conduta tida como contraditória. Ocorre que no momento em que não se consegue impedir este comportamento, sendo este realizado e acarretando um dano à parte que foi lesada por esta conduta, a sanção a ser aplicada é a indenização pelos danos sofridos.

Ressalta-se que neste trabalho não se está exaurindo todos aspectos do *venire*, já que procuramos, de certa forma, dar mais ênfase ao meu caso em concreto. Decerto que esse caso passa a ser apenas um exemplo dentro de um conjunto de diversos outros da Administração Pública que a jurisprudência e a doutrina têm reconhecido.

Assim, o *venire contra factum proprium* tem sido uma excelente válvula de escape para os abusos cometidos tanto pelo particular quanto pelo Poder Público, tendo sido reconhecido tanto pela doutrina como pela jurisprudência.

9 – REFERÊNCIAS

ALVES, José Ricardo Teixeira. **A tutela da boa-fé objetiva no direito administrativo**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11783&p=1>>. Acesso em: 24 mar. 2009.

BRASIL. **Código civil** (2002). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARVALHO FILHO, José Santos. **Manual de direito administrativo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2004.

CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007.

EHRHARDT JUNIOR, Marcos. **Revisão contratual**. Salvador: Juspodivm, 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. **A ilicitude do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium***. Revista Forense, n. 376, 2004.

MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2000

MODESTO, Paulo, **Controle jurídico do comportamento ético da Administração pública no Brasil**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, n. 13, abril-maio 2002.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e *venire contra factum proprium***. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SOUZA, Wagner Mota Alves de. **Teoria dos atos próprios**. Salvador: Podivm, 2008.

A (IM) POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NO PROCESSO CIVIL

Iracema Érica Ribeiro Oliveira⁴

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO: CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E LEI 9.296 DE 1996; 3 INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E PROVA EMPRESTADA NO PROCESSO CIVIL; 3.1 ADMISSIBILIDADE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA POR MEIO DE PROVA EMPRESTADA; 3.2 INADMISSIBILIDADE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA POR MEIO DE PROVA EMPRESTADA; 4 INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA DIRETAMENTE NO PROCESSO CIVIL; 4.1 ANÁLISE DO PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (HC 203405/MS) À LUZ DOS PRINCÍPIOS E BALIZAS CONSTITUCIONAIS; 4.2 ADMISSIBILIDADE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NO PROCESSO CIVIL 4.3 A INADMISSIBILIDADE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NO PROCESSO CIVIL; 5 CONCLUSÃO; 6 REFERÊNCIAS.

Resumo

O presente trabalho tem o propósito de investigar a possibilidade de utilização da interceptação telefônica, disciplinada no artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal de 1988 e na legislação ordinária nº. 9.296 de 24 de julho de 1996, em processo diverso do criminal, precipuamente no processo civil. O legislador constituinte originário estabeleceu a interceptação da comunicação telefônica como meio de produção de prova somente para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Todavia, diante da necessidade de garantir a efetividade processual, doutrina e jurisprudência se divergem sobre a possibilidade de aplicar a interceptação telefônica, seja como prova emprestada, seja diretamente em processo de outros ramos do direito diverso do criminal.

Palavras-chave: Interceptação telefônica; Princípio da proporcionalidade; Processo civil.

4 – Defensora Pública de Classe Especial, Especialista em Direito do Estado pela Faculdade Baiana de Direito

Abstract

The present study aims to investigate the possibility of using the telephone interception, disciplined in Article 5, paragraph XII of the Constitution of 1988 and the common law no. 9296 of July 24, 1996, in other than criminal proceedings, primarily in the civil case. The legislature established the original constituent interception of telephone communication as a means of evidence solely for purposes of criminal investigation or criminal procedure. However, given the need to ensure the effectiveness of procedural doctrine and case law is divided on whether to implement a telephone intercept as evidence is borrowed, either directly in the process of other branches of law other than criminal.



1 – INTRODUÇÃO

O sigilo à comunicação é um dos direitos fundamentais de primeira geração elencado no artigo (art.) 5º da Constituição Federal (CF) vigente, coadunando com os direitos e garantias individuais e políticos clássicos.

Ocorre que, como os direitos humanos fundamentais não são absolutos, e, com isso, devem ser observados com ressalvas, surge a interceptação telefônica, prevista no art. 5º, XII, da CF, como medida excepcional, considerada legítima, apenas e tão-somente, quando observadas as formalidades, exigências e requisitos legais.

Neste diapasão, a Constituição de 1988 apresenta duas balizas fundamentais na matéria em estudo: de um lado, o sigilo das comunicações e proibição das provas ilícitas, inseridas no inc. LVI do art. 5º, de outro lado, amenizando e equilibrando, de certo modo, essa vedação, estabelece o inc. XII do mesmo artigo uma exceção à inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, subordinada ao cumprimento de três requisitos, que podem ser extraídos literalmente do texto constitucional. Assim, a interceptação telefônica lícita pressupõe seja realizada: 1) por ordem judicial; 2) nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer; 3) para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

A interceptação telefônica é instrumento processual de coleta de provas, de âmbito restrito, de caráter cautelar, cuja legitimidade passa, irrefutavelmente, pelo crivo do Poder Judiciário. E, uma vez efetuadas com obediência aos requisitos impostos na lei, são aceitas como provas lícitas, sendo admissível seu resultado como fonte de prova no processo.

Não obstante a Constituição Federal no art. 5º, inciso XII, prevê que a interceptação telefônica somente pode ser utilizada como meio de prova para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, como o direito é dinâmico, estando em constante evolução, no decorrer do tempo começaram a surgir situações que culminaram por necessitar do uso da interceptação telefônica como meio de prova para a busca da solução dos conflitos na seara extrapenal.

Nesta perspectiva, em decorrência da mudança dos tempos e da evolução da dogmática jurídica, doutrina e jurisprudência aprofundaram a discussão a respeito da utilização do conteúdo obtido mediante a interceptação telefônica, por meio da prova emprestada, em processos vinculados a outros ramos do direito diversos do criminal.

E recentemente, indo de encontro ao caráter convencional do direito, foi tratada, de forma inédita pelo Superior Tribunal de Justiça, a possibilidade da interceptação telefônica diretamente em uma ação de natureza civil.

Os aspectos legais, doutrinários, jurisprudenciais, da utilização da interceptação telefônica em processos de natureza diversa do criminal serão devidamente abordados, levando-se em consideração a aplicação dos princípios e balizas constitucionais.

2 – INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO: CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E LEI 9.296 DE 1996

Neste item serão aventados os diplomas legais que disciplinam a possibilidade de interceptação telefônica no ordenamento jurídico pátrio, todavia sem o propósito de esgotar o tema.

A interceptação telefônica foi prevista no art. 5º, XII da Constituição Federal de 1988 (CF/88), nos seguintes termos: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma em que a lei estabelecer, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.”

Estamos diante de uma norma constitucional de eficácia contida, limitada ou restringível, ou seja, são normas que não são autoaplicáveis, que dependem de interposta lei (complementar ou ordinária) para gerar seus efeitos principais. Mas, geram alguns efeitos jurídicos negativos imediatos, pois vinculam o legislador infraconstitucional aos seus comandos e paralisam as normas com elas incompatíveis.

Somente com a entrada em vigor da Lei n.º 9.296, de 24 de julho de 1996, houve a regulamentação do inciso XII do art. 5º da Constituição Federal de 1988, passando a ser autorizada a interceptação telefônica. Isto porque a jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal (STF) entendia ser inadmissível a interceptação antes da edição da lei, embora a jurisprudência rara do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e de alguns outros Tribunais, em casos raros e excepcionais, a admitisse, por entender que não existem direitos absolutos (STJ: HC 3.982 (95.053.161-5) – RJ, 6ª T., Rel. Min. Adhemar Maciel, v.u., 05.12.1995).

A Lei nº 9.296/96, editada para regulamentar o inciso XII do art. 5 da CF/88, determina que a interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça, aplicando-se, ainda, à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

O art. 1º da Lei 9.296/96 ao se referir a interceptação de comunicações telefônicas alude tanto a escuta telefônica quanto a interceptação telefônica *stricto sensu*. A interceptação telefônica em sentido estrito corresponde à captação da conversa por um terceiro sem o conhecimento de qualquer dos interlocutores, enquanto a escuta telefônica é a captação



por terceiro com o conhecimento de um dos interlocutores. Já a gravação clandestina corresponde à captação feita por um dos interlocutores da sua própria conversa sem o conhecimento dos demais, e não está disciplinada na lei.

A violação do sigilo telefônico, disciplinada pela Lei 9.96/96, é considerada pela doutrina uma medida de natureza cautelar, podendo tanto ser preparatória, se requerida antes do ajuizamento da ação penal, como incidental, se produzida no curso do processo. Tratando-se de providência cautelar, a interceptação deve atender aos requisitos básicos de toda medida desta natureza, quais sejam: *fumus boni iuris* (aparência do bom direito) e *periculum in mora* (perigo ou risco na demora). O magistrado jamais poderá olvidar de qualquer um destes pressupostos, são requisitos cumulativos, pois a falta de algum deles desautoriza a medida.

O *fumus boni iuris*, em processo penal, traduz-se na existência de indícios razoáveis da autoria ou participação numa infração penal. E o *periculum in mora* consiste na urgência da colheita da prova para preservar o direito.

O art. 2º, II da mencionada lei firma, ainda, o critério da estrita necessidade, só podendo a interceptação ser utilizada como *ultima ratio*. Exige-se, portanto, a imprescindibilidade da interceptação como único meio eficaz para a realização da prova, afastada a sua possibilidade quando a prova tiver como ser produzida através de outro meio.

A indigitada lei permite a quebra do sigilo das comunicações telefônicas para a investigação dos crimes apenados com reclusão (art. 2º, inc. III), ficando excluídas as contravenções penais, que são punidas com prisão simples, e os crimes apenados com detenção. Para a doutrina, tal critério trouxe duas impropriedades: de um lado, deixou de abranger crimes apenados com detenção comumente praticados via telefone; por outro, ao elencar genericamente todas as infrações penais apenadas com reclusão, alargou sobremaneira o rol, e muitas vezes estes crimes são destituídos de gravidade. Assim, deve incidir na hipótese o princípio da proporcionalidade dos bens jurídicos envolvidos, o poder de interceptar conversas telefônicas deve ser exercido com grande cautela, devendo ser considerado um método excepcional, não se podendo sacrificar o sigilo das comunicações em prol de um bem de menor valor.

Segundo a lei, deve ser descrita com clareza a situação e objeto da interceptação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

Segundo a lei, deve ser descrita com clareza a situação e objeto da interceptação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada. Como está se limitando o direito a intimidade, esses requisitos devem estar previstos na autorização do mandado de interceptação telefônica.

O pedido de interceptação poderá ser determinado pelo juiz, de ofício, ou a requerimento da autoridade policial (somente na investigação criminal) ou do representante do Ministério Público (tanto na investigação criminal quanto na instrução processual penal). No entanto a lei não estabeleceu a possibilidade de o querelante (titular da ação penal privada) e do réu requererem a interceptação. Várias são as questões levantadas pela doutrina no tocante a este tema.

No tocante à defesa, Lenio Luiz Streck (1997, p. 88) aduz que o dispositivo do art. 3º, ao vedar à defesa o direito de requerer a realização da escuta, viola os princípios da ampla defesa e do contraditório, eis que limita o poder de a defesa “defender-se provando.” Daí, uma interpretação conforme a Constituição aponta a possibilidade também de a defesa requerer a interceptação das comunicações telefônicas.

No tocante aos titulares da ação penal privada, prepondera a opinião de que seria um contrassenso não admitir a produção da prova, quando a interceptação mostrar-se o único meio de se provar o alegado.

Outra questão polêmica na doutrina é a determinação de ofício da medida. Parte dos doutrinadores acredita ser inconstitucional, porque vulnera o modelo acusatório de processo, já que os juízes têm competência para processar e julgar, mas não para investigar, principalmente no âmbito extraprocessual. Há quem defenda que nosso sistema acusatório não é tão puro assim, o juiz pode decretar a prisão preventiva de ofício, pode produzir prova de ofício, portanto é plenamente possível a decretação de ofício da interceptação telefônica.

Feito o pedido de interceptação de comunicação telefônica, que conterà a demonstração de que sua realização é necessária à apuração de infração, o juiz terá o prazo máximo de 24 horas para decidir, indicando também a forma da execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de 15 dias, renovável, por igual tempo, uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova. Há também divergências na doutrina e jurisprudência quanto à quantidade de renovação.

O Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça têm se posicionado no sentido de que a interceptação telefônica não pode exceder quinze dias, porém pode ser renovada por igual período, não havendo restrição ao número de vezes, desde que comprovada a necessidade e a indispensabilidade do meio de prova para cada renovação.

Ainda, conforme a lei, a diligência será conduzida pela autoridade policial, que poderá requisitar auxílio aos serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviço público, sempre com prévia ciência do Ministério Público, que poderá acompanhá-la, se entender necessário. Se houver possibilidade de gravação da comunicação interceptada, será deter-



minada sua transcrição, encaminhando-se ao juiz competente, acompanhada com o devido auto circunstanciado, que deverá conter o resumo das operações realizadas.

Após o término da diligência, a prova colhida permanecerá em segredo de justiça, devendo, caso já haja ação penal, ser possibilitado ao defensor sua análise, em respeito aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Ressalte-se que a natureza da diligência impede o conhecimento anterior do investigado e de seu defensor. De qualquer forma, se garante a observância do princípio ao contraditório, logo depois de colhida a prova, ou seja, feita a gravação e a devida fiel transcrição, quando se dá ao investigado o direito de impugnar a prova obtida e, além disso, oferecer a contraprova.

A Lei 9.296/96 adotou, portanto, o princípio do contraditório diferido ou retardado, que permite ao acusado o direito de contraditar a prova já produzida contra si. Se a prova foi produzida durante o inquérito policial, o acusado ou seu defensor poderá ter acesso a ela para elaboração de sua defesa; se a interceptação telefônica foi produzida durante a instrução processual, o acesso será permitido assim que encerrada a diligência.

Por fim, constitui crime, previsto no art. 10 da Lei 9.296/96, com pena de reclusão de dois a quatro anos e multa, realizar interceptação telefônica sem autorização judicial ou visando fins não permitidos em lei, ou violar o segredo de justiça exigido pela lei respectiva.

3 – INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E PROVA EMPRESTADA NO PROCESSO CIVIL

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso XII, assegurou, como direito fundamental do cidadão, a preservação do sigilo das comunicações telefônicas, desde que presente a autorização judicial, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Indaga-se, por seu turno, a possibilidade da prova obtida com a interceptação telefônica, legalmente realizada para fins de investigação criminal, servir em processo diverso do penal como prova emprestada.

Salutar trazer-se à baila o conceito de prova emprestada. Esta consiste na utilização de prova que fora produzida e destinada a processo determinado, à qual é transportada para outro processo. Ensina-nos Fredie Didier Jr. (2007, p. 65) que a prova emprestada é a “prova de um fato, produzida em um processo, seja por documentos, testemunhas, confissão, depoimento pessoal ou exame pericial, que é trasladada para outro processo, por meio de certidão extraída daquele.”

É aquela produzida em um processo e, através da reprodução documental, juntada em outro processo pendente de decisão. A condição mais importante para que se dê validade e

eficácia à prova emprestada é que as partes do processo para o qual a prova deve ser trasladada tenham participado adequadamente em contraditório do processo em que a prova foi produzida originariamente.

Vê-se, portanto, que é necessário que a prova tenha sido validamente produzida, no processo de origem, e seja submetida ao crivo do contraditório também no processo onde se busca que surtam os efeitos da prova.

A doutrina majoritária entende que, para que seja lícita e admissível a prova emprestada, devem-se observar os seguintes requisitos: a) na construção da prova, deve a parte contrária ter participado do contraditório; b) os fatos a serem provados devem guardar uma identidade com os fatos produzidos no processo anterior; c) a existência da impossibilidade ou dificuldade na reprodução da prova emprestada no processo em que se pretenda demonstrar a veracidade de certa alegação. (RIBEIRO; ALVARES, 2012, p.11).

Exposto o conceito de prova emprestada, cumpre trazer à baila as correntes doutrinárias e entendimento jurisprudencial no que tange a possibilidade de utilização de dados obtidos através de interceptação telefônica por meio de prova emprestada para processos diversos do criminal.

3.1 – ADMISSIBILIDADE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA POR MEIO DE PROVA EMPRESTADA.

Surge a questão da utilização da prova emprestada no processo civil como polêmica e assaz controvertida. Para os defensores da admissibilidade, não há que se proibir o empréstimo de prova quando a interceptação telefônica tiver sido realizada de acordo com os ditames estatuídos pela Lei 9.296/96, caso em que a mesma terá sido lícitamente produzida.

Sendo assim, ao romper-se o sigilo das comunicações telefônicas mediante a interceptação, não haveria razões para obstar o empréstimo do conteúdo obtido através desta, já que a intimidade fora lícitamente violada. Ademais, a admissão da prova emprestada atenderia aos princípios da economia, da celeridade processual e da garantia constitucional da duração razoável do processo.

Para Ada Pellegrini Grinover (2001, p. 196) é possível que, em processo civil, se pretenda aproveitar a prova emprestada, derivada de interceptação telefônica lícita, colhida em processo penal desenvolvido entre as mesmas partes. A autora preleciona que:

O valor constitucionalmente protegido pela vedação das interceptações telefônicas é a intimidade. Rompida esta, lícitamente, em face do permissivo constitucional, nada mais resta a preservar. Seria uma demasia negar-se a recepção da prova assim obtida, sob a alegação de que estaria obliquamen-



te vulnerado o comando constitucional. Ainda aqui, mais uma vez, deve prevalecer a lógica do razoável.

A utilização da interceptação telefônica como prova emprestada no processo cível é defendida também por José Carlos Barbosa Moreira (1996, p. 20), sustentando que “uma vez rompido o sigilo, e, por conseguinte, sacrificado o direito da parte à preservação da intimidade, não faria sentido que continuássemos a preocupar-nos com o risco de arrombar um cofre já aberto.”

Ainda, Fernando Capez (2010, p. 577) defende a utilização da prova colhida de forma lícita no âmbito criminal em ações de outra natureza, desde que “gere efeito contra quem tenha sido parte no processo originário.”

Na opinião de Nelson Nery Júnior (2004, p. 1999) a prova de conversa telefônica obtida licitamente, por autorização judicial na instrução criminal, pode ser utilizada como prova emprestada no processo civil, respeitados os requisitos de validade e eficácia dessa última.

Eduardo Cambi (2004, p. 145) assevera que não há ilicitude nessa prova, pois, uma vez “rompido licitamente o sigilo telefônico, não se poderia deixar de aproveitar os elementos probatórios apurados, já que a origem da cognição não viola o direito constitucional à inviolabilidade das comunicações telefônicas.”

Nas lições de Alexandre de Moraes (2011, p. 65):

a limitação constitucional à decretação de interceptações telefônicas somente no curso de investigações criminais ou instruções processuais penais, não impede a possibilidade de sua utilização no processo civil, administrativo, disciplinar, extrajudicial ou político-administrativo como prova emprestada, aproveitando-se os dados obtidos por meio de interceptações telefônicas regularmente determinada pela autoridade judicial, uma vez que não é disparatado sustenta-se que nada impedia nem impede, noutro procedimento de interesse substancial do mesmo Estado, agora na vertente da administração pública, o uso da prova assim produzida em processo criminal. A possibilidade de utilização dessa prova emprestada somente será vedada, quando verificado o desvio de finalidade, a simulação ou fraude no curso da investigação, no sentido de burlar a vedação constitucional de decretação de interceptações telefônicas no processo civil ou administrativo.

Essa orientação é a prevalente na jurisprudência, inclusive na operação da polícia federal, titulada por “Operação Furacão”, o Supremo Tribunal Federal admitiu o uso de interceptação telefônica como prova emprestada em processos administrativos disciplinar contra os mesmos servidores envolvidos na investigação criminal. Necessário transcrever a ementa da decisão:

INQ 2.424 -25/04/2007 – TRIBUNAL PLENO QUEST. ORD. EM INQUÉRITO 2.424-4 RIO DE JANEIRO RELATOR: MIN. CEZAR PELUSO **EMENTA: PROVA-EMPRESADA. Penal. Interceptação telefônica. Escuta ambiental. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra os mesmos servidores. Admissibilidade. Resposta afirmativa a questão de ordem. Inteligência do art. 5º, inc. XII, da CF, e do art. 1º da Lei federal nº 9.296/96. Voto vencido. Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos. (Inq-QO 2.424-4/RJ, Rel. Min, Cezar Peluso, j. 24.04.2007, Informativo 464).**

No mesmo sentido o Superior Tribunal de Justiça:

Ementa. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal encontra-se consolidada no sentido da possibilidade do aproveitamento, em processo disciplinar, de prova licitamente obtida mediante o afastamento do sigilo telefônico em investigação criminal ou ação penal, contanto que autorizada a remessa pelo juízo responsável pela guarda dos dados coletados, e observado, no âmbito administrativo, o contraditório. Processo MS 14797 / DF MANDADO DE SEGURANÇA 2009/0221635-7 Relator(a) Ministro OG FERNANDES (1139) Órgão Julgador S3 – TERCEIRA SEÇÃO Data do Julgamento 28/03/2012 Data da Publicação/Fonte DJe 07/05/2012

Destaque-se que os Tribunais Superiores já se firmaram pela relativização do sigilo processual dos dados interceptados com a autorização judicial. Observe-se, no entanto, que a legislação e a jurisprudência brasileiras não cuidaram de disciplinar os pressupostos e a forma dessas autorizações para compartilhamento da prova, donde se depreende que os únicos requisitos seriam a coincidência entre as partes processuais dos dois feitos, a existência do contraditório e a necessidade de fundamentação das decisões.

No entanto, deve se atentar para o fato de que a ausência de regulamentação dos requisitos da decisão que autoriza a divulgação da prova sob sigilo, seja para uso como prova empresada, seja para qualquer outro fim, reveste a questão de séria gravidade. Isso porque a quebra do sigilo das comunicações só se faz válida quando cercada das hipóteses e requisitos constitucionais e legais.



3.2 – INADMISSIBILIDADE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO PROVA EMPRESTADA.

Mesmo que se trata da interceptação telefônica trasladada de um processo para outro, chamada prova emprestada. Procedimento que é, em princípio, admissível, dado que se trata do mesmo acusado em ambos os processos. Para que não haja ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa, há que se reconhecer a existência de barreiras legais quando se pretende a transposição da prova penal para um processo cível. Isso porque a Constituição veda a interceptação telefônica como meio de obtenção de prova fora do âmbito criminal, com isso o transplante da prova representaria uma forma de se contornar a vedação constitucional.

Nesta ordem de ideias, parte da doutrina inclina-se pela inadmissibilidade do uso da interceptação de comunicações telefônicas fora das hipóteses constitucionalmente permitidas, posto que a intenção do legislador constituinte originário, assim como a do legislador infraconstitucional, foi limitar apenas à esfera penal as hipóteses de interceptação telefônica, protegendo a intimidade.

Ao se permitir a utilização da interceptação telefônica por meio de prova emprestada em processos de natureza diversa, estar-se-á diante de uma violação indireta à Lei Maior, à medida que se permitiria, por via oblíqua, o que o texto constitucional proíbe pela via direta.

Ademais, vigora, na quebra do sigilo das comunicações, o segredo de justiça, assim ao admitir que a prova colhida com a medida cautelar seja utilizada em processo distinto, haveria burla às regras disciplinadoras da lei de interceptação telefônica.

No entendimento de Luiz Flávio Gomes (2006, p.118-119), a prova colhida por interceptação telefônica no âmbito penal não pode ser emprestada ou utilizada para qualquer outro processo vinculado a outros ramos do direito. Urge o respeito à vontade do constituinte (“fins criminais”). Aduz o doutrinador que: “ao permitir a interceptação, como quebra que é do sigilo das comunicações, somente para fins criminais, já fazia uso da ponderação e da proporcionalidade, que agora não pode ser ampliada na prática.” Impõe-se, ainda, acrescentar que essa prova criminal deve permanecer em segredo de justiça e é inconciliável o empréstimo de prova com o segredo de justiça.

Alexandre Freitas Câmara (2011, p. 403) observa que:

Há que se considerar, no entanto, outra hipótese: a da transcrição da escuta telefônica autorizada no processo penal poder ou não ser levada ao processo civil como prova emprestada. Tal problema pode ter duas soluções possíveis: ou se considera admissível tal utilização, na medida em

que a prova foi produzida por meio lícito e levada ao processo civil por meio admitido no direito brasileiro, qual seja, a prova emprestada; ou se considera que neste caso a prova emprestada será inadmissível por estar sendo utilizada com o fim de se obter por via indireta aquilo que a Constituição proibiu fosse obtido de forma direta. Inclino-me por esta segunda solução, por me parecer mais consentâneo com o vigente sistema constitucional. O direito não pode permitir que se atinja por via oblíqua algo que o ordenamento positivo proíbe seja concedido ou utilizado. Admitir a utilização desta prova, que poderíamos chamar “indiretamente ilícita”, seria compactuar com uma ilicitude (a utilização de conversas telefônicas como fonte de prova no processo civil). Por esta razão não considero admissível a utilização da prova emprestada quando o meio utilizado para a obtenção daquela prova a ser carreada para os autos do processo em questão, embora lícito em relação ao processo onde a prova foi originalmente produzida, seja ilícito em relação ao processo para onde se pretende levar a referida prova..”

José Carlos Barbosa Moreira (1996, p. 20), apesar de defender a possibilidade da utilização da interceptação telefônica como prova emprestada no processo civil, adverte que “mas por outro lado talvez se objete que assim se acaba por condescender com autêntica fraude à Constituição. A prova ilícita, expulsa pela porta, voltaria a entrar pela janela.

Vicente Greco Filho (2005, p.39-40), a respeito do tema, assevera que a prova obtida com a interceptação legalmente realizada para fins de investigação criminal não pode servir em processo civil como prova emprestada, porque os parâmetros constitucionais são limitativos. A finalidade da interceptação, investigação criminal e instrução processual penal é, também, a finalidade da prova, e somente nessa sede pode ser utilizada. Em termos práticos, não poderá a prova obtida ser utilizada em ação autônoma, por exemplo, de indenização relativa a direito de família etc.

Eduardo Talamine (1998, p. 2008) não admite a importação em qualquer hipótese, pois o regime jurídico da interceptação a restringe ao processo penal e apenas para prova dos fatos delimitados no momento de requerer a produção de tal prova.

Para Geraldo Prado (2006, p. 57/59), a proibição da prova emprestada constitui imperativo constitucional, e neste contexto adverte com precisão que:

O obstáculo geral às provas emprestadas é garantia do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV, da Constituição da República), que se caracteriza, entre outros, pelo princípio do juiz natural. “Na atualidade não se pos-

tula apenas a identidade de partes e a submissão do contraditório como condição de validade de determinada informação. É igualmente necessário que o juiz perante o qual a prova foi produzida seja competente para dirigir o processo. O conceito jurídico prova distancia-se do sentido que lhe atribui o senso comum e se configura mediante a combinação de diversos fatores, alguns exteriores à informação em si, mas indispensáveis para que em âmbito jurídico a informação em questão seja qualificada como prova. O texto neste caso é vazio fora do contexto, ou, em outras palavras, o que parece prova por ser uma informação só é assim considerado quando ingressa em processo, perante juiz competente, e se submete ao contraditório. Como a informação fruto da interceptação somente pode ser adquirida por ordem do juiz criminal (de garantias ou das cautelares), para fins de investigação ou instrução processual penal e será introduzida no processo sob presidência do juiz criminal competente, para neste contraditório diferido conquistar o status de prova em sentido estrito, essa mesma informação perderá essa condição – ou não a conquistará – se produzida perante juiz incompetente para o ato. E os juízes não penais são incompetentes para esse procedimento por expressa decisão constitucional!”

Por tudo exposto, pode se constatar que o fato da quebra do sigilo haver sido decretado no juízo penal não converte as comunicações telefônicas em públicas ou utilizáveis no juízo cível. O sigilo permanece, ainda que com a mácula deixada pelo processo penal. Permitir, no juízo cível, o uso de conversas telefônicas interceptadas mediante autorização judicial oriunda do processo criminal constitui afronta clara ao texto explícito da Carta Magna. A conversão da comunicação em documento escrito não lhe altera a natureza nem lhe reduz a proteção que o texto constitucional lhe dá. A diferença de tratamento não se justifica, principalmente quando se tem em mente que os elementos colhidos a partir das interceptações telefônicas não deixaram de integrar a intimidade, privacidade, honra e imagem dos cidadãos, motivo pelo qual ainda não perderam as vestes de dados cujo sigilo é constitucionalmente assegurado. Não haveria motivos, pois, para se acreditar que os diálogos já interceptados não mais incorporam o direito à intimidade.

As razões expostas por ambas as correntes são plausíveis, porém, tratando-se de direitos fundamentais, não há que se permitir a prática de condutas contrárias à Carta Política, pois o legislador constituinte, sopesando interesses, apenas permitiu a violação à intimidade, com a consequente quebra do sigilo das comunicações telefônicas na esfera penal. Ao defender-se este empréstimo como lícito, estimular-se-ia a instauração de processos criminais com o mesquinho fim de utilizá-lo como “transporte de provas.”

4 – INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA DIRETAMENTE NO PROCESSO CIVIL

Enquanto a doutrina diverge acerca da possibilidade da utilização da prova obtida através da interceptação telefônica como meio de prova emprestada em processo diverso do criminal, o Superior Tribunal de Justiça em decisão inédita entendeu que em situações de extrema excepcionalidade é possível interceptação telefônica, de forma direta, em investigação de natureza civil, quando não houver outra medida que resguarde direitos ameaçados e o caso envolver indícios de conduta considerada criminosas.

Cuida do julgamento de habeas corpus preventivo nº 203405/MS, impetrado por empregado de uma empresa de telefonia que se insurgiu contra o cumprimento de ordem de quebra de sigilo das comunicações telefônicas, haja vista a referida determinação ter sido prolatada pelo juízo cível, em processo em trâmite perante a 4ª Vara de Família da Comarca de Campo Grande, no qual havia indícios da prática do crime de subtração de incapazes, previsto no art. 237 do Estatuto da Criança e Adolescente.

Accionado, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul (TJMS) entendeu pela legalidade da ordem emanado do juízo de primeira instância. Impetrado o *writ* perante a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, esta manteve o entendimento no sentido de ser admissível a interceptação telefônica por vislumbrar que, no caso, não era possível a adoção de nenhuma outra medida.

O TJMS considerou que é possível a interceptação na esfera civil quando nenhuma outra diligência puder ser adotada, como no caso julgado, em que foram expedidas, sem êxito, diversas cartas precatórias para busca e apreensão da criança. O Tribunal *a quo* assinalou que o caso põe em confronto, de um lado, o direito à intimidade de quem terá o sigilo quebrado e, de outro, vários direitos fundamentais do menor, como vida, saúde, educação, alimentação, lazer, cultura, dignidade, respeito, liberdade e convivência familiar e comunitária. Para o Tribunal local, o princípio do sigilo das comunicações telefônicas não é absoluto. No âmbito cível e em situação extremamente excepcional, é admitido este artifício quando nenhuma outra diligência puder ser adotada, mormente quando há possibilidade de se averiguar o possível cometimento do delito disposto no art. 237, do ECA.

Segundo o relator no STJ, Ministro Sidnei Beneti, a situação inspira cuidado. Urge transcrever seu voto:

É bem verdade que o art. 5º, inciso XII, da Constituição da República, dispõe ser “inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

A possibilidade de quebra do sigilo das comunicações telefônicas fica, em tese, restrita às hipóteses de investigação criminal ou instrução processual penal.

No caso, determinou-se a medida extrema em processo cível, que tramita perante a 4ª Vara de Família da Comarca de Campo Grande.

No entanto, o ato impugnado retrata hipótese excepcional, em que se cogita até mesmo a possibilidade de desaparecimento do menor, “*tendo em vista que o requerido sempre se furtou da justiça, desdenhando ainda do Poder Judiciário na medida em que compareceu a um Programa de Televisão e disse que nada o faria devolver o filho*” (e-STJ fl. 142). Várias cartas precatórias foram expedidas, segundo o Tribunal de origem, em “caráter itinerante”, e não teve sucesso a busca e apreensão da criança.

O Tribunal ainda destacou que, “*apesar da ordem emanar de Juízo Cível, há a possibilidade de se averiguar o possível cometimento do delito disposto no art. 237 do ECA*” (e-STJ fl. 143).

O referido dispositivo do Estatuto da Criança e do Adolescente tem a seguinte redação:

Art. 237. Subtrair criança ou adolescente ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou ordem judicial, com o fim de colocação em lar substituto: Pena – reclusão de dois a seis anos, e multa.

A situação, portanto, inspira mais cuidado do que, à primeira vista, pareceria ser o caso de aplicação pura e simples do preceito Constitucional que estipula a garantia do sigilo das comunicações. Há que se proceder à ponderação dos interesses constitucionais em conflito, sem que se possa estabelecer, *a priori*, que a garantia do sigilo deva ter preponderância.

São bem oportunas as observações feitas no parecer do Ministério Público Federal, do qual se transcreve o seguinte trecho (e-STJ fl. 174, os destaques são do original):

*Portanto, trata o caso da necessidade de se ponderar valores expressamente previstos na Constituição Federal. São eles: a proteção à intimidade, nos termos do art. 5º, X, da Constituição Federal, e a necessidade de se resguardar os direitos fundamentais do menor. A solução passa sem dúvida, pela leitura do texto do art. 227 da Constituição Federal. Conforme visto, a previsão constitucional visa a proteção dos Direitos Fundamentais da Criança e do adolescente pelo Estado **com absoluta prioridade**. Não haveria outro motivo para o acréscimo da expressão “absoluta prioridade” se não fosse para garantir à criança e ao adolescente a proteção integral de seus direitos fundamentais de modo absoluto, inclusive quando o resguardo desses direitos estiver em aparente confronto com outros direitos assegurados pela Constituição Federal. Assim, infere-se da Constituição Federal que, em uma análise de ponderação de valores, deve prevalecer a garantia dos direitos fundamentais da criança e do adolescente.*

Sem adiantar o mérito da questão, que será resolvido pelas instâncias ordinárias, tem-se que não se deve acolher as razões da impetrante a partir, tão-só, do fundamento de que a interceptação telefônica só é cabível em processo penal. Ou seja, não há inconstitucionalidade ou ilegalidade desde já evidenciada. Processo HC 203405 / MS HABEAS CORPUS 2011/0082331-3 Relator(a) Ministro SIDNEI BENETI (1137) Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA Data do Julgamento 28/06/2011 Data da Publicação/Fonte DJe 01/07/2011 RT vol. 913 p. 526

O STJ não conheceu o habeas corpus, pois entendeu que não havia ameaça à liberdade de ir e vir do paciente. Porém, decidiu que, ao sopesar o sigilo telefônico e o princípio da prioridade absoluta na proteção dos direitos das crianças e adolescentes, não há como se estabelecer, a priori, que deva prevalecer aquele. Desta forma, mesmo não entrando no mérito da questão, este Tribunal Superior deliberou que não deveriam ser acolhidos os fundamentos do impetrante, de que a interceptação telefônica só seria cabível em Processo Criminal.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no mesmo sentido, nos Embargos de Declaração nº 70050246891, Sétima Câmara Cível, julgado em 08/08/2012, proferiu decisão autorizando a interceptação telefônica em ação de execução de alimentos, com a finalidade de localizar o executado para cumprir com seu dever alimentar. Imprescindível destacar na íntegra o voto do relator Ministro Roberto Carvalho Fraga:

Compulsando melhor os autos para julgamento, verifico que, efetivamente, o julgado mostra-se contraditório, uma vez que, embora reconhecendo a sobreposição do direito à dignidade da vida das alimentandas em relação ao direito à intimidade do alimentante, indeferiu pedido que visava à busca e à localização do devedor.

Como já referi no voto do Agravo de Instrumento nº 70047240999, ora embargado, a Constituição Federal no artigo 5º, inciso XII, disciplina acerca da inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, dentre outras, ressaltando casos de investigação criminal e instrução processual penal, quando houve ordem judicial, nos termos da legislação infraconstitucional. Assim, resta claro que a quebra do sigilo telefônico, via de regra, poderá ser autorizada em casos de investigações criminais, não podendo ser indiscriminadamente autorizada em casos extrapenais.

Entretanto, no caso, por se tratar de execução de alimentos devidos a menores de idade (ambas filhas do executado), cuja demanda foi ajuizada no ano de 2000, portanto há mais de 10 anos, pode-se cogitar da referida determinação, uma vez que se está a proteger, com prioridade absoluta, o direito à vida e à sobrevivência digna de crianças e adolescentes, cujos direitos também estão amparados e garantidos constitucionalmente. A re-



ferência constitucional à “absoluta prioridade”, inserta no artigo 227 da CF, eleva tais direitos à categoria prevalente ao direito à intimidade, também garantido constitucionalmente, uma vez que trazem em seu bojo a garantia de uma sobrevivência adequada aos infantes, o que não pode ser relegado. Deste modo, a análise dos documentos juntados revela que, embora já tenha havido a prisão do executado e, após sua soltura, acordo entabulado em audiência em 2003, cujos termos não foram cumpridos pelo devedor, as exequentes, ora embargantes, nada mais têm a fazer, pois já tentaram localizar o alimentante em mais de 08 (oito) endereços diferentes, restando, apenas, a interceptação telefônica do devedor para se chegar ao seu paradeiro e, assim, tentar satisfazer seu crédito alimentar.

Efetivamente, não havendo mais outros meios de cobrança da dívida possível se mostra a medida restritiva aqui postulada, a fim de garantir o direito à vida e à dignidade das meninas.

Diante destas considerações é que entendo que o julgado embargado merece ser alterado, conferindo-se efeitos infringentes a estes aclaratórios, já que a interceptação telefônica mostra-se o único e indispensável meio de se atingir o propósito pretendido (cobrança da dívida alimentar).

Isto posto, acolho os embargos de declaração, concedendo efeito infringente ao julgado e, assim, dando provimento ao Agravo de Instrumento nº 70047240999, para autorizar a interceptação telefônica do executado, ora embargado. A factibilidade fica a encargo do juízo “*a quo*.”

Nos termos da situação acima delineada, percebe-se que o STJ, e mais recentemente também o TJRS, admitiram a utilização da interceptação telefônica diretamente no processo civil, sob o argumento da colisão de direitos fundamentais e a necessidade de aplicar a ponderação de interesses.

4.1 – ANÁLISE DO PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (HC 203405/MS) À LUZ DOS PRINCÍPIOS E BALIZAS CONSTITUCIONAIS

Conforme entendimento do STJ, no ordenamento jurídico brasileiro os direitos e princípios não podem ser interpretados de forma absoluta, posto que, com muita frequência, hão de ter-se em consideração, ao mesmo tempo, dois ou mais princípios tendentes a proteger valores igualmente importantes para o direito, mas suscetíveis de achar-se em recíproca oposição.

Neste caso, a colisão pode ser resolvida pela interpretação sistemática da Constituição, ou seja, uma interpretação que permite levar em consideração todas as disposições constitucionais relativas ao caso concreto e pelo critério da proporcionalidade.

A interpretação sistemática decorre da própria unidade da Constituição, haja vista que as normas jurídicas não podem ser estudadas de forma isolada, mas, ao contrário, devem ser analisadas no contexto sistemático de normas no qual estão inseridas. É bem verdade que a interpretação do texto constitucional só atenderá aos fins colimados pelo Estado Democrático de Direito, à realização dos princípios constitucionais gerais, se for feita sistematicamente, pois a interpretação isolada de garantias fundamentais lança à injustiças, insegurança jurídica e desigualdade no corpo social.

O Direito é um sistema unitário, completo e coerente, razão pela qual não é possível que haja antinomias reais entre as suas normas. Assim, todos os conflitos normativos são considerados aparentes, devendo ser resolvidos por meio de critérios fixados de antemão pelo ordenamento. Como consequência, o princípio da unidade da Constituição, enquanto importante preceito de hermenêutica, impõe ao intérprete buscar a harmonia entre os dispositivos constitucionais, solucionando as situações de conflito que surjam entre estes.

Os direitos à inviolabilidade da intimidade (art. 5º, X, CF) e das comunicações telefônicas (art. 5º, XII, CF) estão tutelados constitucionalmente, mas outros direitos de igual estrutura e dimensão merecerão proteção em idêntica sede (art. 5º, CF), como as garantias de liberdade, igualdade, solidariedade e, principalmente, a afirmação da dignidade humana, que se apresenta como valor máximo da ordem jurídica. Como não é possível haver incompatibilidade entre preceitos de índole constitucional, é necessário compatibilizar os princípios e valores, ponderando-os no caso concreto para descobrir qual merece proteção no caso específico.

Por conseguinte, o fundamento para a aplicação do princípio da proporcionalidade é o fato de que, havendo o choque de dois valores constitucionais, o problema não pode ser resolvido pelos critérios tradicionais de solução das antinomias. Os critérios para a solução das antinomias entre duas leis são a hierarquia, tempo e especialidade. Critério da hierarquia: havendo conflito entre duas leis, prevalece a lei hierarquicamente superior. Critério tempo: havendo conflito entre duas leis, agora da mesma hierarquia, prevalece a lei posterior. Critério da especialidade: havendo conflito entre uma norma geral e uma norma especial, prevalece a norma especial. O critério de hierarquia não funciona porque são normas da mesma hierarquia. O critério cronológico igualmente não funciona porque ambas as normas nasceram juntas na CF/88. Por fim, o critério da especialidade não funciona, via de regra, porque os direitos fundamentais previstos na CF/88 são direitos genéricos, com igual valor, não tem um especial. Deste modo, o único critério possível para resolver esse conflito é o princípio da proporcionalidade.

O conceito de proporcionalidade foi elaborado pelo Tribunal Constitucional alemão como um método para controlar a restrição aos direitos fundamentais. É uma regra de interpretação e de aplicação do direito, e deve ser empregada quando um ato destinado a promover a realização de um direito fundamental implique a restrição de outro direito fundamental, para que essa restrição não tome dimensão desproporcional.



Tal conceito foi desenvolvido com uma estrutura formada por subelementos, quais sejam adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, os quais devem ser analisados nesta ordem, sendo que a análise do subsequente pressupõe que o elemento anterior tenha sido constatado positivamente. Adequação significa que o meio deve ser apto a estimular a obtenção do resultado pretendido. Necessidade, por sua vez, denota que o meio utilizado deve ser o que viole menos os direitos fundamentais para a realização de um determinado resultado. Já a proporcionalidade em sentido estrito diz respeito ao sopesamento dos bens jurídicos em conflito, ou seja, deve-se sopesar a restrição ao direito fundamental violado em contrapartida à importância do direito fundamental que com ele colide.

Barbosa Moreira (1996, p. 15-16) explica que as normas jurídicas em geral, e as normas constitucionais em particular, se articulam num sistema, cujo equilíbrio impõe que em certa medida se tolere algum detrimento aos direitos por elas conferidos. Os interesses e valores que as inspiram não raro entram em conflito uns contra os outros, de tal sorte que se torna impraticável dispensar a todos, ao mesmo tempo, integral proteção. Para assegurar a harmonia do conjunto, cumpre reconhecer que eles se limitam reciprocamente de modo inexorável. Daí a conveniência de deixar ao aplicador da norma restritiva determinada margem de flexibilidade no respectivo manejo, para que atento à ponderação comparativa dos interesses em jogo no caso concreto afigure-se capaz de permitir que se chegue a solução conforme à Justiça.

Explica Daniel Sarmento (2003, p. 23) que:

longe de se limitar à normatização esquemática das relações entre cidadão e Estado, a Constituição de 1988 espalhou-se por uma miríade de assuntos, da família à energia nuclear. Assim, é difícil que qualquer controvérsia relevante no direito brasileiro não envolva, direta ou indiretamente, o manejo de algum princípio ou valor constitucional. A ponderação de interesses assume, neste contexto, relevo fundamental, não apenas nos quadrantes do Direito Constitucional, como também em todas as demais disciplinas jurídicas.

Segundo Lênio Luiz Streck (1997, p. 42-23) a questão central, segundo o constitucionalismo moderno, não é se o legislador pode ou não restringir direitos, senão se sua intervenção se dá dentro de limites excepcionais e proporcionais. Algumas normas constitucionais preveem, expressamente, a possibilidade de limites a direitos fundamentais (caso típico é o inciso XII em pauta). Outras normas não contam com a previsão de restrição. Nem por isso foi restabelecida a doutrina dos direitos absolutos. Nem sequer o direito à vida, que é o mais relevante, é totalmente intangível.

Asseveram Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (p.57-58) que a aplicação do método de proporcionalidade conduz, por mãos seguras, à admissibilidade excepcional da prova ilícita, sempre que o bem jurídico prestigiado sobrepujar o bem sacrificado, no caso, a intimidade.

Dessa maneira, ilustrativamente, seria admissível a prova ilícita em uma ação de destituição do poder familiar, protegendo integralmente a criança ou adolescente. (CF, art. 227).

Nesta linha de pensamentos, alguns doutrinadores vêm entendendo que é possível invocar a interceptação telefônica na esfera extrapenal (cível, infância e juventude, investigação de paternidade, destituição do poder familiar, interdição etc.), percebendo nelas que o valor salvaguardado é de maior peso do que a intimidade ou privacidade sacrificada.

Diante destas considerações, entendem que atribuir valor absoluto às normas tuteladoras de direitos individuais pode significar inversão de valores prejudiciais à manutenção da ordem pública, lesar interesses juridicamente tutelados, levar à impunidade, conduzindo ao desequilíbrio social. Daí a conveniência de que se deixe uma certa margem de liberdade ao julgador, a fim de que este tenha oportunidade de agir com coerência e bom senso em face das circunstâncias e peculiaridades de cada caso.

Em contrapartida, não se pode deixar de advertir que o princípio da proporcionalidade traz em si uma carga enorme da subjetividade, porque quem vai dizer qual é o valor mais importante ou o valor menos importante é o juiz. Neste diapasão, Luiz Francisco Torquato Avolio (2003 p. 66-67) faz uma ponderação crítica acerca da aplicação do princípio da proporcionalidade advertindo que:

a teoria encerra um subjetivismo ínsito, que já defluiu da impossibilidade de enunciação dos seus elementos essenciais – interesses e valores – num plano abstrato. Por isso, não é de causar estranheza o ceticismo daqueles que vêem no princípio da proporcionalidade um parâmetro excessivamente vago e perigoso para uma satisfatória sistematização das vedações probatórias. Sem dúvida, existe o perigo de que os juízes venham a orientar-se somente com base nas circunstâncias particulares do caso concreto e percam de vista as dimensões do fenômeno no plano geral.

Assim, analisado os parâmetros da interpretação sistemática da Constituição e da ponderação de interesses, premissas utilizadas para justificar a utilização da interceptação no processo civil, cumpre trazer à baila as posições doutrinárias sobre o tema.

4.2 – ADMISSIBILIDADE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NO PROCESSO CIVIL

Passou-se a prever a possibilidade de interceptação telefônica diretamente no processo civil, visando corrigir possíveis distorções que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade. Essa atenuação prevê, com base na interpretação sistemática da Constituição e princípio da proporcionalidade, que, sempre em caráter excepcional e em



casos extremamente graves, em que se perceba que o direito tutelado é mais importante que o direito a intimidade, poderão ser utilizadas interceptação telefônica no processo civil.

Os adeptos desta posição entende que nenhuma liberdade pública é absoluta e não pode ser utilizada como escudo protetivo da prática de atividades contrárias ao direito. Além disso, deve a Constituição Federal ser interpretada teológica, sistemática, progressiva e extensivamente, afinal o direito evolui com o tempo e de acordo com as transformações sociais, não sendo crível ao legislador prever em dado momento todas as condutas possíveis para a satisfação dos anseios da sociedade. Diante destas circunstâncias, não resta alternativa ao operador e intérprete do Direito senão recorrer ao fenômeno da interpretação sistemática da Constituição Federal e ponderação de interesses.

Luiz Francisco Torquato Avolio (2003, p. 41) assevera que nada impede a aplicação do princípio da proporcionalidade no processo civil ou de qualquer outra natureza, desde que exista, no plano concreto, a contraposição de dois interesses juridicamente relevantes. O caráter de indisponibilidade presente no Direito de Família e no Direito Público, em geral, poderá suscitar situações de confronto entre direitos e garantias fundamentais, com eventuais reflexos no processo.

Barbosa Moreira (1996, p. 19) adverte que não parece razoável a diferença que se estabelece entre o campo penal e civil.

Não se repitam as velhas e desmoralizadas trivialidades sobre o caráter mais “grave” dos efeitos da sentença penal em comparação com as da sentença civil. Um pensamento superficial costuma trazer à colação, a tal respeito, a oposição entre decisões que só interessam ao patrimônio e decisões que afetam a liberdade pessoal. É esquecer que no âmbito cível se trata com frequência de problemas relativos a aspectos íntimos e relevantíssimos da vida das pessoas, como ocorre, por exemplo, nos assuntos de família; e também que no processo penal pode igualmente estar em jogos apenas o patrimônio, como acontece quando a infração não é punível senão com multa.

A Constituição de 1988 equiparou com acerto o processo civil (*rectius* qualquer processo) ao penal, no que tange às garantias dos litigantes. Por exemplo: o art. 5º LV, que sanciona o princípio do contraditório, nenhuma distinção admite desse ponto de vista: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.” De maneira alguma se justifica a adoção de diretrizes diversas no terreno aqui focalizado. A diferença de tratamento não pode deixar de causar perplexidade: eis a explicação mais provável do fato de que ilustre constitucionalista haja afirmado que o texto não distingue entre a instrução processual penal e a civil.

Justifica-se a possibilidade da utilização da interceptação telefônica no processo civil, sob o argumento de que não há garantias constitucionais absolutas, a exemplo de o Código Penal admitir a prática de homicídio em legítima defesa, mesmo com a garantia da inviolabilidade do direito à vida, previsto na Carta Magna. Da mesma forma, o art. 5º, XII, embora disponha sobre o sigilo de correspondência, sem abrir exceção, reconhece-se a legitimidade do art. 41, parágrafo único, da Lei de Execução Penal, que admite a interceptação de carta de presidiário por ato motivado do diretor do estabelecimento.

Com esse mesmo entendimento, o Superior Tribunal Federal decidiu pela possibilidade excepcional de interceptação de carta de presidiário pela administração penitenciária, entendendo que a “inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas” (STF, 1ª Turma, HC nº 70/814-5/SP, Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 24 jun. 1994, p. 16.650 – RT 709/418. STF – Carta Rogatória n.º 7.323-2 – Rel. Min. Celso de Mello – Presidente. Diário da Justiça, Seção I, 11 jun. 1999, p.40; RTJ 157/44).

Não obstante não constar ressalva no texto constitucional no que pertine ao sigilo de transmissão de dados, o Tribunal Superior do Trabalho permite que o empregador fiscalize o correio eletrônico do empregado, não reconhecendo, portanto, a inviolabilidade do e-mail corporativo.

Deste modo, entende-se que não pode o Estado, sob o manto da proteção à intimidade, fechar os olhos a práticas lesivas a outros valores. Também não se pode interpretar a Constituição de maneira reducionista ou contra seus princípios, de forma que alguns juristas ponderam para uma interpretação conforme a Constituição, a fim de permitir a utilização da interceptação telefônica no processo civil.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2009, p.717) defendem a possibilidade de interceptação telefônica também para fins civis, declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade da norma regulamentadora, que não pode isolar o valor constitucional liberdade de outros valores igualmente relevantes, como o próprio direito à vida digna.

Nesta linha de inteligência, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul determinou a interceptação telefônica em ação de alimentos para salvaguardar os interesses do alimentando, aplicando, na espécie, a ponderação de interesses. (TJ/RS, Ac, unân, 7ª Câmara, Civil., AgrInst 70018683508 – comarca de Porto Alegre, Rel. Des. Maria Berenice Dias, j. 28.3.07).

Para esta corrente doutrinária a inadmissibilidade da utilização da interceptação telefônica no processo civil tem de sofrer certas ressalvas, sob pena de inviabilizar um dos propósitos do Estado de Direito, que é a promoção da Justiça. Não podendo admitir que interesses individuais se sobreponham a relevantes direitos, em prejuízo da ordem social e favorecendo a impunidade, o que leva ao descrédito do sistema estatal e compromete a segurança jurídica.



Finalmente, cabe salientar que, mesmo para os defensores desta posição, a utilização da interceptação telefônica no processo civil não deve ser aceita, a não ser em casos excepcionais, quando for extremamente difícil ou impossível a obtenção do resultado de forma que não afronte qualquer direito individual e quando imprescindível para materialização da justiça.

4.3 – INADMISSIBILIDADE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NO PROCESSO CIVIL

A intimidade é garantia fundamental da pessoa humana, não podendo por qualquer meio ser violada, senão pelos termos expressos na Carta Magna que o instituiu. Isto basta para afirmar que não poderá ser concedida autorização para interceptação telefônica, quando esta não tiver por fim a produção de prova em investigação ou instrução penal, sob pena de violar-se frontalmente o inc. XII do art. 5º da Constituição Federal.

Nas lições de Alexandre Câmara (2011, p. 403) “parece, assim, obviamente afastada a possibilidade de utilização da escuta telefônica, ainda que autorizada, como meio de prova no processo civil.”

Neste mesmo sentido é a posição de Nelson Nery Júnior (2004, p. 203) para quem, sendo norma de exceção, o disposto no inciso XII do art. 5º da CF deve ser interpretado restritivamente. Quer isto dizer que somente o juiz criminal pode autorizar a interceptação telefônica, quando ocorrerem as hipóteses previstas na Constituição Federal. O juiz do cível não pode determinar escuta telefônica para formar prova direta no processo civil.

Para Fernando Capez (2010, p. 565) não se admite a quebra do sigilo para instruir processo cível, já que a autorização só é possível em questão criminal. Da mesma forma, incabível a interceptação em sede de inquérito civil ou ação civil pública.

Com efeito, a regra constitucional é a da proteção da intimidade, a exceção é a da quebra do sigilo das comunicações, sendo, por este motivo, limitada pelo constituinte e também pelo legislador ordinário. Como se sabe, normas que criam exceção não admitem interpretação extensiva. Assim, tal previsão constitui importante garantia do investigado ou acusado, uma vez que torna a interceptação efetuada para finalidade diversa daquela prevista em lei meio de prova inaproveitável, em razão de ferir o princípio do devido processo legal.

De fato, conforme destaca Antônio Magalhães Gomes Filho (1996, p.17) o direito à prova, como corolário dos próprios direitos de ação e de defesa, possui estatura constitucional, mas nem por isso pode sobrepor-se sistematicamente aos demais valores tutelados pela ordem jurídica. Especialmente no campo penal, é inconcebível que o Estado banalize os direitos fundamentais para obter provas

Ainda que assim não fosse, ao se admitir o conflito aparente entre o sigilo das comunicações telefônicas e a prioridade absoluta na proteção de outros direitos fundamentais, faz-se necessário verificar a proporcionalidade da medida adotada à luz dos elementos da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A decretação de interceptação telefônica em processo cível mostra-se adequada para se atingir o fim objetivado com tal medida, que é, por exemplo, saber o paradeiro de uma criança que estava em poder de seu genitor, sem que este tivesse autorização para tanto. Contudo, tal medida não é necessária, pois é possível realizar a interceptação por outro meio: basta que o juiz da vara da família requirite a instauração de inquérito policial, se for o caso, bem como a realização da interceptação. Neste caso, não haveria nenhuma violação ao direito fundamental assegurado, uma vez que a Constituição Federal permite que a interceptação telefônica seja efetuada para fins de investigação criminal. Assim, ainda que se admita o conflito aparente entre direitos fundamentais, a medida não é proporcional por ausência de necessidade, pois há outro meio para se atingir o mesmo fim, sem violar o direito fundamental em análise. (PELLIN, 2012, p. 18).

Embora admita-se que restrições a direitos fundamentais são realmente inevitáveis, num contexto democrático, é importante evitar violar o texto constitucional, para não se correr o risco de um esvaziamento progressivo das normas de Direito Fundamental. Destarte, a suspensão de certos direitos fundamentais é autorizada em casos limitados previstos na própria Constituição da República e de acordo com o devido processo legal-constitucional. A tensão social e o sentimento de impunidade não autorizam juízes a se sobreporem à Carta Magna e suprimirem determinadas garantias e direitos.

Nestes termos, em nenhuma hipótese pode a interceptação telefônica ser utilizada como meio de obtenção de prova no âmbito cível, sob pena de restarem feridas as garantias constitucionais do devido processo legal e da proteção à intimidade do indivíduo. E nem se diga que o princípio da proporcionalidade pode ser aplicado, sendo necessário modificar a lei, uma vez que as exceções somente devem ser interpretadas literalmente, minimizando, dessa forma, os prejuízos à restrição do direito à intimidade do indivíduo, não comportando exegese ampliativa.

5 – CONCLUSÃO

É notável a complexidade e importância que representa o tema discorrido. O problema inclui-se entre os mais árduos que a ciência processual e a política legislativa têm precisado enfrentar, dada a singular relevância dos valores eventualmente em conflito. De uma lado é natural que suscite aversão à possibilidade de que alguém tire proveito de uma ação que



viole o direito à intimidade; de outro, há o interesse público de assegurar ao processo resultado justo, o qual normalmente impõe que não se despreze elemento algum capaz de contribuir para o descobrimento da verdade. É difícil encontrar o ponto de perfeito equilíbrio entre as duas exigências contrapostas.

É cediço que não há como o ordenamento jurídico prevê todas as hipóteses fáticas da vida humana, apontando a necessidade do direito ser construído diuturnamente, a partir da resolução do caso concreto. Entretanto, os aplicadores do direito não podem consentir com restrição a direitos fundamentais em hipóteses não admitidas pela legislação pátria, haja vista ser esta uma exceção à garantia constitucional do sigilo das comunicações, devendo, portanto, ser utilizada em situações excepcionais e sempre em última instância.

Deste modo, o direito “menor” à intimidade não pode ser usado pelo Poder Judiciário como argumento para admissão da interceptação telefônica no Processo Civil, encoberto no manto protetor do princípio da proporcionalidade. Ao assegurar o sigilo das comunicações, a Constituição Federal já estabeleceu em que situação seria possível restringi-lo, não cabendo ao intérprete fazer uma análise contrária ou mais abrangente do texto constitucional, até mesmo porque toda limitação a direito fundamental deve ser entendida de forma restrita.

Na realidade o que se tem hoje é a preguiça de investigar, utilizando-se da teoria dos caminhos mais fáceis, o que não deve ser admitido. A investigação no Estado Democrático de Direito, conforme instituído pela República Federativa do Brasil, possui limites legais expressos que não podem ser violados, sob pena de inobservância dos princípios do devido processo, do contraditório e da ampla defesa.

Diante deste contexto, está claro que o art. 5º, XII, da CF, ao assegurar o sigilo das comunicações como um direito fundamental do indivíduo em face do Estado, retirou de seu âmbito de proteção apenas as interceptações telefônicas realizadas para fins de investigação criminal e instrução penal. Apenas com esta finalidade, portanto, é permitida a intervenção no âmbito de proteção deste direito fundamental.

Por fim, deve se atentar para o fato de que o julgado do STJ que permitiu a interceptação telefônica em um processo de natureza civil foi a solução para aquele caso concreto, diante das circunstâncias fáticas apresentadas, não se podendo dizer que tal decisão poderia ser proferida em situações diversas. Isto significa que não passou a estar autorizada a interceptações telefônica em todo e qualquer processo civil, continuando válida a regra constitucional de vedação da interceptação telefônica em processo diverso do criminal.

Se assim não fosse, um procedimento a ser realizado em casos excepcionais, pois representa a quebra de um direito fundamental, tornar-se-ia uma prática costumeira em nosso País,

ocasionando a debilidade de todo o ordenamento jurídico. Nessa linha de interpretação, cuidados especiais devem ser tomados até mesmo para evitar que o processo penal sirva como meio oblíquo para legitimar a prova no processo civil.

6 – REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Leonei Maruí Moura de. Interceptação das comunicações telefônicas: ato exclusivo de investigação criminal ou polícia judiciária. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v.12, n.141, p. 14-15, ago. 2004.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. Interceptação Telefônica em Ação de Execução de Alimentos. **De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**. n. 9, p. 266-277, jul./dez., 2007.

AMORIM, Maria Carolina de Melo. Considerações sobre o segredo judicial e as provas colhidas com a quebra de sigilo das comunicações telefônicas. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, ano 18, n. 211, p. 13-14, jun., 2010.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**, 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BELLOQUE, Juliana Garcia. Nova disciplina jurídica da quebra do sigilo das comunicações telefônicas. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v.11, n.127, p. 12, jun. 2003.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 16ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 203405/MS, da Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, Mato Grosso do Sul, 28 de julho de 2011. Disponível em :<<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 17 de julho de 2012.

CABETE, Eduardo Luiz Santos. Artigo 1º, Parágrafo Único da Lei nº 9.296/1996 e a Questão da Constitucionalidade. **Revista de Direito Público**. n. 21, p. 67-75, mai./jun., 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. vol. I. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 21ª ed., 2012

CAMBI, Eduardo. Interceptação telefônica – Breves considerações sobre a Lei 9.296/1996. **Revista de Processo**, ano 29, n. 118, p. 143-148, nov./dez., 2004.



CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: legislação penal especial**, 5ª. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, v. 4.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Lei 9.296/96 : interceptação telefônica. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, n. 47, p. 03, out. 1996.

COIMBRA, Valdinei Cordeiro. **Interceptação telefônica como prova emprestada em Processo Administrativo Disciplinar**. Clubjus, Brasília-DF: 29 jun. 2007. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=797. Acesso em: 01 de julho de 2012.

CUNHA JÚNIOR, Dirleyda. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed., Salvador: Editora JusPodivm, 2011.

DELMANTO, Roberto. A permissão constitucional e a nova lei de interceptação telefônica. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, n. 47, p. 02, out. 1996.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Direito Probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação de sentença e coisa julgada**, Salvador: JusPodium, 2007, vol. 2

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil – Teoria Geral**. 8ª. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FERNANDES, Antonio Scarance. Interceptações telefônicas : aspectos processuais da nova lei. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, n. 45, p. 15-16, ago. 1996.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A violação do princípio da proporcionalidade pela Lei 9296/96. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, n. 45, p. 14, ago. 1996.

GOMES, Luiz Flávio. Interceptação telefônica e encontro fortuito de outros fatos. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, n.51, p. 06, fev. 1997.

_____. **Interceptação Telefônica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação Telefônica: consideração sobre a Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996**. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades do Processo Penal**. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

JESUS, Damásio Evangelista de. Valor da prova obtida por escuta telefônica [Comentário de jurisprudência]. **Boletim IBCCRIM**. Jurisprudência. São Paulo, v.1, n. 9, p. 24, out. 1993.

MACHADO, Agapito. Prova emprestada. Interceptação telefônica. Validade?. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 620, 20mar.2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6239>>. Acesso em: 18 jul. 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de Conhecimento**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 2.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

MIRANDA, Andréa Paula Matos Rodrigues de. Provas Ilícitas e Interceptação Telefônica. **Revista dos mestrandos em Direito Econômico da UFBA**, n. 9, p. 95-110, jan./dez., 2001.

MORAES, de Alexandre. **Direito Constitucional**. 27ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

_____. **Direitos humanos fundamentais**. 5ª. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e As Provas Ilícitamente Adquiridas. **Revista de Direito Administrativo**. v. 205, p. 11-22, jul./set. 1996.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**, 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

PRADO, Geraldo. **Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

RANGEL, Paulo. Breves considerações sobre a Lei 9296/96 (interceptação telefônica). **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 41, 1maio2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/195>>. Acesso em: 30 jul. 2012.

RIBEIRO, Karine Silva; ALVARES, Delaine de Sousa Silva Alvares. **A interceptação Telefônica Meio de Prova Emprestada em Processo não Criminal**. Disponível em <<http://revista.universo.edu.br/index.php/1direitoconstrucao3/article/viewFile/61/62>>. Acesso em: 18 jul. 2012.

ROCHA, Miranda. A Inconstitucionalidade da Lei nº 9.296/96 (Interceptação Telefônica). **Revista Jurídica dos Formandos da UFBA**, v. 2, p. 487-496, 1997.



SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**, 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Interceptação telefônica [Comentário de jurisprudência]. **Boletim IBCCRIM**. Jurisprudência. São Paulo, v.4, n.44, p. 155, ago. 1996.

SILVA FILHO, Gustavo Carvalho da; NETO BONFIM, Urbano Félix da. Provas Ilícitas – Com Ênfase na Interceptação Telefônica. In FARIA JÚNIOR, César de. (coord.). **Processo Penal Especial**. São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 57-93.

SILVEIRA, Oscar Marcelo Silveira de. **Interceptação telefônica face aos direitos individuais**. Disponível em <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em: 02 jul 2012

SIMANTOB, Fabio Tofic. O uso abusivo das interceptações telefônicas. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v.14, n.167, p. 12, out. 2006.

STRECK, Lênio Luiz. **As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

TALAMINI, Eduardo. A prova emprestada no processo civil ou penal. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 1998, n.91, 90-109.

TASSARA JÚNIOR, Waldemar Antônio. **Interceptação telefônica a luz do ordenamento jurídico brasileiro após o advento da Lei 9296/96**. Disponível em <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em 18jul 2012.

A EFETIVIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS VERSUS A IMPROBIDADE PROCESSUAL: SANÇÕES APLICÁVEIS

Laise de Carvalho Leite Maltez⁵

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2 O DESRESPEITO ÀS DECISÕES JUDICIAIS – *CONTEMPT OF COURT*; 2.1 CONCEITO E BREVE ESCORÇO HISTÓRICO; 2.2 CLASSIFICAÇÃO; 2.2.1 *CONTEMPT* DIRETO (*DIRECT CONTEMPT*) E INDIRETO (*INDIRECT CONTEMPT*); 2.2.2 *CONTEMPT OF COURT* CRIMINAL E CIVIL; 3 *CONTEMPT OF COURT* NO BRASIL; 4 MEDIDAS DE APOIO COMO MEIOS HÁBEIS PARA A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL; 5 MULTAS PREVISTAS NO CPC E POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO COM O ARTIGO 14 PARÁGRAFO ÚNICO DO CPC; 6 PRISÃO POR DESOBEDIÊNCIA À ORDEM JUDICIAL; 6.1 PRISÃO CIVIL; 6.2 PRISÃO PENAL; 7 CONCLUSÃO; 8 REFERÊNCIAS.

Resumo:

O presente trabalho tem por escopo trazer à discussão, diante da crise de efetividade do Judiciário, em razão do descumprimento de provimentos mandamentais, a aplicabilidade do instituto do *contempt of court*, nos moldes da *common Law*, ao direito brasileiro, mormente a admissibilidade de prisão civil como técnica de execução indireta.

Palavras-chave: *Contempt of court*; Decisão judicial; Crise de autoridade; Ato atentatório ao exercício da jurisdição; Sanções previstas; Multa; Prisão civil; Prisão penal.

Abstract:

The scope of this paper is to bring the discussion before the crisis of effectiveness of the judiciary, because of noncompliance with provisionses mandamentais, the applicability of the Institute of contempt of court, similar to the common Law, the Brazilian law, especial/y the admissibility of civil imprisonment as a technique of indirect execution.

Keywords: *Contempt of court*; Judicial decision; Authority crisis; Offense to jurisdiction; Sanctions; Fine; Civil Arrest; Criminal Arrest.

5 – Defensora Pública de Classe Especial, Especialista em Direito do Estado pela Faculdade Baiana de Direito



1 – INTRODUÇÃO

Hodiernamente se tem enfrentado um grande problema no que tange à efetividade das decisões judiciais. Se, por um lado, permitiu-se a adoção de técnicas de agilização da resposta judicial, mormente por meio da antecipação dos efeitos da tutela, por outro lado, está-se diante de uma verdadeira crise de autoridade do Judiciário, em função do crescente descumprimento das ordens judiciais.

As técnicas de agilização da resposta judicial surgiram em razão da angústia em constatar que, muitas vezes, aguardar o término do processo para, enfim, ter-se o provimento pleiteado, não traria a utilidade prática esperada pela parte, em razão do largo lapso temporal entre o ajuizamento da demanda e a resposta judicial definitiva. Daí surgiram, a título de exemplo, as tutelas antecipada e específica, com a adoção das medidas coercitivas de cumprimento dos atos judiciais.

Os provimentos judiciais de antecipação dos efeitos da tutela ou resultado equivalente são dotados de caráter mandamental, nos termos da classificação quinária, proposta por Pontes de Miranda, a saber, ação declaratória, condenatória, constitutiva, mandamental e executiva *lato sensu*, em contraposição à teoria clássica da tripartição das ações – também conhecida como classificação trinária –, formulada pela doutrina italiana clássica, que exclui as duas últimas.

Nas preciosas lições de Marinoni:

Tudo isso revela que o sistema clássico de tutela dos direitos não foi pensado para permitir a tutela preventiva, ou ainda que a doutrina clássica não se preocupava com a tutela preventiva de direitos, o que certamente tinha relação com a ideia de que qualquer infringência à lei ou ao contrato poderia ser recomposta através de dinheiro e de que não importava a tutela preventiva, única realmente adequada para tutelar os novos direitos.

Se a sentença declaratória não é hábil para permitir a prevenção, e se a sentença condenatória tem um nítido escopo repressivo, não há possibilidade de se encontrar, dentro da classificação trinária das sentenças, uma via adequada para a tutela dos direitos não patrimoniais, o que revela uma total incapacidade do processo civil clássico para lidar com as relações mais importantes da sociedade contemporânea⁶.

Para Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, a ação mandamental e a executiva *lato sensu* podem ser assim definidas:

6 – Marinoni, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional do processo de conhecimento. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 433.

É o caso da sentença que concede mandado de segurança, ou da proferida contra oficial do registro público para retificação de nome, ou para cumprimento específico das obrigações de fazer ou não fazer. Para o descumprimento da ordem emanada pela sentença mandamental, o ordenamento prevê sanções de natureza material e processual, chegando até a eventual configuração de crime de desobediência (com a necessidade, para a sua caracterização, de processo criminal revestido de todas as garantias do devido processo penal).

Ainda, fala-se também da existência da sentença executiva como uma quinta modalidade. Mediante a ação judicial que busca um provimento executivo, tem-se em mira um processo de conhecimento em que sua decisão seja em muito análoga à condenatória, mas provida de uma especial eficácia consistente em legitimar a execução sem necessidade de novo processo subsequente de execução ou qualquer incidente complexo, como o “cumprimento da sentença”, sendo exemplo desta as possessórias e as ações de despejo⁷.

Destaque-se que, para parte da doutrina, a classificação quinária é tão-somente o desdobramento das ações condenatórias, com o que não concordamos⁸. Entretanto, pela limitação do tema do presente trabalho, não se fará uma análise mais aprofundada a respeito da classificação dos provimentos judiciais.

Ratificando o entendimento de que as decisões proferidas em ações mandamentais trazem um conteúdo tendente à efetividade do cumprimento das obrigações, o legislador dotou o magistrado de poder de coerção, impondo, a título exemplificativo, à parte recalcitrante, as medidas previstas no art. 461 § 5º do Código de Processo Civil: “multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial”.

Ademais, o descumprimento imotivado de provimentos mandamentais, bem como a conduta de criar embaraços à efetivação de comandos judiciais, antecipatórios ou finais, caracteriza ato atentatório ao exercício da jurisdição, nos termos do artigo 14, parágrafo único, CPC, sujeitando a parte e todos aqueles que participaram do processo a sanções criminais, civis e processuais.

Portanto, não se pode olvidar que não basta assegurar constitucionalmente, como direito fundamental, o acesso à justiça, insculpido no artigo 5º, XXXV, CF. Mister se faz compreendê-

7 – CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 18ª. ed., São Paulo : Editora Malheiros, 2002, p. 302.

8 – A propósito, Marinoni afirma: “Ora, se surgiu uma nova necessidade de proteção jurisdicional e, assim, uma nova modalidade de tutela, não há razão para se preservar a antiga classificação trinaría, como se ela fosse absoluta e intocável. (Marinoni, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional do processo de conhecimento. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 441



-lo em seu sentido material, ou seja, deve-se garantir o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva⁹, escopo do direito processual moderno. Para tanto, o magistrado deve estar dotado de poderes e meios capazes de impor e fazer cumprir as ordens e decisões judiciais, sob pena de tais comandos travestirem-se em meras declarações de intenções, palpites, recomendações, uma vez que não seriam dotados de coercibilidade.

Deste modo, o objeto do presente artigo é a reflexão a respeito das sanções aplicáveis àquele que, de maneira injustificada, descumpre ou cria embaraços à efetivação das ordens judiciais. Poder-se-ia afirmar que o legislador adotou o *contempt of court* do sistema da *common law*? Quais as espécies de sanções a serem aplicadas? Podem ser cumuladas? E, no caso de aplicação das multas, a quem será revertido o valor? Qual o momento da exigibilidade da multa? E nas hipóteses em que são previstas multas por dia de atraso e, mesmo assim, a parte se recusa a cumprir, o que fazer? Caberia prisão civil? Dita prisão estaria abarcada pela Constituição Federal? A parte responderia pelo crime de desobediência, previsto no artigo 330, Código Penal? Diversos são os questionamentos a respeito do tema.

2 – O DESRESPEITO ÀS DECISÕES JUDICIAIS – *CONTEMPT OF COURT*

2.1 – CONCEITO E BREVE ESCORÇO HISTÓRICO

A responsabilização por má conduta processual é denominada, no direito anglo-saxão, *contempt of court*. Noutro dizer, é o descumprimento da ordem judicial podendo fazê-lo, ou seja, a parte, intencionalmente, recusa-se a cumprir o comando judicial, criando, assim, embaraços ao processo.

Tal instituto caracteriza-se por dotar o magistrado de poderes (*contempt power*) capazes de prevenir/punir o desacato, a chicana processual, aplicando, assim, diante da conduta perpetrada, as sanções (*contempt sanctions*), mediante a realização de procedimentos específicos para apurar a ocorrência do *contempt of court* (*contempt proceedings*).

As medidas utilizadas pelo magistrado reúnem uma dupla função, a saber, a **função punitiva**, à medida que impõe sanções na hipótese de descumprimento e/ou embaraço à efetividade da tutela jurisdicional, como também a **função coercitiva ou preventiva**, pois inflige à

9 – Marini observa que: "Não é por outro motivo que o direito à prestação jurisdicional efetiva já foi proclamado como o mais importante dos direitos, exatamente por constituir o direito a fazer valer os próprios direitos." E, mais adiante aduz que: "Entretanto, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, quando se dirige contra o juiz, não exige apenas a efetividade da proteção dos direitos fundamentais, mas sim que a tutela jurisdicional seja prestada de maneira efetiva para todos os direitos. Tal direito fundamental, por isso mesmo, não requer apenas técnicas e procedimentos adequados à tutela dos direitos fundamentais, mas sim técnicas processuais idôneas à efetiva tutela de quaisquer direitos. De modo que a resposta do juiz não é apenas uma forma de se dar proteção aos direitos fundamentais, mas sim uma maneira de se dar tutela efetiva a toda e qualquer situação de direito substancial, inclusive aos direitos fundamentais que não requerem proteção, mas somente prestações fáticas do Estado (prestações em sentido estrito ou prestações sociais)." (MARINONI, Luis Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/5281/o-direito-a-tutela-jurisdicional-efetiva-na-perspectiva-da-teoria-dos-direitos-fundamentais#ixzz21CT6KVu5>. Acesso em 20 jul. 2012).

parte uma pressão psicológica, impondo medidas que visam instar a parte ao cumprimento do comando judicial¹⁰.

Para a aplicação do instituto, mister se faz a presença dos seguintes elementos:

- a) Existência de uma ordem legal, proferida por autoridade competente;
- b) Ciência inequívoca da ordem pela parte a quem o comando é endereçado;
- c) Possibilidade fática de cumprimento da ordem emanada;
- d) Descumprimento injustificado da ordem.

A origem do instituto é controvertida. Entretanto, a mais aceita é no sentido de que o *contempt of court* teve sua origem no Direito Romano, por meio dos interditos, contudo, seu desenvolvimento deu-se no direito anglo-saxão, no sistema da *common Law*.

Araken de Assis apresenta, em síntese, a origem histórica do *contempt of court* no sistema. Aparentemente, a primeira referência à sua aplicação remonta ao ano de 1187, em hipótese de réu que não acudiu à citação. Shakespeare mencionou o respeito à autoridade do juiz em celebrada passagem da peça Henrique 5.º, em que dialogam o rei e o *Chief of Justice. common law*:

O poder de o juiz exigir e impor acatamento às suas determinações, decorrentes da parcela da soberania que lhe é conferida, parece essencial à subsistência da ordem, nas suas esferas legítimas de governo e da justiça. Nenhuma corte ou tribunal, assevera James Oswald, carece do poder de vindicar sua própria autoridade, dignidade e respeito. Na Inglaterra, a configuração básica do instituto emergiu de voto do Juiz Wilmot, publicado depois de sua morte, em 1802, e influenciado por Blackstone. Tratava-se da publicação de libelo por um livreiro chamado Almon contra o *Chief Justice* Lord Mansfield. Em síntese, o poder de contempt, na concepção do Juiz Wilmot, decorria da possibilidade qualquer corte vingar sua própria autoridade, prendendo ou multando quem a desafiasse em caráter público. Na América, o Judicial Act de 1789, alterado em 1821 para dirimir incertezas, conferiu a todo tribunal análoga competência. Em todos os casos, sob as variadas situações em que examinou o problema, a Suprema Corte sempre preservou a autoridade judicial. Apesar das críticas, e da criação, em 1970, de um Comitê para reexaminar o tema e propor reformas, o poder de erradicar a obstrução à Justiça permanece na sua feição

10 – Com relação à dupla função apresentada pelo instituto, Osmar Vieira aduz: “Os tais meios e procedimentos de execução podem simplesmente assumir um caráter reparatório e esterilizador, alertando o jurisdicionado de que o ato por ele praticado vai de encontro à decisão judicial legítima proferida, dando-lhe a chance de purgar sua mora e eliminar o estado de insubordinação. Esse alerta destina-se a acelerar a submissão do jurisdicionado e vem normalmente acompanhado de uma sanção temporária, que deve perdurar pelo tempo necessário de seu convencimento e integral subordinação. Por outro lado, os meios e procedimentos de execução podem assumir um caráter punitivo, especialmente diante de atos praticados reiteradas vezes e irreversíveis. Nesses casos, a sanção aplicável não se destina à modificação de um estado de inadequação comportamental do jurisdicionado recalcitrante, mas à sua instrução e a dos demais jurisdicionados, das consequências danosas de um ato de insubmissão e afronta à justiça.” (SILVA, Osmar Vieira da. *O contempt of court* (desacato à ordem judicial) no Brasil. Revista jurídica da Unifil, n. 04, p. 93, 2007)

original, valendo o juízo de Edward L. Dangel: “o *contempt of court* é uma ofensa misteriosa e indefinida, tão fácil de ser cometida, quanto de ser julgada.” Vale rememorar, ainda, incumbir poder idêntico ao Congresso americano (*congressional contempt of court*), evidenciado no seu largo emprego contra os pretensos dissidentes políticos, na época do Senador Joseph Raymond McCarthy, galvanizando toda a Nação¹¹.

2.2 – CLASSIFICAÇÃO

2.2.1 – *Contempt* direto (*direct contempt*) e indireto (*indirect contempt*)

Tal classificação funda-se no fato da ofensa ser proferida na presença, ou não, do órgão judiciário. Deste modo, se o desrespeito ocorreu na presença do juiz (*contempt* direto), a produção de provas mostra-se despidianda e a aplicação da sanção é imediata, o que não ocorre no *contempt* indireto, em que há necessidade de procedimento prévio para a aplicação de punição¹².

2.2 – CONTEMPT OF COURT CRIMINAL E CIVIL

A distinção é feita com base no propósito da sanção aplicada e não na conduta perpetrada.

Em outras palavras, no *contempt of court* civil há uma ameaça para a hipótese de a parte descumprir ou causar embaraço ao provimento judicial. Trata-se de uma função coercitiva, de caráter prévio, no sentido de que é aplicada com o escopo de instar a parte ao cumprimento do comando judicial, prevendo, assim, a possibilidade de aplicar sanção na hipótese de descumprimento.

Já no *contempt of court* criminal, já houve a ofensa, então, neste caso, é aplicada a punição. É, portanto, posterior à ofensa, vale dizer, é a consequência em razão do descumprimento da decisão judicial.

11 – ASSIS, Araken de. **O *contempt of court* no Direito Brasileiro**. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Araken%20de%20Assis\(4\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Araken%20de%20Assis(4)%20-%20formatado.pdf). Acesso em: 1 jul. 2012

12 – Araken de Assis apresenta alguns exemplos de *contempt of court* direto e indireto: “A diferença entre ambas as espécies remarca-se nos exemplos arrolados em cada classe. Avulta, porém, o caráter residual da forma indireta. Assim, representam casos de *contempt* direto: o falso testemunho; a recusa de responder à pergunta admitida pelo juiz; o distúrbio na sala de audiências. Como os poderes da autoridade judiciária abrangem todos os oficiais da corte, incluindo advogados, eventual reiteração de perguntas já proibidas, ou a insistência em manter a linha de interrogatório rejeitada pelo juiz, no curso da *cross examination*, também caracterizam o *contempt* direto. Em alguns casos, em vez de declarar o infrator na situação de *contempt*, é lícito ao órgão judiciário tomar providência diferente, como esvaziar a sala de audiências. De outro lado, constituem *contempt* indireto: a ocultação da pessoa, com o fito de evitar citação ou intimação; subornar jurados a recusa em indicar bens à penhora; organizar manifestações à porta do tribunal; injuriar o juiz, as partes e os servidores do tribunal; e, até mesmo, tirar fotos da sessão e publicá-las, que, na Inglaterra, é ato proibido por Lei de 1925 (ASSIS, Araken de. **O *contempt of court* no Direito Brasileiro**. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Araken%20de%20Assis\(4\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Araken%20de%20Assis(4)%20-%20formatado.pdf). Acesso em: 1 jul. 2012).

Ressalte-se que a aplicação do *contempt of court* civil não afasta o *contempt of court* criminal e vice-versa, pois os objetivos das sanções são diversos¹³.

3 – CONTEMPT OF COURT NO BRASIL

Muito se discute a respeito da existência, no Ordenamento Jurídico Pátrio, do instituto do *contempt of court*.

Inicialmente, pode-se dizer que, nos moldes em que é aplicado no direito anglo-saxão, tal instituto não foi incorporado ao sistema brasileiro, apesar do hercúleo esforço, engendrado pela Escola Nacional da Magistratura e Instituto Brasileiro de Direito Processual, no sentido de positivá-lo no Código de Processo Civil.

Ora, o texto aprovado pela Lei nº 10.358/2001 em muito difere daquele proposto pela Escola Nacional da Magistratura e Instituto Brasileiro de Direito Processual, senão vejamos:

Texto proposto pela Escola Nacional da Magistratura e Instituto Brasileiro de Direito Processual	Texto aprovado pela Lei nº 10.358/2001
<p>Art. 14. São deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:</p> <p>(...)</p> <p>V – cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação dos provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.</p> <p>§ 1º. A violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido a multa será inscrita como dívida ativa do Estado ou da União, conforme o juízo competente.</p> <p>§ 2º. Se o responsável, no caso do parágrafo anterior, e devidamente advertido, ainda assim reitera a conduta atentatória ao exercício da jurisdição, o juiz poderá também impor-lhe prisão civil até trinta dias, que será revogada quando cumprida a decisão judicial*</p>	<p>Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do</p> <p>V – cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.</p> <p>Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitem exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civil e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado</p>

13 – “As sanções ensejadas pelo *contempt*, em qualquer de suas modalidades, são a prisão, a multa, a perda de direitos processuais e o seqüestro. No civil, a punição é por tempo indeterminado, até que haja o cumprimento da ordem judicial. Se a decisão se tornar de impossível cumprimento, a sanção também deve cessar, motivando, entretanto, o *contempt* criminal. A multa pode ser compensatória, ou não. Quando compensatória, reverte ao prejudicado; quando coercitiva, reverte ao Estado, considerado o grande prejudicado pela recalcitrância. A prisão, aplicada com prudência, é considerada medida de grande praticidade para a efetividade do processo.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o *contempt of court*. Revista de processo, ano 26, n.102, p. 223, abr/jun. 2001.

Entretanto, apesar das alterações promovidas, ainda assim, pode-se afirmar que há dispositivos no ordenamento pátrio que se aproximam do *contempt of court*¹⁴. Todavia, considerando que os dispositivos são esparsos, não há uma uniformização a respeito do tema.

A discrepância inicia-se pela denominação: de um lado, ato atentatório ao exercício da jurisdição (artigo 14, CPC) e, de outro, ato atentatório à dignidade da justiça (artigos 125, III, 599, II, 600 e 601, todos do CPC). Acrescente-se, no que tange à sanção aplicada – multa –, que não há uniformidade quanto ao valor a ser aplicado, a quem é devida (destinatário), ao momento da exigibilidade, a quem é aplicada (sujeito passivo). Questões estas que serão analisadas mais adiante.

Pode-se afirmar que as providências que asseguram a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente ao adimplemento, insculpidas nos artigos 461, 461-A, ambos do CPC e artigo 84, CDC, quais sejam, *astreinte*, busca e apreensão, remoção de pessoas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, dentre outras a serem determinadas pelo juiz, são modalidades de *contempt of court* civil, à medida que visam compelir a parte ao cumprimento da ordem judicial. Outros exemplos são as multas previstas no artigo 475-J e artigo 645, ambos do CPC.

Por outro lado, a multa prevista no artigo 14, parágrafo único, CPC aproxima-se do *contempt of court* criminal, uma vez que ostenta o caráter punitivo e não coercitivo, refere-se à aplicação de sanções, em função da prática de atos de inobservância às ordens e decisões judiciais, que visam restabelecer, assim, o prestígio do Poder Judiciário.

Destaque-se que a apreensão de título e a possibilidade de decretação de prisão, previsto no artigo 885, CPC, revela a assimilação do *contempt of court* criminal¹⁵. Da mesma forma, revela-se a multa prevista no artigo 18, CPC, em razão da litigância de má-fé, como também a sanção contida no artigo 601, CPC. Entretanto, nestes dois últimos casos, há uma particularidade: a multa, apesar de ostentar o caráter punitivo, reverte para a parte contrária e não para o Estado.

Aliado ao quanto exposto, nas palavras de Jorge de Oliveira Vargas¹⁶, há fundamento jurídico genérico para a utilização das sanções do *contempt of court* no ordenamento nacional:

14 – De maneira sucinta, pode-se afirmar que são atos caracterizadores de *contempt of court*, previstos em nosso ordenamento: abuso de direitos processuais, descumprimento de ordens judiciais e a litigância de má-fé. Em questão de ordem, suscitada na ação penal que averigua a suposta prática de crimes ligados ao esquema denominado “Mensalão”, a “Min. Ellen Gracie observou que a tentativa de obstaculizar o andamento processual, tal como no caso, seria, em qualquer tribunal do mundo, rechaçada como *contempt of court*, tendo o Min. Cezar Peluso afirmado ser lamentável o fato de o Código de Processo Penal não ter uma disciplina específica para punir aquilo que é ilícito porque viola o dever jurídico de lealdade processual. Vencidos os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, que consideravam não se justificar o encaminhamento à OAB, no momento, por não vislumbrar a existência de dano processual. AP 470 Quinta QO/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 8.4.2010. (AP- 470).” Brasil. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 581. 15 – Tal dispositivo, a nosso entender, não foi recepcionado pela Constituição Federal.

16 – VARGAS, Jorge de Oliveira. As conseqüências da desobediência da ordem do juiz cível: Sanções pecuniárias e privativa de liberdade. Curitiba: Juruá, 2001)

os fundamentos genéricos encontramos na característica coativa do direito, no princípio do acesso à jurisdição no sentido material, na independência e no poder político do Judiciário, no princípio de que o poder de punir a desobediência está ínsito ao poder de julgar, no princípio processual civil de dever lealdade processual; na aplicação do direito comparado, na nossa tradição pré-republicana, no princípio constitucional da igualdade e no próprio Estado de Direito.

Apesar da tímida aproximação do Ordenamento Pátrio com o instituto do *contempt of court*, mister se faz salientar que se encontra em tramitação o anteprojeto do novo Código de Processo Civil, o qual, apesar de não prever o cerceamento da liberdade para o caso de descumprimento de decisão judicial, inova ao estabelecer o depósito imediato da multa punitiva por ato atentatório ao exercício da jurisdição. Entretanto, peca por manter a restrição de aplicação da multa aos advogados. Senão vejamos:

Art. 66. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

I – expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II – proceder com lealdade e boa-fé;

III – não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;

IV – não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito;

V – cumprir com exatidão as decisões de caráter executivo ou mandamental e não criar embaraços à efetivação de pronunciamentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

§ 1º Ressalvados os advogados, que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da Ordem dos Advogados do Brasil, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa.

§ 2º O valor da multa prevista no § 1º deverá ser imediatamente depositado em juízo, e seu levantamento se dará apenas depois do trânsito em julgado da decisão final da causa.

§ 3º A multa prevista no § 1º poderá ser fixada independentemente da incidência daquela prevista no art. 495 e da periódica prevista no art. 502.

§ 4º Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa referida no § 1º poderá ser fixada em até o décuplo do valor das custas processuais..



Como se percebe, há um esforço em albergar o instituto do *contempt of court* pelo ordenamento nacional, tendo em vista o crescente desrespeito ao comando judicial.

Assim, é preciso dotar o Poder Judiciário de meios capazes de coagir as partes à cooperação, por meio de aplicação de sanções, com o escopo de conduzir ao restabelecimento da autoridade do Poder Judiciário, como também para garantir a efetividade da tutela jurisdicional, em nome do direito fundamental da inafastabilidade do controle pelo Poder Judiciário.

4 – MEDIDAS DE APOIO COMO MEIOS HÁBEIS PARA A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL

Inicialmente, mister se faz estabelecer a premissa de que a escolha entre as técnicas para prestação da tutela jurisdicional não é realizada de maneira aleatória, à medida que depende do tipo de provimento judicial posto em juízo.

Assim, com o objetivo de garantir o direito fundamental de acesso à justiça, em seu sentido material, o legislador dotou os magistrados de maior poder e força cogente às decisões judiciais. Nesta perspectiva, são adotadas as seguintes técnicas executivas:

– **execução por sub-rogação** – diante do não cumprimento voluntário, o ordenamento autoriza o magistrado a, em substituição à atuação do devedor, praticar atos que efetivem o comando judicial. Esta técnica é mais utilizada nos provimentos judiciais de natureza condenatória. É a coerção direta. Caracteriza-se pelo fato de que as técnicas a serem utilizadas são tipificadas na legislação, nos termos do princípio da tipicidade dos meios de execução.

– **técnicas de execução indireta** – é a utilização de meios de coerção para a efetivação da decisão judicial. São utilizadas pelo magistrado, principalmente, nos provimentos judiciais de natureza mandamental. Trata-se da coerção indireta.

Para o objeto do presente trabalho, importa trazer à baila as sanções previstas no Código de Processo Civil aplicadas em razão de atos de improbidade processual

De maneira geral, diante da inobservância aos provimentos mandamentais, as seguintes sanções podem ser enumeradas:

- Sanções de caráter punitivo – são aquelas aplicadas quando já ocorreu a transgressão à decisão judicial ou embaraço à sua efetivação. Objetivam coibir os atos processuais ímprobos das partes e de todos aqueles que atuam no processo, como também preve-

nir que tais condutas sejam repetidas, ostentando, assim, uma função pedagógica. São exemplos: sanções decorrentes de atos atentatórios ao exercício da jurisdição (artigo 14, CPC) e atos atentatórios à dignidade da justiça (artigo 601, CPC)

- Sanções de caráter coercitivo – é um mecanismo de pressão psicológica, vale dizer, é a imposição de medidas que visam compelir a parte a respeitar, obedecer a ordem judicial, estabelecendo, assim, padrões de conduta processual. São exemplos: multa por tempo de atraso (astreinte), busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva. Tais medidas encontram previsão no artigo 461§ 5º, CPC e artigo 84§ 4º e 5º, CDC, todavia, a lei processual permite a adoção de outras medidas, pois este rol não é taxativo. Daí porque, no presente trabalho, defendemos a possibilidade de adoção da prisão civil como técnica coercitiva.

5 – MULTAS PREVISTAS NO CPC E POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO COM O ARTIGO 14, PARÁGRAFO ÚNICO DO CPC

Nesse passo, é preciso proceder uma breve análise a respeito da possibilidade de cumulação entre a multa prevista no artigo 14, CPC e aquelas previstas nos artigos 461, 18 e 601, CPC. Destaque-se que há outras multas previstas no Código de Ritos, entretanto, para o objeto do presente trabalho, apenas estas serão analisadas.

Inicialmente, conforme já aduzido, a multa prevista no artigo 14, parágrafo único do CPC, ostenta o caráter punitivo, sendo aplicada em razão da prática de ilícito processual, ou seja, conduta caracterizada como ato atentatório ao exercício da jurisdição, vale dizer, violação ao disposto no inciso V do dispositivo supracitado, como também da 2ª parte do § 1º do artigo 656, CPC. Trata-se de medidas ligadas ao *criminal contempt*, têm natureza administrativa. Assim, o valor da multa, estabelecido em percentual fixo, de acordo com a gravidade da conduta e não superior a 20% (vinte por cento) do valor da causa, será revertido para o Estado¹⁷ como forma de restabelecer o respeito, o prestígio, a autoridade do Judiciário, e será exigível após o trânsito em julgado da decisão.

Logo, partindo desta premissa, nada obsta que a multa do artigo 14, CPC, seja aplicada cumulativamente àquela prevista nos artigos 287, 461 e 461-A, CPC. Ora, a multa aplicada para garantir a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, nas obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa, tem natureza jurídica de medida coercitiva, inibitória, em outras palavras, trata-se de técnica de efetivação da decisão judicial, serve, portanto, para compelir a parte ao cumprimento

17 – Chega-se a esta conclusão à medida que, caso a parte não efetue o pagamento da multa arbitrada, esta será inscrita como dívida ativa da União ou Estado, caso se trate de demanda oriunda da Justiça Federal ou Estadual, respectivamente.



to da ordem. Trata-se de medida ligada ao civil contempt, tem natureza processual. Ademais, o valor da multa, fixado por tempo de atraso, não tem limitação e reverte para a parte contrária, podendo ser executada a partir do descumprimento da decisão judicial. Deste modo, por apresentarem natureza jurídica e objetivos distintos, as multas do artigo 14, parágrafo único e aquela prevista nos artigos 287, 461 e 461-A, CPC podem ser cumuladas.

Há ainda a multa prevista no artigo 18, CPC, a qual visa punir o ilícito processual, vale dizer, a litigância de má-fé. Quando a parte viola os deveres processuais insculpidos no artigo 14, I, II, III e IV, CPC ou pratica os atos previstos nos artigos 16 e 17, CPC será condenado a pagar multa em montante não superior a 1% (um por cento) do valor da causa, além de indenizar a parte contrária pelos prejuízos sofridos, mais os honorários advocatícios e todas as despesas efetuadas. Neste caso, o valor da multa reverte para a parte contrária. Também aqui cabe a cumulatividade entre as multas dos artigos 14 e 18, ambos do CPC, uma vez que as condutas ensejadoras e os destinatários são diversos.

Ao final, cabe destacar a multa aplicada em razão da prática de ato atentatório à dignidade da justiça, nos termos do artigo 601, CPC. Esta sanção tem caráter punitivo, vale dizer, é aplicada quando o executado pratica os atos previstos no artigo 600, e 1ª parte do § 1º do artigo 656, CPC. Trata-se de medida ligada ao *criminal contempt*, tem natureza administrativa. A multa, aplicada em percentual fixo, em valor não superior a 20% (vinte por cento) do valor atualizado do débito em execução, será revertida para a parte contrária, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material. Portanto, considerando que as multas do artigo 14 e do artigo 601 ostentam a mesma natureza jurídica, não podem ser aplicadas de forma cumulada.

Nessa senda, chega-se à conclusão de que, por ter natureza jurídica punitiva, com o escopo de afastar toda e qualquer conduta tendente a ofender o órgão judiciário ou a pessoa do juiz ou a diminuir sua autoridade ou dignidade, a multa, prevista no artigo 14, parágrafo único, reverte para o Estado-Juiz, como forma de restabelecer o seu prestígio, podendo, assim, ser cumulada com outras sanções criminais, civis e processuais, salvo aquela prevista no artigo 601, CPC.

Devem-se tecer algumas considerações a respeito do parâmetro utilizado pelo legislador para a imposição da multa: o valor da causa.

É cediço que algumas demandas não apresentam conteúdo econômico, de maneira que o valor atribuído à causa, nestes casos, é irrisório, o que, por óbvio, tem por consequência o estabelecimento da multa punitiva em valor diminuto, perdendo assim o seu caráter punitivo.

Ademais, nos casos em que o valor da multa reverte para o Estado, não se pode olvidar que, nos termos da Portaria MF nº 75 de 22 de março de 2012¹⁸, são estabelecidos os valores mínimos para a execução fiscal, o que representa um entrave para a exigibilidade da multa punitiva, esvaziando, assim, o instituto quando os valores das multas forem consideradas débito de pequeno valor pela Fazenda Nacional.

Diante de tais considerações, resta indubitado que o legislador não deveria ter fixado como parâmetro do montante da multa o valor da causa, melhor seria utilizar o mesmo critério das multas cominatórias (*astreintes*), a saber, não estabelecimento de teto para o valor da multa, levando-se em consideração a situação econômica do obrigado e o bem jurídico a ser tutelado, com observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Havendo, ainda, a previsão de possibilidade de alteração do valor ou periodicidade da multa.

Entretantes, o valor das multas punitivas e das multas coercitivas, seguindo a sugestão formulada por Renata Cortes Vieira Severino, deveria ser vinculado ao orçamento de suas respectivas justiças ou mesmo destinado a um fundo especial, para a melhoria dos serviços judiciários. *In verbis*:

Do exposto, tem-se que o valor das multas punitivas previstas no CPC, tais como as previstas nos arts. 14, parágrafo único e 601, e impostas em decorrência da prática de atos atentatórios ao exercício da jurisdição deveriam reverter ao patrimônio público, do Estado ou da União, verbas estas que deveriam ser vinculadas ao orçamento de suas respectivas Justiças ou mesmo destinadas a um fundo especial, nas duas hipóteses com a finalidade de serem utilizados para a melhoria dos serviços judiciários.

Quanto às multas coercitivas, que objetivam compelir ao cumprimento das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa, também aplicadas em face da prática de atos atentatórios ao exercício da jurisdição, mas também destinadas a tutelar o direito material, seu valor deveria ser revertido, igualmente, à parte contrária e ao patrimônio público, do Estado ou da União, conforme o caso, as quais, do mesmo modo que as anteriores, deveriam ser vinculadas ao orçamento de suas respectivas Justiças ou mesmo destinadas a um fundo especial, com a finalidade de serem utilizados para a melhoria dos serviços judiciários¹⁹.

18 – A referida portaria, emitida pelo Ministro do Estado da Fazenda, dispõe sobre a inscrição de débitos na Dívida Ativa da União e o ajuizamento de execuções fiscais pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, nestes termos:

Art. 1º Determinar:

I - a não inscrição na Dívida Ativa da União de débito de um mesmo devedor com a Fazenda

Nacional de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais);

II - o ajuizamento de execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

(...)

Art. 2º O Procurador da Fazenda Nacional requererá o arquivamento, sem baixa na distribuição, das execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), desde que não conste dos autos garantia, integral ou parcial, útil à satisfação do crédito.

19 – SEVERINO, Renata Cortez Vieira. **Sanções processuais por ato atentatório ao exercício da jurisdição: instrumento de efetividade das decisões judiciais**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Pernambuco, Recife, p. 192.



6. – PRISÃO POR DESOBEDIÊNCIA À ORDEM JUDICIAL

6.1 – PRISÃO CIVIL

Mas, e quando, apesar de terem sido envidados todos os esforços no sentido de compelir a parte ao cumprimento da decisão judicial de caráter mandamental, seja antecipatória ou não, mesmo assim, o devedor mantém-se inerte? Seria possível, assim como no sistema anglo-americano, admitir a possibilidade do juiz cível decretar a prisão do recalcitrante? Em sendo possível, teria o caráter penal ou civil? Surgem aí diversas indagações.

Conforme aduzido linhas atrás, no sistema da *commom law* é admitida a possibilidade do juiz cível decretar a prisão na hipótese da parte causar embaraços ao trâmite processual e/ou descumprir a decisão judicial. Daí porque surge a indagação se o Ordenamento Jurídico Pátrio abraçaria esta previsão.

A prisão, como técnica coercitiva, é tema de divergência doutrinária. Há a corrente restritiva, a qual admite a prisão civil apenas na hipótese prevista no artigo 5º, LXVII, CF e a corrente ampliativa, à qual nos filiamos, que defende o cabimento do cerceamento da liberdade, decretado pelo juiz cível, em casos excepcionais, como forma de constranger a parte ao cumprimento da decisão judicial, referente à obrigação de caráter não pecuniário.

Para aqueles que não admitem a prisão como meio coercitivo, baseiam-se na interpretação literal do dispositivo, vale dizer, o fazem ao argumento de que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, LXVII, veda a prisão civil por dívida, admitindo-a apenas nas hipóteses de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

Adotando a posição majoritária da doutrina, cite-se o jurista Gilmar Mendes:

“A prisão civil diferencia-se da prisão penal, na medida em que não substancia uma resposta estatal à prática de infração penal, mas antes, corresponde a um meio processual reforçado de coerção do inadimplente, posto à disposição do Estado para a execução de uma dívida. Não possui, portanto, natureza penal, destinando-se apenas a compelir o devedor a cumprir a obrigação contraída, persuadindo-o da ineficácia de qualquer tentativa de resistência quanto à execução do débito.

(...)

A regra geral é a da proibição da prisão civil do devedor inadimplente. As exceções são expressas e taxativas: a) inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia; b) a do depositário infiel.

(...)

A segunda exceção prevista constitucionalmente dizia respeito à prisão civil do depositário infiel. Entretanto, a jurisprudência evoluiu e, com base no conteúdo do Pacto de *San José* da Costa Rica, não mais se autoriza a prisão civil sob tal fundamento²⁰

Não se pode olvidar, no que tange à admissibilidade da prisão civil do depositário infiel, que o Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento no sentido de que, com fulcro na redação trazida pela Emenda Constitucional 45, de 31 de dezembro de 2004, que tornou os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos equivalentes à norma constitucional, a qual tem aplicação imediata, não mais se admite a prisão do depositário infiel, quer seja com base no contrato de depósito, quer seja com base na alienação fiduciária, à medida que o Brasil é signatário do Pacto de São José da Costa Rica. Há, inclusive, Súmula Vinculante neste sentido: “É ilícita a prisão do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito.”²¹

Todavia, apesar da relevância da interpretação apresentada pelos insignes defensores deste entendimento, os argumentos apresentados para não admitir a prisão civil em razão do descumprimento de decisão judicial não merece prosperar, pois estão baseados no absolutismo da literalidade do dispositivo constitucional. Deste modo, a prisão ora defendida não ostenta o caráter de prisão por dívida, mas sim, em razão do descumprimento injustificado de decisão judicial.

Nessa senda, faz-se imperioso realizar uma obtemperada análise acerca da restrição contida no artigo 5º, LXVII, da Carta Magna, de maneira a inferir a melhor interpretação a ser dada ao comando constitucional.

Em apertada síntese, afirma-se que há três posições doutrinárias no que tange ao alcance da expressão “dívida”, inserida no texto constitucional.

Para a primeira corrente, a referida expressão é empregada no sentido de obrigação civil, vale dizer, obrigação de fazer, não fazer, dar coisa e entregar quantia. Para a segunda corrente, “dívida” tem o sentido de prestações pecuniárias. Já a terceira corrente, à qual nos filiamos, a expressão “dívida” traduz-se em prestação de conteúdo patrimonial, independentemente de referir-se a obrigação de fazer, não fazer, dar coisa e entregar quantia. Portanto, estão excluídos os direitos não dotados de quantificação econômica, aí inseridos o direito à vida, à saúde, ao meio ambiente, à paz social, dentre outros.

Diante do quanto exposto, o dispositivo constitucional veda a prisão civil “por dívida”, a qual deve ser entendida como vedação à restrição da liberdade, no âmbito civil, em razão de inadimplemento de obrigação de conteúdo patrimonial. Assim, chega-se à conclusão de que a Lei Maior não veda a prisão por resistência ilícita à ordem judicial, podendo a mesma

20 – MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 635-639
21 – Súmula Vinculante 25, STF

ser utilizada como meio necessário para forçar a parte ao cumprimento da decisão judicial de caráter mandamental, seja antecipatória ou não, referente à obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa distinta de dinheiro²².

O doutrinador Sérgio Cruz Arenhart observa ainda que a vedação à prisão civil por dívidas em nada obsta a admissibilidade da prisão como técnica de execução indireta, para tanto, aduz:

“Nesse passo, vale lembrar que a limitação da prisão civil por dívida é tradicional no direito brasileiro, não sendo inovação da Carta Constitucional de 1988. Já nas Ordenações Afonsinas o direito luso-brasileiro trata da prisão civil por dívidas civis (Livro IV, Título LXVII), autorizando-a até o pagamento da dívida; prescrevia a regra que a prisão deveria ser evitada se o devedor tivesse como pagar (*“se tiver per honde pagar”*), ressalvada a hipótese de má-fé, estipulando ainda que, em caso de ausência de má-fé, não deveria o juiz decretar a prisão civil senão após a condenação do réu por sentença transitada em julgado. Semelhantes previsões foram inseridas nas Ordenações Manuelinas (Livro IV, Título LII) e nas Filipinas (Livro IV, Título LXXVI). Em todos estes preceitos, vê-se a preocupação em proibir-se a prisão por dívidas quando não houvesse má-fé no inadimplemento (salvo após sentença transitada em julgado); após a sentença, dever-se-ia iniciar pela execução sobre o patrimônio do executado, mas em não havendo patrimônio, seria admissível a prisão do devedor até o pagamento da dívida. Nota-se das regras mencionadas, a intenção de disciplinar não a prisão civil em geral, mas apenas a prisão para o cumprimento de dívidas (obrigações). Quanto à prisão para outros fins, não havia nenhuma limitação tratada pela regra em comento.

A mesma preocupação demonstrada pelas Ordenações – em tratar apenas da prisão por dívidas – foi manifestada pela Constituição brasileira de 1934. No art. 113, n. 30, deste diploma, previa-se que *“não haverá prisão por dívidas, multas ou custas.”* Também nas Constituições de 1946 (art. 141, § 32), 1967 (art. 150, § 17) e na Emenda de 1969 (art. 153, § 17), é possível encontrar preceitos semelhantes, proibindo a prisão civil por dívida, multa ou custas, excetuada a hipótese

22 – A propósito, Carlos Athayde Valadares Viegas apresenta ainda a evolução histórica do termo “dívida” na Carta Magna: “Primeiramente há que se notar uma evolução histórica no emprego do termo em comento, vez que, na Constituição de 1934 o texto proibia a prisão civil por *dívidas* (no plural), não deixando neste caso qualquer dúvida sobre o alcance do dispositivo, o qual vedava todas as hipóteses de prisão civil relacionada às obrigações de fazer, não fazer, entregar coisa e pagar.

Contudo, os demais textos constitucionais, outorgados ou promulgados desde esta época, e que trataram do assunto, 1946, 1967-EC-01/69 e 1988, mudaram o sentido do mandamento afirmando, desde então, que não haveria prisão civil por *dívida* (no singular), o que não encerra em si mesmo a possibilidade de, em conformidade com a espécie da dívida, haver a prisão do inadimplente. Tanto é assim que o texto constitucional evidencia os casos em que, dada a gravidade, será o devedor submetido à pena de prisão a fim de adimplir a obrigação para com a justiça.

Pois, dívida, em sua origem etimológica, quer dizer *“ato ou efeito de dever algo a alguém (diz-se geralmente de quantia de dinheiro)”* conforme o dicionário Houaiss. Trata-se geralmente de dever dinheiro a alguém. Considerando, então, o emprego do termo, pelo legislador constituinte, na sua forma ordinária e geral, a prisão civil expressamente vedada pelo texto constitucional é aquela referente à dívida de dinheiro (VIEGAS, Carlos Athayde Valadares. *A cláusula geral do art. 461, § 5º, CPC e a polêmica sobre a legitimidade da prisão do réu que não cumpre a obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa diferente de pecúnia*. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20Athayde%20Valadares%20Viegas-formatado.pdf>. Acesso em 05 mai. 2012)

do depositário infiel ou a do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar. Vê-se, então, que a preocupação em tratar da prisão por dívidas, multas ou custas é que sempre permeou a mente do constituinte. Jamais houve a intenção de disciplinar a prisão civil em geral, mas apenas a de limitar a prisão civil para a obtenção do pagamento de dívida, multas ou custas, ante a responsabilidade patrimonial atrelada a esta espécie de obrigação, que torna esta via mais simples e rápida para a satisfação desta espécie de prestação.

Aliás, esta mesma intenção é observada nos tratados internacionais – de que o Brasil é signatário – comumente usados para invocar a proibição do uso da prisão civil para além do caso dos alimentos. O Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos), em seu art. 7º, § 7º, expressamente se limita a tratar da prisão civil por dívidas, proibindo que alguém possa ser preso por este motivo. Da mesma forma, e ainda mai enfaticamente, estabelece o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, de 1966 (ratificado pelo Decreto Legislativo n. 266/91), em seu art. 11, que ninguém pode ser preso pela única razão de não poder satisfazer *uma obrigação contratual*. Aliás, este último documento, depositado na Organização das Nações Unidas, foi assinado e ratificado, dentre outros países, pela Alemanha (em 23 de março de 1976), pelo Reino Unido (em 20 de agosto de 1976) e pelos Estados Unidos (em 8 de setembro de 1992), países que sabidamente usam da prisão civil como técnica coercitiva²³

Acrescente-se, ainda, que é preciso fazer uma releitura da expressão “obrigação alimentícia” contida no dispositivo constitucional supracitado, deixando, assim, de ser restrita apenas às obrigações alimentares decorrentes do Direito de Família e das condenações em razão da prática de atos ilícitos.

Quando o legislador constitucional excepcionou a vedação da prisão civil, de maneira a admiti-la no caso do inadimplemento voluntário e inescusável da obrigação alimentícia, assim o fez com o escopo de garantir as necessidades vitais do alimentando, vale dizer, assegurar a sua subsistência e, conseqüentemente, a própria dignidade e integridade.

Logo, o que se deve entender por necessidades vitais? Seria apenas a obrigação alimentar in natura e a prestação pecuniária? Entender desta maneira seria dar um sentido muito simplista à expressão e voltado unicamente para a literalidade.

Revela-se imperioso conceder uma visão mais ampla à expressão, de maneira a empregá-la para se referir a todos os meios necessários para a garantia da dignidade da pessoa humana.

23 – ARENHART, Sérgio Cruz. **A prisão civil como meio coercitivo**. In: TESHEINER, José Maria Rosa; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto; SEVERO, Álvaro Vinícius Paranhos Severo... [et al.] (coord.). *Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil – estudos em homenagem aos 25 anos de docência do Professor Dr. Araken de Assis*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 641-642.

Em artigo intitulado “Da prisão como instrumento coercitivo para o cumprimento de provimentos judiciais: por uma releitura da prisão civil por inadimplemento de dever alimentar”, Elton Venturi explica que:

O dever alimentar, para fins de identificação das hipóteses de cabimento da prisão civil como meio coercitivo, pode ser considerado como todo o dever de colaboração para a manutenção da subsistência humana, derivado de lei, contrato ou decisão judicial, cuja prestação pode recair seja na entrega de dinheiro ou de alimentos in natura, seja em comportamentos comissivos ou omissivos. (...)

Assim compreendido o significado de prestação alimentar, parece impensável que se justifique a prisão civil do pai que se nega a pagar a pensão ao filho que dela depende para viver, mas não se possa aplicar a mesma espécie de coerção para o poluidor dos recursos naturais que se nega a cessar sua atividade potencialmente lesiva da saúde ou da vida de milhares de pessoas, ou ao agente público que, instado judicialmente a providenciar tratamento de saúde ao paciente (remédios, internamento hospitalar etc), queda-se inerte.²⁴

Deste modo, percebe-se que o Ordenamento Pátrio não veda toda e qualquer prisão civil.

Para reforçar a tese de admissibilidade da prisão como meio coercitivo, mister se faz destacar que, no mais das vezes, o desrespeito à decisão judicial e a possibilidade de prisão civil, caracterizam conflito de direitos fundamentais, devendo, para tanto, o operador do direito valer-se do Princípio da Proporcionalidade²⁵ de maneira a garantir a máxima efetividade²⁶ dos direitos fundamentais.

Nas palavras de Luís Roberto Barroso, para a caracterização do princípio da proporcionalidade, mister se faz a presença de três requisitos, a saber:

- a) Da *adequação*, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos; b) da *necessidade* ou exigibilidade, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados; e c) da *proporcionalidade em*

24 – VENTURI, Elton. Da prisão como instrumento coercitivo para o cumprimento de provimentos judiciais: por uma releitura da prisão civil por inadimplemento de dever alimentar. Disponível em: http://ufpr.academia.edu/eltonventuri/Papers/175361/DA_PRISAO_COMO_INSTRUMENTO_COERCITIVO_PARA_O_CUMPRIMENTO_DE_PROVIMENTOS_JUDICIAIS_POR_UMA_RELEITURA_DA_PRISAO_CIVIL_POR_INADIMPLENTO_DE_DEVER_ALIMENTAR. Acesso em 10 mai. 2012.

25 – No presente trabalho não será feita a distinção entre proporcionalidade e razoabilidade.

26 – Na lição de Gilmar Ferreira Mendes: “Tendo em vista, por outro lado, que, nos casos concretos, a otimização de qualquer dos direitos fundamentais, em favor de determinado titular, poderá implicar a simultânea compressão, ou mesmo o sacrifício, de iguais direitos de outrem, direitos que constitucionalmente também exigem otimização – o que, tudo somado, contrariaria a um só tempo tanto o princípio da unidade da Constituição quanto o da harmonização –, em face disso, impõe-se harmonizar a máxima efetividade com essas e outras regras de interpretação, assim como impõe-se conciliar, quando em estado de conflito, quaisquer bens ou valores protegidos pela Constituição (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p.118).

sentido estrito, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos²⁷.

Ora, de um lado, a depender da tutela pretendida, encontram-se o direito à vida, direito à saúde, ao meio ambiente, à paz social e, de outro lado, o direito à liberdade. Considerando tratar-se de princípios, estes devem ser conformados diante do caso concreto, pois não há hierarquia entre eles, como também não há a possibilidade de estabelecer determinado direito como intangível, absoluto. É preciso conformá-los, diante do caso concreto, de maneira a efetuar a interpretação que forneça a máxima efetividade.

A prática na área de relação de consumo mostrou que, não raras vezes, nas ações de obrigação de fazer, com o intuito de obrigar o plano de saúde acionado a custear procedimento médico de urgência/emergência que garanta a vida do autor, apesar de concedida liminarmente a antecipação dos efeitos da tutela, com a imposição de multa por tempo de atraso, o requerido, de maneira injustificada, não cumpre o comando judicial²⁸.

Diante de tal recusa, a multa é majorada, mas, ainda assim, a parte mantém-se inerte. O que fazer? Como garantir a efetividade do processo civil de resultado? No caso relatado, a demora no atendimento da prestação jurisdicional pode levar à morte ou a danos irreparáveis ou de difícil reparação à saúde do autor. Nestes casos, quando esgotados, em tempo hábil, todos os meios suasórios, estando em jogo o direito à vida e à saúde, não admitir a prisão civil, em nome do direito à liberdade, caracteriza, no mínimo, o estabelecimento de hierarquia entre tais direitos, de maneira a supervalorizar, sobrepor, de maneira absoluta, o direito à liberdade em detrimento do direito à vida, o que se revelaria um contrasenso, uma afronta ao Estado Democrático de Direito.

É significativa a lição de Marcelo Lima Guerra:

“(...) insista-se, portanto, que o uso de prisão civil é capaz de favorecer a realização de outros direitos fundamentais, o que consiste em

27 – 22 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004

28 – Nesta mesma linha de argumentação, ratificando o entendimento de que a Constituição Federal não veda a prisão por descumprimento de ordem judicial, Carlos Athayde Valadares Viegas questiona: “Ora, deverá prevalecer a todo custo o direito à liberdade daquele que, por sua ação positiva ou omissiva, deixa de entregar o remédio ao convalescente (credor), não interna o doente (credor) na vaga do CTI, descumprindo ordem judicial que determina fazer uma cirurgia sem a qual o paciente (credor) provavelmente perecerá? Pode o poluidor do meio ambiente (devedor), deixar de cumprir a ordem democrática e legal para instalar mecanismos de filtragem nas suas instalações fabris, sem as quais centenas, ou quicê milhares, de outras pessoas (credores), correm o risco de serem contaminadas pelo produto de sua indústria? Qual o bem jurídico mais importante nestes casos a vida, a democracia, a dignidade da justiça, o direito à efetividade da tutela jurisdicional ou a liberdade do devedor?” E, a seguir, conclui: “Aplicando-se, portanto, o método de interpretação legal pela proporcionalidade, chega-se logo à conclusão que os bens jurídicos vida e democracia, neste caso, têm prevalência sobre o bem jurídico liberdade, uma vez que a dignidade da pessoa do credor está sendo atacada pela ação obstativa do devedor.” (VIEGAS, Carlos Athayde Valadares. A cláusula geral do art. 461, § 5º, CPC e a polémica sobre a legitimidade da prisão do réu que não cumpre a obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa diferente de pecúnia. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20Athayde%20Valadares%20Viegas-formatado.pdf>. Acesso em 05 mai. 2012).

forte argumento em favor da ‘tese ampliativa’. Assim, como medida coercitiva de eficácia comprovada, a prisão civil favorece, desde logo, o direito fundamental à tutela executiva. Além disso, se a própria situação material – vale dizer, o crédito a ser satisfeito *in executivis* – também consistir na expressão subjetiva de algum direito fundamental, como por exemplo, a proteção ao meio ambiente, à saúde, à privacidade, à integridade física e à própria vida do credor, esses outros valores reforçam a defesa, sempre na perspectiva do caso concreto, do uso de prisão civil.” (GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: RT, 2003, p. 136)

Não é errado imaginar que, em alguns casos, somente a prisão poderá impedir que a tutela específica seja frustrada. A prisão, como forma de coação indireta, pode ser utilizada quando não há outro meio para a obtenção da tutela específica ou do resultado prático equivalente. Não se trata, por óbvio, de sanção penal, mas de privação de liberdade tendente a pressionar o obrigado ao adimplemento.²⁹

Preciosa é a observação de Joel Dias Figueira Júnior, nestes termos:

Parecem-nos ilógicos e pouco jurídicos esses entendimentos, à medida que não se pode imaginar que, “qualquer um do povo” possa prender em flagrante delito algum transgressor, enquanto assim, igualmente, não o possa fazer o juiz cível ou trabalhista, imbuído de seu ofício jurisdicional-constitucional, que, inversamente, haverá de presenciar impávido a desobediência, a chicana, o atentado ao exercício legítimo da jurisdição, em incrédulo ostracismo sócio-político, contentando-se com a vetusta, porém risível, remessa de peças materializadoras da infração ao Ministério Público, a fim de que apure em melodioso processo criminal, a responsabilidade do malsinado recalcitrante, que terminará por findar como tantas outras quimeras jurídicas.³⁰

Diante da premissa de que o “direito à efetividade da jurisdição é um direito fundamental instrumental, pois a sua inefetividade compromete a efetividade de todos os outros direitos fundamentais”³¹, mister se faz dotar o magistrado de poderes capazes

29 – MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, pp.87/88).

30 – FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. Técnicas diferenciadas coercitivas voltadas à efetivação da tutela antecipatória genérica: Aplicação de multa (“As-treintes”) e prisão por descumprimento à ordem judicial (“Contemp of court”). *Informativo Jurídico INCUJUR*, pág. 3/5, Nov. 2000.

31 – WAMBIER, Luiz Rodrigues; MEDINA, José Miguel Garcia. Sobre coerção, autoridade e efetividade do processo. In: TESHEINER, José Maria Rosa; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto; SEVERO, Álvaro Vinicius Paranhos Severo...[et al.] (coord.). *Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil – estudos em homenagem aos 25 anos de docência do Professor Dr. Araken de Assis*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 386.

de impedir ou coagir condutas tendentes a vilipendiar as ordens judiciais, à medida que a capacidade do Estado de impor suas decisões é pressuposto da Justiça, sendo que tal descumprimento configura fator de desprestígio. Vale dizer, a efetividade das decisões judiciais depende do poder de coerção, de impor respeito e cumprimento das decisões³².

Neste mesmo sentido, Marinoni observa:

Portanto, a prisão civil deve ser utilizada como meio de coerção genérico, com fulcro no artigo 461 § 5º do Código de Processo Civil e no artigo 84 § 5º do Código de Defesa do Consumidor, os quais apresentam um *rol numerus apertus* das medidas a serem adotadas para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente.

Ademais, vale lembrar que o magistrado é dotado do poder de polícia, previsto no artigo 125, III, CPC³³, de maneira que tem o dever-poder de aplicar a sanção necessária para reprimir a conduta do renitente com o escopo de garantir a efetividade do processo. Daí porque a prisão pode ser decretada de ofício.

Nessa diretriz, não se pode olvidar que o magistrado é membro do Poder Judiciário e “poder é exercício de autoridade, é capacidade de mando, que se não faz presente sem meios quaisquer de coerção”³⁴. Logo, o poder conferido ao magistrado de decretar a medida restritiva de liberdade, como técnica executiva indireta, advém diretamente da Lei Maior, de acordo com a Teoria dos Poderes Implícitos³⁵.

Entretanto, como dito linhas atrás, a utilização da prisão civil como meio de coerção dar-se-á diante da análise do caso concreto, uma vez esgotadas as outras medidas suasórias, aplicando-se o princípio da proporcionalidade aos interesses postos em juízo.

32 – Marinoni explicita: “Se o dever do legislador editar o procedimento idóneo pode ser reputado e descumprido diante de determinado caso concreto, o juiz, diante disso, obviamente não perde o seu dever de prestar a tutela jurisdicional efetiva. Por tal razão, o juiz tem o dever de interpretar a legislação à luz do direito fundamental à tutela jurisdicional, estando obrigado a extrair da regra processual, sempre com a finalidade de efetivamente tutelar os direitos, a sua máxima potencialidade, desde – e isso nem precisaria ser dito – que não seja violado o direito de defesa” (MARINONI, Luis Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/5281/o-direito-a-tutela-jurisdicional-efetiva-na-perspectiva-da-teoria-dos-direitos-fundamentais#ixzz21CT6KVu5> . Acesso em 20 jul. 2012).

33 – Art. 125 – O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: (...)

III – prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça.

34 – LUGON, Luiz Carlos de Castro. **Obrigatoriedade de a Administração cumprir as decisões judiciais – instituição do crime de lesa-corte.** In: Fórum de Debate sobre Modernização do Direito. Santa Catarina: 2000, p. 85-88

35 – “A teoria dos poderes implícitos na interpretação dos comandos da Constituição possui em seu sentido original, o reconhecimento de poderes não expressamente especificados do ente federal em relação às demais unidades federativas, mas também o de admitir que qualquer norma constitucional que atribui a um órgão a realização de um dado fim, implicitamente lhe permite o uso dos meios necessários e hábeis a atingir tal fim, salvo proibição expressa na própria Constituição Federal.” (BRASIL, Deilton Ribeiro. A teoria dos poderes implícitos como ferramenta do ativismo jurisdicional utilizado para alargamento da competência do Supremo Tribunal Federal após a Emenda Constitucional n° 45/04. Revista Ciências Sociais, n.1, v.14, p. 73-84, 2008)



6.2 – PRISÃO PENAL

Ao lado da prisão civil, haveria ainda a possibilidade da decretação da prisão de caráter penal, com espeque no artigo 330, do Código Penal, crime de desobediência.³⁶

Para tanto, mister se faz tecer algumas considerações a respeito do tipo penal.

A norma penal incriminadora, prevista no citado dispositivo, tem como bem jurídico o normal funcionamento da Administração Pública, com o objetivo de assegurar o seu prestígio e garantir a autoridade estatal.

O sujeito ativo é o particular, entretanto admite-se que funcionário público também o seja, desde que a ordem descumprida não esteja dentre as suas atribuições. O sujeito passivo é o Estado (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios).

A conduta típica consiste em não cumprir ordem emanada por funcionário público, quer seja na forma comissiva (a ordem refere-se a uma obrigação de não fazer), quer seja na forma omissiva (a ordem refere-se a uma obrigação de fazer). O importante é que se trate de uma ordem legal, e não simplesmente um pedido, dirigida à pessoa certa e determinada.

Deste modo, chega-se à conclusão de que quando a parte, de maneira injustificada, recusa-se ao cumprimento de ordem judicial, configurada está à conduta típica do delito de desobediência, à medida que a Administração Pública foi vilipendiada e o crime foi praticado por particular em face do Poder Judiciário, poder integrante do Estado.

Como é cediço, o crime de desobediência tem caráter permanente, ou seja, se protraí no tempo. Enquanto durar a conduta do agente, considera-se ocorrendo a prática delituosa.

Frise-se que, nos termos do art. 301 do Código de Processo Penal³⁷, qualquer do povo poderá e as autoridades policiais deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

Assim, no momento em que a parte teve ciência da ordem judicial proferida e se recusou a cumprir o comando imposto, praticou o crime de desobediência. Em razão do caráter permanente deste, enquanto perdurar o descumprimento, encontra-se o agente em estado

36 – **Art. 330** – Desobedecer a ordem legal de funcionário público:

Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, e multa

37 – **Art. 301** – Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

Art. 302 – Considera-se em flagrante delito quem:

I – está cometendo a infração penal; II – acaba de cometê-la; III – é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV – é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

de flagrância³⁸. Logo, o magistrado cível somente poderá decretar a prisão em flagrante na qualidade de “qualquer do povo”, o que é de extrema dificuldade de configuração, já

que o descumprimento, no mais das vezes, não ocorre na presença do magistrado, o que caracterizaria o estado de flagrância.

É significativa a lição de Hugo de Brito Machado:

Com efeito, é necessário distinguir o ato de prender, de efetuar a prisão de alguém, do ato de ordenar, de decretar a prisão de alguém. O ato de prender pode ser motivado pelo flagrante, O decreto de prisão obviamente terá outro fundamento. O ato de prisão há de ser comunicado ao juiz competente, vale dizer, ao juiz criminal competente para o processo pelo crime de desobediência, bem como à família do preso ou à pessoa por ele indicada. O decreto de prisão, que já parte de autoridade judiciária competente, não precisa ser, nem na prática é, comunicado a outrem³⁹.

Neste caso, uma vez reconhecido o descumprimento da ordem judicial proferida pelo Juízo Cível, por não deter competência para decretar a prisão penal, o mesmo deverá determinar a remessa de cópia dos autos ao Ministério Público para que este adote as providências que entender cabíveis, à medida que se trata de crime de ação penal pública incondicionada. Anote-se que o juiz cível poderá advertir a parte de que o menosprezo à decisão judicial poderá configurar crime de desobediência.

Todavia, em razão da pena mínima abstratamente prevista ser inferior a 1 (um) ano, é cabível a suspensão condicional do processo, prevista no artigo 89, da Lei 9099/95. Ademais, por se submeter ao regime da lei dos crimes de menor potencial ofensivo, pois a pena máxima é inferior a dois anos, “ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança” (artigo 69, parágrafo único da lei), de maneira que resta esvaziada a utilização da prisão penal como forma de coagir ao cumprimento da decisão judicial.

Entretanto, na hipótese de ocorrer a prisão em flagrante, nos termos da alteração promovida pela lei 12403/2011, esta dificilmente será mantida, uma vez que:

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I – relaxar a prisão ilegal; ou

38 – Art. 303 – Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.

39 – MACHADO, Hugo de Brito. **Prisão por desobediência à ordem judicial**. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, v. 16, n. 96, p. 25-39, jan. 1992. p. 32.)



- II – converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou
- III – conceder liberdade provisória, com ou sem fiança

É imperioso ressaltar ainda que a prisão penal não ostenta o caráter coercitivo, o qual é almejado diante do desrespeito ao comando judicial. Este tipo de prisão é dotado do caráter punitivo, uma vez que, independentemente do ulterior cumprimento da decisão judicial, a parte deverá cumprir a medida restritiva de liberdade, acaso imposta, pelo prazo estabelecido na lei penal.

Infelizmente, o descumprimento das decisões judiciais e as sanções aplicáveis não têm recebido a devida atenção da doutrina e, muito menos, da jurisprudência.

As poucas decisões que fazem menção ao tema são divergentes. Há entendimento no Preτόrio Excelso no sentido de que, quando a lei extrapenal comina sanção civil e/ou administrativa para a hipótese de descumprimento de decisão judicial, não é cabível enquadrar a parte como incurso no crime de desobediência, por entender que a esfera penal é a *ultima ratio*. Assim, haveria atipicidade penal da conduta.

CRIME DE DESOBEDIÊNCIA – COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA (“ASTREINTE”), SE DESRESPEITADA A OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER IMPOSTA EM SEDE CAUTELAR – INOBSERVÂNCIA DA ORDEM JUDICIAL E CONSEQÜENTE DESCUMPRIMENTO DO PRECEITO – ATIPICIDADE PENAL DA CONDUTA – “HABEAS CORPUS” DEFERIDO. – Não se reveste de tipicidade penal - descaracterizando-se, desse modo, o delito de desobediência (CP, art. 330) - a conduta do agente, que, embora não atendendo à ordem judicial que lhe foi dirigida, expõe-se, por efeito de tal insubmissão, ao pagamento de multa diária (“*astreinte*”) fixada pelo magistrado com a finalidade específica de compelir, legitimamente, o devedor a cumprir o preceito. Doutrina e jurisprudência. (HC 86254, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 25/10/2005, DJ 10-03-2006 PP-00054 EMENT VOL-02224-02 PP-00257 RTJ VOL-00203-01 PP-00243 RT v. 95, n. 848, 2006, p. 490-494)

No mesmo sentido, também se posiciona o e. STJ:

HABEAS CORPUS. PREFEITO MUNICIPAL. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA DE ORDEM JUDICIAL PROFERIDA EM MANDADO DE SEGURANÇA COM PREVISÃO DE MULTA DIÁRIA PELO SEU EVENTUAL DESCUMPRIMENTO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. PRECEDENTES DO STJ. ORDEM CONCEDIDA.

1. Consoante firme jurisprudência desta Corte, para a configuração do delito de desobediência de ordem judicial é indispensável que inexistam a previsão de sanção de natureza civil, processual civil ou administrativa, salvo quando a norma admitir expressamente a referida cumulação.

2. Se a decisão proferida nos autos do mandado de segurança, cujo descumprimento justificou o oferecimento da denúncia, previu multa diária pelo seu descumprimento, não há que se falar em crime, merecendo ser trancada a ação penal, por atipicidade da conduta. Precedentes do STJ.

3. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

4. Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal 1000.6004. 2056, ajuizada contra o paciente. (92655 ES 2007/0244468-6, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 18/12/2007, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 25/02/2008 p. 352) **CRIMINAL. DESOBEDEIÊNCIA. ORDEM JUDICIAL. PENA DE MULTA PREVIS- TA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. RECURSO DESPROVIDO.**

I. Para a configuração do delito de desobediência, não basta apenas o não cumprimento de uma ordem judicial, sendo indispensável que inexistam a previsão de sanção específica em caso de seu descumprimento. Precedentes.

II. Recurso desprovido. (686471 PR 2004/0117013-6, Relator: Ministro GILSON DIPP, Data de Julgamento: 16/05/2005, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 06.06.2005 p. 366)

PROCESSUAL PENAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL. CRIME DE DESOBEDEIÊNCIA. CONFIGURAÇÃO. PRISÃO EM FLAGRANTE. POSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. A configuração do delito de desobediência exige, além do não-cumprimento de uma ordem judicial, a inexistência da previsão de sanção específica em caso de seu descumprimento.

2. Comprovada a notificação pessoal do paciente acerca da decisão do Tribunal de Justiça, o seu descumprimento caracteriza, em tese, o crime de desobediência, podendo justificar sua prisão em flagrante.

3. Ordem denegada. (84664 SP 2007/0133662-2, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 08/09/2009, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/10/2009)

Contudo, ousamos discordar deste entendimento esposado pelos Tribunais Superiores, à medida que, nos termos do artigo 14, parágrafo único do Código de Processo Civil:

Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

(...)

V – cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final. Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitem exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, **sem prejuízo das sanções criminais, civil e processuais cabíveis**, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado. (destaque nosso)

Assim, quando a parte descumprir ou impõe obstáculos à efetivação da decisão judicial, caracterizado está o ato atentatório ao exercício da jurisdição. E, neste caso, o Ordenamento Jurídico não veda a cumulação de sanções criminais, civil e processual

A sanção criminal, por óbvio, é o enquadramento do recalcitrante no delito de desobediência, tipificado no artigo 330, CP. A sanção civil consiste na condenação em perdas e danos⁴⁰. Já as sanções processuais são aplicadas em razão de abuso de Direitos Processuais⁴¹, descumprimento de decisões judiciais⁴² e litigância de má-fé⁴³.

Portanto, não há falar-se em atipicidade penal do crime de desobediência quando a decisão judicial prevê sanções civis e/ou administrativas nas hipóteses de descumprimento à decisão judicial. Há, inclusive, decisões neste sentido. A título de exemplo, colaciona-se:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL. PRISÃO DETERMINADA PELO JUÍZ CÍVEL.

O juízo cível não pode determinar a prisão em flagrante do recalcitrante em desobedecer a sua ordem, pois não tem competência para decretar a prisão de quem quer que seja, salvo no caso de descumprimento de pensão alimentícia. Não cumprindo os pacientes a ordem judicial, caberia ao juiz remeter cópias das peças demonstrativas da desobediência ao Ministério Público (CPP, art. 40). (28423 PA 2009.01.00.028423-0, Relator: JUIZ TOURINHO NETO, Data de Julgamento: 16/06/2009, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: 26/06/2009 e-DJF1 p.123)

Por outro lado, há também o entendimento na Suprema Corte de que, por tratar de esferas independentes e autônomas, pode haver a caracterização do crime de desobediência ao lado da cominação de sanção civil e administrativa:

40 – No caso, art. 16, 18, caput, 2ª parte e 811, todos do CPC.

41 – Exemplos: arts. 233, 538, parágrafo único, e 557 § 2º, ambos do CPC.

42 – São as sanções previstas nos artigos 14, parágrafo único, 287 e 461 §5º, todos do CPC.

43 – Artigo 18, caput, 1ª parte, CPC.

Crime de desobediência: caracterização: descumprimento de ordem judicial que determinou apreensão e entrega de veículo, sob expressa cominação das penas da desobediência. Caso diverso daquele em que há cominação legal exclusiva de sanção civil ou administrativa para um fato específico, quando, para a doutrina majoritária e a jurisprudência do Supremo Tribunal (v.g. RHC 59.610, 1ª T., 13.4.82, Néri da Silveira, RTJ 104/599; RHC 64.142, 2ª T., 2.9.86, Célio Borja, RTJ 613/413), deve ser excluída a sanção penal se a mesma lei dela não faz ressalva expressa. Por isso, incide na espécie o princípio da independência das instâncias civil, administrativa e penal. (HC 86047, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 04/10/2005, DJ 18-11-2005 PP-00010 EMENT VOL-02214-02 PP-00207)

Malgrado o entendimento jurisprudencial majoritário seja no sentido da atipicidade da conduta, defendemos a configuração do delito de desobediência quando do descumprimento da decisão judicial. Todavia, somos obrigados a afirmar que, diante das características do tipo penal, mormente a pena máxima abstratamente prevista, a condenação por crime de desobediência não traduz técnica executiva indireta, podendo configurar, no máximo, sanção por ato atentatório ao exercício da jurisdição.

7 – Conclusão

O Direito Processual Civil Moderno tem por escopo a prestação da tutela jurisdicional de maneira efetiva, com fulcro no Direito Constitucional de acesso à justiça, em seu sentido material.

Todavia, se de um lado foram adotadas técnicas de agilização da resposta judicial, de outro lado percebe-se a crescente crise de efetividade do Poder Judiciário, vale dizer, partes que, de maneira injustificada, recusam-se a cumprir os provimentos mandamentais, em total afronta ao Poder Judiciário, o que leva, em última análise, ao desprestígio da Corte.

Diante deste quadro, buscou-se, com o presente estudo, trazer à discussão a aplicabilidade do instituto do *contempt of court*, nos moldes da *common law* ao direito brasileiro. Entretanto, apesar da aproximação de alguns dispositivos processuais, percebe-se que os dispositivos são esparsos e não há uniformidade a respeito do tema.

Tentou-se inserir no Código de Processo Civil as sanções do sistema anglo-saxão para as hipóteses de má conduta processual. Todavia, apesar do esforço engendrado pela Escola Nacional de Magistratura e Instituto Brasileiro de Direito Processual, os quais apresentaram uma proposta de alteração do artigo 14, CPC, não se logrou êxito, pois o texto aprovado pela Lei nº 10358/2001 difere do texto proposto.



Ademais, acrescente-se que se encontra em tramitação o anteprojeto do novo Código de Processo Civil, o qual aproxima, em alguns poucos aspectos, o nosso Ordenamento ao *contempt of court*, o que representará, acaso aprovado, um avanço em nossa legislação.

A improbidade processual, causada pelo descumprimento ou embaraço à efetivação de provimentos judiciais, infelizmente, não vem sendo tratada com a devida atenção pelo legislador, doutrina e jurisprudência. É preciso atentar para o fato de que capacidade do Estado de impor suas decisões é pressuposto da Justiça, sendo que tal descumprimento configura fator de desprestígio. Vale dizer, a efetividade das decisões judiciais depende do poder de coerção, de impor respeito e cumprimento das decisões.

Nessa senda, foram analisadas as sanções aplicáveis em razão do descumprimento às decisões judiciais, com enfoque nas multas previstas no CPC e a possibilidade de cumulação com o artigo 14, parágrafo único do CPC, na admissibilidade da utilização da prisão civil como técnica coercitiva e na (in)utilidade prática da configuração do crime tipificado no artigo 330,CP (desobediência).

Para tanto, chegou-se à conclusão de que a restrição contida no artigo 5º, LXVII do Texto Constitucional, deve ser interpretada como vedação à restrição da liberdade, no âmbito civil, em razão de inadimplemento de obrigação de conteúdo patrimonial. Ademais, a expressão “obrigação alimentícia” deve ser empregada para se referir a todos os meios necessários para a garantia da dignidade da pessoa humana.

Assim, mediante o discernimento e a moderação necessários, mister se faz dotar o magistrado de instrumentos capazes de repelir os embaraços postos pelas partes e por todos aqueles que atuam no processo, de maneira a garantir a efetiva entrega da prestação jurisdicional. Para tanto, é possível a utilização da restrição à liberdade, como técnica coercitiva, pois a pressão psicológica causada pela imposição de prisão civil para o caso de descumprimento afigura-se como a medida mais eficaz para o restabelecimento da dignidade da justiça, uma vez frustradas as outras providências que visam assegurar o resultado prático equivalente ao do adimplemento, mormente quando direitos fundamentais estão postos em juízo. Logo, a utilização da prisão civil deve estar sempre atrelada ao Princípio da Proporcionalidade, de maneira a garantir a máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Neste sentido, Haidée Padrão Pinto César:

No caso do artigo 461, § 5º, do CPC, a medida se aplica em face da recusa inescusável do obrigado em cumprir a determinação judicial, determinação esta que deve estar em harmonia com a finalidade que o dispositivo expressa, que PE dar efetividade às ordens exaradas nas ações que visam o cumprimento

das obrigações de fazer, não fazer, e de entregar coisa. Não se instaura processo novo nem se exige a formulação de denúncia ou petição de querela; o magistrado pode agir *ex officio*. Se o devedor a quem for aplicada a sanção satisfizer a ordem até então descumprida, ou desfizer o ato que deu ensejo à censura, cessa a prisão, porquanto a finalidade da norma (art. 461, §5º, do CPC) terá sido atendida, retomando o processo o seu curso de normalidade.⁴⁴

No que tange à utilização da prisão penal como sanção por descumprimento de decisão judicial, a conclusão a que se chega é no sentido de que, diante das características do tipo penal, mormente a pena máxima abstratamente prevista, a condenação por crime de desobediência não traduz técnica executiva indireta, podendo configurar, no máximo, sanção por ato atentatório ao exercício da jurisdição, nos termos do artigo 14, parágrafo único, CP.

Em artigo intitulado “O aspecto penal do descumprimento às decisões judiciais de natureza mandamental”, Agapito Machado conclui e afirma que “não basta ganhar. É preciso levar. Vitória de Pirro é derrota. Só leis penais sérias podem tornar efetivas decisões judiciais.”⁴⁵ Nesse passo, revela-se imperiosa a realização de esforço hermenêutico a fim de alcançar a pretendida teleologia dos nossos dispositivos legais e constitucionais, de maneira a aceitar a utilização da prisão civil como meio coercitivo, nos moldes do *contempt of court* do sistema da *common law*. Para tanto, o Judiciário poderá valer-se desta medida, diante do permissivo previsto na cláusula aberta do artigo 461 § 5º, CPC, como também com fulcro no poder de polícia, conferido ao magistrado, insculpido no artigo 125, III, CPC. Portanto, é imprescindível a mudança do entendimento jurisprudencial e doutrinário a respeito da matéria, devendo-se, para tanto, estimular a sua utilização pelos juízes e tribunais. É preciso “plantar a semente” do *contempt of court* no Brasil, com a consequente admissibilidade da prisão civil, de maneira a garantir a dignidade da Justiça e a autoridade das decisões judiciais, em nome da probidade processual, para, enfim, podermos ver concretizado o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

8 – REFERÊNCIAS

ALVIM, José Manoel Arruda. **Sobre as multas instituídas nos arts. 14 e 18 do Código de Processo Civil.** In: YARSHELL, Flávio Luiz e MORAES, Maurício Zanoide de (coord). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover.** 1 ed. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A prisão civil como meio coercitivo.** In: TESHEINER, José Maria Rosa; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto; SEVERO, Álvaro Vinícius Paranhos

44 – CÉSAR, Haidée Padrão Pinto César. **Prisão Coercitiva. Possibilidade em face do § 5.º do art. 461 do CPC.** Revista de Processo, ano 33, n. 163, p.104-122, set. 2008.

45 – 40 MACHADO, Agapito. **O aspecto penal do descumprimento às decisões judiciais de natureza mandamental.** Revista dos Tribunais, v. 84, n. 722, p. 389-394, São Paulo, dez. 1995, p.394.



Severo...[et al.] (coord.). **Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil – estudos em homenagem aos 25 anos de docência do Professor Dr. Araken de Assis**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 633-656.

ASSIS, Araken de. **O contempt of court no Direito Brasileiro**. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Araken%20de%20Assis\(4\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Araken%20de%20Assis(4)%20-%20formatado.pdf). Acesso em: 1 jul. 2012.

BARROS NETO, Cassio Leite de. **Contempt of court**. 2009. Artigo científico (Pós-graduação em Direito) – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004

BORTOLUZZI, Roger Guardiola. **Sanção por descumprimento de ordem judicial**. 2003. Artigo científico (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

BRAGA, Paula Sarno. **O inciso V do art. 14 do CPC e a estipulação de um novo dever de lealdade, que visa assegurar, em última análise, a efetividade dos provimentos mandamentais e de outros provimentos judiciais, antecipatórios e finais**. Disponível em: <http://www.didiersodrerosa.com.br/artigos/Paula%20Sarno%20Braga%20-%20O%20novo%20inciso%20V%20do%20art%2014%20do%20CPC.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2012.

_____. **O parágrafo único do art. 14 do CPC e a multa punitiva imputada aos infratores do dever processual previsto no inciso V: um contempt of court à brasileira**. Disponível em: [http://www.didiersodrerosa.com.br/artigos/Paula%20Sarno%20Braga%20-%20O%20par%20%C3%A1%20grafa%20%C3%BAnico%20do%20art%2014%20do%20CPC%20\(contempt%20of%20court\).pdf](http://www.didiersodrerosa.com.br/artigos/Paula%20Sarno%20Braga%20-%20O%20par%20%C3%A1%20grafa%20%C3%BAnico%20do%20art%2014%20do%20CPC%20(contempt%20of%20court).pdf). Acesso em: 16 jul. 2012.

_____. **A aplicação a terceiros da multa administrativa do parágrafo único do art. 14 do CPC: aspectos polêmicos**. Disponível em: <http://www.didiersodrerosa.com.br/artigos/Paula%20Sarno%20Braga%20-%20A%20aplica%20%C3%A7%C3%A3o%20a%20terceiros%20da%20multa%20administrativa%20do%20par%20%C3%A1%20grafa%20%C3%BAnico%20do%20art%2014%20do%20CPC.pdf>. Acesso em 25 mai. 2012.

BRASIL, Deilton Ribeiro. **A teoria dos poderes implícitos como ferramenta do ativismo jurisdicional utilizado para alargamento da competência do Supremo Tribunal Federal após a Emenda Constitucional n° 45/04**. Revista Ciências Sociais, n.1, v.14, p. 73-84, 2008.

CÉSAR, Haidée Padrão Pinto César. **Prisão Coercitiva. Possibilidade em face do § 5.º do art. 461 do CPC.** Revista de Processo, ano 33, n. 163, p.104-122, set. 2008.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** 18ª. ed., São Paulo : Editora Malheiros, 2002.

DE LUCCA, Newton. **Obrigatoriedade de a Administração cumprir as decisões judiciais – instituição do crime de lesa-corte.** In: Fórum de Debate sobre Modernização do Direito. Santa Catarina: 2000, p. 81-84.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Técnicas diferenciadas coercitivas voltadas à efetivação da tutela antecipatória genérica: Aplicação de multa (“Astreintes”) e prisão por descumprimento à ordem judicial (“Contempt of court”).** Informativo Jurídico INCIJUR, pág. 3/5, Nov. 2000.

FUX, Luiz. **O descumprimento das decisões judiciais e a criminalização do processo civil (breves reflexões).** Revista de Direito Renovar, n. 26, p. 39-44, maio/ago. 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o contempt of court.** Revista de processo, ano 26, n. 102, p. 219-227, abr/jun. 2001.

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil.** São Paulo: RT, 2003.

LUGON, Luiz Carlos de Castro. **Obrigatoriedade de a Administração cumprir as decisões judiciais – instituição do crime de lesa-corte.** In: Fórum de Debate sobre Modernização do Direito. Santa Catarina: 2000, p. 85-88.

MACHADO, Agapito. **O aspecto penal do descumprimento às decisões judiciais de natureza mandamental.** Revista dos Tribunais, v. 84, n. 722. p. 389-394, São Paulo, dez. 1995.

MACHADO, Hugo de Brito. **Prisão por desobediência a ordem judicial.** Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados, v. 16, n. 96, p. 25-39, jan. 1992.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional do processo de conhecimento.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais.** Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/5281/o-direito-a-tutela-jurisdicional-efetiva-na-perspectiva-da-teoria-dos-direitos-fundamentais#ixzz21CT6KVu5> . Acesso em 20 jul. 2012.



MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

MONTEIRO, Júlio Cesar. **Classificação das ações. As tutelas mandamental e executiva “lato sensu” em busca do sincretismo processual**. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/5788/classificacao-das-aco-es>. Acesso em 19 jul. 2012.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, volume 4: parte especial: art. 289 a 359-H. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

SEVERINO, Renata Cortez Vieira. **Sanções processuais por ato atentatório ao exercício da jurisdição: instrumento de efetividade das decisões judiciais**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Pernambuco, Recife.

SILVA, Luiz Antônio Miranda Amorim. **O contempt of court no Direito Processual Civil Brasileiro**. Revista de processo, ano 36, n. 191, p. 83-123, jan. 2011.

SILVA, Osmar Vieira da. **O contempt of court (desacato à ordem judicial) no Brasil**. Revista jurídica da Unifil, ano IV, n.04, p. 91-111, 2007.

VARGAS, Jorge de Oliveira. **A pena de prisão para a desobediência da ordem do juiz cível**. Genesis: Revista de Direito Processual Civil, ano 1, n. 1, p. 797-799, set./dez., 1996.

VENTURI, Elton. **Da prisão como instrumento coercitivo para o cumprimento de provimentos judiciais: por uma releitura da prisão civil por inadimplemento de dever alimentar**. Disponível em: http://ufpr.academia.edu/eltonventuri/Papers/175361/da_prisao_como_instrumento_coercitivo_para_o_cumprimento_de_provimentos_judiciais_por_uma_releitura_da_prisao_civil_por_inadimplemento_de_dever_alimentar. Acesso em 10 mai. 2012.

VIEGAS, Carlos Athayde Valadares. **A cláusula geral do art. 461, § 5º, CPC e a polêmica sobre a legitimidade da prisão do réu que não cumpre a obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa diferente de pecúnia**. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20Athayde%20Valadares%20Viegas-formatado.pdf>. Acesso em 05 mai. 2012.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; MEDINA, José Miguel Garcia. **Sobre coerção, autoridade e efetividade do processo**. In: TESHEINER, José Maria Rosa; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto; SEVERO, Álvaro Vinícius Paranhos Severo...[et al.] (coord.). **Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil – estudos em homenagem aos 25 anos de docência do Professor Dr. Araken de Assis**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 385-394

A TUTELA ANTECIPADA E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Lúdio Rodrigues Bonfim⁴⁶

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 TUTELA JURISDICIONAL; 2.1 O TERMO LIMINAR NO ÂMBITO DO DIREITO POSITIVO; CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS; 2.2 TUTELA DEFINITIVA E TUTELA PROVISÓRIA. CONCEITOS E ESPÉCIES. 2.3 TUTELAS PROVISÓRIAS. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS; 2.4 TUTELA ANTECIPADA. PRESSUPOSTOS E HIPÓTESES LEGAIS; 3 O CABIMENTO DA TUTELA ANTECIPADA EM FACE DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO; 3.1 PRERROGATIVAS PROCESSUAIS DA FAZENDA PÚBLICA; 3.2 LIMITAÇÕES LEGAIS À ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA; 4 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E À TUTELA ANTECIPADA; 5 A EFETIVAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA NAS AÇÕES JUDICIAIS QUE TÊM POR OBJETO IMEDIATO COMPELIR A FAZENDA PÚBLICA À PRESTAÇÃO DE ALGUMA AÇÃO OU SERVIÇO PARA PROMOÇÃO, PROTEÇÃO OU RECUPERAÇÃO DA SAÚDE DE QUALQUER POVO; 5.1 PODER GERAL DE EFETIVAÇÃO; 5.2 A FIXAÇÃO DE MULTA DIÁRIA E A SUA EXECUÇÃO PROVISÓRIA; 5.3 O BLOQUEIO JUDICIAL DE VERBA PÚBLICA; 5.4 A RESPONSABILIZAÇÃO PESSOAL DO AGENTE PÚBLICO PELO INADIMPLEMENTO. A PRISÃO (PENAL) EM FLAGRANTE PELO COMETIMENTO DE CRIME (PREVARICAÇÃO). A PRISÃO POR DESACATO À ORDEM JUDICIAL – A *CONTEMPT OF COURT* DO DIREITO ANGLO-SAXÃO; 5.5 A CONVERSÃO EM PERDAS E DANOS; 6 CONCLUSÃO; 7 REFERÊNCIAS.

Resumo

O presente trabalho tem por escopo demonstrar a importância do instituto da tutela antecipada e dos meios diretos e indiretos de coerção para a sua realização material como mecanismos necessários para a efetivação do direito fundamental à saúde em demandas ajuizadas em face da Fazenda Pública, nas quais se busca obrigá-la à prestação de ações e serviços públicos destinados à promoção, proteção e recuperação da saúde em favor do indivíduo, bem como a posição que o Poder Judiciário deve assumir como um dos atores principais no processo de efetivação dos direitos fundamentais e concretização de ações e prestações que tenham por objetivo propiciar a todos, inde-

46 – Defensor Público de Classe Intermediária, Especialista em Direito do Estado pela Faculdade Baiana de Direito



pendentemente, de sua origem, raça, sexo ou condição econômica, um mínimo existencial intangível.

Palavras-chave: Tutela antecipada; Efetividade da Jurisdição; Direito Fundamental à Saúde; Efetivação.

Abstract

The scope of this paper is to demonstrate the importance of the institution of injunctive relief and the direct and indirect means of coercion for their achievement material as necessary mechanisms for ensuring the fundamental right to health claims filed in the face of the Treasury, in which seeks to compel her actions and the provision of public services for the promotion, protection and recovery of health for the individual as well as the position that the Judiciary should take over as one of the main actors in the process of realization of fundamental rights and achieving actions and services that aim to provide everyone, irrespective of their origin, race, sex or economic status, a minimum existential intangible.

Keywords: *Injunctive Relief; Effectiveness of Jurisdiction; Fundamental Right to Health; Effective.*

1 – INTRODUÇÃO

O direito fundamental à saúde, tal como ocorre com outros direitos sociais, econômicos e culturais, decorre do ideário democrático concretizador que inspirou o constituinte originário, quando da elaboração da Carta Constitucional de 1988.

A sua concepção histórica, enquanto direito social, portanto direito de segunda geração ou segunda dimensão, é fruto da prevalência da ideologia do Estado social, bem como da expansão do pensamento marxista no século passado em contraponto à ideologia liberal que predominou no século XIX e ao Estado do *laissez faire et laissez passer* (deixar fazer, deixar passar), estando atrelada ao reconhecimento da tese de que não basta ao Estado de direito que se afirma democrático, para atender às legítimas expectativas da coletividade, respeitar a esfera privativa de liberdades do indivíduo, sendo, também, obrigado a intervir na ordem social e econômica, mediante ações afirmativas, a fim de reduzir as desigualdades e, por derradeiro, permitir a todos o pleno exercício dos seus direitos fundamentais, inclusive os individuais.

Com isso, sedimentou-se o pensamento de que o acesso aos direitos sociais, econômicos e culturais é condição, inclusive, para a efetivação dos direitos de liberdade. Neste sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁴⁷ destaca:

O aparecimento dos “direitos econômicos e sociais” ao lado das “liberdades” nas Declarações é o fruto de uma evolução que se inicia com a crítica logo feita pelos socialistas ao caráter “formal” das liberdades consagradas nos documentos individualistas. Essas liberdades seriam iguais para todos, é certo; mas a maioria, porém, seriam sem sentido porque a ela faltariam os meios de exercê-los. De que adianta a liberdade de imprensa para todos aqueles que não têm os meios para fundar, imprimir e distribuir um jornal? Destarte, a atribuição em realidade para todos do direito de exercer esses direitos fundamentais implicaria uma reforma econômico-social, ou ao menos, uma intervenção do Estado para que o mínimo fosse assegurado à maioria.

O direito à saúde, por exemplo, é consequência direta da junção do direito à vida, que é direito fundamental individual, com o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado brasileiro e princípio de maior prevalência axiológica em nosso ordenamento, à medida que não se pode conceber que uma pessoa possa ter uma existência digna, se não lhe é assegurado o acesso pleno às ações e serviços de saúde necessários para eventual recobro ou manutenção, tanto quanto possível, da sua perfeita sanidade física e mental.

47 – FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional* – 13 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 1984 – p. 276-277.



Sucedee, como se verá adiante, que a efetivação do direito à saúde, desde os primórdios do seu reconhecimento como direito social até os dias de hoje, tal como ocorre com outros direitos de mesma estirpe, perpassa por uma dificuldade histórica e estrutural do Estado brasileiro em implementar, com êxito, políticas públicas eficientes e absolutamente necessárias para propiciar à coletividade o acesso gratuito, universal e igualitário às ações e serviços públicos necessários para a promoção, proteção e recuperação da saúde.

Tal problema, associado a uma crescente conscientização coletiva, além da ampliação do acesso à justiça, sem dúvida, é causa do aumento considerável de ações judiciais em que se busca compelir o Poder Público ao cumprimento de um dever basilar que lhe fora imposto pela Carta Magna e do qual não pode se subtrair, alegando mera omissão legislativa de ordem programática ou evasiva insuficiência de recursos.

Por outro lado, no âmbito do Poder Judiciário, onde cada vez mais o direito fundamental à jurisdição efetiva ganha corpo, o instituto da tutela antecipada tem se apresentado como mecanismo essencial para a garantia de que a tutela jurisdicional relacionada ao direito à saúde pública seja prestada de forma efetiva, principalmente, ante à urgência intrínseca que é característica das demandas judiciais que envolvem tal direito e a necessidade de prestação da tutela específica. Vislumbra-se, neste passo, a importância do instituto quando se trata de demanda judicial onde se busca compelir o Poder Público ao fornecimento de medicamentos, exames, insumos medicinais, consultas médicas e tratamentos cirúrgicos.

Entretanto, deve se ter em conta que a garantia de uma tutela jurisdicional efetiva relativa ao direito à saúde não se restringe apenas à simples prolação de provimentos antecipatórios, devendo o julgador lançar mão, sempre que necessário, de atos materiais executórios com vistas à realização fática dos efeitos da tutela jurisdicional concedida antecipadamente, de modo a garantir uma prestação jurisdicional célere, eficaz e satisfatória, apta, portanto, a justificar a própria existência do Poder Judiciário no âmbito do Estado social.

Dessarte, o presente trabalho tem por escopo, em um primeiro momento, discorrer sobre o instituto da tutela antecipada no nosso ordenamento jurídico, conceituando-o, distinguindo-o de outros tipos de tutela, descrevendo os seus fundamentos constitucionais, pressupostos legais e hipóteses de ocorrência. Posteriormente, será analisado o seu cabimento em face das pessoas jurídicas de direito público e as restrições legais ao seu uso em desfavor da Fazenda Pública. Ao final, aprofundando a sua especial utilidade nas demandas em que se busca a satisfação do direito à saúde pública e reconhecendo o seu importante papel enquanto instrumento para se evitar uma síndrome de inefetividade das decisões judiciais nesta seara, será feita uma abordagem de alguns meios de coerção direta e indireta que o julgador, não somente pode como deve fazer uso, no caso em concreto, de modo a se certificar de que as suas decisões sejam cumpridas, medidas estas que, muitas vezes, não são tomadas por magistrados que ainda se visualizam na era

do Estado liberal, época onde a conduta omissiva estatal, a intangibilidade da vontade humana e a limitação do exercício da atividade judicante predominavam.

Tal modo de proceder é, sem dúvida, um dos motivos que levam por diversas vezes em que a decisão judicial não é cumprida voluntariamente pelo agente público responsável, à própria perda do bem da vida que mais deveria ser tutelado pelo Estado, à sensação de impotência da parte postulante, bem como a uma indesejável descrença no papel do Poder Judiciário enquanto instância apta a dirimir conflitos e promover a pacificação social.

2 – TUTELA JURISDICIONAL

2.1 – O TERMO LIMINAR NO ÂMBITO DO DIREITO POSITIVO. CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS

O estudo da tutela antecipada demanda, a priori, a necessária análise do termo “liminar”, segundo o enfoque que lhe é dado no âmbito do direito positivo, seja em razão do próprio legislador, por vezes, atribuir à palavra “liminar” significados variados, o que tem levado a compreensões diversas do seu sentido, seja em função da usual correlação que se verifica entre os dois enunciados (liminar e tutela antecipada) na prática forense, resultado, sem dúvida, do caráter multifacetário atribuído ao vocábulo na legislação posta.

Freddie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira⁴⁸ lecionam com propriedade:

Por medida liminar deve-se entender medida concedida *in limine litis*, i. é., no início da lide, sem que tenha havido ainda a oitiva da parte contrária. Assim, tem-se por liminar um conceito tipicamente cronológico, caracterizado apenas por sua ocorrência em determinada fase do procedimento, qual seja, o seu início. Liminar não é substantivo – não se trata de um instituto jurídico. Liminar é qualidade daquilo que foi feito no início (*in limine*). Adjetivo, pois.

Já Teori Albino Zavascki⁴⁹, em obra de fôlego, esclarece que o termo liminar, no âmbito do Direito Positivo, não tem sentido unívoco, de modo que, seguindo um critério estritamente topográfico, efetivamente serviria para definir tudo aquilo que se faz no começo, sem mais tardança. Nada obstante, para o renomado autor, tal critério apanharia somente um aspecto pouco real e representativo da palavra, sendo insuficiente para expressar o seu significado real e completo. Dessa forma, sentenciamos:

Não é apenas em razão do momento de seu aparecimento que uma decisão do juiz é considerada uma “liminar.” Há liminares proferidas após a justificação

48 – DIDIER JR, Freddie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Santos de. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 6ª ed. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 487.

49 – ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 197-198.

ou após a citação do demandado, e nem por isso, apesar de já ultrapassada a porta de entrada, deixam de ser consideradas liminares. Na verdade, o sentido mais comum da palavra liminar é o que decorre da formulação elíptica da expressão “medida liminar.” Com esse sentido, a palavra não realça o momento da decisão, mas sim o seu conteúdo. Quando se requer uma liminar se está pedindo alguma coisa, e não apenas que a decisão seja proferida em dado momento. E quando se defere uma liminar se está expedindo um provimento com certo conteúdo, e não, simplesmente, decidindo *initio litis*.

É de se perguntar, pois, qual o conteúdo que caracteriza a decisão como “medida liminar”, ou, simplesmente, como uma “liminar”, distinguindo-a das demais decisões interlocutórias tomadas pelo juiz, ainda que no mesmo momento processual.

Atentar-se à etimologia da palavra “liminar”, que quer dizer “posto à frente” ou “que antecede”,⁵⁰ e, com isso, buscar compreendê-la segundo um critério estritamente espacial na prática processual, seria a postura mais apropriada e inequívoca que se poderia assumir como forma de interpretação do termo em questão, dotando-o, portanto, de precisão técnica e conformação à gramática. Neste sentido é o magistério de Leonardo José Carneiro da Cunha⁵¹ e de parte importante da doutrina, a exemplo de José Roberto dos Santos Bedaque⁵²:

Em síntese, liminar é decisão proferida no início do processo. Não importa o conteúdo da medida. Pode versar sobre o saneamento do processo, questões processuais cognoscíveis de ofício, conservações de bens, pessoas ou provas e antecipação de feitos da tutela final.

Nesta linha de pensamento, liminar pensada, não como instituto jurídico, mas sim como adjetivo, serviria para qualificar o ato judicial de conteúdo decisório proferido no início da lide, a exemplo do indeferimento da petição inicial, da decisão que concede a gratuidade judiciária, ou, ainda, embora não necessariamente, da decisão que antecipa, inaudita altera parte, os efeitos da tutela jurisdicional pretendida ao final. Em resumo, liminar e antecipação de tutela não são a mesma coisa, tampouco a primeira é gênero da qual a segunda é espécie, embora, em uma dada ação, seja perfeitamente possível que o adiamento dos efeitos da tutela jurisdicional pretendida ao final da lide possa ser concedido em caráter liminar, isto é, logo no início da ação, sem que a parte contrária tenha ainda se manifestado.

Apesar disso, é preciso que se diga ao legislador, pouco atento à técnica, quando trata da questão, tem significativa parcela de contribuição para a prática forense usual de se consi-

50 – FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio: o dicionário da língua portuguesa*. 6ª ed. rev. atual. Curitiba: Positivo, 2006, p. 517.

51 – CUNHA, Leonardo José Carneiro da Cunha. *A Fazenda Pública em Juízo*. 3ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Dialética, 2005, p.178.

52 – BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)*. 5ª ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 304.

derar as duas expressões em apreço como se fossem duas denominações possíveis de um mesmo instituto jurídico – ou de institutos jurídicos semelhantes, segundo o seu conteúdo ou o fim a que se destinam –, bem como para a vasta e persistente divergência doutrinária acerca do tema.

Com efeito, no próprio Código de Processo Civil em vigor, foram atribuídas significações diversas à palavra “liminar” e suas variações de classe gramatical, por vezes, observando-se rigorosamente a sua etimologia, isto é, como ato judicial de caráter decisório ou não, proferido no início da lide, por outras, tratando-a como se fosse a própria antecipação da tutela pretendida ao final, dando ênfase, assim, à definição do termo segundo um conteúdo seu propriamente dito:

Art. 461. (...) § 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela **liminarmente** ou mediante justificação prévia, citado o réu. A **medida liminar**⁵³ poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada. “(Incluído pela Lei nº 8.952, de 1994).”

(...)

Art. 739. O juiz rejeitará **liminarmente** os embargos:

(...)

Art. 928. Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado **liminar** de manutenção ou de reintegração; no caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada.

A falta de precisão conceitual persiste na legislação esparsa, a exemplo da Lei nº 8.437/1992 cujos arts. 1º 3º e 4º aplicam-se ao instituto da tutela antecipada, segundo o quanto disposto na Lei nº 9.494/1997, e onde a medida liminar ou liminar é tratada de forma generalizada:

Art. 1º Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.

§ 1º Não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal.

§ 2º O disposto no parágrafo anterior não se aplica aos processos de ação popular e de ação civil pública.

§ 3º Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação.

53 – A medida liminar aqui, por opção do legislador, se identifica com a própria tutela antecipada independentemente desta ter sido concedida ou não no início da lide.



§ 4º Nos casos em que cabível medida liminar, sem prejuízo da comunicação ao dirigente do órgão ou entidade, o respectivo representante judicial dela será imediatamente intimado. (Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)

§ 5º Não será cabível medida liminar que defira compensação de créditos tributários ou previdenciários. (Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)

decisão provisória e satisfativa, levando-se em conta, portanto, o seu grau de mutabilidade e conteúdo⁵⁴.

Na época em que a referida lei teve a sua vigência iniciada, como ainda não havia previsão, no procedimento comum⁵⁵, do instituto da antecipação de tutela, nos moldes da reforma operada no Código de Processo Civil pela Lei nº 8.952/1994, era bastante comum o ajuizamento de medidas cautelares inominadas, visando obter a antecipação do provimento jurisdicional pretendido ao final da demanda judicial, fato este que explica a mencionada lei se referir à medida liminar como uma medida de caráter satisfativo da tutela pretendida na ação principal e que é concedida no âmbito do próprio processo cautelar (o que não deixa de ser contraditório), visando resguardar o resultado útil daquela ação principal.

De qualquer sorte, atentando-se à preciosa lição de Teori Albino Zavascki, o que se recomenda ao operador do direito é que, quando em análise da legislação, reconhecendo a inerente diversidade conceitual do termo em estudo, busque investigar o sentido empregado aos vocábulos “liminar” e “liminarmente” ou à expressão “medida liminar” no contexto em que estão inseridos, de modo a compreender segura e plenamente o que estão a significar em cada caso.

2.2 – TUTELA DEFINITIVA E TUTELA PROVISÓRIA. CONCEITOS E ESPÉCIES

No modelo original do Código de Processo Civil, a tutela jurisdicional, – enquanto poder-dever do Estado-juiz de promover a justa composição dos conflitos, segundo o império da lei, substituindo a vontade dos envolvidos pela vontade estatal e utilizando, se preciso dos meios de coerção necessários para a imposição desta –, submetia-se a uma divisão em três classes distintas, a saber: tutela de cognição, tutela de execução e tutela de cautela. A cada uma destas espécies de tutelas correspondiam processos e ações distintos.

Naquela época, o direito processual civil pátrio, profundamente influenciado pela escola de direito processual civil italiana, com contribuição inestimável de Enrico Túlio Liebman, buscava afirmar a sua autonomia frente ao direito material, de sorte que a preocupação primordial dos seus precursores era estabelecer as suas bases fundantes, definir os seus princípios,

54 – Da mesma forma a Lei nº 12.016/2009, que dispõe acerca do mandado de segurança individual e coletivo.

55 – Embora alguns procedimentos especiais previstos no próprio código e leis esparsas já previssem medidas antecipatórias.

dotá-lo de rigor metodológico, além de sistematização, com grandes construções teóricas capazes de exaltar a técnica processual, privilegiando-se, sobretudo, o cientificismo, a segurança jurídica e a ideologia do Estado liberal. Ao discorrer sobre o pensamento que inspirou o Código de Processo Civil de 1973, Manoel de Souza Mendes Júnior⁵⁶ afirmou:

Nosso Código de Processo Civil, portanto, foi elaborado a partir das ideias desenvolvidas nessa escola, a qual tinha a preocupação de afirmar a autonomia do direito processual civil com relação ao direito material. A busca da autonomia levou a grandes elaborações teóricas, alcançando-se notável progresso da técnica e da dogmática processual.

Neste passo, voltando à tradicional classificação em tríade da tutela jurisdicional e seus processo correlatos, temos que:⁵⁷

Seguindo ainda o pensamento de Liebman, o que distingue cada uma dessas espécies de processo das demais é a sua finalidade. Assim, o processo de conhecimento tem por objetivo a formulação da regra jurídica concreta; o processo de execução, sua atuação prática; e o processo cautelar, assegurar o resultado útil daqueles outros dois processos.

A tutela cautelar, então, já no modelo clássico, porque destinada à salvaguarda dos bens e das provas, enquanto meios necessários ao processo, ou, ainda, à salvaguarda do próprio direito supostamente violado, quando ameaçados de prejuízo iminente, exhibia o seu caráter acessório em relação aos outros dois tipos de tutela definidos e, por derradeiro, a sua provisoriidade inerente, ambas as características justificadas pela premissa, segundo o pensamento predominante à época, de que todo processo em si tem um tempo certo de duração necessário para se aferir com segurança se a tutela de certificação ou de efetivação do direito requerida pela parte deve ser concedida pelo Estado-juiz e que, durante este tempo, não se pode adiantar à parte requerente a tutela jurisdicional pretendida pena de violação ao direito à segurança jurídica.

Acontece que os tempos são outros, a pós-modernidade é marcada pela ênfase à desconstrução de princípios, conceitos e sistemas anteriores, sobretudo em face da ineficácia prática dos grandes discursos e da decadência de valores, ideias e instituições, antes tidos como supremos, na solução dos problemas do cotidiano. No plano jurídico-processual, considerando o contexto sociopolítico em que vivemos exsurge com todo o vigor a fase instrumentalista do direito processual civil e seu caráter utilitarista, no exato sentido de ter aptidão a produzir resultados relevantes e efetivos na realidade dos indivíduos – sob pena de perda da sua própria legitimidade, em detrimento de construções teóricas sagazes, porém ineficazes

56 – MENDES JUNIOR, Manoel de Souza. "Tutelas de Urgência no Código de Processo Civil Brasileiro." *Tutela de Urgência e Risco*. Francisco Carlos Duarte (coord.). Vol. 1, 1ª ed.. Curitiba: Juruá, 2010, p. 124-125.

57 – *Ibidem*, p. 125.



no plano dos fatos, por mais relevantes que outrora tenham sido para o aprimoramento da técnica processual.

Nesta conjuntura, a legislação processual civil foi submetida a uma série de reformas que tiveram por escopo torná-la efetivo instrumento de acesso e realização da Justiça, mas que, por via oblíqua, também serviram para que a classificação tripartite da tutela jurisdicional passasse a ser combatida com mais ênfase pela doutrina.

Com efeito, Teori Albino Zavascki⁵⁸ afirma que a tradicional classificação da tutela jurisdicional em três espécies de atividades distintas, cada uma com processos e ações correlatos, não é imposição de ordem natural ou científica, mas opção confiada à discricção legislativa:

A segmentação das atividades cognitivas e executivas em ações e em processos distintos, que era a regra no sistema original do Código de Processo Civil, passou a ser exceção depois das supervenientes reformas processuais implementadas a partir de 1994. Atualmente, em se tratando de demanda sobre obrigações de fazer e de não fazer, cognição e execução se desenvolvem no âmbito de uma única relação processual, na qual também são requeridas e processadas as correspondentes medidas de urgência eventualmente necessárias (CPC, art. 461). O mesmo ocorre nas demandas sobre obrigações de entregar coisa (CPC, art. 461-A). Em se tratando de obrigação de pagar quantia, em que a atividade jurisdicional se desdobrava originalmente em várias “ações” (ação condenatória, ação de liquidação de sentença, ação de execução, ação de embargos do devedor), está hoje reunida numa relação processual única, no âmbito da qual se desenvolvem todas as atividades destinadas a certificar o direito, determinar a sua conformação e impor o seu cumprimento.

Ou seja, com a série de reformas do direito processual civil iniciada na década de 1990, restou evidenciada com mais clareza o que antes já era defendido com vigor por alguns estudiosos, isto é, em uma mesma relação processual é plenamente possível à prática de forma simultânea e/ou sucessiva de atividades jurisdicionais distintas.

Assim, posta em cheque a divisão clássica da tutela jurisdicional, o renomado jurista, com arrimo, sobretudo, no estudo da cognição no plano vertical realizado por Kazuo Watanabe⁵⁹, propõe a classificação da tutela jurisdicional em definitiva ou provisória, segundo a natureza e o conteúdo dos respectivos provimentos e independentemente do processo ou tipo de ação em que esteja sendo prestada⁶⁰.

58 – ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 11.

59 – WATANABE, Kazuo. *Cognição no Processo Civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

60 – ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 39-40.

A primeira, que privilegia o valor “segurança”, tem as seguintes características básicas: (a.1) é formada em procedimentos nos quais se propicia cognição exauriente da lide, ou seja, oferecem-se às partes meios adequados de contraditório e de ampla defesa de suas posições jurídicas, e (a.2) é marcada pela imutabilidade própria da coisa julgada material.

A segunda, que privilegia o valor “efetividade”, caracteriza-se: (b.1) por estar necessariamente referenciada a um pedido de tutela definitiva, à falta do qual não tem ou perde a sua razão de ser; (b.2) por ter como pressuposto uma situação de urgência, entendida em sentido amplo, compreendendo-se como tal a situação fática que, de alguma forma, compromete a regular prestação da tutela definitiva; (b.3) por ser formada à base de cognição sumária, assim considerada a cognição menos aprofundada, no seu nível vertical, que a cognição exauriente própria da tutela definitiva a que se acha referenciada; (b.4) por ter eficácia limitada no tempo, não perdurando por prazo maior que o da concretização de sua finalidade ou o da duração do processo no qual é buscada a tutela definitiva correspondente; (b.5) por ser precária, não submetida à imutabilidade da coisa julgada, podendo ser modificada ou revogada a qualquer tempo, desde que haja mudança no estado de fato (que acarrete o desaparecimento, o surgimento ou a modificação da situação de urgência que lhe serve de pressuposto) ou no estado da prova (que acarrete nova compreensão sobre os fatos e o direito afirmado).

Neste contexto, temos como espécies de tutelas provisórias a tutela cautelar, já referida anteriormente, e a tutela antecipada, objeto de estudo do presente trabalho, as quais embora tenham a mesma função constitucional de garantir a efetividade do processo e da jurisdição, assegurando o resultado útil do primeiro ao final, diferem quanto ao seu conteúdo e cabimento, de sorte que a tutela antecipada representa o próprio adiantamento dos efeitos que a futura tutela pretendida produzirá no plano dos fatos, ou seja, é satisfativa, enquanto a tutela cautelar tem conteúdo do seu provimento diverso em relação ao da tutela definitiva, ou seja, é simples medida de garantia ou conservação do direito que se afirma violado.

Destarte, ao deferir uma medida antecipatória, o magistrado estará invertendo entre as partes a distribuição do ônus do tempo do processo, já, ao deferir uma medida cautelar, estará repartindo-o de forma igual tanto quanto possível entre os litigantes.

Na tutela antecipada, embora a provisoriedade lhe seja inerente, é possível que os seus efeitos sejam perpetuados no tempo, pois está destinada, embora não necessariamente, a ser sucedida por outra medida de conteúdo semelhante, porém definitiva, no caso de confirmação do direito que se afirma violado. Na tutela cautelar, a sua duração é limitada, não podendo ser sucedida por outra tutela definitiva de mesmo conteúdo, eis que o provi-



mento cautelar necessariamente não coincide com o provimento definitivo pretendido ao final da lide.

Há ainda os que defendem que os referidos institutos submetem-se a regime processual e procedimental diversos, bem como demandam pressupostos peculiares para as respectivas concessões, notoriamente, mais rigorosos para a tutela antecipada (v.g.: prova inequívoca do alegado), o que é relativizado para parte da doutrina que professa a fungibilidade das tutelas de urgência⁶¹.

2.3 – TUTELAS PROVISÓRIAS. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS

O direito de acesso à Justiça está positivado no inc. XXXV, do art. 5º, da Constituição Federal⁶². Tal direito não deve ser visto como mera garantia de acesso formal ao Poder Judiciário, através da possibilidade do manejo da ação, pois, evidentemente, não se trata de simples norma de cunho processual de matriz constitucional. Com efeito, tendo mira o fato de que, no Estado de Direito, o sujeito de direitos, via de regra, não pode fazer valer a própria força e vontade, visando impor de forma deliberada a sua pretensão insatisfeita (proibição da autotutela) e que o Estado detém, com exclusividade, o monopólio da jurisdição, o direito de ação, consubstanciado na inafastabilidade do controle jurisdicional, e, comumente denominado, de direito à jurisdição efetiva ou direito à efetividade da jurisdição, dentre tantos outros que englobam o chamado devido processo legal, tem por escopo permitir que seja propiciado a todos, independentemente de sua condição econômica, origem, raça, sexo, cor, idade ou qualquer outro traço peculiar, a jurisdição efetiva, ou seja, a atuação eficaz do Estado que tenha verdadeira aptidão de produzir mecanismos eficientes de solução das controvérsias, oferecendo a real possibilidade do titular de um direito violado ou sob ameaça de violação, provando que a razão lhe assiste, obter, na prática, a tutela do seu direito ou, não demonstrando a procedência do que alega obter, ao menos, a resposta negativa do Estado-juiz, devendo aceitá-la, eis que vive sob o império da lei. Neste passo, o direito à jurisdição efetiva, portanto, é base da própria ordem jurídica e condição de legitimidade do Estado democrático de direito.

Por outro lado, é certo que todo processo deve ter um tempo de duração razoável, de modo que o julgador possa aferir com segurança, através da cognição exauriente, o pleno conhecimento dos fatos e fundamentos que envolvem a lide, e, por derradeiro, se o litigante demandado deverá ser privado ou não da sua liberdade ou de seus bens. Neste ínterim, é fundamental que seja assegurado o contraditório e a ampla defesa aos litigantes, garantias constitucionais que também são englobadas pelo devido processo legal, em respeito ao princípio da segurança jurídica igualmente extraído da Carta Magna.

61 – TARDIN, Luiz Gustavo. **Fungibilidade das Tutelas de Urgência**. São Paulo: RT, 2006.

62 – art. 5º (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Assim, tanto o direito à efetividade da jurisdição como o direito à segurança jurídica são princípios fundamentais constitucionais de mesma hierarquia normativa que, de forma abstrata, tal como os demais conjuntos de regras e princípios previstos na Constituição Federal, guarda perfeita consonância entre si e transcendem o caráter social-democrático da nossa Carta Política.

Ocorre que haverá situações na vida que é complexa por natureza, em que o direito à efetividade da jurisdição entrará em colisão direta com o direito à segurança jurídica, a exemplo do que acontece quando a espera do tempo necessário para que se possa perfectibilizar a cognição exauriente, durante a tramitação processual, poderá comprometer a própria existência do bem da vida que se procurar resguardar, mediante a atividade jurisdicional postulada.

Neste caso, a primazia pela segurança jurídica, observando-se rigorosamente o direito ao contraditório e à ampla defesa do litigante demandado, poderá implicar em negação total ao direito à jurisdição efetiva, posto que o sucesso da demanda não levará a nenhum resultado prático ao litigante demandante que recorreu ao Estado-juiz para obter a tutela de um direito seu que, em face do decurso do tempo, não mais existe.

As tutelas provisórias de urgência, tanto a cautelar quanto a de natureza satisfativa, pois tem por escopo garantir que a jurisdição seja efetiva, evitando, porém, que a segurança jurídica seja refutada por completo. Sob este prisma, devem ser compreendidas enquanto mecanismos judiciais de efetivação de direitos fundamentais que, portanto, podem e devem ser manejados pelo Estado-juiz, independentemente de previsão legal⁶³, no intento de conferir eficácia às normas constitucionais, à medida que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º, § 1º, da CF). Ou podem ser adotadas ainda que existam leis ordinárias a restringir-lhes a aplicação, declarando, assim, no caso em concreto, mediante controle difuso, a inconstitucionalidade destas restrições ou promovendo a sua interpretação conforme a Constituição⁶⁴.

Noutro giro, a fim de que o manejo das tutelas provisórias em um dado caso concreto, objetivando a salvaguarda efetividade da jurisdição, não represente completa anulação do direito à segurança jurídica, cabe ao magistrado, mediante juízo de ponderação de interesses, respeitando, tanto quanto possível, a máxima efetividade das normas constitucionais, e visando manter a harmonia do sistema constitucional, analisar se tais medidas são efetivamente necessárias para a solução do conflito, somente aplicá-las no limite indispensável para a harmonização dos princípios em colisão (efetividade da jurisdição x segurança jurídica), devendo resguardar o núcleo essencial do princípio cuja aplicação teve que ser momentaneamente afastada, no caso o núcleo essencial do direito à segurança jurídica do litigante demandado.

63 – Tanto é assim, que, mesmo antes da reforma processual operada em 1994, quando inexistia a previsão da tutela antecipada no procedimento comum, era corriqueiro o manejo de ações cautelares inominadas, objetivando a obtenção de medidas provisórias de caráter satisfativo, com relativa aceitação de referida prática pelos tribunais.

64 – Com exceção, evidentemente, daquelas normas restritivas à concessão da tutela antecipada que já tenham sido objeto de controle concentrado de constitucionalidade e que tenham sido declaradas constitucionais pelo Pretório Excelso, tal como ocorreu com o art. 1º da Lei nº 9.494/1997.



2.4 – TUTELA ANTECIPADA. PRESSUPOSTOS E HIPÓTESES LEGAIS

No intento de regulamentar a tutela antecipada, procurando, sobretudo, garantir a efetividade da jurisdição, além de resguardar a segurança jurídica, o legislador, alterando o art. 273 do CPC, através da reforma operada pela Lei nº 8.952/94, positivou o instituto nas disposições gerais do procedimento ordinário, estabelecendo pressupostos para a sua concessão, os quais, evidentemente, devem ser observados, nos procedimentos especiais e no procedimento sumário, com as ressalvas das disposições específicas que regem estes procedimentos, bem como em necessária consonância com as normas constitucionais vigentes, de onde extraem o próprio fundamento de validade, bem como definindo as hipóteses legais em que a antecipação dos efeitos da tutela pretendida pode ser adiantada.

Tais pressupostos subdividem-se em: I – pressupostos genéricos e cumulativos, postos que essenciais para a concessão da tutela antecipada independentemente da situação fática alvo da atividade jurisdicional e; II – pressupostos específicos e alternativos, posto que a lei exige, ao menos, a configuração de um destes pressupostos em conjunto com todos os cumulativos para que o provimento pretendido ao final da lide possa ser antecipado. Os pressupostos específicos e alternativos, em razão das suas características, comumente costumam ser identificados como hipóteses legais para a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional pretendida.

Os pressupostos genéricos e cumulativos são a prova inequívoca capaz de convencer o julgador da verossimilhança das alegações e a reversibilidade do provimento antecipado.

A prova inequívoca do alegado não é mais uma nova espécie de prova, mas sim uma qualidade que caracteriza as provas já especificadas na lei processual. Portanto, a prova inequívoca tanto pode ser a prova documental anexada à petição inicial como também a prova testemunhal ou, ainda, a prova pericial, já que a antecipação da tutela pode ser deferida em qualquer fase do processo, ou seja, no seu início, de forma liminar, ou após uma audiência de justificação prévia ou até depois da instrução do feito, por exemplo.

A prova inequívoca não é aquela que conduz a uma verdade real e absoluta, dado o material intangível que se exauriu no passado⁶⁵, tampouco será aquela inquestionável ou incontestável, que aponte para a verdade idealizada processualmente com base na segurança jurídica, uma vez que o processo de cognição ainda não se exauriu de forma a permitir que ambas as partes exerçam plenamente o direito à ampla defesa e ao contraditório, com os meios e recursos que lhes são inerentes e que o julgado formule juízo de certeza sobre a existência ou não do direito invocado⁶⁶.

65 – DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Santos de. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 6ª ed. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 72-74.

66 – BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)*. 5ª ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 366/370.

Trata-se, na verdade, de uma prova robusta, consistente, apta, portanto a permitir que o julgador, mediante juízo de cognição sumária, não exauriente, pois vislumbre, a priori, a verossimilhança do alegado, de modo a estar convicto, com alto grau de probabilidade, de que os fatos ocorreram como especificados pelo postulante e que tais fatos se subsumem ao aparato legal suscitado na espécie.

Quanto ao pressuposto da exigência da reversibilidade do provimento antecipado (ao que parece, o legislador quis dizer reversibilidade da situação fática alcançada pelo provimento antecipado, já que o provimento jurisdicional que antecipa os efeitos da tutela pretendida ao final é sempre reversível, não estando marcado pela imutabilidade da coisa julgada), cremos tratar-se de efetiva restrição genérica ao instituto em apreço, que deve, por isso, ser interpretada com parcimônia.

Com efeito, o intento do legislado foi procurar resguardar o núcleo essencial do direito à segurança jurídica do litigante demandado, zelando pela reversibilidade dos efeitos da medida antecipatória porventura deferida em seu desfavor.

Sucede, como se verá de forma sucinta no capítulo adiante, que haverá litígios em que a concessão da tutela antecipada implicará em irreversibilidade da situação fática alcançada pelo provimento antecipatório, mas o seu indeferimento levará à perda do bem da vida que se procurou resguardar com o pleito de antecipação formulado, implicando, portanto em irreversibilidade da situação de fato que o litigante demandante quis evitar ao formular o pedido da antecipação.

Nestes casos, a interpretação do pressuposto mencionado deve se dar em conformidade com o texto constitucional, sob pena de colidir diretamente com o sistema de onde retira o seu próprio fundamento de validade. Deve, então, o magistrado conceder o provimento antecipatório, se entender necessário, sobretudo em razão da alta probabilidade do direito invocado e do fato deste não poder ser sacrificado no caso em concreto por ser axiologicamente prevalente, ainda que a decisão venha a gerar situação de fato irreversível ao litigante demandado, resolvendo, em perdas e danos, eventuais prejuízos a este inflingidos que no decorrer do processo reputarem-se indevidos⁶⁷.

Não se pode desprezar, porém, a possibilidade de situações extremas, em que se permite a satisfatividade irreversível da tutela antecipada, sob pena de perecimento do direito. Se a única forma de evitar essa consequência e assegurar a efetividade do processo for antecipar efeitos irreversíveis, não se pode excluir de plano a medida.

67 – BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)*. 5ª ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 373.



Já os pressupostos alternativos, que também podem ser identificados como hipóteses legais para que os efeitos da tutela pretendida possam ser antecipados, são o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação e o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

O risco de dano irreparável ou de difícil reparação, previsto no inc. I, do art. 273, do CPC, traduz a típica hipótese de tutela antecipada, vez que esta tem por escopo garantir o resultado útil do processo ou, em outros termos, garantir a efetividade da jurisdição. Ora, se o litigante demandante aduz a necessidade do provimento antecipatório, com base no fato de que o ônus do tempo do processo pode lhe causar danos irreparáveis ou de difícil reparação, o que se está afirmando é que a espera da tramitação regular do feito, observando-se a ampla defesa e o contraditório, com plena participação dos sujeitos processuais, poderá ocasionar uma jurisdição inefetiva, em face, por exemplo, do perecimento do objeto da demanda, que, portanto, não mais servirá ao litigante vitorioso, ou em razão de importante dano suportado por este cuja eventual decisão final favorável não terá mais o condão de reverter ou, ainda que tenha, dificilmente conseguirá. Por tal razão a medida é denominada de assecuratória, pois a antecipação provisória da tutela tem por desiderado assegurar que a tutela definitiva possa ser futuramente concedida, em sendo o caso. O risco do dano, no caso, deve ser certo e atual, e o dano potencial deve ser efetivo e grave, não se admitindo o hipotético e brando.

Quanto ao abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu (mais adequado seria denominar litigante demandado, eis que, embora raro, é possível que o réu formule e seja beneficiado por pleito antecipatório, o que ocorre, por exemplo, nas ações dúplices, nas ações em que se formulam pedidos contrapostos, quando há reconvenção etc.), a eventual concessão da tutela antecipada com base em tais pressupostos traduz-se em medida de natureza punitiva, em face da penalidade imposta ao litigante demandado, embora o seu fim efetivo seja o de garantir a prestação jurisdicional sem protelações indevidas. O abuso do direito de defesa consiste no manejo de expedientes processuais com o deliberado intento, não de se defender, mas sim de procrastinar o regular andamento do feito. Já o manifesto propósito protelatório (ressalte-se que não basta a mera intenção de protelar, exigindo-se a prática efetiva de atos protelatórios) consiste em atos diversos daqueles relacionados ao exercício da defesa, mas que igualmente tem por escopo atrasar o feito, esvaziando a tutela postulada e colidindo com a efetividade da jurisdição, em face do decurso desnecessário de tempo para a sua entrega.

Outra hipótese legal para a concessão da tutela antecipada foi instituída pela Lei nº 10.444/02 e decorre do direito à razoável duração do processo, previsto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Trata-se da antecipa-

ção da tutela do pedido parcialmente incontroverso⁶⁸ e é cabível nas hipóteses em que o postulante formula um só pedido ou pedidos cumulados e parcela ou mais de um destes pedidos mostram-se incontroversos. Ora, como parte dos pedidos ou fração do pedido foi controvertida, não haveria, a priori, a possibilidade do julgamento antecipado, de sorte que a função da medida é tornar célere a jurisdição que pode ser parcialmente entregue, sem a necessidade injustificada de se exigir do beneficiário que aguarde todo o desenrolar da lide e a solução acerca da questão controvertida, para receber a prestação relativa a um pleito que se mostra evidente, posto que não refutado pela parte contrária. Aqui, diversamente do que ocorre em outras hipóteses previstas no art. 273, do CPC, não há conflito entre a efetividade da jurisdição e a segurança jurídica, segundo Zavascki⁶⁹:

... a nova espécie de antecipação, que ocorre em cenário onde não existe o citado conflito, representa simplesmente uma ação afirmativa em benefício do princípio constitucional da efetividade e, mais especificamente, do direito fundamental explicitado no art. 5º, LXXVIII, da Constituição introduzido pela EC n. 45/2004), segundo o qual “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

3 – O CABIMENTO DA TUTELA ANTECIPADA EM FACE DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO.

3.1 – PRERROGATIVAS PROCESSUAIS DA FAZENDA PÚBLICA

É comum a denominação “Fazenda Pública” para as pessoas jurídicas de direito público quando atuam em juízo nas demandas que repercutem de alguma forma no acervo patrimonial do Estado-administração, por certo, devido ao fato de que será, efetivamente, o erário público quem sofrerá o revés de uma eventual decisão judicial desfavorável ou a vantagem econômica de um processo vitorioso.

Ademais, a expressão é apropriada, por outro lado, tendo-se em conta que, se a indisponibilidade do interesse público e a supremacia do interesse público sobre o interesse particular são os princípios que sustentam o direito público e que, por isso mesmo, e se o magistrado, quando julga uma dada causa em que a Administração Pública esteja envolvida, deve levar em conta justamente a exaltação de tais princípios, não seria correto mencionar que este ou aquele pro-

68 – Para Didier, Braga e Oliveira o pedido parcialmente incontroverso autoriza a resolução parcial do mérito e não antecipação dos efeitos da tutela. Neste sentido conferir: DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Santos de. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 2. 6ª ed. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 533/544. Já Marinoni, esposando o mesmo entendimento, ainda acrescenta: Portanto, a interpretação do § 6º do art. 273 de acordo com o direito fundamental à duração razoável impõe a conclusão de que a tutela da parte incontroversa da demanda produz coisa julgada material. MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação da Tutela. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 292.

69 – ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da Tutela. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 109-110.



nunciamento judicial foi contrário ao interesse público, até porque a autoridade pública, investida na função administrativa e que irá cumprir a decisão judicial, independentemente do seu posicionamento pessoal, não detém o monopólio de tal interesse, sendo apenas a sua guardiã.

Nada obstante, presume-se que a Administração Pública, por tutelar o interesse público, por estar atrelada ao princípio da legalidade estrita e por, necessariamente, ter que atuar visando o bem da coletividade, – embora, infelizmente, nem sempre assim o faça –, age segundo os ditames da lei e de acordo com a vontade geral. Por outro lado, em virtude de sua importante missão, muitas vezes envolve-se em relações complexas com os particulares que demandam um certo aparelhamento burocrático-estatal de difícil gestão.

Tais circunstâncias, por si só, são suficientes para que o Estado-administração detenha prerrogativas necessárias ao cumprimento dos seus misteres em todos os campos de atuação. No âmbito do processo civil não é diferente, as vantagens processuais conferidas ao Poder Público fundam-se no fato de que, quando este é parte em um dado processo judicial, o interesse público está em jogo, e, considerando as dificuldades inerentes à atuação estatal, justifica-se plenamente que receba tratamento processual diferenciado, o que pode ser considerado verdadeira discriminação positiva, visando a realização do princípio da isonomia, na sua acepção material, bem como tentativa de se evitar eventuais condenações indevidas e excessivamente onerosas ao erário que, por derradeiro, serão suportadas pela própria coletividade.

Neste passo, são exemplos de prerrogativas processuais conferidas à Fazenda Pública, dentre outras, o critério diferenciado para fixação dos honorários quando for parte vencedora (art. 20, § 4º, do CPC), o estabelecimento de prazos diferenciados mais dilatados (arts. 188 e 277 do CPC), o reexame obrigatório (art. 475 do CPC), o regime de precatórios (art. 100 da CF), procedimento especial de execução por quantia certa quando for parte executada (art. 730 do CPC), vedação ao deferimento de manutenção ou reintegração liminar de posse sem a audiência prévia do representante judicial das pessoas jurídicas de direito público (art. 928, par. único, do CPC), procedimento especial de cobrança dos seus créditos tributários ou não tributários inscritos como dívidas ativas (Lei nº 6.830/1980) etc.

3.2 – LIMITAÇÕES LEGAIS À ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

Dentre as prerrogativas acima mencionadas, vale destacar que duas, durante certo tempo, foram citadas por parte da doutrina como verdadeiros óbices ao cabimento da tutela antecipada nas demandas ajuizadas contra as pessoas jurídicas de direito público. Com efeito, Leonardo José Carneiro da Cunha afirmou⁷⁰:

70 – CUNHA, Leonardo José Carneiro da Cunha. *A Fazenda Pública em Juízo*. 3º ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Dialética, 2005, p.178.

Questiona-se se esses provimentos de urgência podem ser concedidos contra o Poder Público, havendo quem se posicionasse contrário ao seu cabimento, sustentando não ser compatível a antecipação da tutela com a regra do reexame necessário (CPC, art. 475) nem com a sistemática do precatório (CF, art. 88). É que, se a sentença não produz efeitos enquanto não confirmada pelo tribunal, a tutela antecipada, a fortiori, não poderia ser concedida, senão depois de reexaminada pela instância superior. Ademais, as ordens de pagamento devem submeter-se, forçosamente, à disciplina dos precatórios, sendo questionável se a parte autora deva efetivamente obter, de logo, o valor respectivo.

Sucedo que a regra do reexame necessário ou duplo grau de jurisdição obrigatório, que em razão da alteração do art. 475 do CPC operada pela Lei nº 10.352/2001, não é absoluta, restringindo-se, assim, apenas às condenações proferidas em face da Fazenda Pública de valor certo e superior à 60 (sessenta) salários mínimos e aos casos de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor, refere-se a sentença, ou seja, a provimento jurisdicional definitivo, nada dispondo acerca de provimento jurisdicional urgente e provisório, a exemplo da tutela cautelar ou antecipada. Com efeito, no processo do mandado de segurança, regulado pela Lei nº 12.016/09, a sentença que concede a segurança está obrigatoriamente sujeita ao duplo grau (art. 14, § 1º) e nem por isso o diploma legal veda a concessão de medidas liminares substancialmente antecipatórias, pelo contrário, prevê a sua possibilidade⁷¹ (art. 7º).

Por outro norte, o regime de precatórios, que também não é absoluto (vide art. 100, § 3º, da CF), limita-se apenas às condenações definitivas em pecúnia proferidas em face da Fazenda Pública, não abrangendo, portanto, provimentos jurisdicionais de outra natureza ou, ainda, provimentos outros que, mesmo de natureza condenatória, tenham como prestação respectiva a obrigação de fazer ou deixar de fazer algo, bem como dar algo diverso de dinheiro. Neste passo, nada impede que o julgador, em um dado caso concreto, defira, a título de antecipação de tutela (que não é condenação definitiva), a obrigatoriedade da Fazenda Pública prestar continuamente, por exemplo, verba de caráter subsistencial que supere o valor definido pela legislação como de pequeno valor para fins de expedição de precatório, sobretudo quando, ao ponderar os interesses em conflito, submetendo-os a uma dimensão de peso, buscando a máxima efetividade possível das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, entenda que assim deve proceder. Com efeito, se o regime de precatórios tem sede na Carta Magna, também o instituto da antecipação da tutela está impregnado de estatura constitucional, já que o direito de acesso à justiça, insculpido no art. 5º, inc. XXXV, da CF, não informa apenas que a todos é dado o direito de acionar o Poder Judiciário, mas sim que a prestação jurisdicional deve se dar de forma efetiva, adequada e tempestiva⁷², e a função da tutela provisória em apreço é garantir que isto ocorra.

71 – Ao nosso modesto ver, a liminar referida pela mencionada lei é verdadeira medida satisfativa, portanto, tutela antecipada.

72 – MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 257-258.



Vê-se com clareza, portanto, que o reexame necessário e a sistemática dos precatórios não representam, tampouco representaram no passado, óbice à concessão de tutela antecipada em face da Fazenda Pública.

Ocorre que, já há algum tempo, algumas leis vêm sendo editadas com a finalidade de restringir, no ordenamento pátrio, a concessão da tutela antecipada em face das pessoas jurídicas de Direito Público. Ora, o advento desse mencionado acervo legal restritivo teve o condão de tornar clara a possibilidade do deferimento da tutela antecipada contra a Fazenda Pública nas hipóteses não alcançadas pelas vedações constantes em suas disposições, embora, como dito, a intenção primeira do legislador não tenha sido esta.

Já na década de 1960, entrou em vigor a Lei nº 4.348/1964, hoje revogada, que vedava expressamente a concessão de medida liminar em mandados de segurança impetrados visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens (art. 5º). Também a revogada Lei nº 5.021/1966 proibia a concessão de medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias a servidor público federal, da administração direta ou autárquica, e a servidor público estadual e municipal. Ambas as leis foram revogadas pela Lei 12.016/2009, mas as disposições restritivas mencionadas foram repetidas na lei revogadora (art. 7º, inc. III, § 2º).

Posteriormente, na década de 1990, quando, como visto acima, ainda não existia o instituto da antecipação de tutela no procedimento comum ordinário e sumário, foi sancionada a Lei nº 8.437/1992⁷³, restringindo a concessão de medida liminar de natureza satisfativa (tutela antecipada, portanto), no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva.

Já no final da referida década de 1990, após a reforma processual operada em 1994, que generalizou a tutela antecipada no processo civil, entrou em vigor a Lei nº 9.494/1997, disciplinando a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, estendendo, dessa forma, toda a disciplina restritiva até então existente com relação às tutelas de urgência no processo do mandado de segurança e no processo cautelar, ao instituto da antecipação de tutela previsto

73 – “Art. 1º Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.

§ 1º Não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal.

§ 2º O disposto no parágrafo anterior não se aplica aos processos de ação popular e de ação civil pública.

§ 3º Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação.

§ 4º Nos casos em que cabível medida liminar, sem prejuízo da comunicação ao dirigente do órgão ou entidade, o respectivo representante judicial dela será imediatamente intimado. (Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)

§ 5º Não será cabível medida liminar que defira compensação de créditos tributários ou previdenciários. (Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)

Art. 2º No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas (...).”

nos arts. 273 e 461 do CPC⁷⁴, o que, segundo Teori Albino Zavascki⁷⁵, seria desnecessário, no que concerne à Lei nº 8.437/1992:

Não há dúvida, à luz do exposto, de que as medidas cautelares a que se referiu a Lei n 8437, de 1992, são medidas de natureza antecipatória satisfativa, que à época eram pleiteadas, de um modo geral, por via de ação cautelar inominada, com base no art. 798 do Código de Processo Civil, e que atualmente podem ser obtidas no próprio processo de conhecimento, com fundamento no seu art. 273. Sendo assim, as limitações impostas pela referida lei se aplicam aos provimentos antecipatórios, o que veio a ser referendado, aliás, desnecessariamente, pela Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997.

Objeto de questionamento por parte da doutrina que o considerava inconstitucional, o art. 1º da Lei nº 9.494/1997 foi declarado constitucional pelo STF ao julgar o mérito da ADC nº 4, no ano de 2008. O Pretório Excelso, colocando fim à celeuma que se arrastou por mais de dez anos e invocando o seu posicionamento pela admissibilidade de leis restritivas ao poder de cautela do juiz, desde que fundadas no critério da razoabilidade, entendeu que a referida norma não violaria o princípio constitucional do livre acesso ao Judiciário, asseverando, ainda, que a tutela antecipada, bem como os critérios para a sua concessão, seriam criações legais, sujeitas, portanto, à revogação pelo legislador ordinário, bem assim à imposição de restrições outras para a sua concessão por parte do Parlamento⁷⁶.

Tem-se, portanto, como constitucionais as disposições restritivas à concessão de tutela antecipada em face da Fazenda Pública previstas no art. 1º da Lei nº 9.494/1997, que faz remissão às revogadas Leis nº 4.348/64 e nº 5.021/66 e à Lei nº 8.437/92.

Entretanto, esclarecida a constitucionalidade da mencionada norma, persiste, notadamente em função do presente estudo, a necessidade de pequena digressão acerca do § 3º, do art. 1º, da Lei nº 8.437/92, que proíbe a concessão de medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação. Afinal, quando uma medida antecipatória, ou seja, que é essencialmente satisfativa, não esgotaria o objeto da ação?

Certamente, quando o legislador proibiu, na Lei nº 8.437/92, a medida liminar que esgotasse o objeto da ação, estava na verdade se referindo à vedação de tutela provisória satisfativa que ocasionasse a irreversibilidade da situação fática por ela alcançada ou, em outros termos, que inviabilizasse o retorno ao *status quo* ante, se, porventura, fosse revogada.

74 – DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Santos de. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 6ª ed. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 549-553.

75 – ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 201.

76 – ADC 4/DF, rel. orig. Min. Sydney Sanches, rel. p/ o acórdão Min. Celso de Mello, julgado em 01.10.2008, publicado no DJ nº 195 em 15.10.2008. Disponível em <www.stfjus.br>. Acessado em 15.06.2012.



Aliás, o § 2º, do art. 273, do CPC, tentou tornar mais clara a particular vedação, embora, em igual arroubo de falta de técnica, tenha falado em “irreversibilidade do provimento” e não em “irreversibilidade da situação fática” por ele alcançada.

Deve o magistrado, então, averiguando o pedido de concessão de tutela antecipada, procurar resguardar o núcleo essencial do direito à segurança jurídica do réu, zelando pela reversibilidade dos efeitos da medida porventura deferida.

Sucedo, como se viu ao analisar os fundamentos constitucionais da tutela antecipada, que esta tem por premissa a necessidade de se preservar a jurisdição efetiva, bem como a segurança jurídica. Tanto a efetividade da jurisdição quanto a segurança jurídica são direitos fundamentais constitucionais. Seguindo esta linha de pensamento, deve-se ter em conta que haverá casos em concreto em que o deferimento da medida antecipatória importará na irreversibilidade da situação de fato por ela alcançada, mas, a não concessão da tutela antecipada, ocasionará a própria perda do bem da vida que se procura resguardar pela via da tutela provisória, importando, igualmente, em uma situação fática irreversível. Assim ocorre, por exemplo, em muitas das ações ajuizadas em face da Fazenda Pública, objetivando obrigá-la à prestação de ações e/ou serviços públicos de saúde, aduzindo suposta violação ao direito fundamental à saúde, onde há o risco de perecimento da vida humana ou de sua degradação irreversível, acaso seja aguardada a tramitação normal do feito.

Em situações como esta, caberá ao julgador, utilizando a lógica da ponderação de interesses e fazendo uso do princípio da razoabilidade, privilegiar o princípio que, no caso em particular, demonstre maior prevalência axiológica em detrimento do outro, embora ambos sejam de mesma hierarquia normativa, mas sem recusar, em nenhum caso, a validade da norma cuja aplicação foi afastada. José Roberto dos Santos Bedaque⁷⁷, esposando o mesmo entendimento, leciona:

Impossível traçar regras abstratas para resolver a questão. As circunstâncias concretas e a sensibilidade do juiz são os únicos dados para a busca do melhor resultado.

Somente o confronto dos interesses em conflito, realizado à luz do princípio da proporcionalidade, permitirá resolver o problema de forma adequada.

É difícil e até mesmo dramática a posição do juiz, que deve optar por um dos valores, sabendo do possível sacrifício do outro. Mas se não houver outra saída, terá ele de escolher um deles, mesmo com o risco de criar situação irreversível com sua decisão.

O que não se admite é a exclusão genérica pretendida pelo legislador, que pode mostrar-se inaplicável em situações de conflito de dois valores, sendo

77 – BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)**. 5ª ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 378-379.

aquele a ser protegido pela antecipação superior ao atingido pelo efeito irreversível. Não há como solucionar a questão senão mediante a opção pelo mal menor.

Havendo reversão do provimento antecipatório, mas irreversibilidade da situação fática por ela alcançada, eventual prejuízo decorrente deve ser resolvido em perdas e danos, o que, aliás, é previsto no anteprojeto do novo Código de Processo Civil⁷⁸.

4 – O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E A TUTELA ANTECIPADA

O direito à saúde é um desdobramento do direito à vida e consectário lógico do princípio da dignidade da pessoa humana, princípio este erigido pela Carta Magna como um dos fundamentos do Estado brasileiro, e reconhecido, juntamente com o direito à vida, pela doutrina e jurisprudência pátrias, como um dos valores jurídicos de maior prevalência axiológica em nosso ordenamento.

O direito à saúde é direito fundamental positivado no caput do art. 6º da Constituição Federal e, tal como outros direitos sociais, econômicos ou culturais (ou direitos de segunda geração), nasceu fruto do ideário democrático-concretizador que inspirou o legislador constitucional a estabelecer as bases do Estado social em que vivemos atualmente em contraponto à ideologia liberal que marcou o século XIX, estando umbilicalmente atrelado ao princípio da isonomia, no sentido de que não basta ao Estado, que se afirma democrático, se abster de violar a esfera privativa de liberdades do indivíduo, sendo, ainda, obrigado a intervir positivamente na ordem social, com ações afirmativas, a fim de reduzir as desigualdades, além de garantir a todos o pleno exercício dos seus direitos fundamentais.

Quanto à aplicabilidade dos direitos sociais, Paulo Bonavides⁷⁹ afirma que tais direitos, em um primeiro momento, passaram por um ciclo de baixa normatividade e de questionada eficácia por se tratarem de direitos cuja efetividade demanda prestação material estatal. Posteriormente, após terem sido taxados como programáticos, gerando uma crise de observância e execução, retomaram a força quando constituições recentes, inclusive a do Brasil, passaram a formular o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais:

De tal sorte que os direitos fundamentais de segunda geração tendem a tornar-se tão justiciáveis quanto os da primeira; pelo menos esta é a regra que já não poderá ser descumprida ou ter a sua eficácia recusada com aquela facilidade de argumentação arrimada no caráter programático da norma.

78 – Brasil. Senado Federal. Anteprojeto do Novo CPC. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2012.

79 – BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 27ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 583.



Com efeito, como já afirmado, o direito à vida digna, com saúde, decorre diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana e em face da primazia axiológica de tal princípio, não se admite que a escassez de recursos públicos e os gastos orçamentários sejam utilizados como dados obstativos à prestação positiva do Estado no sentido de garantir a qualquer do povo um mínimo existencial intangível⁸⁰.

Inadmissível, pois, o entendimento de que tal direito fundamental é simples norma programática. Muito pelo contrário, trata-se de norma autoaplicável que não dispensa obediência imediata. Portanto ao Poder Público cabe o dever de realizar as adequações orçamentárias indispensáveis ao pronto acesso às ações e serviços públicos de saúde de forma universal e igualitária (art. 196 da Constituição Federal), sendo obrigação comum da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal a sua promoção (art. 23, inc. II, da Constituição Federal), pena de, assim não procedendo, frustrar a legítima expectativa nele depositada pela coletividade, eximindo-se do cumprimento de um dever basilar, com argumentos teóricos flagrantemente contrários à orientação determinada pela Lei Maior⁸¹.

Ocorre que não são remotas às vezes em que os jurisdicionados recorrem ao Poder Judiciário, tencionando obter pela via judicial a prestação de serviço público relacionado à saúde, tal como fornecimento de medicamentos e submissão a procedimentos de diagnose e tratamentos cirúrgicos, o que, sem dúvida, resulta do fato do sistema público de saúde do nosso País estar longe de ser aquele idealizado na Carta Magna.

E, na maioria expressiva das ações judiciais em que se busca alguma prestação relacionada à saúde, existe a necessidade do manejo das tutelas de urgência, notadamente a antecipatória, em face do risco potencial, real e efetivo de dano grave e irreversível do interesse jurídico tutelado, a saber o direito à vida com saúde e, portanto, com dignidade, acaso seja observada a tramitação normal do feito com o decurso do tempo necessário para tanto.

Com efeito, as patologias geralmente se agravam com o decurso do tempo sem o adequado tratamento, podendo ocasionar danos irreversíveis, e, mesmo quando isto não ocorre, a expiação pela qual passa o doente, aguardando o tratamento médico efetivo, é potencialmente violadora da sua dignidade enquanto ser humano, se tal condição decorrer exclusivamente ou em parte por omissão do Poder Público.

80 – SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 305-326.

81 – Sobre o tema vale conferir o voto do Min. Celso de Mello quando do julgamento da STA 175-Agr/CE, no Pretório Excelso, em que trata, com absoluta maestria, o “estado de tensão dialética entre a necessidade estatal de tornar concretas e reais as ações e prestações de saúde em favor das pessoas, de um lado, e as dificuldades governamentais de viabilizar a alocação de recursos financeiros, sempre tão dramaticamente escassos, de outro”, para, ao final, entender que “a ineficiência administrativa, o descaso governamental com direitos básicos da pessoa (como o direito à saúde), a incapacidade de gerir os recursos públicos, a falta de visão política na justa percepção, pelo administrador, do enorme significado social de que se reveste a proteção à saúde, a inoperância funcional dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais não podem nem devem representar obstáculos à execução, pelo Poder Público, da norma inscrita no art. 196 da Constituição da República, que traduz e impõe, ao Estado um dever inafastável, sob pena de a ilegitimidade dessa inaceitável omissão governamental importar em grave vulneração a um direito fundamental e que é, no contexto ora examinado, o direito à saúde.” Disponível em <www.stf.jus.br>. Acessado em 20 de julho de 2012

Nestes casos, a fim de se assegurar a efetividade da jurisdição, quase sempre são requeridas e concedidas tutelas de urgência, sobretudo as de natureza satisfativas. Mas não basta apenas a concessão da antecipação da tutela, devendo o magistrado, se necessário, fazer uso dos meios de coerção direta ou indireta que lhe foram conferidos por lei, a fim de garantir que o cumprimento da medida ocorra ainda que contra a vontade do agente público estatal vinculado ao ente público demandado.

Vê-se, portanto, o papel crucial que o instituto da antecipação da tutela assume quando se trata de demanda judicial em que se busca obrigar a Fazenda Pública a prestar alguma ação ou serviço público relacionado à saúde, enquanto direito social, bem como garantir que a tutela jurisdicional pretendida seja alcançada de forma específica ou mediante resultado prático equivalente.

Porém, saber quais são as medidas que podem e devem ser manejadas no âmbito do poder geral de efetivação é questão tormentosa que merece estudo aprofundado, seja porque a efetividade da jurisdição pressupõe, não apenas a simples prolação de provimentos antecipatórios, mas também a prática autorizada de atos materiais executórios por parte do julgador com vistas à realização fática da tutela jurisdicional concedida, sob pena deste, corroborando com a eventual omissão do agente público em cumprir decisões judiciais, incidir em uma prestação jurisdicional ineficaz, contribuindo para uma crescente descrença no Poder Judiciário enquanto instância apta a dirimir conflitos de interesses.

5 – A EFETIVAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA NAS AÇÕES JUDICIAIS QUE TÊM POR OBJETO IMEDIATO COMPELIR A FAZENDA PÚBLICA À PRESTAÇÃO DE ALGUMA AÇÃO OU SERVIÇO PARA PROMOÇÃO, PROTEÇÃO OU RECUPERAÇÃO DA SAÚDE DE QUALQUER POVO.

5.1 – PODER GERAL DE EFETIVAÇÃO

Ao tratar da busca da tutela específica, Zavascki⁸² discorre:

O processo, instrumento que é para a realização de direitos, somente obtém êxito integral em sua finalidade quando for capaz de gerar, pragmaticamente, resultados idênticos aos que decorreriam do cumprimento natural e espontâneo das normas jurídicas. Daí dizer-se que o processo ideal é o que dispõe de mecanismos aptos a produzir ou a induzir a concretização do direito mediante a entrega da prestação efetivamente devida, da prestação in natura. E quando isso é obtido – ou seja, quando se propicia judicialmente, ao titular do direito, a obtenção de tudo aquilo e exatamente daquilo a que fazia jus –, há prestação de tutela jurisdicional específica.

82 – ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 165.



Entretanto, tal modo de pensar nem sempre prevaleceu, como advertem Didier Jr., Braga e Oliveira⁸³:

Historicamente, o grande problema para a obtenção da tutela específica sempre se verificava nos casos de obrigações que tinham por objeto um fazer, não fazer ou a entrega de coisa distinta de dinheiro. Elas tinham um sistema de tutela bastante deficiente, em virtude do estímulo que se dava à sua conversão em dinheiro no caso de inadimplemento (...).

Isto se dava basicamente porque o ordenamento jurídico do fim do século XIX e da primeira metade do século XX era amplamente influenciado pelo pensamento do chamado Estado liberal, que partia de duas premissas: (a) a de que não se podia obrigar ninguém a fazer o que não quer, preservando-se ao máximo a liberdade do indivíduo (era a chamada incoercibilidade ou intangibilidade da vontade humana, *nemo praecise potest cogi ad factum*) e (b) a de que toda prestação poderia ser convertida em dinheiro.

Felizmente, a prestação da tutela específica passou a ser vista como prioridade no ordenamento pátrio nos dias atuais, tanto é assim que, no Código de Processo Civil, após passar por uma série de reformas capitaneadas pela Lei nº 8.952/1994, foi generalizada no procedimento comum a tutela específica nas ações que tem por objeto o cumprimento de obrigação de fazer, não fazer e dar coisa distinta de dinheiro, bem como aperfeiçoados os mecanismos à disposição do julgador para garantia da sua efetivação, de sorte que a obrigação somente se converterá em perdas e danos a requerimento do autor ou no caso de impossibilidade de obtenção da tutela específica ou do resultado prático correspondente (art. 461, § 1º, do CPC). Antes da referida reforma, apenas alguns procedimentos e o próprio Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 84, observavam a primazia da tutela específica.

A postura atual assumida pelo legislador, por exemplo, é extremamente justa e adequada no caso das ações em que se busca a prestação de algum serviço público de saúde, tais como fornecimento de medicamentos, exames, insumos medicinais e cirurgias, onde a tutela correlata, ante às peculiaridades do bem da vida em litígio, independentemente de ter sido provida em definitivo ou a título de antecipação, deve ser invariavelmente prestada *in natura*.

Por outro lado Marinoni⁸⁴, ressaltando a sumariiedade do provimento antecipatório, destaca que a sua realização material não pode se submeter às regras procedimentais da execução de sentença condenatória, tampouco se confunde com a execução provisória. Tanto é assim que o § 3º do art. 273 do CPC foi alterado, havendo a substituição do termo “execução” pelo vocábulo “efetivação”:

83 – DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Santos de. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 317.
84 – MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 208.

O juiz, no provimento sumário, deve desde logo estabelecer os meios executivos que poderão ser utilizados para que a decisão seja observada, caso não seja voluntariamente adimplida. Justamente porque a atuação da tutela sumária não se subordina às regras próprias da execução de sentença é que atribui ao juiz um amplo poder destinado à determinação dos meios executivos.

Este amplo poder atribuído ao juiz é conhecido como “poder geral de efetivação” e consiste na possibilidade que o magistrado tem, independentemente de requerimento expresso do litigante-demandante, de valer-se dos meios executivos, sejam típicos ou atípicos, sejam de coerção direta ou indireta, que julgar mais adequados em cada caso, no intento de obter a satisfação da tutela específica ou obtenção de resultado prático equivalente ao do seu adimplemento.

O poder geral de efetivação encontra-se positivado no § 5º do art. 461 do CPC que se aplica ao instituto da tutela antecipada no que couber e conforme a natureza deste instituto (inteligência do art. 273, § 3º c/c o art. 461, § 3º, ambos do CPC). Os meios de execução ali exemplificados, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, não excluem outros que podem ser manejados pelo magistrado independentemente de previsão legal.

Logo, claro está que a execução da tutela antecipada deve ser feita de forma sumária, nos próprios autos em que foi deferida, lançando mão o magistrado de um amplo leque de medidas para impor ao litigante-demandado o seu cumprimento ou a sua substituição por resultado prático equivalente e, por conseguinte, garantir a prestação jurisdicional efetiva.

Pois bem, considerando a delimitação deste estudo, adiante serão pormenorizados alguns destes principais meios de coerção direta e indireta, notadamente no que concerne ao cabimento de cada um e a sua real utilidade como instrumento para a satisfação do direito do autor, através de provimento antecipatório, em demandas judiciais que tem como fundamento o direito à saúde ajuizadas em face da Fazenda Pública.

5.2 – A FIXAÇÃO DE MULTA DIÁRIA E A SUA EXECUÇÃO PROVISÓRIA

A possibilidade de imposição de multa diária como meio indireto de coerção para que a Fazenda Pública cumpra a obrigação que lhe compete está autorizada tanto pelo § 4º quanto pelo § 5º do art. 461 c/c o art. 273, § 3º, ambos do CPC.

A multa diária ou astreintes é instrumento largamente utilizado pelos magistrados, podendo-se afirmar que notoriamente é a medida de maior predileção na prática judiciária com vistas a garantir a efetivação da tutela antecipada nas ações que tenham por objeto o cum-

primto de obrigação de fazer, não fazer e entrega de coisa distinta de dinheiro, sendo bastante comum que o requerimento de antecipação de tutela contenha em seu bojo também o pedido de fixação de multa diária para o caso de descumprimento de eventual medida antecipatória deferida.

Ocorre que a imposição de multa diária, em face da Fazenda Pública, embora perfeitamente cabível, tem se revelado inerte como mecanismo de coerção, eis que a responsabilidade pelo seu eventual pagamento, no caso de descumprimento da medida, será do ente público demandado, ou seja, de toda a coletividade e não do agente público culpado pelo não atendimento da ordem judicial que, por tal razão, não se sente compelido ao cumprimento da obrigação. Benucci⁸⁵, citando Marcelo Lima Guerra, discorre:

Quando se fala em efetivação de tutela das obrigações de fazer em face da Fazenda Pública, as dificuldades são maiores. A multa diária, grandemente aplicável nas obrigações (naquelas em que apenas o devedor poderá praticar o ato objeto da obrigação inadimplida), mas também aplicada nas obrigações fungíveis, em decorrência da nossa falta de criatividade para a aplicação de medidas sub-rogatórias – e que não constitui, em realidade, meio para reparação dos danos decorrentes do inadimplemento, mas um meio de coação psicológica – quando imposta contra o Poder Público, revela pouca eficácia, pois embora seja eficaz quando atinge uma vontade humano, exerce pouca pressão psicológica quando é o patrimônio de pessoa jurídica de direito público atingido imediatamente pela decisão judicial.

Para se evitar este problema, é possível impor a multa, não à pessoa jurídica de direito público demandada, mas sim ao terceiro que, mesmo não figurando como parte no feito, tenha efetivo poder para determinar o cumprimento da obrigação, ou seja, a autoridade pública que, na hierarquia administrativa, determina o cumprimento da obrigação. Será esta, então, quem arcará com o ônus do inadimplemento, salvo se demonstrar que não foi o responsável pelo descumprimento da ordem judicial ou que a demora em torná-la efetiva se deu por circunstâncias alheias à sua vontade. Segundo Marinoni⁸⁶, citando julgado do STF:

Não há procedência no argumento que a autoridade pública não pode ser obrigada a pagar a multa porque parte no processo é a pessoa jurídica de direito público. É que essa multa somente poderá ser exigida se a autoridade pública, que exterioriza a vontade da pessoa jurídica, não der atendimento à decisão. Note-se que a multa somente pode ser exigida da própria autoridade que tinha capacidade para atender à decisão – e não a cumpriu. A tese que sustenta que a multa não pode recair sobre o agente somente poderia ser aceita se partisse

85 – BENUCCI, Renato Luís. *Antecipação da tutela em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 72.

86 – MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 264.

da premissa – completamente absurda – de que a autoridade pública pode descumprir decisão jurisdicional em nome do interesse público.

Questão intrigante é a discussão da possibilidade ou não do manejo da execução provisória da multa diária como meio coercitivo indireto. De qualquer sorte, em que pese haver posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários nos dois sentidos, quando se trata de compelir a Fazenda Pública a dispensar medicamentos ou fornecer procedimentos de diagnose, insumos medicinais, consultas e cirurgias, a execução provisória das astreintes, por questão de utilidade processual, é completamente inadequada aos interesses da parte postulante.

Com efeito, se o processo é meio para a satisfação do direito material, não faz sentido que, no curso da ação, sejam manejadas medidas absolutamente impróprias para a realização material do direito certificado ou dos efeitos antecipados da tutela jurisdicional pretendida ao final da lide.

No caso das astreintes, poder-se-ia sustentar que a sua execução provisória teria o condão de coagir mais ainda o agente público ao cumprimento da ordem judicial, ante a ameaça latente de constrição do patrimônio público ou do seu próprio patrimônio pessoal. Ora, se o aumento contínuo do valor da multa imposta a cada dia de descumprimento da obrigação não representou sério temor ao inadimplente, não será a execução provisória desta, com todas as suas limitações, que o fará.

Ademais, ainda que se admitisse este “efeito psicológico” da execução provisória da multa diária, existem outros tantos meios diretos e indiretos de coerção mais efetivos para a satisfação da tutela antecipatória sob análise e menos questionados que a execução provisória de quantia certa em face da Fazenda Pública, como se verá adiante.

Ora, mesmo que provisória, a execução da multa diária em face da Fazenda Pública submeter-se-ia ao demorado procedimento insculpido no art. 730 do CPC, inclusive com a possibilidade do manejo de embargos à execução e de interposição de recursos pela pessoa jurídica de direito público acionada, além da necessária observância da prerrogativa da impenhorabilidade do patrimônio público e da sistemática dos precatórios, o que, a toda evidência, não se coaduna com a sumariedade que deve ser observada no exercício do poder geral de efetivação conferido ao magistrado para a satisfação da tutela de urgência.

5.3 – O BLOQUEIO JUDICIAL DE VERBA PÚBLICA

O julgador, vislumbrando a colisão de direitos fundamentais no caso em concreto e no exercício do poder geral de efetivação que lhe foi conferido, pode perfeitamente deter-

minar o bloqueio judicial de verba pública, como meio coercitivo direto necessário para que se alcance o resultado equivalente ao da obrigação de fazer inadimplida pela Fazenda Pública, resguardando, assim, não somente a efetividade da jurisdição, mas, principalmente, regras e princípios constitucionais de maior prevalência axiológica, visando garantir a máxima efetividade possível ao texto constitucional e conferir harmonia ao sistema constitucional.

Dessa forma, é plenamente possível que o magistrado determine, por exemplo, o sequestro de numerário pertencente à Fazenda Pública demandada, suficiente para cobrir os custos com aquisição direta de medicamento absolutamente necessário para manutenção da vida da parte postulante. Neste sentido, já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça⁸⁷.

87 – PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO. DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. MEDIDA EXECUTIVA. POSSIBILIDADE, IN CASU. PEQUENO VALOR. ART. 461, § 5.º, DO CPC. ROL EXEMPLIFICATIVO DE MEDIDAS. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À SAÚDE, À VIDA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRIMAZIA SOBRE PRINCÍPIOS DE DIREITO FINANCEIRO E ADMINISTRATIVO. NOVEL ENTENDIMENTO DA E. PRIMEIRA TURMA.

1. O art. 461, §5º do CPC, faz pressupor que o legislador, ao possibilitar ao juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas assecuratórias como a “imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial”, não o fez de forma taxativa, mas sim exemplificativa, pelo que, in casu, o sequestro ou bloqueio da verba necessária ao fornecimento de medicamento, objeto da tutela deferida, providência excepcional adotada em face da urgência e imprescindibilidade da prestação dos mesmos, revela-se medida legítima, válida e razoável.

2. Recurso especial que encerra questão referente à possibilidade de o julgador determinar, em ação que tenha por objeto o fornecimento do medicamento RI-TUXIMAB (MABTHERA) na dose de 700 mg por dose, no total de 04 (quatro) doses, medidas executivas assecuratórias ao cumprimento de decisão judicial antecipatória dos efeitos da tutela proferida em desfavor da recorrente, que resultem no bloqueio ou sequestro de verbas do ora recorrido, depositadas em conta corrente.

3. Deveras, é lícito ao julgador, à vista das circunstâncias do caso concreto, aferir o modo mais adequado para tornar efetiva a tutela, tendo em vista o fim da norma e a impossibilidade de previsão legal de todas as hipóteses fáticas. Máxime diante de situação fática, na qual a desídia do ente estatal, frente ao comando judicial emitido, pode resultar em grave lesão à saúde ou mesmo por em risco a vida do demandante.

4. Os direitos fundamentais à vida e à saúde são direitos subjetivos inalienáveis, constitucionalmente consagrados, cujo primado, em um Estado Democrático de Direito como o nosso, que reserva especial proteção à dignidade da pessoa humana, há de superar quaisquer espécies de restrições legais. Não obstante o fundamento constitucional, in casu, merece destaque a Lei Estadual n.º 9.908/93, do Estado do Rio Grande do Sul, que assim dispõe em seu art. 1.º: “Art. 1.º. O Estado deve fornecer, de forma gratuita, medicamentos excepcionais para pessoas que não puderem prover as despesas com os referidos medicamentos, sem privarem-se dos recursos indispensáveis ao próprio sustento e de sua família.

Parágrafo único. Consideram-se medicamentos excepcionais aqueles que devem ser usados com frequência e de forma permanente, sendo indispensáveis à vida do paciente.” 5. A Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas. Destarte, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção a dignidade da pessoa humana.

6. Outrossim, a tutela jurisdicional para ser efetiva deve dar ao lesado resultado prático equivalente ao que obteria se a prestação fosse cumprida voluntariamente. O meio de coerção tem validade quando capaz de subjugar a recalcitrância do devedor. O Poder Judiciário não deve compactuar com o proceder do Estado, que condenado pela urgência da situação a entregar medicamentos imprescindíveis proteção da saúde e da vida de cidadão necessitado, revela-se indiferente à tutela judicial deferida e aos valores fundamentais por ele eclipsados.

7. In casu, a decisão ora hostilizada importa concessão do bloqueio de verba pública diante da recusa do ora recorrido em fornecer o medicamento necessário à recorrente.

8. Por fim, sob o ângulo analógico, as quantias de pequeno valor podem ser pagas independentemente de precatório e a fortiori serem, também, entregues, por ato de império do Poder Judiciário.

9. Agravo Regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1002335/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/08/2008, DJe 22/09/2008). Disponível em <www.stj.jus.br>. Acessado em 23 de agosto de 2012.

5.4 – A RESPONSABILIZAÇÃO PESSOAL DO AGENTE PÚBLICO PELO INADIMPLEMENTO. A PRISÃO (PENAL) EM FLAGRANTE PELO COMETIMENTO DE CRIME (PREVARICAÇÃO). A PRISÃO POR DESACATO À ORDEM JUDICIAL - A CONTEMPT OF COURT DO DIREITO ANGLO-SAXÃO.

Além da própria imposição da multa diária, o agente público investido de poderes para o cumprimento da tutela antecipatória deve ser advertido de que o inadimplemento injustificado poderá ensejar a sua responsabilização pessoal, com a imposição de sanção administrativa (art. 14, parágrafo único, do CPC), processual (arts. 17 e 18 do CPC), criminal (art. 319 do Código Penal), por ato de improbidade administrativa (art. 11, inc. II, da Lei nº 8.429/92) e por crime de responsabilidade⁸⁸(art. 85, VII, da CF e art. 1º, inc. XIV, Decreto-Lei nº 201/1967 e Lei nº 1.079/1950).

Outrossim, considerando que a infração penal pode ser de natureza permanente, o agente público que descumpre a ordem judicial sujeita-se a ser preso em flagrante, acaso seja conduzido perante a autoridade policial responsável e se recuse a cumprir a disposição do art. 69, parágrafo único, da Lei nº 9.099/1995, ou outra medida cautelar diversa da prisão fixada de forma associada à liberdade provisória que lhe for concedida, na forma da Lei nº 12.403/2011.

No que concerne à decretação da prisão do agente público inadimplente ao cumprimento de uma obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa distinta de dinheiro, por desacato às ordens do tribunal ou ofensa à dignidade da justiça – à semelhança do que ocorre no direito anglo-saxão, com a *contempt of court* –, é certo que a legislação atual não a prevê expressamente, mas também não a excepciona.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inc. LXVII, veda expressamente a prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel. Esta última (prisão civil do depositário infiel) restou abolida do nosso ordenamento pelo Pretório Excelso que editou a Súmula Vinculante nº 25⁸⁹. Já o art. 7º do Pacto de São José da Costa Rica, promulgado através do Decreto nº 678/1992, igualmente impede a prisão civil por dívida, mas ambos os diplomas nada discorrem no que concerne à prisão em decorrência de descumprimento da ordem judicial referente à obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa distinta de dinheiro, ou seja, não há vedação legal em nosso ordenamento à prisão civil de forma genérica, mas apenas à prisão civil em decorrência de descumprimento de obrigação pecuniária, salvo a do devedor de alimentos, e a do depositário infiel.

Dessarte, seria possível, então, que o julgador, no exercício do poder geral de efetivação, determinasse, a título de medida coercitiva indireta, a prisão do agente público que se recusasse a fornecer medicamento essencial à manutenção da vida humana, mesmo havendo

88 – A jurisprudência do STF vem se posicionando no sentido de não admitir a cumulação de sanções por crimes de responsabilidade e por atos de improbidade administrativa referentes a uma mesma conduta do agente.

89 – BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 25. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acessado em 23 de agosto de 2012.



ordem judicial para tanto prolatada a título de antecipação dos efeitos da tutela no âmbito de uma ação obrigacional?

Para Marinoni⁹⁰, remetendo a Pontes de Miranda, Sérgio Arenhart, Marcelo Lima Guerra e Joaquim Felipe Spadoni, a resposta é afirmativa:

Caso a sua intenção fosse a de proibir toda e qualquer prisão, com exceção dos casos do devedor de alimentos e do depositário infiel, não haveria como explicar a razão pela qual deu conteúdo à prisão civil, afirmando que “não haverá prisão por dívida.” O entendimento de que toda e qualquer prisão está proibida, implica em retirar qualquer significado da expressão dívida (...).

A interpretação do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, deve ser alçada a um nível que considere os direitos fundamentais. Se é necessário vedar a prisão do devedor que não possui patrimônio – e assim considerar um direito fundamental –, é absolutamente indispensável permitir o seu uso para a efetividade da tutela de outros direitos fundamentais (...).

Não admitir a prisão como forma de coerção indireta é aceitar que, em determinadas situações, o processo não terá efetividade e, assim, que nessas hipóteses o ordenamento jurídico estará apenas proclamando os direitos. Soará absolutamente falsa e demagógica – por exemplo – a afirmação da Constituição Federal no sentido de que “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” (art. 225, caput), se não for possível quando outro meio executivo não se mostrar adequado – a utilização da prisão como meio de coerção indireta para tutelá-lo. Seria o mesmo que interpretar tal norma constitucional como se ela dissesse que o meio ambiente, embora fundamental para a sadia qualidade de vida e para as futuras gerações, infelizmente não pode ser efetivamente tutelado em face de um réu que não se importa com os efeitos da multa. Ora, essa interpretação seria, para dizer o mínimo, incoerente.

A doutrina contemporânea, consciente da relevância de certos direitos de natureza não patrimonial, não pode ver na norma constitucional que proíbe a prisão por dívida uma porta aberta para a expropriação de direitos fundamentais para o homem.

De acordo com Araken de Assis⁹¹, no direito brasileiro, existem duas sanções previstas na legislação e aplicáveis na hipótese sob estudo que guardam semelhança com a *contemp of court* do direito anglo-saxão. A primeira, de natureza civil, é a multa prevista no parágrafo único do

90 – MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 212-213.

91 – Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Araken%20de%20Assis\(4\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Araken%20de%20Assis(4)%20-%20formatado.pdf) acesso em 24.08.2012.

art. 14 do CPC. A segunda, de natureza criminal, seriam as penas pela possível prática do crime de desobediência pelo particular ou de prevaricação por parte do agente público. Entretanto, aponta o renomado processualista dois entraves com relação ao potencial coercitivo de referidas sanções. A primeira não tem nenhum efeito sobre o devedor destituído de posses, a segunda vem acompanhada por penas em abstrato absolutamente inexpressivas, se considerados os efeitos sociais negativos advindos com a conduta de descumprir deliberadamente, desrespeitar, menosprezar, fazer pouco caso das decisões judiciais.

Evidentemente, mostra-se possível criar tipo penal particular, cominando pena elevada, quiçá tornando-o inafiançável. Não parece impossível, de resto, atribuir competência ao juiz civil para decretar a prisão por desobediência, repassando o processo à jurisdição penal posteriormente. Essas providências respaldarão o órgão judiciário na hipótese de descumprimento às ordens legitimamente emitidas. Elas se ressentirão, no entanto, da cultura inerente à esfera penal, inclinada a rejeitar maior potencial ofensivo a crimes dessa espécie.

Em que pese os argumentos acima delineados favoráveis à medida, enquanto não houver legislação expressa a subsidiar a adoção de uma modalidade especial de prisão (poderia ser, por exemplo, uma prisão domiciliar, não fosse essencialmente onerosa) como meio indireto coercitivo para o cumprimento de decisões judiciais relacionadas a ações de obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa distinta de dinheiro, não se acredita que a constrição da liberdade será largamente adotada como alternativa nos nossos tribunais, visando garantir a efetividade da jurisdição e a satisfação material de outros direitos de mesma hierarquia, sobretudo em face do ranço liberalista que povoa as nossas cortes de justiça ou das masmorras que são as nossas prisões, cuja estadia, ainda que provisória, não deve ser desejada nem ao pior dos nossos inimigos.

5.5 – A CONVERSÃO EM PERDAS E DANOS

Como já discorrido, a tutela quando se trata de ação judicial em que se busca a satisfação material do direito à saúde, deve ser prestada *in natura*, ou seja, de forma específica e se preciso, como deve ocorrer na imensa maioria das vezes, de forma urgente, através do instituto da tutela antecipada, pena de restar ao jurisdicionado a sensação de descrença na Justiça, o que mina a própria legitimidade do Poder Judiciário enquanto instância apta a solucionar os conflitos de interesses instaurados na sociedade.

Entretanto, a impossibilidade material de obtenção da tutela específica, no particular, o que ocorre, por exemplo, quando o litigante demandante for acometido por sequela irreversível, decorrente da demora da prestação jurisdicional, cabe à conversão da obrigação originária em perdas e danos na forma do § 1º, do art. 461, do CPC. No caso de morte do postulante, por se tratar o direito à saúde de direito personalíssimo, a ação obrigacional deve ser extinta, restando aos entes



queridos do extinto a possibilidade de ajuizar demanda reparatória em face da Fazenda Pública, desde que restem preenchidos os pressupostos para o nascimento do dever de indenizar.

6 – CONCLUSÃO

O Estado brasileiro, historicamente, não tem conseguido implementar, com êxito, políticas públicas eficientes e absolutamente necessárias para propiciar à coletividade o acesso gratuito, universal e igualitário às ações e serviços públicos necessários para a promoção, proteção e recuperação da saúde, como reza a Carta Magna, tal como vem ocorrendo com outros direitos fundamentais insculpidos na Lei Maior.

Neste passo, para que a Constituição Federal não se transforme apenas em um arcabouço de regras e princípios fundamentais sem aplicação prática, o Poder Judiciário surge como um dos atores principais no processo de efetivação dos direitos fundamentais e concretização de ações e prestações que tenham por objetivo propiciar a todos, independentemente de sua origem, raça, sexo ou condição econômica, um mínimo existencial intangível, compelindo, assim, o Poder Público ao cumprimento de um dever impregnado de estatura constitucional, dever este do qual não pode se subtrair.

No que concerne às demandas judiciais em que se busca obrigar a Fazenda Pública à prestação de alguma ação ou serviço público de saúde, a exemplo da dispensação de medicamentos, fornecimento de insumos medicinais, procedimentos de diagnose ou tratamentos cirúrgicos, o instituto da tutela antecipada tem se apresentado como absolutamente essencial para a garantia de que a tutela seja prestada in natura, de forma célere e eficaz, garantindo, assim, a efetividade da jurisdição.

Nada obstante, cabe ao julgador perceber que a simples prolação de decisões judiciais interlocutórias, que antecipam os efeitos da tutela pretendida ao final da lide, não basta à garantia de uma prestação jurisdicional efetiva, devendo fazer uso adequado do poder geral de efetivação que lhe foi conferido por lei para a imposição de medidas diretas e indiretas de coerção às quais, na realidade forense, têm-se mostrado como importante mecanismo de efetivação do direito fundamental à saúde.

7 – REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. *O contempt of court no Direito Brasileiro*. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Araken%20de%20Assis\(4\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Araken%20de%20Assis(4)%20-%20formatado.pdf)>. Acessado em 24.08.2012.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)**. 5ª ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2009.

BENUCCI, Renato Luís. **Antecipação da tutela em face da Fazenda Pública**. São Paulo: Dialética, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acessado em 12 de junho de 2012.

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm>. Acessado em 12 de junho de 2012.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acessado em 12 de junho de 2012.

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acessado em 12 de junho de 2012.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acessado em 12 de junho de 2012.

BRASIL. **Decreto nº. 678/1972**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acessado em 23 de agosto de 2012.

BRASIL. **Decreto-Lei nº. 201/1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0201.htm>. Acessado em 23 de agosto de 2012.

BRASIL. **Lei nº. 1.070/1950**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1079.htm>. Acessado em 23 de agosto de 2012.

BRASIL. **Lei nº. 12.016/2009**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm>. Acessado em 12 de junho de 2012.

BRASIL. **Lei nº. 4.348/1964**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4348.htm>. Acessado em 12 de junho de 2012.



BRASIL. **Lei nº. 5.021/1966.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5021.htm>. Acessado em 12 de junho de 2012.

BRASIL. **Lei nº. 8.429/1992.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acessado em 23 de agosto de 2012.

BRASIL. **Lei nº. 8.437/1992.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8437.htm>. Acessado em 12 de junho de 2012.

BRASIL. **Lei nº. 9.099/1995.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acessado em 23 de agosto de 2012.

BRASIL. **Lei nº. 9.494/1997.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9494.htm>. Acessado em 12 de junho de 2012.

BRASIL. Senado Federal. Anteprojeto do Novo CPC. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acessado em: 25 de julho de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Resp 1002335/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 21/08/2008, DJe 22/09/2008. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acessado em 23 de agosto de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 4/DF, rel. orig. Min. Sydney Sanches, rel. p/ o acórdão Min. Celso de Mello, julgado em 01.10.2008, publicado no DJ nº 195 em 15.10.2008. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acessado em 15 de junho de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 175 AgR/CE, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 17.3.2010, publicado no DJ em 30.04.2010. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acessado em 20 de julho de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 25.** É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acessado em 23 de agosto de 2012.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da Cunha. **A Fazenda Pública em Juízo.** 3º ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Dialética, 2005.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Santos de. **Curso de Direito Processual Civil.** Vol. 2. 6ª ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional** – 13 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 1984.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio: o dicionário da língua portuguesa**. 6ª ed. rev. atual.. Curitiba: Positivo, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**. 12º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES JUNIOR, Manoel de Souza. "Tutelas de Urgência no Código de Processo Civil Brasileiro." **Tutela de Urgência e Risco**. Francisco Carlos Duarte (coord.). Vol. I, 1ª ed.. Curitiba: Juruá, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TARDIN, Luiz Gustavo. **Fungibilidade das Tutelas de Urgência**. São Paulo: RT, 2006.

WATANABE, Kazuo. **Cognição no Processo Civil**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

A PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS FRENTE O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Maria Auxiliadora Santana Bispo Teixeira⁹²

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL; 2.1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NA INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO CDC; 3 O USUÁRIO DE SERVIÇO PÚBLICO COMO CONSUMIDOR NA LEI 8.078/90; 4 IMPOSIÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA; 5 A APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR ÀS RELAÇÕES ENTRE PODER PÚBLICO E CIDADÃO/CONSUMIDOR; 6 O ESTADO COMO FORNECEDOR DE SERVIÇOS E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR; 7 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR OMISSÃO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR; 8 AS CONSEQUÊNCIAS DA APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NOS CONTRATOS DE FORNECIMENTO DE SERVIÇOS PÚBLICOS; 8.1 A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA; 9 CONTRATOS DE FORNECIMENTO DE SERVIÇO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA E O CONSUMIDOR; 9.1 O CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE DO ESTADO DA BAHIA – PLANSERV; 9.2 CONTRATO DE TRANSPORTE COLETIVO MUNICIPAL; 9.3 COELBA; 10 CONCLUSÃO; 11 REFERÊNCIAS.

Resumo:

O presente artigo trata de uma pequena discussão a respeito da prestação dos serviços públicos, frente o Código de Defesa do Consumidor com especial atenção para os principais contratos que envolvem o Estado da Bahia, na condição de fornecedor e, portanto, subordinado às normas consumeristas. Assim, para se chegar à análise do plano de saúde dos servidores públicos, o contrato da COELBA e o de transporte urbano foi preciso fazer uma explanação a respeito do fundamento, especificamente no que diz respeito à Constituição Federal na interpretação e aplicação do CDC; na caracterização do usuário do serviço público como consumidor; a imposição do princípio da boa-fé; a inversão do ônus da prova; a aplicação do CDC às relações entre o poder público e o consumidor; e a responsabilidade do Estado por omissão na prestação de serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor.

Palavras-chave: Consumidor; Fornecedor; Usuário; Serviço Público; PLANSERV; COELBA.

92 – Defensora Pública de Instância Superior, Conselheira eleita titular do Conselho Superior da Defensoria Pública, membro do Corpo Docente da Escola Superior da Defensoria Pública e do Conselho Editorial da Revista Jurídica; Especialista em Direito do Estado pela Faculdade Baiana de Direito

1 – INTRODUÇÃO

A iniciativa de escrever sobre o tema surgiu da necessidade à aplicação nas atividades finalísticas dos defensores públicos na defesa dos direitos do consumidor hipossuficientes e vulneráveis assistidos da instituição. O tema, portanto, está intimamente ligado às atividades diárias dos defensores públicos que enfrentam a falta da qualidade do Poder Público na condição de fornecedor aos usuários dos serviços públicos/consumidores, seja através do plano de saúde PLANSERV nos contratos de concessões de transporte urbano ou no fornecimento de energia elétrica, entre outros.

A importância da Defensoria nesta área surge da observação de que nas relações jurídicas de consumo, o consumidor hipossuficiente apresenta-se ainda mais vulnerável e sujeito a ataques dos fornecedores do que aqueles que têm maior nível de instrução e cultura, melhor condição financeira e, portanto, com maior possibilidade de inclusão social.

No Brasil, o Poder Público municipal, estadual e federal são responsáveis em regra pelo fornecimento de energia elétrica, água e saneamento, transporte coletivo e plano de saúde.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 o Direito do Consumidor foi colocado como direito fundamental, tendo recebido maior proteção, tornando-se cláusula pétrea prevista no inciso XXXII de seu artigo 5º, art. 170, inciso V e o art. 173 todos da Constituição Federal. Portanto a prestação de serviços do poder público caracterizado como relação de consumo passou a ser regido pelas normas consumeristas.

Antes do texto constitucional haviam leis esparsas, como o Decreto-Lei 22.626⁹³ de 1933 – Lei de Usura (ainda em vigor) – que muitos atribuem à característica de inauguração do Direito Consumerista brasileiro. A Lei Delegada 04 de 1962,⁹⁴ cuja relevância repousa no fato de ter positivado a intervenção estatal no domínio econômico para que fosse assegurada a livre distribuição de produtos de primeira necessidade à população como um todo; também a Lei 4.137/1962⁹⁵ conhecida como Lei de Repressão do Poder Econômico resultou em muitas conquistas aos consumidores, dentre as quais o ainda atuante Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

Em 11 de setembro de 1990 com a entrada em vigor da Lei 8.078, o Direito do Consumidor ganhou uma nova perspectiva, não apenas porque foram normatizados, mas porque a relação de consumo passou a ser orientada por novos princípios fundamentais.

O escopo do Código de Defesa do Consumidor foi, primordialmente, o de compilar as normas esparsas e “enraizar” referidos princípios, a partir dos quais se busca propiciar o efetivo

93 – Dispõe sobre os juros nos contratos e da outras providências

94 – Dispõe sobre a intervenção no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo

95 – Criação do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica)



exercício da cidadania, definindo e sistematizando muitos aspectos do direito público e privado, significando muitas conquistas aos consumidores que deixaram de ser – ao menos sob o aspecto de proteção legal – hipossuficientes e vulneráveis.

É importante destacar a criação de órgãos de proteção ao consumidor, todos com papel muito importante na garantia dos direitos e preservação da tutela contra o abuso do poder econômico. A exemplo do Ministério Público do Consumidor, o Núcleo do Consumidor da Defensoria Pública⁹⁶ e do PROCON; tais organismos desempenham funções de extrema relevância na defesa de interesses individuais e transindividuais, coletivos e difusos.

Mais recentemente, em 20 de julho de 2010, a Lei 12.291 fixou a obrigação dos estabelecimentos comerciais e/ou de prestação de serviços disponibilizarem ao público em geral um exemplar do Código de Defesa do Consumidor.

Enfim, a história do Direito do Consumidor é repleta de conquistas, todavia conquista maior é a nova consciência por parte de fornecedores de produtos/serviços e consumidores, estabelecendo uma relação de consumo mais segura e equilibrada, impondo-se além das prerrogativas de cada uma das partes as suas obrigações e responsabilidades.

Registre-se que a sociedade da qual fazemos parte é essencialmente de consumo, onde a dialética fornecedor versus consumidor é mais complexa que a dialética capital versus trabalho, sendo que os papéis vivenciados pelos agentes econômicos nem sempre encontram-se definidos de forma absoluta e imutável. Ao contrário, em verdade, verifica-se que nós todos somos consumidores – os indivíduos, as empresas, o Estado, os órgãos nacionais e internacionais.

O presente artigo tem como finalidade comentar a respeito da prestação dos serviços públicos frente o Código de Defesa do Consumidor: abrangência do conceito de fornecedor; o papel da Constituição Federal na interpretação do CDC; a imposição do princípio da boa-fé objetiva; as concessões de serviços públicos e sua norma regulamentadora: a aplicação do CDC às relações entre o poder público e o cidadão/consumidor; o Estado como fornecedor de serviços e o CDC; ferramenta à disposição do consumidor de serviços públicos lesado pela omissão do Estado; as consequências da aplicação do Código de Defesa do Consumidor nos Contratos de Fornecimento de Serviços Públicos; a inversão do ônus da prova, contrato de transporte urbano, contrato de fornecimento de energia elétrica, e principalmente, o contrato de plano de saúde do Estado – PLANSERV.

Sendo certo que o tema é polêmico face às várias peculiaridades que circundam o tema, bem como pela discussão doutrinária que vem sendo enfrentada em torno da matéria, bus-

⁹⁶ – Sensível a esta realidade, o legislador consumerista indica no artigo 5º da Lei n. 8078/90 a necessidade de especialização de órgãos para possibilitar a efetiva defesa do consumidor, não apenas no âmbito das Defensorias Públicas, mas também do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Polícia Judiciária, além de prescrever a concessão de estímulos à criação e ao desenvolvimento de Associações de Defesa do Consumidor.

ca-se, neste breve trabalho, não analisar a fundo o poder público como fornecedor de serviço público regido pelas normas do CDC, mas evidenciar a necessidade da especialização da Defensoria Pública para a completa e efetiva Defesa do Consumidor contra as abusividades praticadas nas relações de consumo, no sentido de conferir maior eficiência ao serviço prestado e demonstrar que o atuar institucional, nesta vertente, terá o condão de fortalecer cada vez mais a democracia e o respeito à dignidade das pessoas pouco abastadas e sujeitas a toda espécie de arbitrariedades e ilegalidades.

2 – FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

2.1 – A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NA INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO CDC

O Código de Defesa do Consumidor tem fundamento constitucional nos seguintes artigos: art. 5º, XXXII⁹⁷; art. 170, caput⁹⁸ e inciso IV e V⁹⁹; art. 173, § 4º¹⁰⁰, todos da Constituição Federal.”

A Constituição Federal coloca a proteção ao consumidor como direito fundamental da pessoa, e viabiliza a realização da proteção mediante as ações individuais, da previsão de impetração de mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX), ação civil pública pelo Ministério Público e Defensoria Pública – como instrumentos para a defesa dos direitos dos consumidores vulneráveis e hipossuficientes.

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor foi promulgado em obediência ao art. 5º, inciso XXXII e no art. 48¹⁰¹ do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Assim, o legislador constitucional ao adotar uma codificação, e não apenas uma lei para disciplinar as relações de consumo, conferiu sistematização e autonomia a este novo Direito, em sintonia e coerência com os princípios presentes na Constituição Federal.

Frise-se que a Lei do Consumidor prevê que a Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos, entre outros princípios, o da melhoria dos serviços públicos.

97 – Inc. XXXII - O Estado promoverá na forma da lei a defesa do consumidor.

98 – Art. 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios;

99 – Inc. IV- Livre concorrência; V – Defesa do Consumidor;

100 – Art. 173. § 4º A lei punirá o abuso do poder econômico que visa à dominação dos mercados, eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros;

101 – Art. 48 O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará o Código de Defesa do Consumidor.



3 – O USUÁRIO DE SERVIÇO PÚBLICO COMO CONSUMIDOR NA LEI Nº 8.078/90

O Código de Defesa do Consumidor no artigo 3º, ao conceituar fornecedor e definir serviço, deixa nítida a inclusão das pessoas jurídicas de direito público. São várias as disposições legais que demonstram de modo inequívoco a intenção do legislador de englobar o maior número possível de entidades, a fim de garantir da forma mais ampla possível a defesa dos interesses dos consumidores.

O art. 4º¹⁰² que trata da Política Nacional de Relações de Consumo determina, no inciso VII, a racionalização e a melhoria dos serviços públicos como princípios a serem atendidos no intuito de se efetivar as regras consumeristas.

As relações de consumo que se estabelecem entre o Estado e os seus cidadãos é estabelecida pelo artigo 2º¹⁰³ e 3º do aludido diploma legal.

Assim, nos termos dos dispositivos referidos às Pessoas Jurídicas de Direito Público, podem figurar no polo ativo da relação de consumo, como fornecedoras de serviços.

Como consequência, possuem o dever de quando na posição de fornecedores de serviços públicos fazê-lo em conformidade com as determinações previstas tanto no CDC quanto às contidas na Constituição Federal que o norteia.

Repita-se a finalidade precípua que motivou a criação do CDC, e que o acompanha em todos os seus dispositivos, qual seja a proteção dos consumidores. Claramente conclui-se que tal preceito aplica-se igualmente no campo das prestações de serviços públicos, seja pelos princípios que abrange, pelas obrigações que impõe exclusivamente aos fornecedores dos serviços ou pelo modelo de responsabilidade civil que adota, sem nunca fugir de seu objetivo.

O CDC, em seu artigo 22, impôs inúmeras obrigações tanto ao Poder Público quanto às concessionárias na prestação dos serviços públicos à comunidade, exigindo adequação, eficiência e segurança, quando da sua execução.

Entretanto, conforme prevê o artigo, retrata nos casos de descumprimento total ou parcial de tais obrigações, serão as pessoas jurídicas e privada, bem como as concessionárias, obrigadas a cumpri-las e a reparar os danos causados na forma prevista no CDC.

102 – A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmônica das relações de consumo atendidos.

103 – Art.2º - Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo Único: Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art.3º – Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Nesse sentido, manifestou-se Toshio Mukai¹⁰⁴, em *Concessões, Permissões e Privatizações de Serviços Públicos*:

A forma prevista pelo CDC é a da responsabilidade sem culpa, conforme disposto no seu artigo, mas se aplica acima de tudo, no caso, o disposto no artigo 37, §6º, da Constituição Federal, que estabelece a responsabilidade objetiva (sem culpa) do Poder Público e das pessoas jurídicas de direito privado (portanto concessionárias e permissionárias de serviços públicos) pela teoria do risco administrativo.

Dentro dessa filosofia, foi concebido o Código de Defesa do Consumidor, expressando no seu artigo 12 a responsabilidade do fabricante independente de culpa, o que se estende ao Poder Público, quando da prestação de serviços defeituosos, conforme prevê o artigo 14 da Lei do Consumidor adotando, igualmente, a Responsabilidade Objetiva.

Dessa forma, resta claro que o Poder Público, bem como as suas concessionárias, enquanto fornecedores de serviços públicos, estão sujeitos à reparação dos danos que vierem a causar aos seus usuários, na execução de seus serviços, independentemente da aferição de culpa, adotando, assim, a Teoria do Risco Administrativo.

4 – IMPOSIÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA.

O Código de Defesa do Consumidor prevê expressamente a boa-fé objetiva como cláusula geral contratual, conforme se extrai da leitura dos artigos 4º, inciso 1¹⁰⁵, e 51, inciso IV.

O dever de informar é visto nos artigos 30, 31, 36 e 37 – inclusive na fase de tratativas, o que impõe considerar ter a boa-fé objetiva eficácia précontratual, assim como no art. 10, § 1º, com o qual está combinado com o dever de cuidado ou de proteção. Também está previsto no artigo 42, tendo esses dois últimos preceitos a eficácia após a conclusão da relação de consumo.

As obrigações que surgem do contrato são várias, iniciando-se no despertar do interesse na contratação, passando pelo momento da conclusão e da execução do contrato, repercutindo ainda após o seu cumprimento.

Com efeito, o contrato deve ser considerado não só em relação à obrigação de prestar, mas também em função das diversas obrigações de conduta que o envolvem em cada uma de suas várias fases.

104 – MUKAI Toshio. *Concessões, Permissões e Privatizações de Serviços Públicos*, Ed 5a. São Paulo. Saraiva. 2007

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



É o contrato visto como processo, pondo em relevo, conseqüentemente, os modelos de conduta que pautam a boa-fé objetiva, e são firmados em face das legítimas expectativas despertadas por um contratante diante do negócio entabulado.

A boa fé objetiva pode se dar de três formas:

Pela primeira, a boa-fé objetiva – à moda do artigo 4º da LICC – atua integrando o contrato, nos casos em que houver omissão sobre os deveres de conduta, por exemplo, determinando um compromisso de compra e venda à devolução de parte das parcelas pagas ao promissário comprador inadimplente.

A segunda forma seria nulificando as disposições contratuais que a contrariem como, por exemplo, no caso de cláusula em que as administradoras de cartão de crédito se eximem de responsabilidade por atos, como cotejo de assinaturas, de fornecedores de bens e serviços que elas inserem na relação com o consumidor.

A última forma, servindo como vetor de interpretação do negócio, como ocorre no artigo 47 do CDC e no artigo 423 da Lei nº 10.406/02.

Segundo os autores do anteprojeto do código, a verificação da presença de boa-fé na conclusão do negócio jurídico cabe ao magistrado, no intuito de constatar se determinada cláusula contratual é ou não válida.

No que diz respeito à equidade, esta constitui regra de julgamento apenas nos casos prescritos em lei, consoante prescrição do art. 127 do Código de Processo Civil. Sendo assim, nesses casos o juiz não julgará com base na equidade, mas tão-somente observará o que está de acordo com a equidade e a boa-fé.

A operabilidade da boa fé objetiva tanto pode se dar por órgãos administrativos como no caso das várias agências governamentais, ou pelo Ministério Público e ainda especialmente pelo juiz.

Frise-se que à luz das formas de atuação da boa-fé objetiva – os provimentos jurisdicionais poderão ser de ordem variada, como declaratórios, constitutivos, condenatórios, executivos ou mandamentais. O contrato deve ser considerado não só quanto à obrigação de prestar, mas, também, em função das obrigações de conduta que o envolvem em cada uma de suas fases.

A boa-fé objetiva veio, na Lei Consumerista brasileira, como cláusula geral, regra padrão de conduta, um princípio ao qual se pode socorrer na falta da lei, porquanto é ele maior que a norma, é um princípio, um mandamento nuclear, cujo respectivo desrespeito colocará todo um sistema em xeque, posto que lhe é o norteador.

Observa-se que nos contratos é que se torna ainda mais evidente a aplicação do princípio ora comentado, pois a cláusula geral de boa-fé foi adotada pelo Código do Consumidor, implicitamente, devendo reputar-se incluída e existente em todas as relações jurídicas de consumo, mesmo que não inserida de forma expressa no contrato.

Ressalte-se que a questão da boa-fé objetiva é normalmente de fato, e dificilmente ela será examinada em última instância recursal, isto é, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, ressalvado a hipótese em que haja problema de qualificação jurídica acerca da matéria decidida em instância inferior.

5 – A APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR ÀS RELAÇÕES ENTRE PODER PÚBLICO E CIDADÃO/CONSUMIDOR

Na primeira metade do século passado, os serviços considerados de ordem pública foram transferidos à iniciativa privada, porém a falta de interesse por parte dos concessionários em modernizá-las, bem como a ausência de normatização dos mesmos, os tornariam ineficazes, e nada mais restou ao Estado senão retomar o exercício destes serviços.

Não obstante o início desenvolvimentista que as empresas estatais apresentaram na execução de tais serviços, logo, em seguida, estes passaram a onerar cada vez mais o Estado, que não possuía mais condições de mantê-las sob sua responsabilidade, tamanha necessidade de uma administração presente e investimentos financeiros que a manutenção de tais serviços públicos exigia, tornando a sua execução inviável para o Estado, que, não raramente, disponibilizava-os à sua população de forma totalmente ineficaz.

Nesse ínterim, foi no final da década passada, e seguindo uma tendência mundial de modernização, que o Estado brasileiro preparou-se legislativamente para voltar a conceder à iniciativa privada a gestão ou execução de serviços públicos.

Dessa forma, a continuidade dos antes serviços públicos concedidos passou a ser realizada pelas empresas estatais, criadas com o intuito de fazê-los eficientes e úteis à população brasileira.

Desde o advento da Lei 8.078/90, vários temas polêmicos vêm sendo abordados e discutidos pela doutrina e jurisprudência nacional. Um dos mais instigantes desses temas versa sobre a aplicação das suas normas quando a parte demandada for o Poder Público.

O Estado deve sempre ter em vista o interesse geral dos cidadãos, para tanto deve sempre proteger os interesses tanto dos indivíduos como dos grupos particulares. No campo das relações de consumo, o grupo a ser protegido e tutelado é o dos consumidores.



Particularmente sobre a responsabilidade civil do Estado, prevista no art. 37, parágrafo 6º da Constituição Federal, existe um consenso na doutrina que ela pode ser concebida tanto em razão do risco da atividade pública quanto em virtude da culpa constatada no desempenho dessas atividades por parte dos agentes públicos. Na esfera consumerista, porém a responsabilidade civil do Estado ganha vertente própria, pois tratando-se de reparação dos danos (restauração do estado anterior à lesão) o Estado deverá ser responsabilizado na forma prevista no código, ou seja, independentemente da existência de culpa, conforme preceitua o art. 14 do CDC. Fica clara, portanto, a escolha da chamada Teoria do Risco Administrativo por parte do legislador nas relações de consumo.

O art. 3º da lei 8.078/90 é bastante didático ao conceituar o termo “Fornecedor” como sendo toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, também entes despersonalizados que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. O CDC, portanto, equipara as pessoas jurídicas de direito público como espécies de Fornecedores, podendo, conseqüentemente, figurar no polo ativo da relação de consumo na qualidade de fornecedor de serviços e, logicamente, podendo figurar no polo passivo na eventual relação de responsabilidade.

O Código de Defesa do Consumidor adota duas modalidades de responsabilidades: a responsabilidade por vícios do produto ou do serviço e a responsabilidade pelo fato do produto ou serviço. Ambas as modalidades de responsabilidade são de natureza objetiva, sendo dispensável o elemento culpa para que exista a obrigação de indenizar por parte do fornecedor. O CDC distingue dois modelos claros de responsabilidade: por danos causados aos consumidores e por vícios de qualidade ou quantidade dos produtos ou dos serviços prestados aos consumidores.

O Código trata com especial atenção os chamados “serviços essenciais”. Tais serviços são aqueles em que estão alicerçados os pontos cruciais para o desenvolvimento de uma sociedade, aqueles cuja ausência ou interrupção resultaria em grandes prejuízos.

É, portanto, direito inegável de todo e qualquer consumidor demandar contra o Estado quando a prestação dos serviços esteja sendo inadequada e inoperante ou ainda que não esteja sendo observada e respeitada a devida proteção à integridade física e moral do consumidor.

É pacífico, portanto, o entendimento que o Estado é responsável por suas condutas, comissivas ou omissivas, que vierem a causar quaisquer espécies de danos aos consumidores, porém deve sempre haver o verdadeiro nexo de causalidade entre a conduta estatal e o dano.

Através de um processo de desestatização, o Estado reduziu sua participação na atividade empresarial, e voltou-se com mais eficiência à prestação dos chamados serviços essenciais e indelegáveis, inserindo-se, assim, no contexto mundial de privatizações de serviços públicos.

Destarte, reconhecendo-se a fragilidade da posição em que se encontra o consumidor, o legislador constitucional incluiu a sua defesa entre os direitos e garantias fundamentais. Logo em seguida, a defesa do consumidor foi elevada à categoria de “princípio geral da atividade econômica” e, por fim, estabeleceu-se o prazo de 120 (cento e vinte) dias contados da promulgação da Constituição para que o Congresso Nacional elaborasse o Código de Defesa do Consumidor.

A preocupação também abrangia o consumidor de serviços públicos, que, talvez mais que outros, estavam – e ainda está – necessitados de proteção. O Código de Defesa do Consumidor refletiu bem essa necessidade. Em diversos dos seus dispositivos há clara menção à sua aplicação, sem restrições às relações de consumo de serviços que são travadas entre poder público e cidadão.

O artigo 22 do CDC aborda expressamente a responsabilidade do poder público nas relações de consumo. O referido artigo fala ser obrigação do Estado (...) fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e quanto aos essenciais, contínuos. (...).”

Ora, o Estado é nosso maior fornecedor de serviços e, conseqüentemente, o que mais vezes nos causa lesões em nossos direitos enquanto consumidores. Uma visão, por mais superficial que seja no nosso cotidiano, demonstra o quanto somos prejudicados por parte do Poder Público.

Basta apenas observarmos a situação dos transportes, da saúde e da segurança pública em nosso país para que se verifique o real tamanho do descaso, por parte do Estado no que tange à prestação dos serviços públicos.

Se alguma dúvida ainda restasse da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor à relação Estado-fornecedor de serviços e cidadão/consumidor, o art. 22 vem, com o mesmo propósito, afirmar que os órgãos públicos, por si ou seus delegados, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos, devendo as pessoas jurídicas reparar os danos na forma prevista no Código, se houver descumprimento das obrigações.

6 – O ESTADO COMO FORNECEDOR DE SERVIÇOS E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor constitui a base da ordem econômica, engloba quase todas as relações de consumo presentes no dia a dia do brasileiro, isto porque os artigos 2º e



3º do referido dispositivo são claros ao expressar que as Pessoas Jurídicas de Direito Público, podem figurar no polo ativo da relação de consumo, como fornecedoras de serviços.

Dessa forma, o Estado, ao atuar como fornecedor de serviços públicos, deve fazê-lo em conformidade com as determinações previstas tanto no CDC especificamente no art. 22 caput e seu parágrafo único quanto nas contidas na Constituição Federal que o norteia.

A finalidade precípua que motivou a criação do CDC, e que acompanha todos os seus dispositivos qual seja a proteção dos consumidores, claramente conclui-se que tal preceito aplica-se igualmente no campo das prestações de serviços públicos, seja pelos princípios que abrange, pelas obrigações que impõe exclusivamente aos fornecedores dos serviços ou pelo modelo de responsabilidade civil que adota, sem nunca fugir de seu objetivo primeiro.

O citado artigo 22 impõe inúmeras obrigações tanto ao Poder Público quanto às concessionárias na prestação dos serviços públicos à comunidade, exigindo adequação, eficiência e segurança quando da sua execução.

Tais obrigações encontram-se reunidas no Princípio da Adequação do Serviço Público, o qual pressupõe que a prestação destes serviços deve atender plenamente às necessidades dos usuários, satisfazendo, assim, as condições de regularidade, continuidade, eficiência (serviço satisfatório qualitativa e quantitativamente), segurança, atualidade, generalidade (serviço para todos os usuários), cortesia na sua prestação (bem tratamento aos usuários) e modicidade das tarifas (tarifas razoáveis), reunindo-se aí todos os princípios que dominam a execução dos serviços públicos, e que constituem as obrigações a serem cumpridas pelos seus fornecedores.

Portanto, com base no artigo retro mencionado, nos casos de descumprimento total ou parcial de tais obrigações, serão as pessoas jurídicas de direito público ou privado, bem como as concessionárias, obrigadas a cumpri-las e a reparar os danos causados na forma prevista no CDC.

Nesse sentido, manifestou-se Toshio Mukai, em Concessões, Permissões e Privatizações de Serviços Públicos:

A forma prevista pelo COC é a da responsabilidade sem culpa, conforme disposto no seu artigo, mas se aplica acima de tudo, no caso, o disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, que estabelece a responsabilidade objetiva (sem culpa) do Poder Público e das pessoas jurídicas de direito privado (portanto concessionárias e penionárias de serviços públicos), pela teoria do risco administrativo.

Dentro dessa filosofia, foi concebido o Código de Defesa do Consumidor, expressando no seu artigo 12 a responsabilidade do fabricante independentemente de culpa, o que se estende ao Poder Público, quando da prestação de serviços defeituosos, conforme prevê o artigo 14 da Lei do Consumidor, adotando, igualmente, a Responsabilidade Objetiva.

Dessa forma, resta claro que o Poder Público, bem como as suas concessionárias, enquanto fornecedores de serviços públicos, estão sujeitos à reparação dos danos que vierem a causar aos seus usuários, na execução de seus serviços, independentemente da aferição de culpa, adotando, assim, a Teoria do Risco Administrativo.

7 – A RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR OMISSÃO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Seguindo orientação constitucional, o Estado responde de forma objetiva por omissão na prestação de serviços públicos.

Quando o serviço público funciona de forma precária ou não funciona, estamos diante de uma omissão do poder público ou de seus delegados.

Dúvidas não há quanto à previsão legal do artigo 22 do CDC que é taxativo ao prever que os órgãos públicos estão obrigados a fornecer os serviços públicos. Portanto, o não fornecimento é violação de dever. Também não basta o fornecimento, mas o serviço público de qualidade, adequado, eficiente, seguro e, se essencial, contínuo. Portanto, a omissão é expressamente vedada em todas as suas formas.

Havendo a omissão e dela resultando prejuízo, as pessoas jurídicas (e não os órgãos públicos, pois estes não têm personalidade) serão responsáveis por reparar os danos na forma prevista no art. 14 do Código.

No CDC, para que seja caracterizado o dever do fornecedor em indenizar, não é preciso demonstrar que houve culpa. Mesmo que se tenha empregado todas as cautelas e os meios ao seu alcance, havendo dano que se atribua ao serviço haverá responsabilidade.

Registre por fim a observação que nas muitas vezes que o CDC expressamente se refere a serviço público, não faz qualquer distinção entre serviço público com remuneração direta e serviço público recebido sem prestação pecuniária direta. Quando não distingue a lei, não cabe ao intérprete fazê-lo. Ou são aplicadas as disposições do Código a todas as atividades que se enquadram no conceito de serviço público, apresentado no início deste trabalho, ou não são aplicadas a nenhuma.



Entendemos a preocupação de não erigir o Estado à categoria de segurador universal, mas tal não poderá ser feito ao arropio da lei e do direito do cidadão consumidor. Além disso, no atual estágio de evolução do Direito, não é o Estado que precisa ser protegido e sim o cidadão. O Estado já tem a seu favor toda a estrutura legal, que lhe permite criar tributação nova, aumentá-la quando bem entender, utilizar a força contra o cidadão que não se encontra em dia com os seus débitos etc. Será mesmo necessário ampliar a responsabilidade do poder público para que se dê conta de que é seu dever prestar serviços de qualidade. Não há nisso qualquer favor. E se assim não ocorrer, desnatura-se a própria ideia de Estado e perde o sentido as altas cargas de tributação com as quais são afligidos os cidadãos.

8 – AS CONSEQUÊNCIAS DA APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NOS CONTRATOS DE FORNECIMENTO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

8.1 – A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Inovador, o CDC traz no art. 6^o¹⁰⁶, VIII, a inversão do ônus da prova nas relações de consumo como princípio basilar, quando o juiz considera verossímeis as alegações do consumidor ou quando este for hipossuficiente.¹⁰⁷

Evidente a toda prova que o objetivo do artigo é facilitar a defesa jurídica do consumidor, diante das desigualdades provenientes de uma relação jurídica de consumo e da vulnerabilidade processual.

Tratando-se de plano de saúde atua os usuários na condição de destinatário final, o que implica que cabe ao poder público, na condição de fornecedor, provar a inexistência ou irregularidade que deu causa ao litígio. Esta inversão poderá ser realizada pelo magistrado *ex officio* ou mediante requerimento do consumidor, contudo, de acordo com o art. 51, VI, do CDC, restaria eivada de nulidade a cláusula contratual que estipular a perda ou a restrição a este direito.

Quanto ao momento, é certo que em obediência aos princípios do contraditório e da ampla defesa, deve o magistrado decretar em etapa do procedimento que comporte a produção de prova. Portanto a inversão deve ser decretada antes do início da fase instrutória, determinando os fatos que o fornecedor deverá provar.

106 – Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VIII – a facilitação da defesa de seus direitos inclusive com a inversão do ônus da prova a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência;

107 – A doutrina faz distinção entre os conceitos de vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor, afirmando James Marins que a “vulnerabilidade do consumidor não se confunde com a hipossuficiência que é característica restrita aos consumidores que, além de presumivelmente vulneráveis, veem-se agravados nesta situação por sua individual condição de carência cultural, material ou, como ocorre com frequência, ambas (in Responsabilidades da Empresa pelo Fato do Produto. São Paulo: Ed. Ver. Dos Tribunais, 1993, p. 39, nota 46).

Saliente-se que com a inversão do ônus da prova, somado à “culpa objetiva”, não há necessidade de provar-se dolo ou culpa, valendo dizer-se que o simples fato do poder público colocar o plano de saúde no mercado, sem a devida qualidade da prestação de serviço, já enseja uma indenização, ou procedimento cautelar para evitar os referidos danos, tudo independentemente de se indagar de quem foi a negligência ou imperícia por exemplo.

Em síntese, o usuário dos serviços públicos, além de não precisar demonstrar a culpa do Estado para se ressarcir de um eventual dano sofrido, tem a seu favor todo o sistema delineado pelo CDC, construído especialmente para que o consumidor goze de mecanismos que efetivem seus direitos.

Dessa forma, o Poder Público da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios é inserido como fornecedores com atividades regidas pelo CDC. Na execução de um serviço público ou na venda de produtos (pelas empresas estatais principalmente), se aquelas pessoas de direito público interno causarem qualquer prejuízo ao consumidor, terá de ressarcir-lo nos termos da Lei.

9 – CONTRATOS DE FORNECIMENTO DE SERVIÇO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA E O CONSUMIDOR

Um dos grandes avanços do CDC foi incluir as pessoas jurídicas de direito público entre os fornecedores, estipulando o dever legal dos órgãos públicos fornecer serviços adequados, eficientes e quando essenciais contínuos.

Os contratos firmados entre os consumidores (destinatários finais) e os órgãos públicos podem ser considerados de consumo, sendo que as normas do CDC equilibram os contratos firmados pelos concessionários enquanto fornecedores de serviços. Estes contratos devem conciliar as imposições do Direito Constitucional, com a proteção do consumidor e as prerrogativas administrativas.

Portanto, aplica-se o CDC, sempre que presente um consumidor, aos serviços públicos referentes ao fornecimento de plano de saúde, de luz, transportes públicos, entre outros.

Assim, os entes públicos inseridos como prestadores de serviços públicos em regime de concessão/permissão – devem ser exemplo na defesa dos direitos garantidos aos consumidores.

9.1 – O CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE DO ESTADO DA BAHIA - PLANSESV

Inicialmente, é salutar destacar alguns aspectos gerais a respeito dos contratos de plano de saúde sujeito às regras do Código de Defesa do Consumidor, não importando o nome ou a natureza jurídica.



É evidente que a prestação de serviços de assistência médico-hospitalar, por entidades privadas, somente ganhou importância e relevância como negócio rentável pelos seguintes motivos: aumento da população; melhoria do padrão econômico e má qualidade dos serviços públicos de saúde.

Quanto ao enquadramento dos planos privados sujeitarem-se às relações de consumo não há mais qualquer discussão. Contudo, em relação ao poder público na prestação de serviços de saúde para os seus servidores, ainda existem divergências de interpretação entre os magistrados, visto que alguns insistem em acatar os fundamentos da Procuradoria do Estado quanto à não aplicabilidade.

O Poder Judiciário do Estado da Bahia através dos juízes da Fazenda Pública e do Tribunal de Justiça vêm pacificando o entendimento da aplicação das regras consumeristas ao plano de saúde dos servidores públicos com as seguintes disposições: adequação do serviço ao fim desejado pelo consumidor, garantia legal da segurança do serviço, vedação de cláusulas abusivas e interpretação do contrato sempre favorável ao consumidor.

Devido à má qualidade do serviço aliado à negligência em seguir os dispositivos do CDC no tocante à autorização para cirurgias de urgência e emergência, carência, tratamento de alto custo e outros serviços de saúde, cresce dia a dia o número de litígios entre os aderentes do PLANSEV e o Estado, assoberbando o Poder Judiciário.

A título de exemplificação, citamos a decisão inédita do TJBA que define a aplicação do CDC aos fornecedores e concessionários de serviço público e no caso específico do Plano de Saúde PLANSEV.

Agravo de Instrumento nº 25.797-3/2007

Agravante: Estado da Bahia

Agravada: Katiane Reis Pereira

Relator: Desembargador Paulo Furtado

Julgamento: 13/08/2008

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PLANSEV. PLANO DE SAÚDE. COBERTURA DE CIRURGIA PLÁSTICA NÃO ESTÉTICA, RECUSA. CABIMENTO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. APLICAÇÃO DO CDC. CLÁUSULA ABUSIVA. RECURSO

IMPROVIDO. É cabível a antecipação da tutela contra a Fazenda Pública, em casos excepcionais, quando se trata de bem constitucionalmente assegurado, como a saúde. O CDC é aplicável às pessoas jurídicas de direito público, que prestam serviços remunerados. E abusiva a cláusula contratual que exclui da cobertura do plano de saúde determinados tratamentos e procedimentos médicos-cirúrgicos, pois viola a boa-fé objetiva que está ínsita nos contratos de relação

de consumo. No que concerne à relação de consumo, o Código de Defesa do Consumidor incluiu as pessoas jurídicas de direito público entre os fornecedores, no caso de serviços públicos que a elas competem, prevendo expressamente, no art. 22, um dever dos órgãos públicos, de suas empresas, concessionárias ou permissionárias de fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e quando aos essenciais, contínuos." Ademais, o art. 3º do CDC define como qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza securitária, incluindo nesta os planos e seguros de saúde. Pelo que os associados do PLANSERV pagam pela prestação do plano de saúde, sendo tipificada relação de consumo a que presa serviços de saúde a seus associados. Em face do CDC, as cláusulas contratuais abusivas e que violem a boa-fé contratual devem ser declaradas nulas, restando configurado o *fumus boni juri*, pois a agravada precisa de tratamento médico especializado tem contrato de plano de saúde, que se recusa a cobrir tratamento que ele precisa, quando tem por finalidade prestar todos os serviços de que necessita o segurado. A relação contratual básica é uma obrigação de resultado, um serviço que deve possuir a qualidade e a adequação imposta pela nova doutrina contratual. É obrigação de resultado porque o que se espera do segurador ou prestador é um 'fato', um ato preciso, um prestar serviços médicos, um reembolsar quantias, um fornecer exames, alimentação, medicamentos, um resultado independente dos esforços para obter os fatos e atos contratualmente esperados. Se o consumidor irá curar-se (ou não) é incerto, mas que a vinculação contratual entre consumidor e fornecedor de serviços o obriga a intemá-la, tratá-lo e propiciar serviços de assistência médica ou hospitalar na sua rede, ou simplesmente reembolsar a quantia despendida, isto é certo." O *periculum in mora* também resta configurado, pois a agravada encontra-se necessitando de procedimentos médicos-cirúrgicos urgentes, razão pela qual não merece reforma a decisão hostilizada. Por essas razões, nega-se provimento ao Agravo.

Ademais, Claudia Lima Marques¹⁰⁸ dirime a dúvida acaso existente sobre a aplicação do COC nos serviços públicos nos seguintes termos:

"Relembre-se que, pela definição de serviços do art. 3º do CDC somente àqueles serviços pagos, isto é, como afirma o § 2º, 'mediante remuneração', serão aplicadas as normas do CDC. Os serviços públicos '*uti universi*', isto é, aqueles prestados a todos os cidadãos, com os recursos arrecadados em impostos, ficariam excluídos da obrigação de adequação e eficiência previsto pelo CDC."

108 – MARQUES, Cláudia Lima, *Contratos DO Código de Defesa do Consumidor*, Ed 43, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, p. 138/139
16 Idem p.484/485



Neste mesmo sentido posicionou-se o professor e Ministro Carlos Alberto Menezes Direito:

“Dúvida não pode haver quanto à aplicação do Código de Defesa do Consumidor sobre os serviços prestados pelas empresas de medicina de grupo, de prestação especializada em seguro saúde. A forma jurídica que pode revestir esta categoria de serviço ao consumidor, portanto, não desqualifica a incidência do Código do Consumidor implica subordinar os contratos aos direitos básicos do consumidor, previstos no art. 6º do Código”¹⁰⁹

O plano de saúde dos servidores públicos do Estado da Bahia cobre quatrocentos e sessenta e oito mil servidores do Estado e possui base legal os decretos nº 7.634 de 16 de julho de 1999¹¹⁰ e suas alterações Lei 19.394/2011¹¹¹ que regulamentam o Sistema de Assistência à Saúde dos Servidores Públicos Estadual.

O PLANSEV tem como beneficiários os servidores públicos do Estado da Bahia, cuja inclusão é feita mediante declaração em contrato de adesão expressa, podendo ser incluído como dependentes o cônjuge, companheiro(a), os filho(a), enteado(as) e netos(as), desde que solteiros e não emancipados.

Sendo o contrato de adesão celebrado com o servidor, tem como objetivo proporcionar cobertura para o tratamento de doenças e das consequências de acidentes sofridos pelos beneficiários, o que caracteriza a atividade própria das empresas e compõe a sua denominação social. O alcance central do contrato é a concretização da atividade a que se propõe o fornecedor, sendo assegurada através da correta aplicação da lei, considerando-se a vontade contratual como subsidiária, a ser efetivada quando não colidir com a vontade legal expressa no sistema jurídico no qual está inserida a contratação.

Quanto à natureza jurídica do PLANSEV é considerado Autarquia Estadual criado por lei específica para a execução da Política Previdenciária e Assistencial dos servidores públicos do Estado da Bahia, tendo sucedido o extinto IAPSEB, possuindo personalidade jurídica de direito público interno, com patrimônio e receita própria.

109 – DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *O Consumidor e os planos de saúde*, Revista Forense, 328, out/dez, p. 312-316

110 – O Decreto nº 7634 de 16 de julho de 1999 que aprova o Regulamento do Plano de Saúde dos Servidores Públicos Estaduais PLANSEV e das outras providências determina:

Art. 1º: O Plano de Saúde dos Servidores Públicos Estaduais – PLANSEV, previsto no art. 27, da Lei 7.249, de 07 de janeiro de 1998, compreende ações preventivas e curativas necessárias à proteção e à manutenção da saúde dos servidores e seus dependentes do Sistema de Seguridade Social dos Servidores Públicos Estaduais, e serão prestadas através de assistência médico-ambulatorial, hospitalar e laboratorial, de caráter geral e especializado, incluindo consultas, cirurgias e exames complementares de diagnósticos e tratamento, prestados pelo Estado, diretamente, através de instituições credenciadas ou mediante contratação de seguro de assistência médica e hospitalar, sob o regime de empreitada global, na forma da legislação em vigor.

111 – Decreto 9.552 de 21 de setembro de 2005. Aprova o Regulamento do Sistema de Assistência à Saúde dos Servidores Públicos Estaduais - PLANSEV e dá outras providências.

Com as alterações realizadas, foi modificada a natureza jurídica do contrato de adesão supracitado para coparticipação, sendo estabelecidos limites de atendimentos, consultas e exames, definidos na lei estadual, mas que ainda não entrou em vigor em razão de uma Ação Civil Pública ingressada pelo PMDB, onde foi suscitada a inconstitucionalidade dos artigos 10 e 20 da Lei 12.351/2011, que teve liminar deferida no sentido de suspender a aplicação imediata.

Com a nova alteração, o sistema de coparticipação tem a mesma lógica dos planos privados, sendo cobrados 40% sobre o valor cobrado para os cônjuges e dependentes do valor descontado para os segurados e prevê um limite de cota anual de procedimentos.

O beneficiário terá o direito apenas a 12 (doze) consultas, 20 (vinte) atendimentos de emergência, 30 (trinta) exames e 08 (oito) exames de alta complexidade por ano. Caso o servidor precise ultrapassar essa cota, terá que pagar um valor adicional de 20% do custo do procedimento. Se a pessoa estiver internada em urgência ou emergência, não há limite de procedimentos.

O Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, apreciando o pedido liminar, julgou inconstitucional os artigos 10 e 20 da citada lei, que limitava o número de atendimentos em emergências e consideraram a coparticipação, cobrança de parte do valor da consulta ou exame, precisa ser considerada segundo os direitos adquiridos de cada segurado.¹¹²

Segundo informações colhidas da Secretaria de Administração, o PLANSESV contempla três em cada quatro servidores do Estado, e constitui na atualidade o maior plano do Nordeste.

O patamar de qualidade da administração do plano resultou na conquista, pelo segundo ano consecutivo, do Prêmio Benchmarking Saúde como a melhor operadora de autogestão da Bahia pelas qualidades apresentadas nos seguintes aspectos: melhor remuneração dos prestadores de serviço e ampliação da rede de atendimento com credenciamento de clínicas e hospitais em todo o Estado, o que gerou a ampliação da rede em mais de 05 (cinco); a regularidade e a pontualidade no pagamento de todos os prestadores; a criação de valores referenciais para diversos procedimentos; a implantação do sistema de auditoria, que vem permitindo identificar e combater fraudes na prestação dos serviços; a adoção da identificação biométrica; e o investimento intenso em tecnologia no intuito de aperfeiçoar os mecanismos de controle e oferecer serviços cada vez mais ágeis aos beneficiários. A autorização 100% via web reduziu o tempo de espera para exame ou cirurgia.¹¹³

112 – <http://globo-com.jusbrasil.com.br/noticias/00039794/justica-proibe-planserv-de-limitar-atendimento-de-servidores-baianos> consultado em 22 de janeiro de 2013 às 17h

113 – <http://www.portaldoservidor.ba.gov.br/consultado> em 18 de janeiro de 2012 às 15h



9.2 – CONTRATO DE TRANSPORTE COLETIVO MUNICIPAL

Indiscutível a falta de responsabilidade do Estado e do município em relação aos contratos realizados com as empresas concessionárias de serviço público no que diz respeito à organização e fiscalização da competitividade do serviço público de transporte coletivo de maneira que o consumidor/usuário seja beneficiado em sua plenitude no atendimento diário.

Apesar dos requisitos legais exigidos para o contratante/concedente e mesmo sendo serviço essencial sofre com greves sindicais, paralisações de advertência e péssimo estado de conservação dos veículos, além da prestação deficitária ao consumidor, acarretando prejuízos, descaso e onerosidade social aos consumidores.

Sendo certo o crescimento do número da população e a migração da população rural para as grandes cidades, com o conseqüente aumento do uso do transporte para sua locomoção, seja ela urbana ou semiurbana. Portanto de forma desproporcional a responsabilidade, organização e fiscalização dos órgãos estatais no sentido de aperfeiçoar tal serviço. O serviço ofertado deve observar o perfil do usuário, quais suas necessidades, segurança, conforto e regularidade.

Devido à falta de estrutura, os consumidores/usuários sofrem as mazelas no tempo de espera nos terminais, na segurança, conforto, falta de informações, estrutura e manutenção dos terminais e paradas, cuidados na condução veicular, acessibilidade do serviço ofertado, segurança nas paradas no trajeto do serviço ofertado, educação dos motoristas e cobradores, limpeza das paradas e terminais rodoviários, limpeza e conservação dos veículos, ocupação dos veículos (quantidade de passageiros sentados e em pé) e conforto interno dos veículos.

A Constituição Federal no artigo 175 estabelece: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”

No mesmo sentido é expressa a CF no que diz respeito ao transporte público municipal.

Art. 30 Compete aos Municípios:

(...)

v – organizar e prestar, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;

Por sua vez o art. 2º¹¹⁴, I e 4º da Lei 8.987, é expresso em declarar que a delegação do serviço público seja na modalidade de concorrência ou consórcio de empresa, desde que seja demonstrada a capacidade para seu desempenho.

De referência aos permissionários de transporte coletivo no município de Salvador, apesar de ter estabelecido vínculo com a Administração Municipal antes do advento da já citada lei, passou ser a norma geral em matéria de concessão e permissão de serviços públicos a ser observada pelos entes federados, em virtude do inciso XXVII, do art. 22, da Constituição Federal.

José dos Santos Carvalho Filho define o contrato de concessão de serviço público nos seguintes termos:

“Concessão de serviço público é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública transfere à pessoa jurídica ou a consórcio de empresas a execução de certas atividades de interesse coletivo, remunerada através do sistema de tarifas pagas pelos usuários. Nessa relação jurídica a Administração Pública é denominada de concedente, e, o executor do serviço, de concessionário”

O transporte público de Salvador é perceptível à precariedade da prestação do serviço de transporte coletivo. Havendo notícias que o serviço é prestado pelas empresas vinculadas sem qualquer vínculo formal com o município, devido ao fato da expiração do prazo dos Termos de Permissão que respaldava a prestação de tal serviço.

O grau de insatisfação da população soteropolitana com a qualidade do serviço de transporte coletivo atenta, inclusive, contra o princípio da dignidade da pessoa humana, pela total inadequação do serviço¹¹⁵.

Registre-se ainda, que o vínculo existente entre as empresas que prestam serviços de transporte coletivo em Salvador e o município é mantido em virtude de decisão judicial, proferida pela 4ª Vara da Fazenda Pública, em 19 de dezembro de 2007, já transitada em julgado.

Assim, o serviço de transporte coletivo necessita ser licitado, encontrando-se no momento em processo de regulamentação na Secretaria Municipal dos Transportes e Infraestrutura.

Entre os critérios no edital de licitação, a SETIN diz que as empresas ou consórcios devem ter como parâmetro as linhas urbanas existentes e priorizar, em seus projetos, questões como taxa de ocupação, intervalo das viagens, distância dos pontos de embarque e acessibilidade.

114 – Art. 2º, I/ – Concessão de serviço público é a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado. Art. 4º A concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será formalizada mediante contrato, que deverá observar os termos desta lei, das normas pertinentes e do edital de licitação. 2006, pp. 306)

115 – <http://gl.globo.com/bahia/noticia/2012/10/5/transporte-publico-e-salvador> consultado em 08 de janeiro de 2013 as 15:00 h



Segundo dados da Transalvador, a capital baiana possui sete terminais rodoviários urbanos, sendo a Estação da Lapa a que possui maior número de tráfego de pessoas, 460 mil por dia. Em seguida, está a estação Pirajá, com 130 mil usuários por dia. As demais são a Iguatemi (65 mil/dia) e da Rodoviária (65 mil/dia), da Barroquinha (15, 500 mil/dia) e Aquidabã (5 mil/dia).

A Lei Orgânica do Município determina no seu art. 238, que:

Art. 238: O transporte coletivo deverá ter uma tarifa condizente com o poder aquisitivo da população e que assegure a justa remuneração do capital, permitindo o melhoramento, a expansão e a qualidade dos serviços e propicie o equilíbrio econômico financeiro do contrato respectivo.

Portanto pela LOM temos que a mesma está em consonância com os princípios que norteiam a política tarifária. Assim, além da função voltada a propiciar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, assegurando a justa remuneração do capital, a mesma também deve atentar ao poder aquisitivo da população, permitindo melhoramento, expansão e melhor qualidade do serviço.

Ocorre que na prática o município de Salvador, quando contrata o serviço de transporte coletivo, visa apenas propiciar a remuneração do prestador, não atentando ao poder aquisitivo da população e não apresentando qualquer expectativa de melhoria da qualidade da prestação em virtude da mencionada majoração, desrespeitando não somente as regras do Direito Administrativo, mas, principalmente, as normas das relações de consumo.

9.3 – COELBA

Apesar da privatização, a Companhia de Eletricidade da Bahia (COELBA), concessionária da distribuição de energia elétrica, merece comentário especial a respeito das suas peculiaridades na forma de distribuição e também por constituir um fornecimento de serviços com preços controlados pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, que tem atribuições de regulamentar e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização da energia elétrica. Tem poderes para fixar tarifas e padrões de qualidade e evitar abusos na estrutura de custos do sistema. Em adição, o Estado, como poder concedente, define uma série de parâmetros operacionais, econômicos e financeiros vinculados ao contrato de concessão e firmado por ocasião da privatização da COELBA (adquirida pelo grupo espanhol Iberdrola S.A.). Portanto tem natureza jurídica especial que na sua essência não deixa de ser fornecedora de serviço público. Mas em qualquer situação regida pelo Código de Defesa do Consumidor.

Desde 1995 a COELBA deixou de ser monopólio regional. O Programa Nacional de Desestatização (PND) alterou as bases do sistema Eletrobrás, criando um novo modelo institucional, permitindo

que as empresas privadas explorem a produção e fornecimento de energia elétrica, delimitadas por região, e que também os consumidores optem o fornecedor de energia elétrica de quem comprarão dentre os diversos distribuidores. Criou-se um Mercado Atacadista de Energia – MAE, onde os preços de energia são negociados livremente, como uma bolsa de mercadorias. Por enquanto, somente os grandes consumidores podem fazer esta opção de fornecedor. Gradativamente, os pequenos consumidores poderão exercer escolha de concessionária de energia elétrica.

Assim sendo, percebe-se que, mesmo sendo a COELBA uma empresa privada, ela opera sob especial atenção do Estado. A empresa não é livre para fixar as tarifas no patamar que julgar correto, tendo que antes obter permissão da ANEEL. Ainda, a empresa é obrigada a seguir diretrizes extraordinárias do Estado, mesmo que estas signifiquem redução de faturamento e mesmo prejuízos, a exemplo do acontecido em 2001 durante o Plano Nacional de Racionamento de energia elétrica. Tal plano, instituído pelo governo brasileiro como prevenção contra uma possível falta de energia elétrica nacional devido à perda de produção da malha hidrelétrica, instituiu como meta uma redução de 20% no consumo de energia elétrica para os consumidores de baixa tensão e uma redução de 15% a 25% para os consumidores de média e alta tensão. Ou seja, a empresa enfrenta uma redução forçosa de iguais percentuais em seu faturamento, na melhor das hipóteses.

A COELBA adquire mais de 98% da energia elétrica que distribui da Companhia Hidroelétrica do São Francisco – CHESF, geradora que atende oito estados brasileiros. A CHESF possui capacidade de geração de cerca de 10.705 MW, dos quais mais de 95% são de origem hidráulica. A COELBA mantém ainda duas pequenas centrais hidrelétricas (PCHs), com capacidade de geração de 18 MW, e oito unidades de geração térmica (UTES) móveis.¹¹⁶

A concessionária citada dispõe de praticamente um único fornecedor de seu serviço principal, o que limita seu poder de barganha de preços e condições. Entretanto, os preços da CHESF também são monitorados e regulados pela ANEEL, o que também limita sua liberdade de flexibilização dos preços.

Ela opera no varejo, atendendo a cerca de 3 milhões de unidades consumidoras de energia elétrica. Sua área de concessão e atuação abrange, aproximadamente, 560 mil km². Está presente em 415 de 417 municípios do Estado da Bahia. Ela fornece diretamente 59,6% de energia elétrica no Estado; a CHESF fornece 31,5% aos dez maiores consumidores industriais da Bahia, e a Companhia Petroquímica do Nordeste – COPENE – fornece 8,9%, suprindo 27 consumidores industriais localizados no Polo Petroquímico de Camaçari.

A estrutura de mercado da COELBA está centrada na classe residencial, que responde por 87% dos contratos de prestação de serviço de fornecimento de energia elétrica. A classe comercial significa 8% e a industrial 1 % dos contratos. As demais classes detêm 4% dos contratos.

116 - <http://www.eecis.udel.edu/portnoilacademic/academic-files/coelba-estrutura-mercado.html> consultado em 10 de janeiro de 2013 às 15 h



A carteira de clientes da COELBA é, portanto, bastante pulverizada, o que lhe dá independência em relação aos grandes consumidores (e também dá independência aos grandes consumidores em relação à COELBA). O consumidor médio e pequeno, por força de lei, tem como única opção contratar energia elétrica da COELBA, no Estado da Bahia. Ela detém, pois, o monopólio de distribuição de energia elétrica para pequenos e médios consumidores na Bahia.

A COELBA não é livre para praticar os preços a consumidor. Estes preços são ainda controlados pelo Governo Federal.

A energia elétrica, produto de venda da COELBA, não possui substitutos. Apesar de haver uma grande variedade em formas de geração da energia elétrica, toda a energia gerada deve passar antes pela COELBA para poder chegar a seus consumidores. Apenas os grandes consumidores são independentes a ponto de escolher e até gerar de forma independente a energia utilizada. Energia eólica, solar ou pequenas geradoras podem suprir localidades específicas, como fazendas ou hotéis, mas ainda assim esses tipos de geração ainda não permitem total autonomia, e é preciso comprar energia elétrica de um distribuidor convencional como a COELBA.

No Estado da Bahia, a COELBA não possui concorrentes em se tratando de pequenos e médios consumidores. Os grandes consumidores, porém, têm a opção de escolher entre alguns fornecedores, como a CHESF, a própria COELBA e ainda têm a opção de possuir suas próprias fontes de geração de energia.

Estes grandes consumidores que possuem suas próprias fontes de geração – em sua maioria indústrias – são os únicos concorrentes que a COELBA atualmente possui, pois na maioria das vezes elas vendem o excedente da energia produzida para outras indústrias próximas.

A maior ameaça em termos de novos entrantes no segmento de atuação da COELBA ocorrerá quando for permitido aos médios e pequenos consumidores contratar o fornecimento de energia elétrica de qualquer distribuidor. Isso significará a entrada no mercado de atuação da empresa dos demais distribuidores de energia elétrica atuantes no Brasil. Por outro lado, a COELBA também poderá atuar em outros estados, expandindo sua base de clientes nas regiões hoje monopolizadas pelos mesmos entrantes futuros.

É possível ainda que indústrias que gerem sua própria energia elétrica possam vender seus excedentes de produção para mais clientes e que queiram expandir esse negócio, concorrendo diretamente com a COELBA, se permitidos pelo controlador governamental do sistema elétrico.

Além disso, o governo pode liberar que os pequenos consumidores tenham pequenas usinas de geração e possam vender a energia para outros consumidores, ou até obrigando a própria COELBA a comprá-la, como já ocorre em alguns países.

10 – CONCLUSÃO

Na realização do presente trabalho, procurou-se enfatizar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nos serviços públicos de forma ampla quando atua na condição de fornecedores/concessionárias, de modo que a relação estabelecida entre eles deve ser tutelada pelas normas consumeristas, tendo como base os princípios constitucionais previstos no art. 5º, inc. XXXII (o Estado promoverá, na forma da lei, a Defesa do Consumidor), o art. 170, inc. V (a Defesa do Consumidor), art. 173 inc. V, § 4º (A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise a dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros) todos da Constituição Federal.

Em verdade buscou-se principalmente esclarecer as relações de consumo nos contratos de serviço público prestados pelo Estado da Bahia, dedicando-se especial atenção ao PLAN-SERV (plano de saúde dos servidores público do Estado da Bahia), e em linhas gerais o fornecimento de energia elétrica e de transporte urbano.

Outrossim, a aplicação do CDC às relações entre usuários na condição de consumidores destinatários finais e o serviço público contratado traz diversas e importantes consequências jurídicas, dentre elas a inversão do ônus da prova, a responsabilidade objetiva, a proibição do meios austeros de cobrança e a pluralidade de ações protetivas, a aplicação do princípio da boa-fé objetiva, representando um flagrante avanço na tutela dos hipossuficientes prevista pelo ordenamento jurídico nacional.

Foi pesquisado o Estado na condição de fornecedor de serviços públicos, prestados tanto diretamente pelo Ente Público como indiretamente pelos Organismos Concessionários, abordando os aspectos norteadores do instituto da concessão, bem como demonstrando os diplomas jurídicos que delineiam o alcance político-administrativo da relação que se estabelece entre Estado-Concessionárias-Coletividade.

O Brasil é um dos precursores na sistematização e codificação do Direito à Proteção ao Consumidor. A Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, dispõe sobre a proteção do consumidor e estabelece os vetores informativos dos direitos e das obrigações para os fornecedores e consumidores – indubitavelmente uma legislação avançada no cenário nacional e internacional.

A legislação do consumidor orienta-se pela necessidade de estabelecer o equilíbrio na relação de consumo, visando primordialmente o atendimento das necessidades do consumidor, o respeito à sua dignidade, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a harmonia das relações de consumo.

Conclui-se, portanto, que, desde o advento do Código de Defesa do Consumidor, não é mais preciso demonstrar a existência de culpa para se responsabilizar o poder público por



sua omissão na prestação do serviço público. O modelo adotado pelo Código, que amplia e facilita a defesa dos direitos do consumidor, está integralmente a favor do cidadão usuário de serviços públicos, na sua luta por uma proteção mais efetiva frente aos danos que podem ser imputados à atividade do poder público.

De todo o exposto, verifica-se que os princípios previstos no CDC e aqueles da administração pública e privada são compatíveis entre si, e devem orientar consumidores/fornecedores para uma conduta que privilegie o desenvolvimento equilibrado e a justiça social. Por conseguinte, o poder público na condição de fornecedor de serviço remunerado terá de atuar em harmonia com os princípios e normas que regem a administração pública, enquanto o administrador privado terá de, fundamentalmente, conciliar os princípios da livre iniciativa e da equidade.

11 – REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [HTTP://www.planalto.gov.br/ccivil03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acessado em 20 de julho de 2012.

BENJAMIN, Antônio Herman V. **Manual de direito do consumidor** / Antônio Herman B, Benjamin, Cláudia Lima Marques, Leonardo Roscoe Bessa. - 3a Ed, ver., atual. E ampl.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. 2a Ed. Editora Atlas S.A. 2010

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.v.1 e 2.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Rafael, e outros. **COELBA Análise de Estrutura de Mercado**, <http://www.eecis.udel.edu/~portnoi/academic/academic-frles/coelba-estrutura-mercado.html> consultado em 15/01/2013

GRINOVER, Ada Pellegrini, BENJAMIN, Antonio Herman de, FINK, Daniel Roberto. **Fi/omeno. Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto.** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais.** 5a Ed. São Paulo: RT, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discrecionariedade e controle jurisdicional.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor.** 2a Ed. Ver., atual e ampl., - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MUKAI, Toshio. **Concessões, Permissões e Privatizações de Serviços Públicos.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

NETO, Egberto Miranda Silva. **Plano Privados de Assistência à Saúde.** Editora Lumem Juris, Rio de Janeiro. 2005

NUNES, Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor.** 7a Ed. Ed. Saraiva. 2012

PELEGRINI, Ada Grinover e outros. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto,** 53 Ed. Rio de Janeiro; Forense Universitária, 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil.** 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PORTER, Michael E. **Estratégia competitiva.** 16. edição, 25. tiragem. Rio de Janeiro, Editora Campos, 1986. p. 13 a 48.

Revista do CEPEJ, n. 1 - 1988/1990-1999. Salvador, Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas – CEPEJ, 1999, N. 6 semestral

SOUZA, João Batista de. **A proteção Jurídica do Consumidor,** 7a Ed. Revista, Atualizada, Editora Saraiva, 2009.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: com comentários ao código civil de 2002.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos.** 5. ed. 2 val. São Paulo: Atlas, 2005.



VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. S. ed. 4 val. São Paulo: Atlas, 2005

A responsabilidade do Estado enquanto fornecedor no CDC e sua omissão na prestação dos serviços públicos. <http://blogdoscheinman.bloqspot.com.br/2009/09/responsabilidade-do-estado-enquanto.html> consultado em 12 de janeiro de 2013

O Código de Defesa do Consumidor e o Administrador disponível em: <http://www.egov.usfc.br/portallsites/default>. Acessado em 13 de janeiro de 2013.

_____. Comercialização. Informações anuais. Documento para publicação para Comissão de Valores Mobiliários (CVM), data-base 31.12.2001.

_____. Posicionamento no processo competitivo. Informações anuais. Documento para publicação para Comissão de Valores Mobiliários (CVM), data-base 31.12.2001.

RESPONSABILIDADE CIVIL PELA TUTELA CAUTELAR DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA CASSADA

Maúrcio Garcia Saporito ¹¹⁷

Resumo

O presente artigo procura demonstrar a superação dos esquemas individuais do Código de Processo Civil na análise das ações de improbidade administrativa. Trata especificamente da natureza jurídica da responsabilidade pela tutela cautelar de improbidade cassada. Após discorrer sobre as medidas de urgência constantes na Lei 8429/92, inserindo a ação de improbidade administrativa como uma espécie de direito coletivo, serão apresentados os dois esquemas de responsabilidade existentes para tratar da natureza jurídica das tutelas de urgência cassadas, concluindo que os entes legitimados para a propositura da ação de improbidade somente respondem por má-fé, em função do dever legal de agir para velar a probidade e moralidade administrativas.

Palavras-chave: Patrimônio público; Improbidade administrativa; Cautelar; Responsabilidade civil.

Abstract

This article seeks to demonstrate overcome the individual plans of the code of Civil Procedure analysis of the actions of administrative misconduct. Specifically addresses the legal responsibility for the prudential supervision of misconduct revoked. After discuss the emergency measure in nature contained in the Law 8429/92, inserting the action of improper conduct as a sort of collective right, will present the two schemes to handle existing responsibilities of the legal guardianship of emergency stripped, concluding that the entities legitimized to the filing of misconduct only account for bad faith, depending on the legal duty to act to ensure probity and administrative morality.

Keywords: Public equity, Administrative misconduct; Measure; Liability.

1 – INTRODUÇÃO

A preocupação do Constituinte de 1988 com o patrimônio público, diante do histórico de dilapidação dos bens coletivos que o Brasil vinha passando, fez com que o legislador inaugural previsse, além de punições severas para quem agisse contra a coisa pública, mecanismos para a atuação dos órgãos de controle. Nesta esteira, a Lei n. 8429 de 2/6/1992, instrumentalizando um desses mecanismos de controle, previu diversos atos que por si só configurariam atos contra a probidade devida à administração pública.

Indiscutivelmente após a promulgação da Constituição Federal agravado em 1992 com a referida lei, restou indefinido o conceito de improbidade administrativa, cabendo à doutrina, já que o legislador infraconstitucional apenas enumerou quais atos configurariam a improbidade propriamente dita, definir o que esse novo conceito significa.

Ninguém ignora a importância da lei de improbidade administrativa na apuração e condenação de agentes públicos que, agindo desonestamente, dilapidam o patrimônio do Estado. A adequada severidade das penas ali existentes chegou a fazer com que parte da doutrina duvidasse inclusive da natureza exclusivamente civil de suas sanções.

Por outro lado, não se pode ovildar que ser demandado em qualquer processo representa um dano ao indivíduo, seja pelos custos e danos materiais que podem daí advir, seja pelo constrangimento de ser processado. Quando se trata de autoridade pública, tal constrangimento é potencializado pela repercussão social decorrente de ser réu em uma ação que visa tutelar a probidade da Administração Pública e investigar atos de corrupção.¹¹⁸

Esse risco é ainda incrementado quando se tratam de medidas urgentes, tomadas em cognição não exauriente, cujo provimento cautelar, não raras vezes, é considerado pela opinião pública em geral e pela imprensa em particular com ares de decisão definitiva, expondo todos os corréus como corruptos.

Ao lado da necessária severidade com que as ações contrárias à probidade são tuteladas pelo ordenamento jurídico¹¹⁹, o julgamento definitivo de improcedência da ação de impro-

118 – DALLARI, A. A. (Limitações à atuação do Ministério Público na Ação Civil Pública, in BUENO, Cássio Scarpinella e PORTO FILHO, Pedro Paulo de R. (coord.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*, São Paulo, Malheiros, 2003, p. 25) assim retrata essa repercussão social: “esse risco, bastante concreto, desestimula gente decente, honesta correta, a ousar trabalhar na Administração Pública.”

119 – Os atos de corrupção atentam contra o próprio Estado Democrático de Direito, uma vez que minam a administrativa³, cuja tutela urgente concedida seja cassada, pode originar direito à recomposição do dano, seja ele econômico ou mesmo moral.

bilidade administrativa¹²⁰, cuja tutela urgente concedida seja cassada, pode originar direito à recomposição do dano, seja ele econômico ou mesmo moral.

Neste contexto, a responsabilidade do ente que propôs a ação de improbidade administrativa, sendo deferida a tutela de urgência pleiteada, é objetiva em relação aos danos causados em caso de posterior improcedência do pedido ou apenas responde subjetivamente, nos casos de culpa ou dolo, quando então estaria caracterizada a má-fé do autor da demanda.

O presente trabalho, portanto, tem como escopo delimitar o conceito de probidade administrativa e suas garantias instrumentais, bem como definir bem a efetividade dos mecanismos criados ou agregados pela legislação. Por outro lado, já que o agente público acusado dos atos previstos na lei de improbidade também merece proteção especial contra pressões em sua atuação pública, não é possível deixar de discutir a responsabilidade pela cassação da tutela provisória quando do julgamento definitivo da lide e a responsabilidade pelos eventuais danos causados.

2 – PROBIDADE, MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Abordar a questão da moralidade na Administração é um tanto tormentoso. Não se pode imaginar um administrador regido apenas pelas regras morais. Direito é uma coisa, moral é outra. A moral pode até ser mais flexível que o Direito, mas, também é mais insegura. É verdade que o Direito não é tão estável, mas não é nem um pouco tão volúvel quanto a moral. Por isso que muitos autores propõe o abandono do conceito de moral comum para a adoção de um conceito de moral jurídica.¹²¹

Neste aspecto está a diferença gritante entre moralidade e probidade na administração. Antes enquadrada como crime de responsabilidade à improbidade administrativa vem sendo prevista no Direito brasileiro de longa data. A legislação não utilizava o termo improbidade quando previa o sequestro e perda de bens daquele que agia contra a fazenda pública, mas sugeria o ato ímprobo ao falar em enriquecimento ilícito no exercício da atividade pública.

120 – O advento de sentença de mérito em sentido contrário à tutela de urgência concedida pode gerar uma das seguintes situações: Caso a sentença seja expressa ao revogar a tutela provisória, seus efeitos cessam imediatamente; caso a decisão nada diga sobre a tutela de urgência anteriormente concedida, parte da doutrina entende, com base nos interesses coletivos em jogo que a eficácia da medida liminar subsistiria mesmo existindo decisão de cognição exauriente em sentido contrário. Nesse sentido, YOSHIDA, C.Y.M. (*Eficácia das tutelas urgentes nas ações coletivas*, in MAZZEI, R. e NOLASCO, R. D. *Processo Civil Coletivo*, Quartier Latin, São Paulo, 2005, p. 378): “Em nosso entender, a eficácia da liminar, dependendo do caso concreto e da situação objetiva de perigo, poderá subsistir até, pelo menos, o julgamento dos recursos ordinários, quando então a sentença já terá sido examinada uma vez, por uma instância superior, ficando mantida ou não.” No presente trabalho ficaremos apenas com a questão da revogação da medida de urgência em função de decisão transitada em julgado em sentido contrário.

121 – Nesse sentido conferir Mazzilli, Hugo Nigro (*Processo civil e interesse público : o processo como instrumento de defesa social / organizador Carlos Alberto de Salles. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2003*).



Dessa forma o legislador confundiu por muito tempo o conceito de moralidade administrativa com o de probidade administrativa. Achava-se que ao falar em um dos conceitos necessariamente o legislador se referia ao outro. Entretanto esse engano terminológico não tinha razão de ser, já que a improbidade aparecia como um conceito tipificado em lei e a moralidade como um conceito jurídico indeterminado, um princípio para salvaguardar a coisa pública.

“Quando se fala em improbidade como ato ilícito, como infração sancionada pelo ordenamento jurídico, deixa de haver sintonia entre as expressões improbidade e imoralidade, porque aquela tem um sentido muito mais amplo e muito mais preciso, que abrange não só atos desonestos ou imorais, mas também e principalmente atos ilegais.”¹²²

A moralidade administrativa por sua vez, apesar de contida na improbidade, refere-se muito mais a um agir com honestidade e lisura com a instituição que o agente presenta. Tem que separar, além do bem do mal, legal do ilegal, justo do injusto, conveniente do inconveniente, também o honesto do desonesto. A partir do momento em que o interesse público está em xeque, não se pode deixar os limites de ação a cargo somente e tão-somente da consciência individual; indispensável é a proporcionalidade entre os meios e os fins a serem atingidos, entre os sacrifícios impostos à coletividade e os benefícios que por ela serão auferidos, a razoabilidade entre o possível jurídica e faticamente.

A probidade administrativa, por sua vez, por estar tipificada na legislação ficou muito mais fácil de definir e de se cobrar, sendo inclusive de controle mais efetivo. Daí porque a lei conferiu maior efetividade na sua proteção, sem entretanto discutir as consequências de quem usa esse mecanismo indevidamente.

Por fim, as duas noções, tanto de probidade mais ampla quanto de moralidade mais restrita, estão intimamente ligados à proteção do patrimônio público, ou até mesmo do interesse público primário e secundário, como será tratado no próximo tópico.

3 – PATRIMÔNIO PÚBLICO E SUA PROTEÇÃO

No Direito Romano se fazia referência a bens públicos, falava-se em *res publicae* pertencente ao povo. Entretanto o patrimônio público abrange muito mais do que era considerado pelos romanos.

A expressão domínio público utilizada por muito tempo como sinônimo de patrimônio público não serve mais, como outrora para conceituá-lo. Domínio público em sua acepção

122 – Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, *Direito administrativo* / Maria Sylvia Zanella di Pietro. – 23.ª Ed. – São Paulo: Atlas, 2010, (pg. 818)

mais ampla é utilizada para designar o conjunto de bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno.¹²³ Patrimônio público como está utilizada atualmente aproxima-se muito mais do interesse público. Ou seja, o aspecto puramente material não é tão mais importante que o aspecto imaterial dos bens coletivos, dos bens utilizados para a satisfação do maior número possível de pessoas.

Assim, o patrimônio público na dicção da lei da ação popular passou a abranger um conjunto de bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico, pertencentes aos entes da administração pública direta e indireta, não sendo mais uma abstração teórica ou uma coletividade de bens corpóreos do Estado. Em resumo, é o conjunto de bens (pode incluir direitos e obrigações) que pertencem ao domínio do estado e que se institui para atender a seus próprios objetivos ou para servir à produção de utilidades indispensáveis às necessidades coletivas.

Obviamente que se atingido o patrimônio público haverá uma violação à moralidade ou mesmo improbidade administrativa, cabendo ao legitimado utilizar dos meios necessários para a cessação à agressão e reposição do quanto lesado. A isso podemos chamar de controle da administração.

Essa proteção ou mesmo esse controle pode se dar tanto em âmbito patrimonial quanto em âmbito principiológico. Por tratar especificamente da efetivação da lei de improbidade administrativa e suas repercussões se cassada a cautelar, trataremos apenas do controle nela mencionado.

Pensar em patrimônio público afetado para a busca do bem comum sem pensar em proteção é o mesmo que as garantias constitucionais sem os remédios para corrigir sua violação.

Cometido um dos atos de improbidade administrativa previstos nos arts. 9 e 10 da Lei 8429/92, a própria lei presume que houve dano ao erário cabendo ao autor da lesão ressarcir os prejuízos causados. No art. 11 da mesma lei não há tal presunção, mas pode haver a lesão.

Nada mais correto, portanto o estado por meio dos legitimados para propor essa espécie de ação civil pública – para alguns autores como será tratado abaixo – possuir mecanismos para a efetivação da proteção de seu patrimônio. Obviamente que a demora processual não pode deixar nenhum bem desprotegido, motivo pelo qual a efetivação da proteção pode e deve se dar por intermédio de cautelares.

Obviamente que se mal utilizada essa ação deve gerar responsabilidade para que a manejou mal. O Judiciário não pode ser palco de guerra de vaidades, de desavenças desfundamentadas.

123 – Neste sentido Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, *Direito administrativo* / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 23.ª Ed. – São Paulo: Atlas, 2010

4 – A EFETIVIDADE DO PROCESSO E A TUTELA JURISDICIONAL

Sabe-se que para o bom funcionamento das regras de direito material, garantindo-se as situações de vantagem conferidas pelo ordenamento jurídico, depende da adequada atuação das técnicas de direito processual, cujos mecanismos oferecem proteção ao direito material e garantem a promessa estatal de solução pacífica dos conflitos.

As diversas formas de tutela jurisdicional existentes são instrumentos estatais concebidos em função do direito material a ser protegido, constituindo-se meios adequados para resolver os inúmeros problemas surgidos no plano do direito material.

O tema da tutela jurisdicional liga-se diretamente ao tema da efetividade do processo, uma vez que a promessa estatal de resolução de conflitos apenas será cumprida se feita no tempo adequado, garantindo-se à parte que tem razão a fruição do direito material perseguido.

O tempo e a efetividade constituem valores conflitantes e seu equacionamento é um dos pontos nevrálgicos dos estudos do direito processual. Já se disse há muito tempo que o sistema processual ideal seria aquele no qual não houvesse diapasão entre o pedido e a tutela jurisdicional concedida, de modo a eliminar completamente o fator tempo da prestação jurisdicional¹²⁴.

Na vida real há situações, porém, em que é necessário garantir que as situações de urgência ou mesmo de evidência, sejam elas advindas da demora justificável ou injustificável, sejam tuteladas pelo sistema processual, garantindo-se a utilidade do processo.

Nesses casos, o próprio instrumento processual precisa ser protegido contra os males da ineficiência, a fim de resguardar o perecimento do direito material subjacente, que se tornaria inútil se deferido em momento posterior.

Acerca do debate doutrinário existente sobre o conceito de cautelar acima referido, atualmente prevalece a tese de que a tutela cautelar não abrange os atos antecipatórios do provimento final decorrentes da antecipação de tutela, possuindo o instituto da antecipação requisitos e finalidades distintas daqueles provimentos tipicamente cautelares.¹²⁵

124 – Desde os clássicos processualistas italianos afirma-se que o sistema jurídico ideal seria aquele no qual a tutela jurisdicional fosse prestada de modo imediato, sem qualquer espaço de tempo entre o pedido e o provimento jurisdicional. Trata-se de ideal que, obviamente, é impossível de ser alcançado. A esse respeito, conferir CALAMANDREI, P. (Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares, Campinas, Servanda, 2000).

125 – A maioria da doutrina se posiciona no sentido de considerar cautelar, apenas aquelas tutelas nas quais se visa proteger o provimento jurisdicional final, não sendo cautelar a tutela que visa realizar o próprio direito, ainda que provisoriamente (cf. MARINONI, L. G. Antecipação da Tutela, 11ª ed., São Paulo, RT, 2009). Anoto posição minoritária, no sentido de conferir a tutela cautelar maior abrangência, conferindo a essa espécie de tutela jurisdicional caráter cautelar e antecipatório (cf. BEDAQUE, J.R.S. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009).

Como consequência desse entendimento, considera-se o provimento antecipatório satisfativo da pretensão de direito material deduzida, necessitando de prova inequívoca para ser deferido, enquanto o provimento cautelar necessita da plausibilidade do direito alegado, visando apenas à proteção do próprio processo judicial. Ambas, porém, podem ser consideradas tutelas de urgência, haja vista que o perigo da demora deve ser demonstrado.

Mais recentemente a doutrina vem dando destaque à tutela da evidência, destinada também a garantir a efetividade do processo contra os males do tempo. Desde que prevista expressamente, uma vez que não existe genericamente no sistema processual, a tutela da evidência é baseada exclusivamente na plausibilidade do direito alegado.

Nas situações que o legislador considera suficiente o direito alegado para conceder o bem da vida pretendido pela parte, seja de maneira provisória, seja definitivamente, mas sempre em cognição sumária, verifica-se o fenômeno da tutela da evidência¹²⁶.

Para evitar esses riscos de inefetividade há previsão no CPC em geral e nas legislações especiais em particular de diversos provimentos jurisdicionais a disposição dos operadores jurídicos.

No que toca aos direitos difusos e coletivos a Lei da Ação Civil Pública (art. 4º) limita-se a autorizar a concessão de medidas cautelares para a proteção de direitos coletivos, remetendo-se à disciplina do CPC. A Lei de Improbidade Administrativa, ao contrário, previu expressamente medidas cautelares, como a seguir se verificará.

De se notar que ambos os diplomas legislativos foram promulgados em momento anterior à previsão genérica de antecipação de tutela no sistema processual, que só veio a lume com a reforma da Lei 8.952/94, fato que já indica alguma impropriedade de se considerar literalmente às disposições referentes às medidas urgentes constantes nesses diplomas legislativos, especialmente porque a antecipação de tutela era exceção no sistema.

Registre-se também que é tranquila a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil às lacunas constantes nos diplomas que visam tutelar direitos coletivos, como a Lei da Ação Civil Pública, a Lei de Ação Popular e a Lei de Improbidade Administrativa. Embora haja discussão a respeito de inserir a improbidade administrativa no rol dos direitos difusos e coletivos.

126 – Nesse sentido conferir FUX, L. (Tutela da Segurança e Tutela da Evidência, Saraiva, São Paulo, 1996, p. 333), que encontra o fundamento da tutela da evidência na garantia constitucional do acesso à justiça, “mediante tutela adequada e processo devido, mercê do dever de o juiz prestar uma rápida solução dos litígios.” O fenômeno da tutela da evidência não é novo, basta lembrar as possessórias de força nova, mas atualmente possui grande destaque, especialmente em função de sua inegável eficácia para acelerar a entrega jurisdicional prometida.

5 – MEDIDAS DE URGÊNCIA EM ESPÉCIE NA LEI DE IMPROBIDADE

Verificado o ato improprio, deverá a parte legitimada promover a respectiva ação de natureza condenatória¹²⁷, visando o integral ressarcimento do Erário lesado (art. 5º) ou coibindo o enriquecimento ilícito do agente público, o que também levará a uma decisão condenatória.

A natureza condenatória da tutela jurisdicional, pleiteada para o ressarcimento do dano, gera a consequente necessidade de execução da decisão, na fase subsequente do procedimento, induz a questão do tempo para a prestação da tutela jurisdicional e a efetiva satisfação do interesse do Poder Público lesado.

Agravando ainda mais a demora na entrega da prestação jurisdicional, o legislador determinou a aplicação do procedimento ordinário para a apuração das responsabilidades e ressarcimento ao Erário na Lei de Improbidade, consoante o art. 17 da Lei 8.429/92.

A escolha por este procedimento parece proteger os interesses do réu na ação de improbidade, dando-lhe ampla oportunidade de defesa, em função da gravidade das penas impostas e a repercussão social que os atos de corrupção têm na sociedade.¹²⁸ O que não poderia ser diferente, haja vista a repercussão enorme que as penas de (art. 12 da Lei 8429/92) perda da função pública e suspensão dos direitos políticos têm na vida do agente público.

Para minimizar o tempo para a prestação da tutela jurisdicional, garantindo um equilíbrio entre a efetividade e o direito de defesa, a lei de improbidade enumera medidas cautelares específicas para o bom andamento do processo, cuja necessidade de assegurar ampla defesa ao réu poderia levar a provimentos jurisdicionais que não garantissem satisfatoriamente o ressarcimento ao Erário, na medida do enriquecimento ilícito do agente público, como determina a lei.

Essas medidas cautelares, que podem ser agrupadas na denominação de cautelares típicas ou próprias¹²⁹, são o afastamento cautelar do agente público do exercício de seu cargo, a

127 – BEDAQUE, J.R.S. (Tutela jurisdicional cautelar e atos de improbidade, ob. cit., p. 301). Nesse sentido também COSTA, S.H. (O Processo Coletivo na Tutela do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa, São Paulo, Quartier Latin, 2009, p.174) para quem “não há que se falar em sentenças mandamentais e executivas lato sensu em processos de improbidade administrativa, não por qualquer vedação à aplicação subsidiária do CPC, mas simplesmente pelas características próprias do direito substantivo.”

128 – YARSHHELL, F.L. (Ação Cautelar sem correspondente “ação principal”?, ob. cit., p. 230/231) enumera três preocupações na aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, a primeira delas refere-se “a uma espécie de cultura de improbidade ‘presumida’ dos administradores públicos.” A segunda preocupação que sugeriria cuidado no emprego da Lei 8.429/92 é a ampla noção de agente público constante do art. 2º da Lei, que poderia acarretar a inclusão indevida de pessoas no polo passivo da ação de improbidade. Finalmente, a terceira preocupação apontada pelo doutrinador é a severidade das medidas e sanções por ela autorizadas: sequestro, exame e bloqueio de bens, quebra de sigilo bancário e fiscal (art. 16), condenação ao pagamento de valores, perda de bens, perda da função pública, suspensão de direitos políticos, proibição de contratar com o Poder Público. 129 – É pacífico o entendimento segundo o qual são cabíveis as demais medidas cautelares constantes do CPC para assegurar a utilidade do provimento jurisdicional final. Nesse sentido, ver por todos, MARTINS JUNIOR, W.P. (Probidade Administrativa, 3ª ed., Saraiva, São Paulo, 2006, p. 430), para quem “são admissíveis a concessão de liminar na própria ação civil pública ou em cautelar dependente ou preparatória ou a aplicação de tutela antecipatória genérica nos casos de suspensão da eficácia do ato. Correta a construção jurisprudencial que, a lareira das medidas constritivas de bens cautelares típicas ou próprias da Lei 8.429/92, concede provimentos cautelares atípicos ou impróprios (em relação à Lei n. 8.429/92).” GARCIA, E. e ALVES, P.R. (Improbidade administrativa, 2ª Ed., Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2006. p. 838) dá exemplos de medidas cautelares atípicas que podem ser requeridas: “nada impede que o juiz da causa decreta, por exemplo, a busca e apreensão de coisas ou documentos, o arrolamento de bens, a requisição de força policial para a efetividade da instrução, a restrição ao exercício de determinadas atribuições funcionais etc.”

indisponibilidade de bens e o sequestro. Próprias, aquelas previstas explicitamente na lei de improbidade administrativa e impróprias as previstas em outros diplomas legais, como o próprio Código de Processo Civil.

O afastamento cautelar do agente público tem nítido escopo de garantir a utilidade do processo, para uma adequada instrução probatória, as duas cautelares restantes são eminentemente patrimoniais, visando garantir o ressarcimento ao Erário ou a perda do proveito ilícito. Por outro lado, este mesmo afastamento cautelar pode gerar por si só a presunção de culpa do agente afastado sem o devido desenrolar processual.

Considerando que o afastamento cautelar do agente público não possui repercussões diretas na esfera patrimonial do acusado do ato de improbidade, uma vez que visa apenas à garantia da instrução probatória eficaz e sequer pode ocasionar a suspensão da remuneração recebida, interessa ao presente trabalho apenas as medidas cautelares patrimoniais, suscetíveis de causar prejuízo patrimonial em caso de sua posterior cassação em processo principal.¹³⁰

A primeira tutela de urgência prevista na Lei de Improbidade está disciplinada no art. 7º da Lei 8.429/92, e refere-se à indisponibilidade de bens do acusado, cujo objetivo é assegurar a eficácia dos provimentos condenatórios patrimoniais, evitando-se práticas ostensivas, fraudulentas ou simuladas de dissipação patrimonial, com o fim de redução do ímprobo a estado de insolvência para frustrar a reversão aludida no art. 18 da Lei 8.429/92 (perda do proveito ilícito ou ressarcimento do dano).

O Superior Tribunal de Justiça admite, inclusive, o deferimento das cautelares previstas nesta lei antes do recebimento da inicial:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DOS BENS. ART. 7º DA LEI 8.429/92. DECRETÇÃO. REQUISITOS. ENTENDIMENTO DO STJ DE QUE É POSSÍVEL ANTES DO RECEBIMENTO DA INICIAL. SUFICIÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE DANO AO ERÁRIO OU DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO (FUMAÇA DO BOM DIREITO). PERIGO DA DEMORA IMPLÍCITO. INDEPENDÊNCIA DE DILAPIDAÇÃO PATRIMONIAL. INCIDÊNCIA TAMBÉM SOBRE BENS ADQUIRIDOS ANTES DA CONDOTA. TRIBUNAL DE ORIGEM QUE INDIVIDUALIZA AS CONDUTAS E INDICA DANO AO ERÁRIO EM MAIS DE QUINHENTOS MIL REAIS. SÚMULA Nº 83/STJ. 1. Hipótese na qual se discute cabimento da decretação de indisponibilidade de bens em ação civil pública por ato de improbidade administrativa.

130 – Cf. GARCIA, E. e ALVES, P. R. (ob. cit., p. 813): “Note-se que, de *lege lata*, o afastamento do agente público não importará em prejuízo de sua remuneração, que sequer poderá ser reduzida pelo Poder Judiciário ou mesmo por determinação judicial. Incide mais uma vez o princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade”

2. O acórdão recorrido consignou expressamente “haver prejuízo ao erário municipal”, bem como que “estariam presentes os requisitos necessários (*fumus boni iuris e o periculum in mora*) (...) limitado ao valor total de R\$ 535.367.50.”

3. O entendimento conjugado de ambas as Turmas de Direito Público desta Corte é de que, a indisponibilidade de bens em ação de improbidade administrativa: a) é possível antes do recebimento da petição inicial; b) suficiente a demonstração, em tese, do dano ao Erário e/ou do enriquecimento ilícito do agente, caracterizador do *fumus boni iuris*; c) independe da comprovação de início de dilapidação patrimonial, tendo em vista que o *periculum in mora* está implícito no comando legal; d) pode recair sobre bens adquiridos anteriormente à conduta reputada ímproba; e e) deve recair sobre tantos bens quantos forem suficientes a assegurar as conseqüências financeiras da suposta improbidade, inclusive a multa civil.

Precedentes: Resp 1115452/MA; Resp 1194045/SE e Resp 1135548/PR.

4. Ademais, 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, afere receio a que os bens sejam desviados dificultando eventual ressarcimento. (AgRg na MC 11.139/SP).

5. Destarte, para reformar a convicção do julgador pela necessidade da medida em favor da integridade de futura indenização, faz-se impositivo revolver os elementos utilizados para atingir o convencimento demonstrado, o que é insusceptível no âmbito do recurso especial, tendo em vista o óbice da Súmula n. 7/STJ.

6. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 20.853/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/06/2012, DJe 29/06/2012)

Ainda sobre a cautelar de indisponibilidade de bens, pode-se dizer que ela deve ser proporcional ao ilícito verificado pelo dano ou pelo acréscimo patrimonial indevido, incidindo sobre tantos bens quanto forem necessários para a recomposição patrimonial do Estado ao estado anterior ao ato de improbidade.

Com relação ao alcance da medida no tempo, prevalece o entendimento de que a medida não atinge bens adquiridos anteriormente à prática do ato de improbidade.¹³¹

Quanto aos requisitos para a concessão dessa medida cautelar, parte da doutrina entende ser desnecessário o preenchimento dos requisitos das cautelares clássicas, concluindo que:

131 – Em sentido contrário, ver MARTINS JUNIOR, W.P. (ob. cit., p. 447), para quem em alguns casos é possível vislumbrar a retroatividade da indisponibilidade de bens adquiridos anteriormente à prática do ato de improbidade, concluindo que a cautelar é medida de segurança para garantir o ressarcimento do erário, evitando a insolvência do réu.

ao admitir a indisponibilidade de bens tão-somente com fundamento na probabilidade do direito ao ressarcimento, o legislador regulamentou a tutela provisória da evidência, o que não constitui novidade no sistema processual.¹³²

E desse modo vêm decidindo os Tribunais, cujo entendimento me parece acertado, uma vez que a cautelar de indisponibilidade efetivamente se trata de medida de segurança, desprovida de cunho cautelar, na qual a lei presume a existência do *periculum in mora*, tornando desnecessária sua demonstração em juízo.¹³³

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535, II, DO CPC. INOCORRÊNCIA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ALEGADO PREJUÍZO AO ERÁRIO. INDISPONIBILIDADE DE BENS. PERICULUM IN MORA PRESUMIDO NO ART. 7º DA LEI Nº 8.429/92.

1. Cuida-se de recurso especial contra acórdão que deu provimento ao agravo de instrumento interposto por Roberto Grando contra a decisão proferida em ação cautelar inominada, conexa à ação civil pública de improbidade administrativa, na parte em que manteve a decretação da indisponibilidade de bens do ora recorrido, que havia sido deferida na Justiça Estadual, a qual foi ratificada pela decisão agravada, emanada da Justiça Federal.

2. Inicialmente, é necessário que os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inc. IX, da Lei Maior. Isso não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. Precedentes.

3. Por outro lado, esta Corte Superior tem posição pacífica no sentido de que não existe norma vigente que desqualifique os agentes políticos – incluindo secretário municipal, para doutrina e jurisprudência que assim os consideram – como parte legítima a figurar no pólo passivo de ações de improbidade administrativa. Precedentes.

4. Os secretários municipais se enquadram no conceito de “agente público” (político ou não) formulado pelo art. 2º da Lei n. 8.429/92 e, mesmo que seus atos pudessem eventualmente se subsumirem a Lei n. 1.079/50,

132 – Cf. BEDAQUE, J.R.S. (Tutela jurisdicional cautelar e atos de improbidade, ob. cit., p. 305). Essa também é a posição de MARTINS JUNIOR, W.P. (ob. cit., p. 441), que considera razoável o argumento de que a cautelar de indisponibilidade de bens é uma tutela de evidência autorizada pelo ordenamento jurídico. Essa também é a posição de COSTA, S.H. (O Poder Judiciário e a tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa no Estado Democrático de Direito, tese de doutorado apresentada perante a Universidade de São Paulo, 2006, p. 281) para quem “a indisponibilidade de bens para a lei de Improbidade Administrativa é tutela provisória da evidência e pode ser concedida sem prova do perigo de dano.” Em sentido contrário, VELLOSO FILHO, C.M. (A indisponibilidade de bens na Lei 8.429, de 1992, ob. cit., p. 122), argumentando que a presença dos requisitos autorizadores das cautelares, inclusive aquelas típicas dos atos de improbidade, é postulado do devido processo legal. FIGUEIREDO, M. (Probidade Administrativa, 6ª ed., Malheiros, São Paulo, 2009, p. 69) também entende que a medida cautelar de indisponibilidade de bens deve ter presente o requisito do *periculum in mora*, uma vez que se refere ao poder geral de cautela do juiz na ação de improbidade.

133 – FUX, L. (ob. cit. p. 61) informa que “hodiernamente pode-se afirmar que a doutrina vem reconhecendo a tutela sumária de direitos materiais, entreando-a inclusive quanto a medidas tidas pelo legislador como cautelares.”

a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que existe perfeita compatibilidade entre o regime especial de responsabilização política e o regime de improbidade administrativa previsto na Lei n. 8.429/92, cabendo, apenas e tão somente, restrições em relação ao órgão competente para impor as sanções quando houver previsão de foro privilegiado *ratione personae* na Constituição da República vigente.

5. Sobre a aludida violação dos arts. 7º, 10 e 16 da Lei 8.429/92, esta Corte Superior já apontou pelo entendimento segundo o qual o *periculum in mora* em casos de indisponibilidade patrimonial por imputação de conduta ímproba lesiva ao erário é implícito ao comando normativo do art. 7º da Lei n. 8.429/92, de modo que ficava limitado o deferimento dessa medida acautelatória à verificação da verossimilhança das alegações formuladas na inicial. Precedentes.

6. Com efeito, se por um lado exige-se, no tocante ao *fumus boni iuris*, a demonstração de possível dano ao erário, ou enriquecimento ilícito do agente, por outro, no presente caso, a instância ordinária também destacou a verossimilhança das alegações do Parquet quanto à ocorrência de lesão ao patrimônio público, sobretudo diante do que se depreende da decisão que deferiu a liminar.

7. Dessa forma, caracterizados os requisitos ensejadores da medida assecuratória de indisponibilidade patrimonial dos bens dos recorridos, é plenamente regular a imposição dessa medida.

8. Recurso especial provido.

(Resp 1244028/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/05/2011, DJe 02/09/2011)

Quanto ao sequestro, outra medida cautelar patrimonial típica da lei de improbidade administrativa, sua previsão encontra-se no artigo 16 da Lei 8.429/92. Muitos doutrinadores consideram que aqui a lei cometeu uma impropriedade técnica, uma vez que o sequestro lá disciplinado, na verdade, é modalidade de arresto, uma vez que o pode recair sobre bens incertos do agente público acusado.¹³⁴ Seja como for, diferença marcante entre o sequestro e a medida de indisponibilidade de bens é a exigência do requisito do *periculum in mora* para a concessão do sequestro, demonstrando-se os riscos de danificação ou alienação do bem, o que o torna uma medida tipicamente cautelar. Além disso é claro, a indisponibilidade de bens impede a livre disposição dos bens pelo processado, vedando qualquer tipo de ato que implique a transferência destes. O sequestro, por sua vez, incide sobre bens específicos quantos sejam necessários para assegurar o êxito de uma futura execução.

134 – Cf. MARTINS JUNIOR, W.P. (ob. cit., p. 454), citando diversos autores que entendem a medida como arresto e criticam a impropriedade da lei. Em sentido contrário GARCIA, E. e ALVES, P.R. (ob. cit., p. 833 e 823) que entendem ser semelhante ao arresto a medida cautelar de indisponibilidade de bens, permanecendo o sequestro como medida cabível nos casos de “conservação dos valores e bens ilícitamente auferidos pelo agente no exercício da função pública.” Para esses autores, “no que se refere ao recebimento de vantagem patrimonial pelo agente com vistas a prática de improbidade, recebimento de determinada quantia ou de determinado bem imóvel, a medida cautelar adequada é a do sequestro, na forma do art. 16 da Lei 8.429/92, resultando da condenação o perdimento de tais bens (art. 18 da Lei 8.429/92)”

Além disso, na indisponibilidade de bens, a constrição patrimonial deve se restringir aos bens adquiridos durante o exercício da função pública, uma vez que recai sobre bem certo e determinado; o sequestro importa na apreensão dos bens, suspendendo o seu uso e fruição pelo proprietário, enquanto, na indisponibilidade, o proprietário mantém a posse dos bens embora proibido de aliená-lo. Obviamente que se mal manejados os prejuízos serão enormes.

Neste diapasão, afirma-se que:

Há evidente diferença entre o sequestro e a indisponibilidade ventilados na mesma lei, podendo as medidas concorrer, atendidos os pressupostos legais respectivos. O alcance da indisponibilidade é muito maior que o do sequestro, tendo como referência o patrimônio do réu e não somente aquela específica quantia ou determinado bem ilicitamente acrescido.¹³⁵

Registre-se, finalmente, que o sequestro pode retirar o próprio bem da posse do demandado, o que não se verifica com a indisponibilidade de bens. Embora muitas vezes a medida é tomada de modo que coincidam o proprietário-demandado e o depositário da coisa sequestrada, nada impede que o depositário seja pessoa diferente¹³⁶.

6 – A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA COMO DIREITO COLETIVO

A improbidade administrativa insere-se no sistema legal de proteção ao patrimônio público e à moralidade administrativa. Tal como a Lei da Ação Popular e a Lei da Ação Civil Pública, é inegável que a Lei da Improbidade Administrativa tem cunho supraindividual, não tutelando apenas o ato do servidor improbo, mas representando a garantia da própria higidez do patrimônio público e da moralidade administrativa, cuja titularidade é de uma coletividade de indivíduos.

No entanto, existe controvérsia na doutrina no que tange classificar os atos de improbidade administrativa como espécie de ação civil pública e mesmo como inseridas no conceito de direitos difusos e coletivos.

Para a maioria dos autores se trata de um evidente direito coletivo, no qual se tutela o patrimônio público e a moralidade administrativa qualificada, cujo desrespeito pode acarretar a lesão de um universo indefinido de pessoas, o que justifica a inserção da improbidade administrativa no rol dos direitos coletivos.

O qualificativo público está intimamente ligado à ideia de coisa pública, de tanta relevância em todos os ramos do direito ou da disciplina jurídica. Destarte está ligado à noção de or-

135 – MARTINS JUNIOR, W.P. (ob. cit., p. 456)

136 – Essa observação foi feita por COSTA, S.H. (ob. cit. p. 283).



dem pública, que sabidamente sobrepõe a particular por corresponder a valores supremos de toda a sociedade, envolvendo necessidades comuns, número indeterminado e indeterminável de sujeitos de direito, além de bens física e/ou juridicamente indivisíveis.¹³⁷

A introdução da Lei de Improbidade Administrativa não representaria novidade no sistema coletivo de tutela do patrimônio público, em função da existência da Ação Popular e da Lei da Ação Civil Pública, apenas complementando o arcabouço jurídico dessa proteção, com o incremento em relação à forma de tutela jurisdicional¹³⁸.

Para outros¹³⁹, a improbidade administrativa não pode ser considerada um direito coletivo, haja vista seu caráter eminentemente repressivo, direcionado à punição do servidor ímprobo, apenas reflexamente atingindo a coletividade, o que preservaria seu caráter metaindividual de demanda coletiva. Para esses autores, a Ação Civil Pública e a Ação Popular têm objeto mais amplo que a Lei de Improbidade e suas disposições legais não se comunicam.

Não obstante a falta de comunicação entre esses diplomas legislativos, todos eles fazem parte do sistema de proteção ao patrimônio público e, nesse sentido, se sujeitam à teoria geral do processo coletivo¹⁴⁰.

De todo modo, é firme o entendimento de que a ação judicial cabível para apurar e punir os atos de improbidade tem a natureza de ação civil pública, sendo-lhe cabível, no que não contrariar disposições específicas da lei de improbidade, a Lei 7.347/95 e a Lei 4.717/65.

É sob essa forma que o Ministério Público tem proposto as ações de improbidade administrativa com aceitação pela jurisprudência¹⁴¹.

Entendo que a comunicação entre esses diplomas legislativos não é tão simples quanto parece. Embora elas pertençam à categoria dos direitos coletivos que visam a proteção ao patrimônio público, diferenciam-se pelos seus objetos legitimados e pelas severas sanções previstas na lei de improbidade.

137 – Neste sentido conferir Sanseverino, Milton (Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social / organizador Carlos Alberto de Salles. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2003, pg 175).

138 – Essa é a posição de LEONEL, R.B. (Manual do Processo Coletivo, RT, São Paulo, 2002, p. 142), que argumenta no sentido de que “a grande inovação consiste no escopo repressivo e preventivo – fundado no princípio da exemplariedade da pena, tal como ocorre no direito criminal –, em decorrência da aplicação das sanções previstas em lei.” Para este autor, a lei de improbidade pertence ao sistema de direito difuso e os respectivos diplomas legislativos se comunicam, no que as leis específicas não forem contrárias.

139 – Nesse sentido COSTA, S.H. (O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa, Quartier latin, São Paulo, 2009, p. 133/137): “A Lei de Improbidade Administrativa, entretanto, não compõe esse subsistema. Não configura ela uma espécie de ação civil pública, para fins de interação e complementariedade com as demais leis acima mencionadas. Primeiramente, porque não há qualquer dispositivo em seu texto a permitir tal conclusão, como ocorre nos casos acima analisados. Além disso, a Lei de Improbidade, ao contrário da Lei de Ação Civil Pública e afins, não tutela interesses difusos e coletivos. Como se verá a seguir, aquela lei somente busca proteger a probidade administrativa e o patrimônio público em seu aspecto puramente pecuniário, interesses que, como visto acima, apesar de metaindividuais, não são difusos, nem coletivos, mas sim verdadeiros interesses gerais de toda uma comunidade política”

140 – COSTA, S.H. (ob. cit. p. 131)

141 – É o que informa DI PIETRO, M.S.Z. (Direito Administrativo, 17a ed., São Paulo, Atlas, 2004 p. 718)

Isso tudo indica que as ações de improbidade não se amoldam perfeitamente aos esquemas de proteção do patrimônio público previstos na Ação Popular e na Lei da Ação Civil Pública, e as medidas cautelares presentes na Lei 8.429/92 não podem ser utilizadas para tutelar outros bens jurídicos além daqueles previstos nos artigos 9 a 11 da Lei de Improbidade.

Mas esse entendimento é minoritário, já que para diversos autores o sistema é perfeito e hermético, passando inclusive pelas normas processuais do Código de Defesa do Consumidor. Vale dizer que pela permissão do art. 21 da Lei 7347/85 a doutrina entende o sistema da ação civil publica como um sistema fechado de proteção dos interesses coletivos.

Mazzili¹⁴² acredita que, porque grande parte dos interesses de que cuida a Lei 7347/85 coincide com a defesa do patrimônio público, logo as leis 8429/92 e 8625/93, por tratarem de proteção a este mesmo patrimônio, integra este sistema da ACP. O mesmo autor argumenta que a defesa do patrimônio público consiste na defesa de interesses difusos ou coletivos, e, portanto, estaria inserido no objeto da ACP.

O próprio STJ entende desta forma:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FALTAS INJUSTIFICADAS DE VEREADORES ÀS SESSÕES PLENÁRIAS POSTERIORMENTE ABONADAS PELO PRESIDENTE DA CASA. ART. 11 DA LEI Nº 8.429/92. TRIBUNAL DE ORIGEM QUE CONSIGNOU A INEXISTÊNCIA DE DOLO OU CULPA POR PARTE DOS AGENTES PÚBLICOS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. PRECEDENTES.

1. O caso em exame, relativo à improbidade administrativa decorrente de falta injustificada dos vereadores em sessões plenárias, sendo essas abonadas, posteriormente, pelo presidente da casa, amoldaria-se aos atos de improbidade censurados pelo art. 11 da Lei 8.429/1992. Nesse passo, o elemento subjetivo necessário à configuração de improbidade seria o dolo eventual ou genérico de realizar conduta que atente contra os princípios da Administração Pública.

2. *In casu*, do exerto do acórdão recorrido, extrai-se que o Tribunal de origem, soberano em matéria de fatos e provas, com suporte em análise circunstancial do acervo fático-probatório, consignou que (fls. 621-624): i) "o argumento de infidelidade do dever de ofício, consistente na ausência de comparecimento dos vereadores às sessões plenárias, sem as devidas desculpas, por si só não gera má-fé, mormente se essas faltas restaram abonadas por quem detinha

142 – Conferir esse posicionamento em Mazzilli, Hugo Nigro (Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social / organizador Carlos Alberto de Salles. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003).

o dever de exigir-lhes as justificativas”; e ii) “se os vereadores ausentavam-se da sessão plenária sem justificar suas faltas e, posteriormente, tais ausências eram abonadas pelo Presidente da Casa Legislativa, essa permissibilidade por certo afasta o aspecto dolo e retira do cenário qualquer situação de ofensa a princípio administrativo, vez que o retardo e/ou a inércia da prática de ato de ofício era, no todo, tolerado, suportado pelo dirigente da Casa.”

3. Uma vez tendo a instância ordinária asseverado que não houve a existência de dolo (má-fé) e tampouco de culpa por parte dos Agentes Públicos que levassem a caracterização do ato de improbidade com arrimo no art. 11 da Lei n. 8.429/1992, rever esta conclusão esbarra no óbice da Súmula n. 7 desta Corte Superior. Precedentes: AgRg no Resp 1177579/PR, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 19/08/2011; Resp 912.448/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 14/12/2010; Resp 1.130.198/RR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 15/12/2010; AgRg no Resp 1.125.634/MA, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 02/02/2011.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 51.633/GO, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 22/06/2012)

7 – ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE PELA TUTELA CAUTELAR CASSADA NO SISTEMA PROCESSUAL CIVIL

Nota característica da medida de natureza cautelar e antecipatória é a sua provisoriidade ou referibilidade, uma vez que tomada em cognição sumária sempre será substituída por outra decisão tomada em cognição exauriente, tendente a resolver o litígio com força de coisa julgada. Não é diferente com a medida deferida em ação de improbidade administrativa, seja ela típica ou atípica, pois sempre será substituída no fim do procedimento.

Existem dois modelos pelos quais se dá a responsabilização do autor que efetivou a medida de urgência posteriormente cassada. O primeiro deles atribui a natureza de responsabilidade objetiva aos fatos que decorrem da execução de tutelas de urgência posteriormente cassadas por outra decisão. O segundo modelo de responsabilização apenas autoriza a reparação do dano em caso de culpa ou dolo do autor que efetivou a medida.

A tese da responsabilidade objetiva é originalmente atribuída a CHIOVENDA, trazida para o nosso ordenamento jurídico por LOPES DA COSTA¹⁴³. Segundo essa tese existe no direito processual responsabilidade diversa daquela existente no direito material, semelhante

143 – CHIAVASSA, T. (*Tutela de Urgência Cassadas*, São Paulo, Quartier Latin, 2004, p. 145), monografista da matéria, em análise sobre as consequências da tutela de urgência cassada no regime do Código de Processo Civil.

àquela decorrente do pagamento de custas processuais, na qual a intenção da parte não é levada em consideração para sua condenação nos ditos consectários de sucumbência.

Em síntese, para os adeptos dessa teoria, a responsabilidade pela recomposição dos danos é processual, objetiva e decorrente do risco assumido pelo autor ao propor a demanda, já que o processo não pode trazer dano à parte que possui razão.¹⁴⁴ Por outro lado há que se pensar que um legitimado a proteção do patrimônio público por atos ímprobos não pode ter sua atuação pautada no risco.

O Código de Processo Civil atual consagrou a responsabilidade objetiva pela cassação das medidas de urgência cassadas ou substituídas, como se depreende do inciso I do art. 811 do diploma legal. Essa também é a opinião da esmagadora maioria da doutrina.

O outro esquema de responsabilização pela efetivação das cautelares, posteriormente cassadas, é aquele da responsabilidade subjetiva, na qual o eventual dano causado a quem sofreu a medida somente é indenizável se a efetivação ocorreu com dolo ou culpa do requerente.

O Código de Processo Civil de 1939 optou pela responsabilidade subjetiva, ao prever que a responsabilidade do requerente dependia da prova de que a medida cautelar tivesse sido requerida maliciosamente ou por erro grosseiro.¹⁴⁵

Há quem defenda atualmente a teoria da responsabilidade subjetiva na cassação das tutelas cautelares, não obstante o que dispõe a legislação processual civil. Trata-se da conhecida posição de BAPTISTA DA SILVA, que critica a adoção da tese da responsabilidade objetiva fundada na sucumbência, sob o argumento de que é de duvidosa constitucionalidade imputar o dever de indenizar a quem se valeu de uma faculdade legítima, constante no ordenamento jurídico e com a finalidade de resguardar a própria atuação eficaz da jurisdição.

Só seria possível responsabilizar objetivamente o requerente da medida cautelar caso também fosse possível responsabilizar objetivamente o réu pelo dano marginal do processo, identificando aí uma quebra de isonomia entre as partes, o que levaria a inconstitucionalidade do inc. I do art. 811 do CPC¹⁴⁶.

Para defender seu ponto de vista, o processualista gaúcho questiona a validade dos esquemas individuais nos quais se baseia ideologicamente o Código de Processo Civil atual, que não se prestam mais a dirimir conflitos da sociedade atual.

Em que pese tal posicionamento, pode-se concluir que, ao menos na tutela dos interesses

144 – Essas são as palavras de CHIAVASSA, T. (ob. cit, p. 177)

145 – Estava assim redigido o texto do CPC de 1939: “art. 688. A responsabilidade do vencido regular-se-á pelos arts. 63 e 64. Parágrafo único. A parte que, maliciosamente ou por erro grosseiro, promover medida preventiva, responderá também pelos prejuízos que causar.”

146 – Cf. BAPTISTA DA SILVA, O.A. (in Antecipação de tutela e responsabilidade objetiva, Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 87, n.748, fev. 1998). Nesse sentido também GOMES, F. L., (Responsabilidade objetiva e antecipação de tutela, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006).



individuais, a responsabilidade pela recomposição do dano deriva exclusivamente do fato de sua revogação por outra decisão em cognição exauriente e, portanto, a responsabilidade é objetiva em caso de cassação da medida de urgência.

Como já foi dito:

a tutela jurisdicional coletiva exige uma superação do modelo tradicional do processo com a adoção de novas técnicas que permitam a proteção adequada de interesses metaindividuais¹⁴⁷.

O mesmo se daria em relação às tutelas sumárias cassadas nas ações de improbidade administrativa, especialmente em função da inexistência de previsão expressa? Da decisão que julgar improcedente à demanda de improbidade, revogando expressa ou tacitamente a cautelar de indisponibilidade de bens ou de sequestro, surgiria a responsabilidade objetiva do autor da demanda ou se trata de uma responsabilidade subjetiva, na qual há necessidade de comprovação de culpa ou dolo?

Ainda que existam posições e muitas neste sentido, sempre é temerário o legislador permitir que o propositor da ação, legitimado extraordinário, responda objetivamente pela cassação da tutela provisória.

REQUISITOS PARA A CARACTERIZAÇÃO DA MÁ-FÉ: má-fé é a mesma coisa que culpa e dolo na cassação de medidas urgentes na jurisdição coletiva?

A má-fé refere-se à intenção do autor em imputar ao agente ato de improbidade que sabe ser inexistente, verificado o dano, porém, é necessário investigar se o autor que efetiva a medida sumária responde objetivamente por este dano ou apenas nos casos de dolo e culpa.

Vamos a um exemplo. Propõe-se ação de improbidade administrativa contra um indivíduo e em medida de sequestro se apreende um automóvel de sua propriedade. O autor é absolvido do ato de improbidade e devolve-se o veículo ao seu dono em estado de conservação deteriorado, uma vez que ficou no pátio a céu aberto. Aqui, qual a resp. dos autores de improbidade?

8 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ideia de recomposição do dano em função da tutela de urgência cassada deve ser buscada no direito processual e não no direito material, uma vez que a parte autora utilizou-se de

147 – GRINOVER, A.P. (O processo em evolução, Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 97)

procedimento lícito, previsto no ordenamento jurídico, para alcançar o bem da vida almejado, não fazendo qualquer sentido utilizar-se das teorias da responsabilidade do direito civil ou administrativo para justificar a recomposição do dano.

Dessa forma, os esquemas de responsabilidade civil presentes no direito material foram substituídos corretamente pelo fato da sucumbência, ou seja, apenas o fato objetivo da derrota implicaria na indenização do autor que tem razão, contra o qual foi deferida a medida sumária.

A ação de improbidade administrativa, no entanto, seja ela considerada um direito coletivo estrito senso ou não, possui dimensão supraindividual, uma vez que inserida na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa, não se sujeitando adequadamente aos esquemas individualistas do Código de Processo Civil.

Embora tanto as “cautelares” de improbidade analisadas quanto às tutelas de urgência do Código de Processo Civil sejam de cunho eminentemente patrimonial, visando, sobretudo, o patrimônio do indivíduo suspeito de lesar o Erário Público, elas se distanciam quando observamos o direito material e os interesses em jogo e, por isso, necessitam de tratamento diferenciado para garantir a efetividade do processo.

É necessário, portanto, que a técnica adotada, sem voltar ao sincretismo da regra de direito material, represente uma efetiva tutela do direito em jogo, que escapa ao esquema chiovidiano pensado para a recomposição do dano nas tutelas provisórias cassadas¹⁴⁸.

Para aqueles que entendem que as ações de improbidade administrativa são uma espécie do gênero ações civis públicas, a argumentação para se afastar da regra da responsabilidade objetiva prevista no CPC decorre da previsão dos art. 17 e 18 da Lei 7.347/85 (LACP), que prevê indenização da associação autora por perdas e danos apenas em caso de litigância de má-fé. Assim, existindo lei especial que prevê a condenação do autor da ação civil pública apenas em caso de má-fé, não incide a regra geral do fato da sucumbência prevista como regra geral para as ações individuais julgadas improcedentes.

A mesma ideia pode ser utilizada no que tange às tutelas de urgência cassadas, uma vez que a responsabilidade dali decorrente também deriva do fato objetivo da sucumbência, sendo necessária a comprovação de má-fé para que o ente que propôs a demanda coletiva, incluindo a improbidade administrativa para aqueles que assim entendem, seja condenado à recomposição dos danos¹⁴⁹.

148 – Nesse sentido se manifesta BEDAQUE, J.R.S. (Efetividade do Processo e Técnica Processual, 3 ed., São Paulo, Malheiros, 2010, p. 23): Não podem ser ignoradas, ainda, as profundas alterações ocorridas no plano do direito material. Nos últimos anos a grande preocupação deixou de ser o direito individual, concentrando-se nos denominados interesses difusos e coletivos. Essa evolução exigiu alterações em institutos de direito processual, que não estavam preparados para os processos coletivos.”

149 – Nesse sentido GARCIA, E. e ALVES, P.R. (ob. cit. p. 861): “fica claro, assim, que o só fato da sucumbência nas ações coletivas, em razão das regras específicas da Lei 7.347/85, não acarreta para o autor a condenação em honorários advocatícios e nas despesas processuais.”



Há quem defenda posição intermediária, no sentido de que apenas alguns entes estariam isentos dos custos pelo fato da sucumbência, o que indicaria também a possibilidade de recomposição objetiva dos danos causados pela cassação da tutela de urgência¹⁵⁰. Argumenta-se que o MP e a Administração Pública seriam objetivamente responsáveis pela cassação de medida cautelar cassada, com o devido respeito, discorda-se dessa opinião.

Entendo correta a doutrina que confere máxima efetividade aos direitos difusos e coletivos, em homenagem à regra constitucional do acesso à Justiça. O ônus da sucumbência pelo fato objetivo da derrota deve ter interpretação restritiva, sendo aplicado apenas nos casos em que fique comprovada a má-fé.

Tanto o MP quanto os Entes Políticos têm como dever institucional velar pelo patrimônio público e pela moralidade administrativa. Ora, se a própria Constituição impõe tal dever a esses legitimados, não faz sentido serem punidos objetivamente por isso.

Há muito já se tentou responsabilizar os entes que tentam proteger o patrimônio público, permitindo reconvenção contra o presentante do parquet, ou mesmo o absurdo de se propor redução do orçamento da instituição que ousasse permitir a atuação de seu membro.

Quanto aos Entes Políticos, estes devem observar os princípios da Administração Pública e, verificado indício de improbidade, devem tomar as medidas legais cabíveis para a correta observância da moralidade e da probidade administrativa, que vão desde a instauração de processo administrativo até a propositura de ações de improbidade.

Assim, a tutela de urgência cassada na lei de improbidade administrativa não acarreta a responsabilidade objetiva pelo fato da derrota aos entes legitimados para sua propositura, uma vez que a propositura de ações representam deveres desses entes e não mera liberalidade, como ocorre com os particulares vinculados ao sistema do CPC, que podem optar pela não propositura de qualquer demanda judicial, ou mesmo pela efetivação da medida cautelar judicialmente deferida, sem incorrer em nenhuma ilegalidade.

O raciocínio não se altera se concluirmos que as ações de improbidade não se comunicam com outros sistemas de defesa do patrimônio público. Em um primeiro momento poderia se argumentar que a não aplicação da Lei da Ação Civil Pública afastaria a regra especial da condenação apenas em caso de litigância de má-fé dos artigos 17 e 18 da LACP, que não incluem as medidas cautelares.

150 – MANCUSO, R. C. (Ação Civil Pública, 10ªed., São Paulo, RT, 2007, p. 376): Apenas a associação e o cidadão-eleitor estariam a salvo do ônus da sucumbência, quanto ao Ministério Público e os entes políticos, a Fazenda Pública seria responsável por suportar tais encargos em função da derrota. Esse mesmo autor informa que o STJ entende no sentido contrário, pois apenas em caso de litigância de má-fé haveria responsabilização pelo fato objetivo da sucumbência.

Contudo, conforme visto acima, o dever institucional dos entes legitimados a propositura da ação de improbidade é de envergadura constitucional. A Lei 8.429/92 apenas confere o instrumento para que esses fins sejam alcançados. Dessa forma, embora ela seja omissa quanto aos efeitos da tutela cautelar cassada, uma análise mais acurada leva à conclusão de que é necessária a comprovação de má-fé para a responsabilização autor da ação de improbidade.

Em reforço a essa argumentação, observe-se que a própria Lei de Improbidade determina a aplicação, no que couber, da Lei da Ação Popular, consoante o §3º do art. 17 da Lei 8.429/92. Na ação popular é tranquilo o entendimento de que apenas em caso de má-fé responde o autor-cidadão pelo fato objetivo da derrota (art. 13).

Por outro lado, para coibir a propositura de lides de improbidade temerárias e minimizar possíveis estragos de uma acusação que, ao final, se conclui improcedente, a própria Lei de Improbidade criminaliza a representação por improbidade de autor que se sabe inocente (art. 19).

Além disso, existem outros mecanismos no próprio procedimento da Lei de Improbidade, como a notificação prévia do réu para que se manifeste por escrito antes do recebimento da ação e improbidade, que indica o cuidado do legislador para evitar ações sem qualquer indício lesão ao patrimônio público ou à moralidade administrativa.

Independentemente da caracterização ou não das condutas de improbidade administrativa como integrantes do sistema de direitos difusos e coletivos, a cassação de medida cautelar, constante na Lei de Improbidade, não leva à conclusão de que o autor responderá objetivamente pelos danos causados ao réu, nos moldes estabelecidos no CPC. Também é indiferente qual o ente legitimado para a propositura da ação de improbidade, pois em todos os casos conclui-se que apenas em caso de má-fé o autor responde pela tutela provisória cassada.

9 – REFERÊNCIAS

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio de Araújo. Antecipação de tutela e responsabilidade objetiva. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. v. 87. n. 748. fev./1998

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização), São Paulo, Malheiros, 5ª edição, 2009.

_____. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2010.



BUENO, Cássio Scarpinella e PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coordenadores). **Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais.** 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2003.

CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares.** Tradução de Carla Roberta Andreasi Bassi, Campinas, Servanda, 2000.

CHIAVASSA, Tercio. **Tutelas de Urgência Cassadas (a recomposição do dano).** Quartier Latin, São Paulo, 2004

COSTA, Susana Henriques da. **O Processo Coletivo na Tutela do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa.** São Paulo, Quartier Latin, 2009

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 17ª ed., São Paulo, Atlas, 2004.

_____. **Direito administrativo.** 23.ª Ed., São Paulo: Atlas, 2010

FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade Administrativa.** 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009

FUX, Luiz. **Tutela de segurança e Tutela da Evidência (fundamentos da tutela antecipada).** Saraiva, São Paulo, 1996.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa.** 2ª Ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

GOMES, Fabio Luiz. **Responsabilidade objetiva e antecipação de tutela.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução.** Rio de Janeiro, Forense, 1998.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo.** São Paulo, RT, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores.** 10ªed., São Paulo, RT, 2007.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Probidade Administrativa,** 3ª ed., Saraiva, São Paulo, 2006.

MAZZEI, Rodrigo & NOLASCO, Rita Dias (coordenadores), **Processo Civil Coletivo,** Quartier Latin, São Paulo, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet . **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 2008;

SALLES, Carlos Alberto de (organizador), **Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social**. São Paulo, Coedição, Editora Revista dos Tribunais, 2003.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DA AGÊNCIA REGULADORA DE TELECOMUNICAÇÕES NA DEFESA DOS DIREITOS DOS USUÁRIOS DE TELEFONIA MÓVEL.

Nelson Alves De Sant'anna Filho¹⁵¹

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 ASPECTOS GERAIS SOBRE SERVIÇOS PÚBLICOS; 2.1 BREVE HISTÓRICO SOBRE A REFORMA DO ESTADO BRASILEIRO; 2.2 ELEMENTOS DEFINIDORES DO CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO; 2.3 OS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AOS SERVIÇOS PÚBLICOS; 2.4 AS FORMAS DE DELEGAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO; 2.4.1 A CONCESSÃO COMUM DO SERVIÇO PÚBLICO; 2.4.2 A PERMISSÃO DO SERVIÇO PÚBLICO; 2.4.3 AUTORIZAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO; 3 A AGÊNCIA REGULADORA DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES – ANATEL; 3.1 AUTONOMIA FINANCEIRA, ADMINISTRATIVA E TÉCNICA; 3.2 PODER DE SOLUCIONAR AS DEMANDAS ADMINISTRATIVAS; 3.3 ESPECIALIDADE; 3.4 ESTABILIDADE DOS DIRIGENTES; 3.5 PODER NORMATIVO; 3.6 COMPETÊNCIAS E ESTRUTURA; 3.7 NATUREZA JURÍDICA; 3.8 REGULAÇÃO X REGULAMENTAÇÃO; 4 A FISCALIZAÇÃO DO SERVIÇO DE TELEFONIA MÓVEL (SMP); 4.1 PODER DE POLÍCIA; 4.2 ATRIBUTOS DO PODER DE POLÍCIA; 4.3 POLÍCIA ADMINISTRATIVA X POLÍCIA JUDICIÁRIA; 4.4 A FUNÇÃO FISCALIZATÓRIA; 4.5 CONCEITO DE TELEFONIA MÓVEL; 4.6 REGULAMENTO DO SERVIÇO MÓVEL PESSOAL (SMP); 4.7 DIREITOS E DEVERES ASSEGURADOS AO USUÁRIO / CONSUMIDOR; 5 A RESPONSABILIDADE CIVIL; 5.1 A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA; 6 CONCLUSÃO; 7 REFERÊNCIAS

Resumo

Este trabalho tem como objetivo abordar a questão da responsabilidade da Agência Reguladora dos Serviços de Telecomunicações na falha da defesa dos Direitos dos Usuários de Telefonia Móvel, os quais têm sofrido múltiplas violações nos dias atuais, bem como fazer uma apreciação acerca da sua atuação enquanto autarquia especial protetora e fiscalizadora, frente às prestadoras de serviço móvel pessoal. Para tanto, discorrerá sobre aspectos conceituais so-

151 – Defensor Público de Classe Especial, Advogado e Especialista em Direito do Estado pela Faculdade Baiana de Direito.

bre serviços públicos, os princípios regentes da administração pública e, por fim, não tendo a pretensão de esgotar o assunto, discorrer sob um crivo analítico os pontos mais relevantes sob um enfoque global sistematizado, a responsabilidade civil da administração pública.

Palavras-chave: Telefonia móvel; Responsabilidade; Serviço Público.

Abstract

This work aims to address the issue of responsibility of the Regulatory Agency for Telecommunications Services in the failure of the defense of the Rights of Users of Mobile, who have suffered multiple violations today and make an assessment about their performance while local authority special protective and supervisory, in the face of personal mobile service providers. To do so, will discuss conceptual aspects of public services, the governing principles of public administration and, finally, having no claim to exhaust the subject, talk in an analytical sieve the most relevant points in a systematic global approach, the liability of public administration.

Keywords: Mobile; Responsibility; Public Service.



1 – INTRODUÇÃO

O Estado Brasileiro, nos últimos dez anos, passou por diversas alterações estruturais as quais ocorreram de forma mais concentrada nas áreas econômica e legislativa. Dentro desse contexto, a Emenda Constitucional nº 8/95 modificou as regras de concessão dos serviços de telecomunicações, de radiodifusão sonora e de sons e imagens.

Como consequência direta houve uma flexibilização dos monopólios estatais e o surgimento das privatizações, alterando assim o papel do Estado de protagonista e executor dos serviços públicos, revestindo-se com uma nova roupagem atuando por delegação dos serviços públicos, operacionalizados por meio da concessão, autorização e permissão. Há de se pontuar que a natureza do serviço não sofreu nenhuma alteração, ou seja, continua sendo pública.

A mudança no papel do Estado para o papel de Estado Regulador foi concentrando suas atribuições em outras esferas como na regulamentação, planejamento e fiscalização das empresas concessionárias.

Nesse novo cenário surgiram as agências reguladoras, e o Estado Regulador com uma nova perspectiva de atuação. Essas agências reguladoras, as quais são criadas por Lei, receberam a competência normativa de expedir normas e leis abstratas, pertinentes ao ramo de suas atribuições, com legitimidade e limites que se tornaram foco de análises e apreciações doutrinárias.

O tema a ser desenvolvido “A Responsabilidade Civil da agência reguladora de telecomunicações na defesa dos direitos dos usuários de telefonia móvel”, além de atual, é de suma importância para a sociedade e operadores do Direito que desenvolvem seu mister junto ao direito consumerista e das telecomunicações cuja área vem paulatinamente crescendo e demandando estudo e aprofundamento.

De forma não aprofundada, destacaremos como a evolução socioeconômica e legislativa exerceu influências no que se refere à desestatização dos serviços públicos, o conceito de serviços públicos, sua previsão e classificação.

Enfatizamos alguns aspectos históricos que ensejaram o seu surgimento, evidenciando assim as peculiaridades próprias do modelo regulatório nacional implantado, e a forma como controlam as atividades que se constituem objeto de concessão, permissão ou autorização de serviço público ou de concessão para exploração de bem público.

Importante destacar que com a quebra do monopólio das telecomunicações, a Reforma do Estado e a aprovação da Lei Geral das Telecomunicações – LGT (Lei nº 9.472) houve uma

remodelação das obrigações dos serviços de telecomunicações, criando assim um novo referencial de mercado, mais competitivo e de qualidade, que conseqüentemente contribuiu para a criação do órgão regulador dos serviços de telecomunicações.

Ainda nesse contexto, o Código Brasileiro de Telecomunicações, datado de 1962, foi parcialmente revogado, apenas mantendo-se somente aquilo a que se refere aos serviços de radiodifusão e o papel de regulação foi destinado à Anatel, como objetivo de primar pela qualidade dos serviços de telecomunicações e o cumprimento dos contratos firmados com as prestadoras.

Com o intuito de entender melhor o papel da agência reguladora, analisaremos o perfil da Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel e o seu surgimento, a natureza jurídica, a competência e os instrumentos normativos que dão o supedâneo, para que ela exerça o seu papel de órgão fiscalizador e regulador dos serviços de telecomunicações do país.

Destacaremos algumas particularidades do exercício do poder de polícia administrativa, especialmente no que diz respeito à atuação do órgão regulador na forma de combate, e os meios materiais, legais e necessários para que se atinja plenamente a sua missão.

Ressaltaremos também as competências do órgão regulador e as medidas adotadas para que se impeça a monopolização do mercado, reprimindo as infrações à ordem econômica, por meio de aplicação de sanções administrativas apuradas por meio dos processos administrativos.

Por fim, adentraremos e examinaremos a proteção legal do consumidor/usuário e a responsabilidade civil no que tange as falhas no tocante à regulação e fiscalização, apontando as principais controvérsias sobre este assunto, os meios materiais, legais e necessários para a que o órgão regulador atinja plenamente a sua missão, sobretudo quanto aos casos de violação dos direitos dos usuários de telefonia móvel.

2 – ASPECTOS GERAIS SOBRE SERVIÇOS PÚBLICOS

2.1 – BREVE HISTÓRICO SOBRE A REFORMA DO ESTADO BRASILEIRO

Em 1995 foi encaminhado ao Congresso Nacional o Projeto de Emenda Constitucional nº 173 que versava sobre a Reforma do Estado Brasileiro, o qual se transformou na Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/1998, modificando o regime que dispunha sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores, agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal.



Em nível federal, a Reforma foi implementada pelo MARE – Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado e, com a extinção do MARE, a gestão passou a ser exercida pelo Ministério do Planejamento e Gestão.

Dentre os fins propostos, ficou evidente a intenção de se estabelecer um Estado com maior eficiência e autonomia, compreendendo em dimensões que englobavam tanto a descentralização da estrutura organizacional e a criação de agências executivas e regulatórias, além da responsabilização dos gestores públicos.

Verifica-se que a Reforma de 1995 visava delimitar as tarefas exclusivas do Estado, principalmente no que tange à centralização, formulação e controle de políticas públicas. Desta forma, as tarefas de execução seriam descentralizadas e os serviços que a sociedade delibera com os recursos oriundos dos impostos não deveriam ser operacionalizados no âmbito da organização do Estado, por servidores públicos, mas deveriam ser contratados por terceiros e, quanto aos serviços tidos como sociais e científicos, estes deveriam ser executados pelas organizações sociais. Assim, ocorre uma mudança expressiva no papel do Estado de **executor** para **controle e regulador** gerenciando as atividades.

Em consonância com o douto Marçal Justen Filho (2002, p. 27),

O Estado Regulador atenua a relevância das propostas de intervenção direta e material, traduzindo sua atuação na edição de normas e regras orientadoras por meio de controle sobre as atividades privadas, ou seja, explora diretamente somente atividades econômicas essenciais a garantir a soberania nacional e a manutenção das atividades precípuas do Estado.

Como esse novo modelo regulatório, o Estado acumula a característica de exploração direta de atividade econômica, quanto daquele que delega a iniciativa privada a exploração da atividade econômica prestador de serviço público. Ainda nas lições de Marçal Justen Filho (2002, p. 24):

Todos os serviços públicos que puderem ser organizados segundo padrões de estrita racionalidade econômica deverão ser remetidos à iniciativa privada. Somente incumbe ao Estado desempenhar atividades diretas nos setores em que a organização econômica, modelada pelos parâmetros de acumulação privada de riqueza, colocar em risco valores coletivos ou for insuficiente para propiciar sua plena realização.

É nesse contexto que surgem as agências reguladoras desenvolvendo o papel de poder concedente na concessão, permissão e autorização de serviços, com respaldo legal previsto no art. 2º, da Lei nº 8.978/95, exercendo também o controle de atividades econômicas

monopolizadas, distribuídas no art. 177, da Constituição Federal, alterado pelas Emendas Constitucional 9/1995 e 49/2006.

2.2 – ELEMENTOS DEFINIDORES DO CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO

O entendimento sobre o conceito de Serviço Público não é estático, vem, ao longo dos anos, em decorrência das transformações sociais, sofrendo alterações sempre em consonância com o momento histórico, político, econômico e cultural.

Historicamente, registra-se que na França foi, primeiramente, onde surgiram os apontamentos iniciais sobre o serviço público desenvolvido pela Escola de Serviço Público, onde algumas atividades inerentes ao Estado foram debatidas.

Dentre os doutos doutrinadores, não há concordância sobre o conceito de serviço público, alguns preferem um conceito mais abrangente, enquanto outros adotam um conceito mais restrito; alguns adotam critérios onde relacionam elementos para a identificação de um serviço público como o substrato material, elemento subjetivo e elemento formal, todavia vale ressaltar que a combinação desses três elementos ocorreu já no período do Estado Liberal.

Importante salientar a diferença entre **serviço público** e **serviço de utilidade pública**. Os serviços de utilidade pública reveste-se de outra roupagem, a Administração, de acordo com a sua conveniência (não essencialidade, nem necessidade), oferece diretamente ou permite que sejam prestados por terceiros (concessionários, permissionários ou autorizatários), entretanto a Administração é quem regulamenta as condições e controla, e a remuneração é feita pelos usuários do serviço. Como exemplo, o fornecimento de água, telecomunicações, energia elétrica.

Já o conceito de serviço público, para Hely Lopes Meirelles (2000, p. 37), é concebido como "todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado."

No sentido mais restrito entende-se que o serviço público perpassa com a exclusão das funções legislativa e jurisdicional, limitando-se entre as atividades que são desempenhadas pela Administração Pública.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, p. 634), serviço público é:

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível



singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça às vezes, sob um Regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituídos em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.

Para Fernanda de Sousa Santos Marinela (2009, p. 407), serviço público se configura como:

Toda atividade de oferecimento de utilidade e comodidade material, destinada à satisfação da coletividade, mas que pode ser utilizada singularmente pelos administrados, e que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta-a por si mesmo ou por quem lhe faça às vezes, sob um regime de direito público, total ou parcialmente.

Vale observar que os serviços públicos são instituídos por lei, sendo o Estado que define quais são as atividades consideradas serviços públicos.

Diante do exposto, coadunaremos na apresentação deste ensaio o conceito utilizado pela douta Maria Sylvania Zanella di Pietro (1991, p. 99), que em seu apurado magistério professa serviço público como “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.” Apesar de não termos a pretensão de esgotar o estudo do conceito de serviço público, este apenas será um norteador e balizador do caminho a ser percorrido.

2.3 – OS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Mister se faz expor, *ab initio*, o entendimento do que sejam princípios. Estes são a base, o alicerce, os parâmetros, as proposições fundamentais que condicionam todas as estruturas e institutos de uma disciplina, o mandamento nuclear de um sistema.

Verifica-se na doutrina que não existe concordância sobre os princípios basilares dos serviços públicos, entretanto todos os princípios constitucionais aplicados para a Administração Pública, dispostos no artigo 37, caput, da Constituição Federal, serão sempre aplicáveis.

Cabe-nos ressaltar o conteúdo normativo emoldurado no art. 5º, II, que retrata o princípio da reserva legal, na forma de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, premissa indispensável ao Estado de Direito.

Especificamente, podemos citar os mais relevantes, a saber: princípio da legalidade, princípio do dever inescusável do Estado de promover a prestação dos serviços públicos, supremacia do interesse público, o da continuidade, o da mutabilidade do regime jurídico, igualdade dos usuários, os quais sintetizaremos adiante.

Pelo princípio da legalidade, constata-se que a atividade da Administração Pública é sublegal, infralegal, restringindo-se na expedição de comandos complementares à lei, quedando-se e atuando em consonância com as suas prescrições. Deste modo, o desempenho do administrador público está restrito, limitado aos ditames legais, não podendo agir nem contra *legem nem praeter legem*, sendo totalmente submisso à vontade do legislador, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de seu autor.

O princípio do dever inescusável do Estado de promover a prestação dos serviços públicos significa que o Estado não pode se furtar a promover a prestação dos serviços rotulados como públicos e, caso isso ocorra, será alvo de ação judicial por omissão, inclusive com direito à indenização, quando a ausência da atividade causar danos.

O princípio da supremacia do interesse público, considerado o princípio basilar da Administração Pública, a viga do regime jurídico-administrativo, como não poderia deixar de ser, se faz presente em qualquer atuação do Estado. O interesse coletivo deve sempre ser preservado em detrimento do interesse do particular, inclusive quando este obsta a prestação de um serviço público. Havendo um conflito entre o interesse público e o particular há sempre de prevalecer o interesse público.

O princípio da continuidade diz respeito ao fornecimento dos serviços públicos essenciais à população, ou seja, indispensáveis à coletividade. Assim, devem ser prestados de forma contínua, não podem cessar e, caso venham a ser interrompido, o desrespeito atinge não só a este princípio, mas também o Código de Defesa do Consumidor e a Carta Magna, pois este princípio é que garante ao cidadão a prestação dos serviços essenciais. Somente em casos especiais é que ele pode ser interrompido. Assim, entende-se que a atividade da Administração Pública é ininterrupta.

O princípio da mutabilidade do regime jurídico é aquele que garante a flexibilização dos meios e fins dos serviços. Uma forma de adequação de acordo com a necessidade premente do interesse público. Desta forma, a Administração Pública competente está autorizada a promover alterações na forma de prestação do serviço público, com o objetivo de adequá-lo ao interesse da coletividade.

O princípio da igualdade dos usuários ressalva que aqueles que satisfaçam as condições legais fazem jus à prestação do serviço, sem qualquer distinção de caráter pessoal. É um princípio que



também pode ser entendido como o tratamento isonômico, igualitário e impessoal, evitando-se assim algum tipo de privilégio, entretanto não deve ser entendido de uma forma absoluta, para que não se torne um entrave no bom e eficaz desempenho da atividade administrativa.

2.4 – AS FORMAS DE DELEGAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO

Neste tópico é imperioso fazer a diferenciação entre a titularidade do serviço e a titularidade de sua prestação. A titularidade do serviço, conforme assevera Fernanda de Souza Santos Marinela (2010, p. 427), “pode pertencer à Administração ou, excepcionalmente, ao particular, naqueles casos em que a Constituição Federal não atribui ao Poder Público a exclusividade.”

Observa-se que nesse aspecto pode ocorrer a transferência da titularidade de sua prestação dos entes da Administração Indireta para os particulares, entretanto a titularidade do serviço continua com o Estado, somente é transferida a prestação que se dá pela delegação do serviço, a qual pode ser cumprida por meio da concessão, permissão ou autorização os quais serão tratados, de forma breve, nos tópicos seguintes.

2.4.1 – A concessão comum do Serviço Público

A concessão de serviço público está consubstanciada no art. 175, da Carta Magna, bem como na Lei 8.987/95, alterada pela Lei 9.074/95, com as atualizações realizadas pela Lei 11.196/05. Imperativo instar que os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens não estão submetidos ao crivo da Lei 8.987/95.

A concessão é uma forma de delegação e baseia-se na transferência da titularidade para a prestação de serviço público, feita pelo poder concedente (que são os entes políticos, respeitando a competência definida no texto constitucional) à pessoa jurídica ou consórcio de empresas, por meio de um contrato administrativo por prazo determinado, antecedido de licitação na modalidade concorrência.

A delegação difere da outorga, pois nesta o poder concedente transfere não apenas a execução, mas também a titularidade.

A Lei 9.472/97, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento do órgão regulador, autorizou a Anatel a celebrar contrato de concessão, atuando assim como poder concedente, com poderes de controlar e fiscalizar as atividades de telecomunicações, adotando todas as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras.

2.4.2 – A permissão do Serviço Público

O conceito de permissão de serviço público encontra-se disposto na Lei nº 8.987/95, artigo 2º, inciso IV, ou seja: é “a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.”

Vale ressaltar que sua formalização é feita por intermédio de contrato de adesão, precedido de licitação, entretanto não existe uma modalidade licitatória definida, sendo determinada pela variação do valor contratual.

Como atributos da permissão, podemos citar a unilateralidade, a discricionariedade e a precariedade as quais são asseveradas por grande parte da doutrina que trata do assunto.

Na Lei 9.472/97 está disposto no art. 118, *in verbis*:

Será outorgada permissão, pela Agência, para prestação de serviço de telecomunicações em face de situação excepcional comprometedora do funcionamento do serviço que, em virtude de suas peculiaridades, não possa ser atendida, de forma conveniente ou em prazo adequado, mediante intervenção na empresa concessionária ou mediante outorga de nova concessão.

Parágrafo único. Permissão de serviço de telecomunicações é o ato administrativo pelo qual se atribui a alguém o dever de prestar serviço de telecomunicações no regime público e em caráter transitório, até que seja normalizada a situação excepcional que a tenha ensejado.

2.4.3 – Autorização do Serviço Público

Verifica-se que este instituto é tratado de forma diferente entre os doutrinadores. Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1999, p.132), a autorização é, “ato unilateral e discricionário pelo qual a Administração faculta ao particular o desempenho de atividade material ou a prática de ato que, sem esse consentimento, seriam legalmente proibidos. Trata-se de autorização como ato praticado no exercício do poder de polícia.”

Já para José Cretella Júnior, (2005, p. 221), “autorização é o ato unilateral do Poder Público, mediante o qual, por provocação do interessado, a administração remove o obstáculo legal para facultar-lhe o exercício de uma atividade, de outro modo, proibida.”



Evidencia-se que a autorização de um serviço público é efetivada na realização de um interesse particular, porém de forma alguma poderá vir a se sobrepujar sobre o interesse coletivo.

Para os serviços de telecomunicações vem se admitindo o uso de autorização com fundamento no art. 131, § 1º, da Lei nº 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), contudo existem algumas ressalvas, pois não é permitida a transferência propriamente dita do serviço público em relação ao serviço de radioamador ou de interligação de empresas por cabos de fibra ótica.

Como explicita Fernanda Marinela de Sousa Santos (2010, p. 451), “o fato de ser um ato unilateral e precário permite que a Administração tenha total domínio da situação, podendo conceder e revogar a autorização, quando for conveniente para o interesse público, sem necessidade de indenizar qualquer prejuízo.”

Impende assinalar que a concessão, permissão ou autorização para a exploração de serviços de telecomunicações e de uso de radiofrequência, para qualquer serviço, será sempre feita a título oneroso.

Todavia, a autorização de serviço de telecomunicações não terá sua vigência sujeita a termo final, extinguindo-se somente por cassação, caducidade, decaimento, renúncia ou anulação.

3 – A AGÊNCIA REGULADORA DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES

O surgimento das agências reguladoras está intimamente ligado com o Programa Nacional de Desestatização (PND), criado pela Lei 8.031/90 de 12.04.1990, revogada pela Lei nº 9.491 de 09/09/1997.

Dentre os objetivos a serem alcançados com o programa de desestatização, cita-se a redução do déficit público, sendo competência do Tribunal de Contas da União, no exercício do controle externo, fiscalizar o processo de privatização das empresas que estavam incluídas no PND, bem como as concessões, permissões e autorizações para a exploração de bens e serviços públicos. Essa modalidade de fiscalização e acompanhamento foi definida nas Instruções Normativas nº 7/94 e nº 10/95 do TCU, respectivamente.

O afastamento do Estado, de forma progressiva da prestação direta dos serviços públicos e das atividades econômicas, fez surgir à correlata necessidade de acompanhamento do setor por intermédio da regulamentação, controle e fiscalização, dando embasamento para o aparecimento de entes especificamente criados para tal fim: os órgãos reguladores.

A previsão legal encontra-se consubstanciada na Constituição Federal no art. 21, XI com redação dada pela EC nº 8/95 e do art. 177, § 2º, III com redação dada pela EC nº 09/95, marco este das agências reguladoras as quais foram sendo criadas por meio de leis esparsas, não existindo uma lei geral que as disciplinasse como autarquias de regime especial.

O conceito de autarquia foi definido pelo Decreto-lei nº 200, no art. 5º, I, o qual define Autarquia como “um serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita própria, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.”

Assim, autarquia é uma pessoa jurídica de direito público possuindo todas as prerrogativas e sujeições da Administração Direta com autonomia administrativa.

Apenas a título elucidativo, pontuaremos, tomando como base o conceito definido, suas principais características.

3.1 – AUTONOMIA FINANCEIRA, ADMINISTRATIVA E TÉCNICA

A independência e autonomia das agências reguladoras surgem como corolário do alto grau de discricionariedade técnica dos seus atos regulamentares.

Dentre os inúmeros conceitos de autonomia perfilhamos o de Vital Moreira, cuja definição atende aos objetivos do presente estudo:

“(...) o termo autonomia era (e é) utilizado no âmbito do direito administrativo com dois sentidos distintos: primeiro, no sentido de capacidade dos organismos administrativos infra-estaduais para editar normas da sua própria organização e actuação (falando-se a propósito, tautologicamente, em ‘autonomia normativa’ para designar esse poder regulamentar); segundo, num sentido genérico de margem de independência ou de livre actuação de um órgão ou organismo administrativo face aos órgãos da administração directa do Estado, autonomia cuja importância é aferida pela dimensão dos poderes próprios que aquele exerce e pela maior ou menor subordinação em relação ao Estado, assim se falando em autonomia, financeira, disciplinar, tributária, etc.”¹⁵².

Destaca-se que quando da criação das agências reguladoras, os legisladores não trouxeram as necessárias alterações constitucionais, para o ideal desempenho das características que lhes são inerentes.

152 – Vital Moreira, *Administração Autónoma e Associações Públicas*. p. 100 [grifos nossos].



Como autarquias especiais estão vinculadas aos respectivos ministérios, o que gera alguns questionamentos e dúvidas quanto à neutralidade e imparcialidade das decisões tomadas pelos dirigentes, se são estritamente técnicas ou politizadas, apesar de possuírem estabilidade.

Vale acrescentar que a questão da autonomia está intrinsecamente atrelada à possibilidade do estabelecimento de normas para a sua própria conduta, com liberdade de atuação.

3.2 – PODER DE SOLUCIONAR AS DEMANDAS ADMINISTRATIVAS

São dotadas de funções quase judiciais, porque resolvem, em última instância administrativa, os conflitos que lhes são apresentados. Significa dizer que as agências possuem, na esfera administrativa, além do poder concedente, também figuram no polo de uma controvérsia e sendo o ente julgador, o que leva questionamentos acerca da isenção e equanimidade no julgamento.

3.3 – ESPECIALIDADE

Para atuação e desenvolvimento da função, as agências reguladoras necessitam de um tipo de conhecimento técnico, especializado, de forma que promova um embasamento para uma melhor atuação na solução das questões e nuances que lhes forem apresentadas, não cabendo conhecimentos genéricos. Suas competências atribuídas pelas leis instituidoras são restritivas em função do princípio da especialidade ao conhecimento da matéria regulada, de modo que os dirigentes sejam técnicos naquele serviço específico.

3.4 – ESTABILIDADE DOS DIRIGENTES

A estabilidade dos mandatos dos dirigentes é uma decorrência do princípio da independência no desempenho das agências reguladoras. Visa, acima de tudo, que os dirigentes exerçam suas funções de maneira técnica, imparcial e independente, sem a influência de critérios políticos, ideológicos ou partidários.

Esta estabilidade garante que sua eventual exoneração somente ocorrerá por renúncia, condenação judicial transitada em julgado ou o reconhecimento da impossibilidade de exercício da função após o trâmite de processo administrativo disciplinar, como, por exemplo, crimes de improbidade administrativa, descumprimento do contrato de gestão e violação grave dos deveres funcionais. Assim, os dirigentes não podem ser simplesmente demitidos ao bel prazer do Ministro ou do Presidente da República, sendo vedada assim a exoneração *ad nutum*.

A direção das agências reguladoras federais é feita por um colegiado cujos mandatos não são coincidentes e estão sujeitos ao período de quarentena após o término.

Em consonância com o ilustre Carlos Ari Sunfeld, *in verbis*:

Na verdade, o fator fundamental para garantir a autonomia da agência parece estar na estabilidade dos dirigentes. Na maior parte das agências atuais o modelo vem sendo o de estabelecer mandatos. O Presidente da República, no caso das agências federais, escolhe os dirigentes e os indica ao Senado Federal, que os sabatina e aprova (o mesmo sistema usado para os Ministros do Supremo Tribunal Federal); uma vez nomeados, eles exercem mandato, não podendo ser exonerados *ad nutum*; isso é o que garante efetivamente a autonomia. Esse esquema vem sendo seguido, com maior ou menor rigidez, nas diferentes agências. No CADE e na ANATEL esta norma é muito rígida, mas para outras agências ela é mais flexível, existindo um poder mais aberto para o Presidente da República decidir pela exoneração¹⁵³.

3.5 – PODER NORMATIVO

Prima facie, há que se distinguir o que seria poder regulamentar e poder normativo. Enquanto o primeiro reporta-se à regulamentação das leis, o outro possui uma abrangência maior. O poder regulamentar possui sede constitucional no artigo 49, V e sendo estabelecido no artigo 84, incisos IV e VI, ou seja, está voltado para a regulamentação das leis.

Há que se pontuar que as agências reguladoras exercem três funções: função administrativa – porque resolvem as questões e controvérsias no âmbito administrativo; função executiva – pois cabe a elas a concretização das políticas públicas elaboradas para o setor específico, e função reguladora, devido à necessidade de regulamentar as demandas específicas e complexas próprias da esfera de regulação.

Neste lastro das funções desempenhadas pelas agências, vejamos que se configura uma descentralização normativa, uma flexibilização na produção normativa, a qual possui respaldo constitucional respeitando o princípio da legalidade e, como bem explicita Gabriel Galvão:

“a remissão da Constituição à regulamentação pelo legislador – e regulamentação significa concretização dos desígnios constitucionais – demons-

153 – Carlos Ari Sunfeld, *Serviços Públicos e Regulação Estatal: introdução às agências reguladoras*, In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*, p. 24-25.

tra que o atual quadro normativo foi estruturado para abranger um grande número de matérias e “pede” uma extensa regulação por parte do Estado¹⁵⁴.”

Nesse contexto sobre o poder regulamentar das agências, vale destacar o posicionamento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

“Esta competência normativa atribuída às agências reguladoras é a chave de uma desejada atuação célere e flexível para a solução, em abstrato e concreto, de questões em que predomine a escolha técnica, distanciada e isolada das disputas partidarizadas e dos complexos debates congressuais em que preponderam as escolhas abstratas político-administrativas, que são a arena de ação dos Parlamentos, e que depois se prolongam nas escolhas administrativas discricionárias, concretas e abstratas, que prevalecem na ação dos órgãos burocráticos da Administração direta.”¹⁵⁵

Em consonância com o discurso do Ministro Eros Roberto Grau:

“o poder normativo abarca o poder legislativo, o poder regulamentar e o poder regimentar. A função normativa regulamentar da Administração Pública adviria de um poder derivado, mas poderia instituir normas primárias, sem que isso viesse a caracterizar derrogação ao princípio da separação de poderes. A ausência de uma moldura legislativa não impediria a Administração Pública de dispor de direitos e impor obrigações aos particulares, inovando na ordem jurídica, porque é próprio da Administração o poder regulamentar, inserido na função normativa.”¹⁵⁶

Cumprе ressaltar com o intuito esclarecedor o insculpido na Lei 9.472/97, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e o funcionamento de um órgão regulador, pois em alguns incisos fica evidenciada a competência normativa da ANATEL. Dentre eles, citamos o Art. 19, nos incisos IV, VIII, X, XII, XIV abaixo transcritos, *in verbis*:

“Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

(...)

IV - expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público;

154 – Gabriel Galvão, Fundamentos e limites da atribuição do poder normativo às autarquias autônomas federais. p. 57

155 – Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Natureza jurídica competência normativa limites de atuação, p. 74-75.

156 – GRAU, Eros Roberto. O Direito Posto e o Direito Pressuposto. p. 187.

(...)

VIII – administrar o espectro de radiofrequências e o uso de órbitas, expedindo as respectivas normas;

(...)

X – expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado;

(...)

XII – expedir normas e padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos equipamentos que utilizarem;

(...)

XIV – expedir normas e padrões que assegurem a compatibilidade, a operação integrada e a interconexão entre as redes, abrangendo inclusive os equipamentos terminais;

(...)"

Desta forma, verifica-se que a função normativa da agência estabelece obrigações e direitos, tendo como parâmetro o exercício da competência discricionária e não abrange o poder de regulamentar lei, tendo em vista que não inova na ordem jurídica ou mesmo contraria, uma vez que assim agiria contra *legem* e feriria inevitavelmente o princípio da legalidade previsto no artigo 5º, III, CF, bem como o da separação dos poderes (artigo 2º, CF), porquanto apesar da autonomia e independência que são revestidas, as agências possuem como parâmetro as disposições legais existentes.

Cabe destacar que no nosso sistema constitucional é vedada a delegação de poderes, em virtude da interpretação conjugada do artigo 60, § 4º da Constituição Federal, conhecida como cláusulas pétreas. Diante disso, caso constata-se que a lei, efetivamente, tenha delegado poder normativo ao Executivo, estará vulnerando a própria Constituição.

Observa-se que para as agências reguladoras aplica-se o fundamento do poder normativo genérico da Administração cuja extensão das suas competências é emanada da lei que as instituiu e, no caso a ANATEL, foi instituída pela Lei 9.472/97, a qual confere legitimidade normativa para a emissão de normas específicas para o setor de telecomunicações.

Assevera Paulo Magalhães da Costa Coelho que “as agências reguladoras têm inspiração no direito americano, e neste ordenamento se identificam como qualquer autoridade pública. No ambiente estadunidense, as agências reguladoras têm competência para editar normas jurídicas, como também atos administrativos, se o Estado, por meio do Poder Legislativo, lhes der essa competência.”¹⁵⁷

157 – Paulo Magalhães de Costa Coelho, Manual de Direito Administrativo, p. 89.



Assim, pode-se concluir que o poder normativo das agências é legítimo, desde que possua algum limite e que possa estar sujeito a controle, principalmente do Poder Judiciário.

3.6 – COMPETÊNCIAS E ESTRUTURA

A competência do órgão regulador das telecomunicações foi instituída pelo Decreto nº 2.338, de 7 de outubro de 1997, que aprovou o Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações, no capítulo II. Destarte, compete à ANATEL adotar todas as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras.

Nesse diapasão, sua atuação deve ser com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, além de respeitar todos os princípios norteadores da Administração Pública.

Dentre as atribuições da agência, há aquelas que extrapolam as funções próprias do Executivo, como, por exemplo, outorga de concessões, fiscalização dos serviços etc.: tratam-se das funções quase-judiciais e quase-legislativas.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, essas funções quase-judiciais cuja competência atribuída à agência tem como objetivo dirimir os possíveis conflitos entre as prestadoras de serviço ou entre esses prestadores e os usuários, tendo em vista que cada um tem interesses contrapostos ao do outro. Essas atribuições estão inseridas na Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97), art. 19, incisos XVII e XVIII.

As funções quase-legislativas referem-se ao poder normativo da agência – entenda-se, poder regulamentar, com discricionariedade técnica, assim a ANATEL possui atribuição de expedir normas gerais de caráter técnico próprias ao setor de telecomunicações vinculados.¹⁵⁸

3.7 – NATUREZA JURÍDICA

Como já citado, a natureza jurídica da ANATEL é de uma autarquia em regime especial, assim possui algumas características e nuances que a diferem das autarquias comuns como, por exemplo, a autonomia administrativa e financeira e a não subordinação jurídica em relação ao Ministério ao qual ela está vinculada e, no caso da ANATEL, ao Ministério das Comunicações.

Essas características permitem à agência maior autonomia e independência para que ela possa agir com mais eficiência e eficácia no setor que ela regula e fiscaliza – Setor de Tele-

158 – Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97), art. 19, incisos IV e X.

comunicações –, desta forma sua atuação pode ser mais eficaz e eficiente dando respostas rápidas a questões administrativas, estruturais e também operacionais.

3.8 – REGULAÇÃO X REGULAMENTAÇÃO

A questão da regulação possui entendimentos, sentidos diferenciados e permeia por diversas áreas do conhecimento, dentre elas temos a ciência política, ciência da administração e as ciências sociais. O surgimento do vocábulo regulação, aplicado ao Direito brasileiro, passou a existir com o movimento de Reforma do Estado, em especial com a consequente privatização das empresas estatais e da introdução da ideia de competição entre concessionárias na prestação de serviços públicos.

Este objetivo surgiu da necessidade de regular as atividades, objeto de concessão a empresas privadas, com o intuito de assegurar a regularidade na prestação dos serviços e também o funcionamento de forma equilibrada da concorrência.

Diante disso, podemos entender que o conceito de regulação perpassa tanto pelo estabelecimento e implementação de regras e normas quanto como uma forma de atuação do Estado para que se mantenha uma estabilização do sistema.

Assim, percebe-se que não existe um consenso na definição do vocábulo regulação, todavia existe a presença de alguns elementos pertinentes para a compreensão adequada do conceito como o estabelecimento de regras de conduta, o controle da atividade privada pelo Estado e pela finalidade pública.

No âmbito jurídico existe uma abrangência maior, pois atinge os serviços públicos exclusivos e não exclusivos do Estado. Como menciona Maria Sylvania Zanella Di Pietro, dentre os serviços públicos exclusivos “são objeto de regulação os comerciais e industriais do Estado, quando objeto de concessão, permissão ou autorização a empresa privadas”¹⁵⁹.

Maria Sylvania Zanella Di Pietro faz a seguinte diferenciação em relação aos termos regulação e regulamentação. Para a douta:

“Regular significa estabelecer regras, independentemente de quem as dite, seja o Legislativo ou o Executivo, ainda que por meio e órgãos da Administração direta ou entidades da Administração indireta. Trata-se de vocábulo de sentido amplo, que abrange, inclusive, a regulamentação, que tem um sentido mais estrito. Regulamentar significa também ditar regras jurídicas,

159 – Maria Sylvania Zanella Di Pietro, *Direito regulatório*, p. 22.



porém, no direito brasileiro, como competência exclusiva do Poder Executivo. Perante a atual Constituição, o poder regulamentar é exclusivo do Chefe do Poder Executivo (art. 84,IV), não sendo incluído, no parágrafo único do mesmo dispositivo, entre as competências delegáveis.¹⁶⁰

Cabe ressaltar que nos casos de empresas privadas a regulação visa à garantia da competição, bem como regular a atividade prestada pelas concessionárias e permissionárias, e, se necessário, modificar ou alterar as regras de execução dos serviços, atingindo também a fixação e reajuste das tarifas.

Em relação aos serviços públicos não exclusivos do Estado, devem-se pontuar aqueles que são prestados na área social, como, por exemplo, a saúde, a cultura e a assistência social. Assim, tais serviços também são objeto de regulação, sendo exercida pelo Estado por intermédio de atos do poder Executivo e do poder Legislativo, ou através de entidades públicas criadas para esse fim específico.

Diante desses aspectos citados, podemos entender que a regulação, na esfera jurídica, engloba além de uma regulação econômica, uma regulação social. Isto posto, conclui-se que sua abrangência é instituída como um conjunto de regras, tanto de conduta como de controle da atividade econômica privada e pública e, também, das atividades sociais não exclusivas do Estado, sempre com a função precípua de fazer prevalecer e assegurar o interesse da coletividade.

Importa destacar que existe diferenciação entre regulação e regulamentação, e com esta finalidade esclareceremos a seguir, de forma sucinta, suas diferenças e especificações, para que não se confundam no decorrer deste trabalho.

A regulamentação tem o objetivo de desempenhar uma função normativa, com uma aplicação mais restrita e limitada, uma vez que se manifesta na execução ou aplicação de uma norma. O poder regulamentar é uma atribuição da Administração Pública, sendo que alguns agentes públicos possuem competência para editar atos normativos – os regulamentos – os quais são compatíveis com a lei e objetivam desenvolvê-la. Já a regulação possui uma aplicação muito mais ampla e irrestrita. É possível, portanto, que a mesma se manifeste em atos de regulamentação.

A regulação é uma atividade desempenhada pelo Estado, sendo exercida nas suas várias esferas federativas (Município, Distrito Federal, Estado e União) para o desenvolvimento de funções administrativas, legislativas, jurisdicionais e de controle. Tem como pressuposto a produção ordenada e adoção de normas e atos estatais, de natureza repressiva e promocional, com o intuito de disciplinar a conduta tanto dos agentes particulares quanto também dos agentes públicos, sendo este um caráter peculiar do modelo regulatório.

160 – Idem, Parcerias na administração pública, p.150.

Em consonância com a explanação e entendimento de Marçal Justen Filho, a regulação “consiste na atividade estatal de intervenção indireta sobre a conduta dos sujeitos públicos e privados, de modo permanente e sistemático para implementar as políticas de governo e a realização dos direitos fundamentais.”¹⁶¹. Assim, a regulação exercida pelas agências reguladoras tem o papel fundamental na sociedade para que se faça cumprir as políticas adotadas pelo Estado impondo normas de conduta, e esta função foi de extrema importância para a eficiência do processo de desestatização.

O poder regulamentar é entendido como uma competência destinada a alguns agentes públicos, para que se edite ato normativo, com a finalidade de desenvolver normas complementares à lei, permitindo assim o seu cumprimento. Se expressa por intermédio de resoluções, portarias, deliberações, instruções e os regimentos, editados por diversas autoridades. Há de se destacar que esses atos possuem limites e alcance restrito a esfera de atuação do órgão expedidor, não possuindo a abrangência do regulamento.

Faz-se necessário, nesse contexto de diferenciação, acrescentar que o regulamento, como ato administrativo normativo unilateralmente imposto, visa dar o fiel cumprimento à lei cuja competência privativa é do Chefe do Poder Executivo, sendo indelegável, excetuando-se a hipótese do artigo 84, inciso VI, alínea “a”, da Constituição Federal.

4 – A FISCALIZAÇÃO DO SERVIÇO DE TELEFONIA MÓVEL

4.1 – PODER DE POLÍCIA

Para abordarmos a fiscalização do serviço de telefonia móvel indispensável o entendimento do conceito de Poder de Polícia. Assim, discorreremos a seguir sobre este importante tópico.

Dentre as atribuições da Administração Pública, o poder regulamentar e o poder de polícia são os que merecem destaque, devido a sua importância no exercício da função pública. Revestem-se de um dever-poder do agente público o qual não pode se furtar do agir, é uma obrigação, com o intuito de atingir o resultado previsto pela norma jurídica investido, logicamente, da competência para tal ato.

Verifica-se que não existe nenhum direito absoluto desta forma, até o exercício da liberdade não é ilimitado, bem como o uso, gozo e a disposição da propriedade, os quais estão consignados na Constituição Federal da República no artigo 5º.

O interesse Poder do Público e o coletivo devem ser preservados quando em conflito com o interesse do particular. Este não pode ser um entrave no desempenho, na efetivação dos

161 – Marçal Justen Filho, Curso de direito administrativo, p. 447.



fins do Estado ou mesmo da sociedade, portanto esse condicionamento, esta limitação da liberdade e da propriedade, em prol dos interesses públicos e sociais, é alcançado pela atribuição de Polícia Administrativa, sendo uma prerrogativa da Administração Pública.

No Código Tributário Nacional, no artigo 78, pode-se encontrar o conceito legal de Polícia Administrativa *in verbis*:

a atividade da Administração Pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos demais direitos individuais e coletivos.

Para Fernanda Marinela de Sousa Santos, Poder de Polícia é:

a atividade da Administração Pública que se expressa por meio de atos normativos ou concretos, com fundamento na supremacia geral e, na forma da lei, de condicionar a liberdade e a propriedade dos indivíduos mediante ações fiscalizadoras, preventivas e repressivas, impondo aos administrados comportamentos compatíveis com os interesses sociais sedimentados no sistema normativo¹⁶².

Em detrimento deste conceito, a expressão do Poder de Polícia pode ser exercida tanto por atos preventivos quanto fiscalizadores e repressivos. Cita-se, como preventivos, a expedição de licenças e autorizações para os quais a Administração tem a competência de conceder ou não. Os repressivos são aqueles atos como a produção de multa, intervenção de uma atividade, apreensões e embargo. Já os atos fiscalizadores são aqueles resultantes de vistorias, inspeções e exames realizados pela Administração.

Hely Lopes Meireles aborda o conceito de Poder de Polícia como “faculdade que dispõe a Administração Pública para condicionar, e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado”¹⁶³.

Para Marçal Justen Filho, “o Poder de Polícia Administrativa é a competência administrativa de disciplinar o exercício da autonomia privada para a realização de direitos fundamentais e da democracia, segundo princípios da legalidade e da proporcionalidade”¹⁶⁴.

162 – Fernanda Marinela de Sousa Santos, *op. cit.*, p. 151.

163 – Hely Lopes Meireles, *op. cit.*, p. 122.

164 – Marçal Justen Filho, *op. cit.*, p.57.

Quanto às suas características, em consonância com Diógenes Gasparini, o ato de polícia possui alguns elementos ensejadores e indispensáveis para a sua caracterização, sem os quais o descaracterizam.

Destarte, elenca-se: ser editado pela Administração Pública ou por quem de competência deve estar fundamentado em um liame geral de atender ao interesse público e social e, também, incidir sobre a propriedade ou sobre a liberdade.

A fundamentação para o exercício do Poder de Polícia está atrelada ao princípio da predominância, supremacia do interesse público sobre o particular, o que não se confunde com a atuação do Poder Público, já que estes são decorrentes de vínculos específicos. Assim, desta forma destina-se a prevenir o surgimento de atividades particulares nocivas aos interesses sociais ou públicos ou mesmo impedir o seu desenvolvimento.

4.2 – ATRIBUTOS DO PODER DE POLÍCIA

Com o objetivo de manter a ordem e o bem-estar social, a administração pública utiliza-se do Poder de Polícia, o que auxilia nesse controle da sociedade como um todo.

Constata-se na doutrina que não existe uma consonância em relação ao melhor termo a ser utilizado. Alguns entendem como características, outros como qualidades ou até mesmo como classes. No entanto a maioria enumera as seguintes características do Poder de Polícia: a coercibilidade, a discricionariedade e a autoexecutoriedade, o que se coaduna com a proposta deste trabalho monográfico.

A coercibilidade é um atributo que pode ser entendido como uma forma de obrigatoriedade, ou seja, o administrado se curva a este atributo não possuindo nenhuma independência, portanto a Administração pode recorrer à força pública para impor o cumprimento de uma norma (força coercitiva) e esta é indissociável da autoexecutoriedade.

A discricionariedade acontece quando a própria lei permite uma margem de liberdade de atuação, cabendo ao agente público analisar o caso concreto, de forma individualizada. Isso ocorre porque o legislador não tem o condão de prever todas as hipóteses ou situações em que deverá atuar.

Assim, nestes casos, numa situação onde ocorra uma lacuna jurídica deixada pelo legislador, a Administração possui certa liberdade de atuação, após análise, de decidir qual o melhor meio, momento e sanção aplicável para a situação.



A autoexecutoriedade é a possibilidade que a Administração Pública tem de tomar decisões executórias com os próprios meios, na forma de pôr em execução as suas decisões, sem precisar recorrer previamente ao Poder Judiciário, sem ferir a legalidade.

O Poder de Polícia Administrativa da agência se manifesta por atos normativos e concretos, que são os regulamentos, as intervenções de atividades, a fiscalização, a expedição de alvarás, licenças e autorizações, bem como também com a aplicação de sanção ou penalidade administrativa a qual resulta de um procedimento administrativo que apurou a realização de infração administrativa por parte do administrado, sendo aplicada na proporção do dano causado à coletividade ou ao Estado, desde que haja uma previsão legal.

Há que se destacar que sendo dispensável a conduta individual seja caracterizada como crime, basta que ela trouxesse inconveniência ou nocividade à sociedade, conforme disposições legais prévias.

Diante do exposto, pode-se concluir o quanto expressivo é o Poder de Polícia para a Administração Pública, tendo em vista que é diante deste instituto que a Administração consegue estabelecer, organizar e manter a sociedade num estado de cooperação, com a finalidade de preservar o interesse da coletividade.

4.3 – POLÍCIA ADMINISTRATIVA X POLÍCIA JUDICIÁRIA

Cumprir realizar a diferenciação entre esses dois institutos, já que o Poder de Polícia pode ser exercido em duas áreas de atuação estatal: na área administrativa e na área judiciária, as quais não se confundem.

A Polícia Administrativa possui um caráter preventivo, ou seja, visa evitar que uma conduta inadequada cause algum prejuízo à sociedade, impedindo assim às ações consideradas contrárias às regras sociais e pode incidir sobre direitos, atividades de particulares e também sobre bens. Esta atividade pode ser exercida por vários órgãos e agentes da Administração cujo objeto é a propriedade e a liberdade, sendo regida por normas administrativas.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o Poder de Polícia administrativa é:

“A atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção (*non facere*) a fim de

conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo.”¹⁶⁵

Já a Polícia Judiciária possui um carácter repressivo e está atrelada ao ilícito penal, sendo assim regida pelo Direito Penal e Processo Penal. Tem como objetivo a manutenção e proteção da ordem jurídica pública cuja atividade é exercida por órgãos especializados privativos (Polícia Militar e Civil), tendo como objeto a pessoa.

Cabe ressaltar que ambas, tanto a Polícia Administrativa quanto a Judiciária, possuem a mesma finalidade, ou seja, o interesse público cujo fundamento é a predominância, a supremacia do interesse público sobre o particular.

4.4 – A FUNÇÃO FISCALIZATÓRIA DA AGÊNCIA REGULADORA

Na execução da atividade de fiscalização da ANATEL, que é a capacidade de agir, em cumprimento à sua obrigação institucional, estabelece algumas medidas necessárias para delimitar ou disciplinar direitos, deveres e interesses, regulando as práticas ou abstenções de atos concernentes à organização das telecomunicações, sempre em favor do interesse público.

4.5 – CONCEITO DE TELEFONIA MÓVEL

O Serviço Móvel Pessoal ou simplesmente SMP – é o serviço que permite a comunicação entre celulares ou entre um celular e um telefone fixo. Tecnicamente, é definido como o serviço de telecomunicações móvel terrestre de interesse coletivo que possibilita a comunicação entre estações móveis e de estações móveis para outras estações.

4.6 – REGULAMENTO DO SERVIÇO MÓVEL PESSOAL

Antes de adentrarmos no regulamento do serviço móvel pessoal, abordaremos o entendimento de regulamento e os tipos de regulamento.

A doutrina apresenta diversas classificações, entretanto nos ateremos à classificação exposta por Diógenes Gasparini com a qual nos coadunamos e que apresenta da seguinte forma: regulamentos executivos, regulamentos delegados e regulamentos autônomos.

165 – Celso Antônio Bandeira de Mello, op. cit., p. 643.



Os regulamentos executivos também chamados de execução ou subordinado, com previsão no art. 84, IV, da Constituição Federal, segundo Diógenes Gasparini:

(...) “é o que se preordena ao desenvolvimento de determinada lei. Presta-se, pois, a efetivar a exequibilidade da lei, particularizando-a de modo a torná-la praticável no que respeita à sua generalidade e abstração ou no que concerne ao procedimento a ser observado na sua aplicação”¹⁶⁶.

Ele não inova a ordem jurídica, pois está adstrito ao princípio da legalidade.

Já os regulamentos delegados, também chamados de autorizados ou habilitados, para Diógenes Gasparini, “são editados pelas autoridades competentes, em atendimento a uma norma legal, para prover matéria reservada à lei”¹⁶⁷. Vale ressaltar que este tipo de regulamento está reservado para tratar sobre a matéria específica e, caso extrapole o limite imposto, ele se torna ilegal.

Como o regulamento não é lei no sentido formal, ele não cria direito novo, assim há de se pontuar que no nosso ordenamento jurídico não acolhe o regulamento delegado, uma vez que não se pode delegar atribuições delegadas.

Os regulamentos autônomos, também conhecidos como independentes, ainda conforme Diógenes Gasparini, “são aqueles editados pela autoridade competente para dispor sobre matérias constitucionalmente reservadas ao Executivo”¹⁶⁸.

Há de se pontuar que a doutrina diverge sobre a aplicação deste regulamento no nosso ordenamento jurídico, tendo em vista que ele tem a faculdade de inovar a ordem jurídica.

Diante do exposto, o regulamento do serviço móvel pessoal aprovado pela Resolução nº 477, de 7 de agosto de 2000, classifica-se como executivo; nele estão dispostas todas as regras, as características, definições, abrangência e objetivos pertinentes ao serviço.

4.7 – DIREITOS E DEVERES ASSEGURADOS AO USUÁRIO/CONSUMIDOR

Verifica-se que os direitos e deveres dos usuários estão elencados na Resolução nº 477 a partir do artigo 6º até o 9º, elencados abaixo *in verbis*:

166 – Diógenes Gasparini, *Direito administrativo*, p. 124

167 – *Ibid.*, p. 125

168 – *Ibid.*, mesma página.

Art. 6º Respeitadas às disposições constantes deste Regulamento bem como as disposições constantes do Termo de Autorização, os Usuários do SMP têm direito a:

- I - liberdade de escolha de sua prestadora;
- II - tratamento não discriminatório quanto às condições de acesso e fruição do serviço e das facilidades e comodidades adicionais;
- III - informação adequada sobre condições de prestação do serviço, facilidades e comodidades adicionais e seus preços;
- IV - inviolabilidade e sigilo de sua comunicação, respeitadas as hipóteses e condições constitucionais e legais de quebra de sigilo de telecomunicações;
- V - conhecimento prévio de toda e qualquer alteração nas condições de prestação do serviço que lhe atinja;
- VI - obter mediante solicitação, a suspensão do serviço prestado;
- VII - não suspensão do serviço sem sua solicitação, ressalvada a hipótese de débito diretamente decorrente de sua utilização ou por descumprimento de condições contratuais ou de deveres constantes do art. 4º da LGT;
- VIII - prévio conhecimento das condições de suspensão do serviço;
- IX - privacidade nos documentos de cobrança e na utilização de seus dados pessoais pela prestadora;
- X - resposta eficiente e pronta, pela prestadora, às suas reclamações, solicitações de serviços, pedidos de informação, consultas e correspondências;
- XI - encaminhamento de reclamações ou representações contra a prestadora junto à ANATEL, outras entidades governamentais ou aos organismos de defesa do consumidor;
- XII - reparação pelos danos causados pela violação dos seus direitos;
- XIII - obter, gratuitamente, mediante solicitação, a não divulgação ou informação do seu Código de Acesso para a estação de telecomunicações chamada, respeitadas as restrições técnicas;
- XIV - não divulgação de seu nome associado a seu Código de Acesso, salvo expressa autorização;
- XV - substituição do seu Código de Acesso, desde que haja viabilidade técnica, sendo facultado à prestadora a cobrança pela alteração;
- XVI - portabilidade de Código de Acesso, observadas as disposições da regulamentação;
- XVII - manutenção, quando de seu interesse, do seu Código de Acesso quando a prestadora promover mudança de padrões de tecnologia ou quando da mudança entre Planos de Serviços de uma mesma prestadora;
- XVIII - não ser obrigado a consumir serviços ou a adquirir bens ou equipamentos que não sejam de seu interesse;



XIX - ter restabelecida a integridade dos direitos relativos à prestação dos serviços, a partir da purgação da mora, nos termos previstos no art. 52;

XX - bloqueio da utilização de quaisquer comodidades ou facilidades não previstas no Plano de Serviço ao qual está vinculado, bem como de serviços de valor adicionado, com a correspondente redução no valor devido pelo Usuário, independentemente de prazo de carência ou multa, ressalvados os débitos já constituídos junto à prestadora;

XXI - obter, gratuitamente, em até 24 horas da solicitação, a interceptação pela prestadora das chamadas dirigidas ao antigo Código de Acesso do SMP e a informação de seu novo código do SMP, inclusive quando este for de outra prestadora do SMP, pelo prazo de 60 (sessenta) dias, a contar da data da rescisão do contrato de prestação dos serviços;

XXII - livre escolha e opção do Plano de Serviço ao qual estará vinculado dentre os oferecidos pela prestadora;

XXIII - transferência de titularidade de seu Contrato de Prestação do SMP;

XXIV - não recebimento de mensagem de cunho publicitário da prestadora em sua Estação Móvel, salvo na hipótese de consentimento prévio.

Art. 7º. O Usuário do SMP, em todos os Planos de Serviço oferecidos pela prestadora, tem direito ainda ao recebimento, sem ônus, de relatório detalhado dos serviços dele cobrados incluindo, no mínimo, para cada chamada, as seguintes informações:

I - a Área de Registro de origem e Área de Registro ou localidade de destino da chamada;

II - o Código de Acesso chamado;

III - a data e horário (hora, minuto e segundo) do início da chamada;

IV - a duração da chamada (hora, minuto e segundo);

V - valor da chamada, explicitando os casos de variação horária.

§1º O Usuário pode exigir da prestadora o relatório detalhado relativo aos 90 (noventa) dias imediatamente anteriores a seu pedido.

§2º O Usuário pode requerer que lhe seja enviado periodicamente o relatório detalhado previsto neste artigo com frequência igual ou superior a um mês.

§3º Na hipótese do §1º, a prestadora deve tornar disponível ao Usuário, em até 48 (quarenta e oito) horas, o relatório detalhado.

Art. 8º Constituem deveres dos Usuários do SMP:

I - levar ao conhecimento do Poder Público e da prestadora as irregularidades de que tenha conhecimentos referentes ao SMP;

II - utilizar adequadamente o SMP, respeitadas as limitações tecnológicas;

III - cumprir as obrigações fixadas no Contrato de Prestação do SMP, em especial efetuar pontualmente o pagamento referente à prestação do serviço, observada as disposições deste Regulamento;

IV - somente fazer uso de Estação Móvel que possua certificação expedida ou aceita pela ANATEL;

V - manter a Estação Móvel dentro das especificações técnicas segundo as quais foi certificada;

VI - indenizar a prestadora por todo e qualquer dano ou prejuízo a que der causa, por infringência de disposição legal, regulamentar ou contratual, independentemente de qualquer outra sanção;

VII - comunicar imediatamente à sua prestadora:

a) o roubo, furto ou extravio de aparelhos;

b) a transferência de titularidade do aparelho;

c) qualquer alteração das informações cadastrais.

Art. 9º Os direitos e deveres previstos neste Regulamento não excluem outros previstos na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, na regulamentação aplicável e nos contratos de prestação firmados com os Usuários do SMP.

Visa destacar que nossa Carta Magna trouxe no título sobre os Direitos e Garantias fundamentais, questões inerentes à proteção ao consumidor, assegurando que os seus direitos não fossem violados e, em caso de descumprimento, sanções devem ser aplicadas.

No artigo 5º, inciso XXXII, o constituinte determinou ao Estado que este deve promover a Defesa do Consumidor e que a competência para legislar sobre o assunto é concorrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal.

Foi nesse contexto que surgiu o Código de Defesa do Consumidor, dispondo normas de ordem pública e de interesse social, inaugurando uma nova ordem jurídica revolucionando o direito privado.

O Código de Defesa do Consumidor surgiu de uma necessidade da sociedade em proteger o hipossuficiente: o consumidor e, através dele, estabeleceu normas e princípios com o objetivo de proteger os direitos do consumidor bem como disciplinar as relações e as responsabilidades entre o fornecedor (fabricante de produtos ou o prestador de serviços) com o consumidor final, estabelecendo padrões de conduta, prazos e penalidades dispostos em 119 artigos.

A proteção administrativa do consumidor se dá através do funcionamento do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), instituído pelo art. 105 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) e regulamentado pelo Decreto nº 2.181/97. É composto por órgãos federais, estaduais, municipais e do Distrito Federal, além das entidades privadas de Defesa do Consumidor. Tem como objetivos a defesa, no âmbito administrativo, do consumidor e a aplicação da Política Nacional de Relações de Consumo.



Sua coordenação política cabe ao Departamento Nacional de Defesa do Consumidor (DPDC), órgão integrante da Secretaria de Direito Econômico (SDE) e do Ministério da Justiça (MJ), cujas atribuições estão insertas no art. 106 do CDC.

Cumpra-se destacar que a ANATEL integra o SNDC, portanto com deveres claros de implementar mecanismos de equilíbrio na assimetria informacional existente entre os sujeitos da relação jurídica estabelecida na relação de consumo.

Com base no Código de Defesa do Consumidor, o usuário de serviço de telecomunicações é consumidor, pois segundo a definição de consumidor disposto no artigo 2º, consumidor é “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Equipara-se a consumidor, a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.”

As prestadoras de serviço móvel pessoal se enquadram como fornecedoras de serviço, cujo conceito está expresso no artigo 3º *in verbis*: “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.”

Diante desta relação de consumo estabelecida pelo usuário X prestadora – o Código de Defesa do Consumidor também é aplicável quando da existência de violação dos direitos do consumidor.

A ANATEL como órgão regulador e fiscalizador do serviço de telecomunicações protege os direitos dos usuários, tendo como base o regulamento do serviço móvel pessoal, já citado (Resolução nº 477, 07/08/2007), utiliza-se também o Código de Defesa do Consumidor subsidiariamente para que os direitos dos usuários sejam assegurados.

Vale ressaltar que não exclui a atuação dos demais órgãos de proteção do consumidor, como Ministério Público, o Judiciário, PROCON (Superintendência de Proteção e Defesa do Consumidor), DPDC (Departamento Nacional de Defesa do Consumidor) e os demais integrantes do SNDC (Sistema Nacional de Defesa do Consumidor).

Dentre os principais ofensores, constata-se a ocorrência de cobranças indevidas, serviços adicionais, atendimento, planos de serviços, cancelamento, reparo, habilitação, bloqueio, promoções e código de acesso.

O índice que merece destaque é o de cobrança indevida, o que é um afronte e desrespeito tanto ao Código de Defesa do Consumidor quanto aos ditames do regulamento do serviço (Resolução nº 477/2007).

5 – A RESPONSABILIDADE CIVIL

Há vários conceitos desenvolvidos pelos doutrinadores sobre o que é responsabilidade civil, entretanto nos assemelhamos ao entendimento utilizado pelo grande jurista Sérgio Cavalieri Filho que define como: “um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.”¹⁶⁹

Já o doutrinador Caio Mário da Silva Pereira entende como “a obrigação de reparar o dano que uma pessoa causa a outra.”¹⁷⁰

Desta forma, fica claro que havendo uma violação de um dever jurídico configura a prática de um ato ilícito, o que, quase sempre, pode acarretar um dano, surgindo daí um novo dever jurídico, um encargo, uma obrigação, a responsabilidade civil, e, como bem conclui Sérgio Cavalieri “toda conduta humana que, violando dever jurídico originário, causa prejuízo a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil.”¹⁷¹

Nessa seara, vejamos que existe uma distinção entre obrigação e responsabilidade, pois enquanto a obrigação “é sempre um dever jurídico originário; a responsabilidade é um dever jurídico sucessivo consequente à violação do primeiro.”¹⁷²

No Código Civil, a responsabilidade civil está disposta na forma no Título IX, nos artigos 927 a 943, entretanto podemos verificar a existência de ditames em outros pontos do mesmo mandamento legal.

A responsabilidade civil, a depender da natureza jurídica da norma violada, pode ser de duas espécies: a contratual, que tem como base no adimplemento da obrigação e pressupõe uma relação jurídica obrigacional preexistente, ou seja, um dever oriundo de um contrato cuja referência encontra-se nos artigos 389 e 395 do Código Civil; já a extracontratual ou também conhecida como aquiliana, que possui procedência no descumprimento direto da lei, ou seja, surge o dever em virtude de lesão a direito subjetivo sem que exista uma relação jurídica preexistente e há previsão nos artigos 168 e 927 do Código Civil. Em suma, o dever jurídico de indenizar pode ser oriundo da lei ou da vontade dos indivíduos.

Desta forma, nos contratos de adesão firmados entre os usuários e as prestadoras há existência de uma responsabilidade civil contratual gerando o dever jurídico de indenizar, caso ocorra o descumprimento obrigacional ou a violação de um dever jurídico criado pelas partes no contrato, havendo uma relação jurídica preexistente entre as partes.

169 – Sérgio Cavalieri Filho, Programa de responsabilidade civil, p. 2.

170 – Caio Mário da Silva Pereira, Responsabilidade civil, p. 7.

171 – Sérgio Cavalieri Filho, op. cit., p. 2

172 – Ibid., mesma página.



Há doutrinadores que não são adeptos desta dicotomia, entendendo que os aspectos não possuem tanta relevância e sim as consequências da violação do dever jurídico.

Outra classificação se dá no que tange à apuração mediante a culpa. Nesse entendimento e em consonância com o artigo 186 do Código Civil, a culpa entra como fundamento da responsabilidade subjetiva. Desta forma, a pessoa lesada só obterá a reparação do dano se conseguir provar a culpa do agente causador.

A responsabilidade objetiva encontra-se respaldada no artigo 187 e 927 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Imprescindível pontuar que a responsabilidade objetiva tem supedâneo na teoria do risco, a qual pauta-se em princípios e valores sociais, como a boa-fé e equidade, tendo respaldo na Constituição Federal/88, onde a proteção à dignidade da pessoa humana está entre os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Assim explicita Sílvio Rodrigues que:

“Na responsabilidade objetiva a atitude culposa ou dolosa do agente causador do dano é de menor relevância, pois, desde que exista relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente, surge o dever de indenizar, quer tenha este último agido ou não culposamente.

A teoria do risco é a da responsabilidade objetiva. Segundo essa teoria, aquele que, através de sua atividade, cria risco de dano para terceiros deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua atividade e seu comportamento sejam isentos de culpa. Examina-se a situação, e, se for verificada, objetivamente, a relação de causa e efeito entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima, esta tem direito de ser indenizada por aquele.”¹⁷³

173 – Sílvio Rodrigues, *Direito civil*, p.10

5.1 – RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A responsabilidade no âmbito do Estado é sempre civil de ordem pecuniária. Assim, toda vez que há um dano ocasionado a terceiro, por um comportamento omissivo ou comissivo de um agente do Estado, a responsabilidade patrimonial poderá ser acionada e independe se o ato tenha sido lícito ou ilícito.

Como bem explicita Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

A responsabilidade extracontratual do Estado corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídico, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos.¹⁷⁴

A responsabilidade de indenizar da Administração Pública está prevista no artigo 37, § 6º da Constituição Federal que assim estatui: “as pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado, prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

Assim, em consonância com os ditames constitucionais, existem duas regras: a da responsabilidade objetiva do Estado e a da responsabilidade subjetiva do agente público. Vale destacar que o responsável é a pessoa jurídica pública ou privada a qual faz parte da Administração Pública, assim, independentemente de culpa ou falta, responde o Estado porque causou dano ao seu administrado.

Em harmonia com o doutrinador Celso Antônio Bandeira de Melo o qual explicita que:

O fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. De consequente, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito.¹⁷⁵

Como podemos verificar, o Estado pratica ato ilícito não só por omissão, ou seja, quando deixa de fazer o que tinha o dever de fazer; como também por comissão quando faz o que não devia fazer, portanto a responsabilidade da Administração Pública é objetiva.

174 – Maria Sylvia Zanella Di Pietro, op. cit., p. 548

175 – Celso Antônio Bandeira de Melo, op. cit., p. 866



Sua fundamentação está sediada no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, o qual explicita sobre a responsabilidade objetiva do Estado, desde, é claro, que haja nexos de causalidade entre o serviço prestado e a ocorrência do dano.

O grande jurista Yussef Said Cahali ao abordar a questão da responsabilidade das autarquias pontua:

“Reconhecemos que seria extremado imputar-se às autarquias a responsabilidade objetiva da regra constitucional em função exclusiva da sua natureza de pessoa jurídica de direito público sem qualquer consideração a respeito de suas finalidades ou de seu campo de atuação; embora, a rigor, fosse defensável esse entendimento, por enquadrável a entidade autárquica na primeira parte do art. 37, § 6º (pessoa jurídica de direito público), de modo que, distorcida aquela em suas finalidades, o particular lesado teria de ser indenizado com base na responsabilidade civil objetiva. Parece-nos, porém, mais razoável, especialmente considerando a falta de estrutura científica que vem caracterizando a descentralização do Estado, que as atividades tipicamente de natureza privada desempenhadas pelas autarquias, como sendo aquelas despidas de qualquer conotação de serviço público no seu sentido técnico, melhor identificadas como atividade empresarial, privada, como atividade econômica de finalidade especulativa, devem ser examinadas da perspectiva da responsabilidade civil do direito comum, e não da responsabilidade objetiva da regra constitucional. Em tais casos, para definição da responsabilidade indenizatória, prevalece a definição quanto ao conteúdo da atividade ou do serviço prestado, o que, de alguma forma, não é incompatível com o texto constitucional, que, na segunda parte, deslocou o eixo da responsabilidade objetiva para a prestação do serviço público.”¹⁷⁶

Assim, no exercício da fiscalização exercido pela agência reguladora, tem como pilar básico, ao lado da regulamentação e da outorga de serviços, a responsabilidade por falha que gera dano tanto à sociedade quanto ao usuário de serviço de telecomunicações.

Visa destacar que a atividade de fiscalização da ANATEL objetiva priorizar a garantia dos direitos dos usuários de serviços de telecomunicações e a qualidade destes serviços prestados em regime público e privado de interesse coletivo, entretanto mesmo com o exercício da fiscalização as prestadoras continuam a cometer abusos e irregularidades.

No ano de 2011 a Superintendência de Radiofrequência e Fiscalização (SRF) apresentou relatório gerencial sobre a fiscalização, quanto ao cumprimento do Plano Geral de Metas de

176 – Yussef Said Cahali, Responsabilidade civil do Estado, p. 127

Qualidade (PGMQ), onde foram identificados vários indícios de irregularidades praticadas pelas prestadoras de serviço móvel pessoal, dentre os quais, destacamos:

- Erro na contabilização do tempo de espera em lojas ou método de coleta do tempo inválido ou inexistente;
- Chamadas atendidas pelo centro de atendimento em tempo superior a 60 segundos;
- Tratamento discriminatório da prestadora, impedindo a adesão ao pré-pago em determinados municípios;
- Não atualização do cadastro dos usuários;
- Comercialização e ativação de aparelhos não homologados/certificados;
- Não cumprimento do prazo para resposta às contestações de débito;
- Prestadora não mantém a gravação das chamadas dos usuários aos centros de atendimento ou não fornece acesso à gravação;
- Prestadora não oferece o prazo mínimo para o usuário optar por outro plano de serviço;
- Não realização de transferência de titularidade;
- Não notificação ao usuário sobre o bloqueio da estação móvel;
- Relatório detalhado de serviços não conforme com a regulamentação;
- Envio do relatório detalhado de serviços após o prazo estabelecido ou não envio;
- Entrega do documento de cobrança em menos de cinco dias para a data do vencimento;
- A prestadora não devolve em dobro, acrescido de correção monetária e juros legais, os valores cobrados e pagos indevidamente ou devolve após o prazo;
- Suspensão do serviço por inadimplência em prazo inferior ao estabelecido e restabelecimento do serviço em prazo superior ao regulamentado;
- Bloqueio indevido do serviço;
- Fornecimento de informação incorreta ao usuário;
- Retenção indevida de solicitação de cancelamento;
- Cobrança de serviços após 24 horas da solicitação de rescisão;
- Contratos de fidelização com prazo de permanência superior a 12 meses;
- O contrato de prestação do serviço não contém todas as cláusulas obrigatórias;
- A prestadora não disponibiliza cartões com prazo de validade de 180 dias em todas as lojas próprias;
- A prestadora não fornece ao consumidor cópia do contrato de prestação de serviço, do contrato de adesão ou do plano de serviço contratado;
- Não disponibilização de planos na internet ou em setores de atendimento e não fornecimento de comparação entre os planos;
- Não disponibilização dos endereços dos setores de atendimento no site da prestadora;
- Alteração do plano de serviço ou de titularidade sem solicitação do usuário;
- Cobrança de multa rescisória não proporcional;
- Indisponibilidade de crédito pré-pago ou cancelamento de linha pré-paga antes do prazo;
- Não encaminhamento de chamadas aos serviços de emergência ou em casos de *roaming*;



- Não informação ao público em casos de interrupção ou indisponibilidade de serviços;
- Não é apresentado claramente o valor do benefício concedido;
- Inserção de usuário em sistema de proteção de crédito antes do prazo;
- Cobrança na fatura do consumidor de serviços não solicitados.

Diante desta realidade, o que se pode concluir é que a agência reguladora ainda não consegue coibir de forma incisiva e eficiente, evitando assim que as prestadoras cometam irregularidades e práticas abusivas contra os usuários de telefonia móvel e as medidas ainda não são suficientes para preservar e assegurar os direitos dos usuários de telefonia móvel.

6 – CONCLUSÃO

Diante do exposto, constatamos que a agência reguladora possui alguns entraves no fiel desempenho das suas atribuições, dentre os quais citamos as implicações políticas que terminam a afetar os interesses da coletividade.

Além desses entraves, podemos citar também a questão dos limites normativos, pois existe a prevalência, em tese, do Poder Legislativo na competência de editar e criar as leis, função típica reconhecidamente no lastro constitucional e, quanto ao Poder Executivo, por intermédio dos atos administrativos, sempre respaldados pelos limites legais, e regulamentar as leis em seus aspectos técnicos pelo poder normativo da agência reguladora.

Os limites impostos ao poder normativo da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL encontra-se nos próprios parâmetros legais, prestando um serviço de interesse público, utilizando-se de instrumentos normativos e do seu Poder de Polícia para coibir as possíveis irregularidades que possam acontecer, evitando e reparando algum eventual desequilíbrio, preservando o interesse coletivo.

Dentre as atribuições da agência, na atividade reguladora do Estado, compete a agência “adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade.”¹⁷⁷, entretanto como já citado há obstáculos políticos.

Apesar dessa atribuição, os direitos dos usuários continuam a ser violados pelas prestadoras e a Agência Reguladora, no desenvolvimento da sua atividade fiscalizatória, não consegue coibir em sua plenitude, fazendo com que os que se sentem prejudicados busquem a tutela jurisdicional assegurando assim os seus direitos.

177 – <http://anatelnet/Portal/exibirPortal.do#> acessado em 23 de maio de 2012

No dia 23/07/2012 a agência adotou medidas protetivas suspendendo a comercialização de novas linhas pelas prestadoras OI, TIM e CLARO por apresentarem um alto índice de reclamações de usuários no que tange à prestação do serviço, cuja repercussão foi em nível nacional.

Na Bahia, pontualmente a prestadora TIM ficou impedida de novas vendas, sendo condicionada a apresentar um Plano Nacional de Ação de Melhoria da Prestação do Serviço Móvel Pessoal (SMP), no prazo de até 30 dias, contendo medidas capazes de garantir a qualidade do serviço e das redes de telecomunicações, em especial quanto ao completamento e à interrupção de chamadas e ao atendimento aos usuários.

A medida foi louvável, entretanto o efeito esperado de imediato para os usuários ainda não foram objetivados, pois o usuário continua a sofrer com a má prestação do serviço.

As prestadoras buscaram a tutela jurisdicional para reverter à situação, porém, conforme decisão judicial, a medida da agência foi considerada regular, com supedâneo na Constituição Federal e na legislação setorial, preservando a autonomia, a qual não causou nenhum prejuízo ao consumidor.

No dia 03/08/2012, após a apresentação do plano de melhoria por Estado, a agência autorizou novamente que as prestadoras pudessem comercializar e ativar novos acessos.

Há que se considerar, no cenário atual, que, independentemente das medidas adotadas pela agência para proteger os direitos dos usuários, a Administração Pública possui responsabilidade objetiva pela ineficácia e ineficiência na defesa dos direitos dos usuários de telefonia móvel, e tendo em vista que no nosso ordenamento jurídico constitucional ficou consagrado a Teoria do Risco Administrativo.

Já existem precedentes no Supremo Tribunal Federal no intuito de aceitar a Teoria da Culpa Administrativa, responsabilizando a Administração Pública e seus agentes por suas omissões. (RE 172.025/RJ, Relator Ministro Ilmar Galvão, DJ de 19/12/1996; RE 130.764/PR, Relator Ministro Moreira Alves, RTJ 143/270; RE 369820/RS, Relator Ministro Carlos Velloso, DJ de 27/02/2004).

Responsabilizar apenas as prestadoras de forma indiscriminada e absoluta pela prática de irregularidades na prestação do serviço só com base no Código de Defesa do Consumidor e não responsabilizar a Administração Pública é uma forma injusta. Ambos devem ser responsabilizados, tendo em vista que os usuários precisam ser protegidos, já que remuneram mediante pagamento a utilização do serviço, eis que este continua sendo público apesar da concessão ou permissão.



7 – REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de Direito.** *In* Revista de Informação Legislativa. Brasília, v. 37, n. 148, out-dez/2000.

Aragão, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**, 16ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003; 18ª ed. 2005.

_____. **Discricionariedade e controle jurisdicional**, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade; por uma teoria geral da política.** Tradução de Marco Aurélio Nogueira, 8ª ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas.** Tese de doutorado. Orientadora Professora Doutora Maria Sylvania Zanella di Pietro. São Paulo, 2000.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do estado.** 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Direito administrativo.** 3. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2004.

CRETELLA JR, José. **Tratado de direito administrativo.** Vol. V 2. ed. São Paulo: Ed. Forense Jurídica, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado.** 19ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988.** São Paulo: Atlas, 1991.

_____. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 1999.

_____. **Participação popular na administração pública**, *in* Revista Trimestral de Direito Público, n. 1, São Paulo, Malheiros, 1993.

- _____. **Direito administrativo**. 15ª. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- _____. **Direito regulatório** – temas polêmicos. 2ª ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999.
- _____, GRINOVER, Ada Pellegrini, e WATANABE, Kazuo. **Participação e processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988.
- FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. **Eficácia jurídica e violência simbólica – o direito como instrumento de transformação social**. São Paulo, Editora Universidade de São Paulo, 1988.
- _____. (organizador). **Regulação, direito e democracia**. José Eduardo Campos de Oliveira Faria (organizador), São Paulo, Fundação Perseu Abramo, 2002.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Agências reguladoras: legalidade e constitucionalidade**, in Revista Tributária e de Finanças Públicas, vol. 8, n. 35, nov./dez., 2000.
- _____. **Introdução ao estudo do direito**, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 1994.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**, 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001.
- FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de direito administrativo**. 23ª ed., revista, ampliada e atualizada, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.
- FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público**, São Paulo: Max Limonad, 2000.
- GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Agências reguladoras: a metamorfose do Estado e da Democracia – uma reflexão de direito constitucional e comparado**. [on-line] Disponível via WWW. URL: <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto027.htm>
- GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.
- MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**, 3. ed. rev. e atualizada. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**, São Paulo: Malheiros, 2000.



MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MORAES, Alexandre. **As agências reguladoras**, in Revista dos Tribunais, vol. 90, n. 791.

MOREIRA, Vital. **Administração Autônoma e Associações Públicas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

NUNES, Rizzatto. **Manual da monografia jurídica**. 7ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2009.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito administrativo descomplicado**. 17 ed. ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PEREZ, Marcos Augusto. **As agências reguladoras no direito brasileiro: origem, natureza e função**, in Revista Trimestral de Direito Público, n. 23, julho/ 1998.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Fernanda Marinela de Sousa. **Direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Impetus, 2010.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 20. ed. São Paulo: Cortez, 1996.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 16ª ed., revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda Constitucional n. 20 de 15.12.1998), São Paulo, Malheiros, 1999.

O TRANSEXUAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Walmary Dias Pimentel¹⁷⁸

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 BREVE PERSPECTIVA PARA MELHOR COMPREENSÃO DO DESENVOLVIMENTO DO TEMA; 2.1 A EVOLUÇÃO DA SITUAÇÃO JURÍDICA DO TRANSEXUAL E DA CIRURGIA DE TRANSEXUALIZAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO EM UMA ANÁLISE COMPARADA; 3 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA; 3.1 BREVES CONSIDERAÇÕES; 4 O PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA IGUALDADE ENTRE AS PESSOAS E A VEDAÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO; 5 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE: O NOME E SUA NATUREZA JURÍDICA; 5.1 POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL; 6 CONCLUSÃO; 7 REFERÊNCIAS.

Resumo

O presente estudo tem como objetivo primordial trazer à discussão, sob a ótica dos princípios e direitos constitucionais, permeando pelos conceitos da medicina e da psicologia, numa abordagem interdisciplinar, e à luz do Direito Civil, a realidade jurídica dos transexuais, o exercício dos direitos inerentes à sua personalidade, tais quais a possibilidade de realizar a cirurgia de adequação sexual física à psíquica, como já devidamente autorizada pela lei, a fim de moldar o corpo ao psique e a modificação do prenome e sexo civil, visando a adaptação de elementos caracterizadores fundamentais da pessoa no âmbito coletivo compreendendo as realidades necessárias para um ajuste integral do transexual e consequente inclusão social. Uma realidade até então posta e que refletem princípios que prestigiam a dignidade humana como centro de todo o sistema instaurado. O percurso dos interessados na mudança de sexo é difícil, repleto de obstáculos de diversas ordens, onde muitas vezes o Judiciário representa a consolidação do sofrimento e da exclusão social. O exercício pleno da cidadania num estado democrático de direito exige o reconhecimento à redesignação sexual e retificação do nome e do sexo no registro civil, além do direito à família, especificamente, ao casamento e à filiação. Direitos constitucionalmente garantidos a todos brasileiros, independentemente de sua orientação sexual. Que Brasil queremos afirmar? Toda intolerância seja ela por motivo religioso, étnico, racista, sexista, de orientação sexual tem o mesmo genes. E a intolerância ganha dimensões de tragédia

178 – Defensora Pública de Classe Especial, Especialista em Direito do Estado pela Faculdade Baiana de Direito



quando é incrementada pelos aparelhos do Estado. Mas, por outro lado, também a leniência ou mesmo a abstinência do Estado em relação a essa matéria permite o esfacelamento do projeto democrático. Visando diminuir e/ou erradicar a discriminação sexual no Brasil, está em estudo o Estatuto da Diversidade Sexual, buscando dar visibilidade e impor respeito às diferenças de caráter sexual, bem como inserir os direitos das pessoas lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis e transgêneros no sistema jurídico. A educação é o fator que rege um país civilizado. O combate à discriminação sexual é apenas mais uma das formas de educar a sociedade para aprender o que é, de fato, humanidade.

Palavras-chave: Transexual; Direitos Constitucionais do Transexual; Transexualidade e os Princípios Fundamentais.

Abstract

The present study aims to bring primary discussion from the perspective of constitutional principles and rights, permeating the concepts of medicine and psychology, with an interdisciplinary approach, and concerning the Civil Law, the legal reality of transsexuals, the exercise of rights inherent in his personality, as well as the possibility of surgery to physical sexual adequacy psychic, as authorized by law in order to shape the psyche and the body modification, also the first name and sex civil, aiming at adapting fundamental elements that characterize person under the collective understanding of the necessary realities for a full set of transsexual and consequent social inclusion. A reality so far existed which bring us to reflect principles that honor the human dignity at the center of the whole system already set up. Pathways of interest in sex change is difficult, fraught with obstacles of various orders, in which the judiciary often represents the consolidation of suffering and social exclusion. The full exercise of citizenship in a democratic state of law requires the recognition of sex reassignment and rectification of name and sex in the civil registry, and the right to family, specifically, to marriage and parentage. Constitutionally guaranteed rights to all Brazilians, regardless of their sexual orientation. Every intolerance whether by religious, ethnic, racist, sexist, sexual orientation reasons have the same genes. And intolerance wins dimensions of tragedy when is incremented by the State apparatus. But on the other hand, also the leniency or even the withdrawal of the state in relation to this matter allows the breakdown of the democratic project. Aiming to reduce and / or eliminate sex discrimination in Brazil, the study of the Status of Sexual Diversity, seeking visibility impose respect for differences of a sexual nature, as well as inserting the rights of lesbian, gay, bisexual, transgender, transvestites and transgenders in the legal system. Education is the factor that governs a civilized country. The fight against sexual discrimination is just one of the ways to educate society to learn what is in fact humanity.

Keywords: Transexual; Constitutional Rights of Transgender; Transsexuality; Fundamental Principles.

1 – INTRODUÇÃO

“**I**nteressa-nos, enquanto profissionais do Direito, pensar e repensar a melhor a liberdade dos sujeitos, acima de conceitos estigmatizantes e moralizantes que servem de instrumento de expropriação da cidadania.”
(Rodrigo da Cunha Pereira)

Inserir os direitos dos transexuais no ordenamento jurídico brasileiro é um dos mais novos desafios dos operadores de Direito, em consonância com a nova realidade social e frente à necessidade de romper barreiras e fronteiras do tabu e preconceitos.

Nem sempre o *fato jurídico* se mostra capaz de acompanhar o *fato social* com a mesma velocidade com que este é produzido. Por vezes, a mobilização e luta se fazem necessárias para adequar à situação jurídica de determinado contexto à sua *situação de fato*. O Direito é uma construção social e o meio de atingi-lo é a luta. A comprovação de tal teoria se torna especialmente visível na análise das lutas de minorias sociais pela plena efetivação de seus direitos em qualquer âmbito.

A problemática do *sexo dos indivíduos* é um questionamento latente e discutido no Brasil há algum tempo até com sérias divergências jurisprudenciais. Durante longo tempo, tratado sob os aspectos anatômicos, parecia não apresentar problemas. Atualmente, a medicina considera outros aspectos, devendo-se ao sexo anatômico acrescer o sexo genético ou cromossômico, o sexo hormonal e o sexo psicológico ou psicossocial, que é a consciência do sujeito de pertencer a um sexo que é seu e determinar seu comportamento social.

O *transexualismo* se caracteriza por uma contradição entre o sexo físico aparente, determinado geneticamente, e o sexo psicológico. Não se confunde, portanto, com o intersexualismo – constituído por anomalias físicas, hormonais ou genéticas que conduzem a um sexo falso – ou com o homossexualismo. Nesse sentido, esclarece Antônio Chaves que:

a definição do sexo de um indivíduo obedece a critérios estabelecidos, que inclui o sexo genético que irá informar a constituição cromossômica, mas que, além disso, há influências psicológicas, socioculturais e ambientais que da mesma forma são responsáveis não só pelo estabelecimento do seu sexo de criação, como pelo seu comportamento e identificação sexuais, concluindo que a formação e a determinação do sexo de um indivíduo normal é fruto de inúmeros fatores e determinantes que constituem um universo inexplorado. (Direito à vida e ao próprio corpo. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 128)



Assim, a transexualidade caracteriza-se pelo imenso desejo de viver e de ser aceito como membro do sexo oposto e, ainda, pela vontade de se submeter a um tratamento hormonal e a uma cirurgia a qual torne o corpo compatível com a opção sexual desejada.

Diante do avanço científico, tornou-se possível a mudança do órgão genital externo através da realização do procedimento cirúrgico de transgenitalização para redesignação do estado sexual, a fim de promover a adequação da aparência da pessoa com o sexo ao qual ela se identifica.

Constar-se-á, então, que o transexualismo permeia concepções históricas, sociológicas e médicas e, conseqüentemente, esbarra na esfera jurídica para a regulamentação de tema tão complexo, uma vez que o Direito há de acompanhar os fatos e acontecimentos do seu tempo, com o intuito de evitar e coibir injustiças sociais.

Em especial, as graduais e perceptíveis conquistas dos direitos das minorias transexuais têm se evidenciado no mundo jurídico nas últimas décadas. Desde a década de 70, os brasileiros têm acesso aos meios cirúrgicos para adequar sua situação física à sua situação mental e emocional como alguém do sexo oposto através da cirurgia de redesignação sexual. Contudo, o reconhecimento jurídico dessa prerrogativa não veio de imediato. Pelo contrário. Inicialmente, chegou a ser considerada uma prática criminosa em nosso ordenamento.

Ainda que atualmente não mais se considere tal ato como criminoso, o mero reconhecimento do Direito à mudança física não é suficiente para a plena efetivação dos direitos da personalidade para esses indivíduos. É necessário que a situação jurídica dos indivíduos que buscam esse tipo de alteração corresponda à sua situação de fato. E essa necessidade de concretização manifesta-se, por exemplo, através do registro civil.

Mais especificamente, o direito à adequação do nome, prenome e sexo no registro civil, de modo a garantir que tais pessoas usufruam plenamente de seus direitos em sua nova condição como alguém do sexo oposto, o que hoje ainda é extremamente polêmico.

Contemporaneamente, se questiona se a resposta oferecida pelo Direito vem obter sucesso em atender às necessidades e expectativas desse fato social. Estariam tais respostas caminhando na direção de corresponder aos anseios desses indivíduos em obter a plena efetivação de seus direitos? É o que se procura questionar na breve análise a seguir.

2 – BREVE PERSPECTIVA HISTÓRICA PARA MELHOR COMPREENSÃO DO DESENVOLVIMENTO DO TEMA

Convém que se faça um retrocesso histórico para melhor compreensão do transexualismo que, atualmente, nas diversas teorias que abordam essa questão o consideram um “transtorno de identidade”, dado a não conformidade entre sexo biológico e gênero.

O século XVII introduziu a possibilidade das teorias biológicas da sexualidade, que prescindiu de condições jurídicas impostas aos indivíduos. Surge paulatinamente a construção do pensamento no qual se viabilizava a ideia da mistura de dois sexos em um só corpo e restringia a “livre escolha dos indivíduos incertos.” (Foucault, 1993, p.116)

Na Segunda Guerra Mundial, com o Tribunal de Nuremberg, os direitos humanos ganharam força, visto que aconteceram horrores que não poderiam mais ser admitidos.

Tornou-se então necessário que o tema passasse a ser uma preocupação mundial e com a Declaração de Direitos Humanos de 1948, instaurou-se um novo modo de pensar os direitos humanos, construindo-se um mecanismo internacional de proteção e reconhecimento desses direitos, pautado em um novo referencial ético.

Consequentemente inicia-se o caminho no sentido da formalização e procedimentalização desses direitos, na esperança da efetivação das expectativas de cidadãos, que não viam suas angústias sequer mencionadas pela sociedade e tampouco por algum arcabouço jurídico que os protegesse e os amparasse. Certamente uma longa trilha há de ser percorrida.

Na construção desses direitos, foram elaborados diversos tratados e constituições, a saber:

- Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789;
- Constituição Mexicana de 1917;
- Constituição de Weimar de 1919;
- Carta das Nações Unidas de 1945 – instaura a concepção contemporânea dos direitos humanos;
- Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 – objetivo precípua de proteger a dignidade humana;
- Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966;
- Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966;
- Declaração de Viena de 1993 – reafirmação da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 – concebe um novo modo de pensar os direitos humanos. A denominada concepção contemporânea dos direitos humanos, onde eles são aplicados a todas as pessoas, universalmente.

2.1 – A EVOLUÇÃO DA SITUAÇÃO JURÍDICA DO TRANSEXUAL E DA CIRURGIA DE TRANSEXUALIZAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO EM UMA ANÁLISE COMPARADA

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 consolida a proteção dos direitos humanos. Princípios e normas que regem a matéria encontram-se nos seguintes artigos:

- Art. 1º, inc. III, que traz o Princípio da dignidade humana;
- Art. 3º, inc. IV, o Princípio da Igualdade.

Outrossim, necessário o avanço de legislação que possibilite esse novo olhar. Nesse sentido, BUTLER (2002:18) esclarece que é “importante pensar por meio de normas reguladoras se materializam os sistemas sexo-gênero.”

Em nosso país, o procedimento cirúrgico que permite a transexualização foi recentemente adotado. Segundo GUIMARÃES (2007: 37)

Tal procedimento cirúrgico [...] está regulado pela Resolução nº 1.482/1997, do Conselho Federal de Medicina, que admite a cirurgia de transgenitalização, a título experimental, desde que cumpridos determinados requisitos, como a maioria, acompanhamento de uma equipe médica multidisciplinar, ausência de transtornos mentais e outros.

Dessa forma, a transexualidade no Brasil, após o advento recente da permissão da cirurgia, suscita o aprofundamento na matéria, bem como a necessidade de normatização própria. O Código Civil, em seu artigo 13, dispõe que:

Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único – O ato previsto nesse artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Por sua vez, o Enunciado nº 276, da IV Jornada de Direito Civil do CEJ do STJ, reforça tal dispositivo legal:

O art. 13 do Código Civil, ao permitir a disposição do próprio corpo por exigência médica, autoriza as cirurgias de transgenitalização, em conformidade com os procedimentos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina, e a conseqüente alteração do prenome e do sexo no Registro Civil.

Hodiernamente, se faz necessário conceituar a característica que define um indivíduo como transexual. Maria Helena Diniz¹⁷⁹ apresenta, de forma clara, as definições de diversos autores:

“Transexualidade é a condição sexual da pessoa que rejeita sua identidade genética e a própria anatomia de seu gênero, identificando-se psicologicamente com o gênero oposto. Trata-se de um drama jurídico-existencial por haver uma cisão entre a identidade sexual física e psíquica. É a inversão da identidade psicossocial, que leva a uma neurose racional obsessivo compulsiva, manifestada pelo desejo de reversão sexual integral. Constitui, por fim, uma síndrome caracterizada pelo fato de um pessoa que pertence, genotípica e fenotipicamente, a um determinado sexo ter consciência de pertencer ao oposto. O transexual é portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência a automutilação ou auto extermínio. Sente que nasceu com o corpo errado.”

O transexualismo é considerado, pela medicina, uma “síndrome de disforia de gênero.” Essa síndrome engloba e determina um estado emocional de constante ansiedade e depressão do indivíduo.

Segundo a Classificação Internacional de Doenças (CID – 10 – F.64.0), o transexual caracteriza-se por: um desejo de viver e ser aceito como um membro do sexo oposto, usualmente acompanhado por uma sensação de desconforto ou impropriedade de seu próprio sexo anatômico e um desejo de se submeter a tratamento hormonal e cirurgia para seu corpo tão congruente quanto possível com o seu sexo preferido.

Historicamente, o primeiro paciente a ser submetido a uma cirurgia de mudança de sexo foi o soldado norte-americano George Jorgensen, alterando fisicamente seu sexo (de masculino para feminino) que passou a adotar, em 1952, o nome de Christine Jorgensen.

Já no Brasil, a primeira cirurgia de transexualização registrada oficialmente foi datada em 1971, quase duas décadas após o caso Jorgensen. O procedimento foi realizado no (a época) senhor Waldir Nogueira pelo Dr. Roberto Farina.

Tendo sido denegado o pedido feito à Justiça Estadual por Waldir Nogueira para retificação de seu nome e sexo no âmbito do registro civil, houve a instauração de inquérito policial para averiguação dos fatos. Ao tomar ciência, o Ministério Público Estadual ofe-

179 – DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. 6ª ed. Revisada, aumentada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 280-281.



receu denúncia em face do médico. Ao réu foi imputado o crime previsto no art. 129, § 2º, inciso III do Código Penal: “Lesão Corporal de Natureza Grave por ter resultado na perda ou inutilização de função.” Em primeira instância, o juízo da 17ª Vara Criminal de São Paulo (Processo nº 779/76) condenou o réu a pena de dois anos de reclusão, julgando procedente a denúncia, tendo sido o Dr. Roberto Farina beneficiado por *sursis*, visto se tratar de réu primário.

No entanto, a segunda instância foi favorável ao réu. Após longo julgamento, foi dado provimento ao recurso e o réu absolvido pela 5ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. Dentre as razões que motivaram a decisão, houve o reconhecimento do Tribunal de que a suposta “vítima” do ato realizado pelo médico apresentava uma personalidade totalmente feminina. Não apenas pensava como uma mulher, mas também agia como uma, e, ao apresentar seu depoimento, demonstrou-se extremamente satisfeita com o resultado dos procedimentos médicos. Dessa forma, a adequação do seu estado físico ao seu estado psicológico se deu como uma maneira de melhorar a qualidade de vida do indivíduo, uma solução terapêutica. Dentre muitos especialistas contemporâneos ao caso¹⁸⁰, cujos pareceres constaram nos autos do processo, deu seu parecer à Associação Paulista de Medicina:¹⁸¹

Esse precedente da justiça paulista constituiu-se como um passo inicial para que o ordenamento jurídico caminhasse na direção de reconhecer tal prática como legítima. É evidente que tal processo de aceitação não tem se dado sem controvérsias ou oposições.

Provavelmente, motivado pela comoção causada pelo processo, foi aprovado pelo Congresso Nacional o Projeto de Lei nº. 1909-A de 1979, que acrescentaria um parágrafo 9º ao art. 129 do Código Penal, com a seguinte redação: “Não constitui fato punível a ablação de órgãos e partes do corpo humano, quando considerada necessária em parecer unânime de Junta médica e precedida de consentimento expresso de paciente maior e capaz.”

180 – “Reconhecemos que o senso comum de nossa população ainda não está suficientemente informado, ao contrário de outros países, onde já existe inclusive jurisprudência formada sobre a ação médica nessas alterações e cuja experiência não podemos deixar de reconhecer”⁶⁴ Especialmente elucidativo quanto a essa situação foi o parecer de 1978 do jurista Heleno Cláudio Fragoso, que proferiu parecer onde entendeu que o cirurgião condenado pelo crime de lesão corporal grave havia atuado estritamente dentro dos limites do exercício do direito, não tendo praticado crime algum. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Transexualismo – Cirurgia. Lesão Corporal*. Revista de Direito Penal, nº 25, Rio de Janeiro: Forense, 1979. P. 25-34.

181 – Ainda que no âmbito da Associação Paulista de Medicina houvesse consenso quanto ao caráter terapêutico de tais cirurgias, o próprio Conselho Federal de Medicina levou algum tempo antes de se manifestar de forma concreta sobre o tema. Em 1991, o Conselho emitiu dois pareceres específicos onde condenava a prática da cirurgia de mudança de sexo em transexuais, por entender tratar-se de uma forma de mutilação grave, bem como ofensa à integridade corporal do indivíduo. Em 1997, o próprio Conselho aprova a Resolução nº 1482/97 que autoriza os hospitais públicos ligados à pesquisa a realizarem de forma gratuita a cirurgia de mudança de sexo. No ano 2002, o Conselho edita a Resolução nº 1.652, dispondo acerca da cirurgia de transexualização, revogando a Resolução nº 1.482/97. Ambas as resoluções podem ser encontradas na íntegra em <http://www.gendercare.com/library/cfmtrans.html>

Contudo, a polêmica social, em especial no âmbito religioso, motivou o então Presidente, General João Batista Figueiredo, a vetar o referido projeto de lei.

Outros projetos de lei, ainda não aprovados, dispõem sobre o tema. Por exemplo, o Projeto de Lei nº 70 de 1995 visa acrescentar parágrafo ao artigo 129 do Código Penal com a redação de que “não constitui crime a intervenção cirúrgica realizada para fins de ablação de órgãos e partes do corpo humano quando, destinada a alterar o sexo de paciente maior e capaz, tenha ela sido efetuada a pedido deste e precedida de todos os exames necessários e de parecer unânime de junta médica”, bem como acrescentar na Lei 6.015 de 1973, a Lei de Registros Públicos, a hipótese adicional na mudança de prenome nos casos em que tenha havido intervenção cirúrgica para mudança de sexo.

A atuação do Poder Legislativo ainda não conseguiu apresentar resposta a esse fato social. Em sua busca pela cidadania plena, o transexual se depara com a falta de dispositivo legal que regulamente tanto a mudança cirúrgica de gênero quanto a alteração no registro civil que adequaria sua situação jurídica à sua situação fática.

Devido ao desacordo moral que permeia a sociedade brasileira, as majorias não têm aprovado lei regulamentando o tema. O Direito, então, tem encontrado na jurisprudência, na construção do entendimento consolidado dos tribunais da república, a forma de lidar com tais conflitos. A jurisprudência tem desempenhado, a esse respeito, um importante papel contra majoritário.

Um exemplo bastante controverso foi o caso Roberta Close, que em 1989 realizou a cirurgia de redesignação sexual na Inglaterra e, após a realização da cirurgia, ingressou em juízo postulando a retificação do registro civil, obtendo êxito em 1992. Contudo o Ministério Público recorreu da decisão, que foi reformada pelo Supremo Tribunal Federal em 1997, indeferindo o pedido da autora.

Em 1997, a produção doutrinária sobre o tema ainda era vaga. As informações das quais os magistrados dispunham eram em muito fundadas em preconceito e desconhecimento. Assim, em 2001, já dispondo de pareceres e vasta produção doutrinária sobre o tema, bem como diversas resoluções do Conselho Federal de Medicina, a autora obteve sucesso em uma nova ação, cabendo a ressalva de que não houve o desrespeito a coisa julgada material por se tratar de jurisdição voluntária e pelos novos fundamentos técnico-doutrinários da ação.

Já no âmbito do direito comparado, é expressiva a corrente favorável ao reconhecimento do transexualismo e dos direitos inerentes a tal circunstância, tanto pela via

judicial quanto pela legislativa¹⁸². A legislação sueca¹⁸³, italiana¹⁸⁴, holandesa¹⁸⁵, alemã¹⁸⁶, canadense¹⁸⁷, espanhola¹⁸⁸, mexicana¹⁸⁹ e norte-americana (em alguns estados¹⁹⁰) consagram os direitos dos transexuais de forma plena em seus respectivos ordenamentos.

Já no Direito Comunitário, a característica jurídica da primazia deste sobre o Direito Interno dos países integrantes da União Europeia¹⁹¹ possibilita às cortes internacionais competentes exercerem um controle sobre a compatibilidade das disposições de Direito Interno aos tratados de Direito Comunitário. Essa peculiaridade do Direito Comunitário possibilitou o surgimento de uma controvérsia jurídica que, mais tarde, se consolidaria como uma decisão paradigmática para o reconhecimento dos direitos dos transexuais europeus. Trata-se do caso *Goodwin vs. United Kingdom*¹⁹², onde a Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu que, no caso concreto, o Reino Unido agiu de forma incompatível com a Convenção Europeia de Direitos Humanos ao falhar em garantir as prerrogativas a que a autora teria direito como alguém do sexo oposto. A autora, transexual que havia modificado cirurgicamente seu sexo de masculino para feminino, alegava que a falha em reconhecê-la juridicamente como mulher lhe causava inúmeros constrangimentos, tais quais não poder se aposentar na idade mínima exigida para mulheres (60 anos no Reino Unido) e ter sua privacidade violada pelos colegas de trabalho, que através de seu Número de Seguro Nacional descobriam que Goodwin era transexual. Felizmente, a Corte Europeia de Direitos Humanos reconheceu a violação das disposições a respeito da privacidade do indivíduo, contida da

182 – Para uma análise mais densa da legislação comparada, recomenda-se VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Nome e Sexo – Mudanças no Registro Civil*. 1ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. P. 233-240.

183 – A legislação sueca foi pioneira na Europa ao estabelecer pela primeira vez uma lei para regular a matéria, conhecida como “Lagonfastallandeavronstilhohighet i vissafall”, de 1972. Tal diploma normativo permite ao indivíduo insatisfeito com seu estado sexual original recorrerem à autoridade administrativa competente, para que esta reconheça seus direitos de forma plena, admitindo ainda a possibilidade de recurso no caso de decisão denegatória.

184 – No direito italiano, a primeira tentativa de criação de uma lei que reconhecesse os direitos dos transexuais tramitou em 1980 na Câmara dos Deputados, visando modificar o artigo 454 do Código Civil. O projeto não obteve êxito em sua tramitação, cabendo a uma lei posterior, de 1982, garantir de forma plena o direito à adequação sexual.

185 – Na Holanda, a entrada em vigor da lei que atualmente dispõe da mudança de nome e sexo no Registro Civil dos transexuais se deu em 1985, alterando e adaptando as disposições do Código Civil com a inserção dos artigos 29-A e 29-D e adaptação do artigo 21-A do mesmo diploma normativo.

186 – Na forma da lei conhecida como “transsexuellengesetz” de 1980, vigorando a partir de 1981.

187 – O Código Civil de Quebec dispõe sobre as alterações de nome e sexo no registro civil em seus artigos 57 a 74.

188 – A Espanha aprovou em 2007 a Lei de Identidade de Gênero, que permite aos transexuais adequarem seu nome e sexo no registro civil, com ou sem cirurgia de redesignação sexual, bastando que um médico constate a necessidade dessas alterações para aquele indivíduo.

189 – No México, em 2008, uma reforma do Código Civil passou a prever a alteração de nome e sexo dos transexuais em seus documentos oficiais.

190 – Nos Estados Unidos, vários estados possuem meios jurídicos de reconhecimento aos direitos dos transexuais. Na Louisiana, por exemplo, há norma que diz que “any person born in Louisiana who, after having been diagnosed as a transsexual or as a pseudohermaphrodite, has sustained sex reassignment or corrective surgery which has changed the anatomical structure of the sex of the individual to that of a sex other than that which appears on their original birth certificate of that individual, may petition a Court of competent jurisdiction to obtain a new certificate of birth”. O mesmo ocorre no estado de Illinois, onde uma lei de 1962 permite a retificação no registro civil.

191 – Tal princípio passou a ser reconhecido de forma expressa após a decisão do Tribunal de Justiça das Comunidades no paradigmático caso *Costa vs. ENEL*, onde se firmou o entendimento de que o ordenamento jurídico interno dos países integrantes da Comunidade Europeia não possuiriam legitimidade para contrariar disposições contidas nos tratados comunitários. Sobre o tema, Cf. LEGALE FERREIRA, Siddharta. O direito público no século XXI: Da constitucionalização à internacionalização do direito, mimeo, 2009.

192 – Caso *Christine Goodwin vs. United Kingdom*. Disponível no site da Corte Europeia de Direitos Humanos, em www.echr.coe.int.

Convenção Europeia de Direitos Humanos, o que impediu que a informação que se tratava de indivíduo transexual fosse revelada. Reconheceu também o direito de Goodwin (e, conseqüentemente, qualquer transexual que houvesse se tornado mulher) de se aposentar com 60 anos.

Um diploma internacional, em especial, merece destaque. A Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos estabelece que todos possuem direito ao respeito por sua dignidade e direitos humanos, independentemente de suas características genéticas. Essa dignidade faz com que seja imperativo não reduzir os indivíduos às suas características genéticas e respeitar sua singularidade e diversidade¹⁹³. O sexo é justamente uma característica determinada geneticamente, de tal forma que o transexual encontra nessa declaração mais um fundamento para pleitear seu direito de ser reconhecido da forma que realmente é.

3 – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

3.1 – BREVES CONSIDERAÇÕES

No entendimento de GUNTHER (2009:108), “Dignidade é indissociável de autonomia, de liberdade. [...]”. Já para SANTOS (2000:63), “[...] O conceito de dignidade é supra individual e remete ao gênero humano ou à espécie.”

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, previsto no artigo 5º e incisos da Constituição Federal, põe por terra todos os argumentos que existem e que venham surgir, tais como a insegurança jurídica, sob o fundamento de que outrem poderia ser ludibriado a se casar com alguém sem saber que, de fato, trata-se de um transexual; que o aspecto cromossômico é que deve prevalecer; e da ausência de previsão legal, uma vez que tudo em matéria de registro público aplica-se o princípio da legalidade restrita, e a Lei 6.015/73 é omissa quanto a essa possibilidade, sendo *numerus clausus*.

Como bem manifestou SARLET, *apud* Apelação Cível nº 70013909874, Relatora Desembargadora Maria Berenice Dias “A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que leva consigo a pretensão ao respeito por parte dos demais.”

Na ideia da dignidade da pessoa humana, um dos objetivos da sociedade é tornar o homem mais feliz, e se aquele nome masculino ligado a uma pessoa feminina, ou o inverso, está colocando a pessoa em uma situação de vexame, expondo-a ao ridículo, o ordenamento

193 – Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos. Disponível em http://www.ghente.org/doc_juridicos/dechumana.htm. Acesso em 10/10/2009.



jurídico, ainda que não faça previsão, permitiria sim, bastando para isso a interpretação da Lei de Registros Públicos, conforme a Constituição Federal de 1988.

Discorrendo brevemente sobre princípios e para que se compreenda a sua preponderância sobre as normas, é de suma relevância ressaltar que eles, até então, encontravam-se esparsos em legislações, vindo a ganhar importância e a serem positivados pelas magnas cartas surgidas após a I Guerra Mundial, com a precípua função de estabelecer valores, de serem utilizados na interpretação, integração, conhecimento e aplicação do Direito Positivo e, ainda, de impor limites à atuação do Estado.

Os princípios são dotados de generalidade, estendendo-se a diversas situações, e de um elevado grau de abstração, o que não inviabiliza a sua aplicação imediata. Ao contrário das normas, têm a peculiaridade de se adaptar a diversas situações, o que o torna capaz de evoluir e acompanhar as mudanças dos sistemas e da evolução social.

Acreditam os autores que princípios devem reger a matéria, visando à construção de novos rumos a serem adotados em nosso País, com o intuito de proteger e amparar os transexuais e aqueles que com eles se relacionam.

Corroborando esse pensamento, esclarece Canotillo:

(...) os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos (...) convivência dos princípios é conflitual (...) os princípios coexistem; as regras antinômicas excluem-se; (...) ao constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à 'lógica do tudo ou nada'), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes (...) em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objecto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas 'exigências' ou 'standards' que, em 'primeira linha (*prima facie*), devem ser realizados(...) suscitam problemas de validade e peso. (CANOTILLO, *apud* ESPÍNDOLA, 1999, p. 66.)

Também nesse sentido, afirma GUNTHER (2009: 107): "Dignidade da pessoa humana não indica só um dever do Estado, um conteúdo social-programático, mas um norte interpretativo de todo o sistema jurídico constitucional ou infraconstitucional!"

Diante disso, o que deve prevalecer: a boa-fé dos particulares e a segurança jurídica ou a felicidade do ser humano, que apresenta uma doença que pode gerar graves consequências pela sua não aceitação?

4 – O PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA IGUALDADE ENTRE AS PESSOAS E A VEDAÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO.

Para Hannah Arendt, “a igualdade não é um dado, mas um construído” (Entre o passado e o futuro: o conceito de história antigo e moderno. 2ª ed. São Paulo: Perspectiva, 1979, p. 123), de forma que a todos cabe enfatizar a busca da aplicação e da concretização dos direitos humanos, notadamente quando alçados ao status constitucional que, num regime democrático de direito, impõe, possibilita e conta com a participação ativa e efetiva de todos.

É absolutamente atual a lição de Rousseau, quando perquire, no prefácio do “Discurso sobre a desigualdade dos homens”: “Como conhecer, pois, a origem da desigualdade entre os homens, a não ser começando por conhecer o próprio homem?” (*apud* DELBOSIN, Victor. A filosofia prática de Kant. Rio de Janeiro: Zahar, 1989, p. 99).

Há um sem número de conceitos propostos por doutrinadores pátrios e estrangeiros para o que possa vir a ser direitos humanos. Mas é possível concluir que são aqueles inerentes à pessoa, que visam resguardar a sua integridade física e psicológica perante seus semelhantes e perante o Estado em geral, de forma a limitar os poderes das autoridades. Assim, garante-se o bem-estar social pela igualdade, fraternidade e proibição de qualquer espécie de discriminação.

Como ressaltou Flávia Piovesan, “[Discriminação] significa toda distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e liberdades fundamentais, nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo. Logo, a discriminação significa sempre desigualdade.” (PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 206)

Uma análise, ainda que por demais sucinta da nossa conformação constitucional, revelará que o sistema difuso é um mecanismo de controle de constitucionalidade que já fixou firmes raízes na prática institucional brasileira.

Na atualidade, ele se densificou essencialmente por meio do recurso extraordinário (art. 102, III, CRFB) e demonstrou ser um valioso instrumento processual de dinâmica constitucional, por meio do qual os cidadãos podem levantar as suas pretensões e seus questionamentos. Ele contribui para a formação do que Häberle chamou de uma “sociedade aberta de intérpretes da Constituição” (Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997, p. 55), sendo possível afirmar que:



“Assim, no País, nosso controle de constitucionalidade pode dar-se como preliminar de mérito em qualquer processo, cível ou penal, de tal forma que todo cidadão tem o direito de se opor ou de argüir uma inconstitucionalidade e todo juiz ou tribunal, da primeira à última instância, não só pode, mas deve, como atividade típica e função intrínseca à jurisdição brasileira, apreciar a constitucionalidade de lei ou ato normativo de qualquer espécie, negando a aplicação de ‘comando’ evadido de inconstitucionalidade.” (CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Direito Constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 208)

No sentido inverso, uma forte corrente capitaneada por Gilmar Ferreira Mendes pugna pela ampliação e predomínio do controle concentrado. Para tanto, emprega um sofisticado arsenal teórico para restringir o controle difuso e pretende demonstrar que o modelo concentrado propicia maior segurança jurídica, pois é mais célere e uniforme em termos processuais.

Afirma Gilmar Mendes que a Constituição Federal de 1988, ao aumentar o número dos que possuem legitimidade ativa para a propositura de ações diretas de inconstitucionalidade, como exposto anteriormente, reduziu sensivelmente o alcance do controle incidental/difuso, “permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas” (MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 134, abr./jun., 1997, p. 17).

As abordagens jurídicas que fortalecem demasiadamente o controle jurisdicional concentrado, em detrimento do tipo difuso ou incidental, se revelam discriminatórias. Essa última espécie de sistema de controle de constitucionalidade, em razão de sua maior abertura e proximidade com a coletividade, permitem uma constante e salutar atualização interpretativa do texto constitucional, que, em um paradigma democrático de direito, como o consubstanciado na Constituição de 1988, deve estar sempre apto a ser relido e tematizado por todos os seus interessados e destinatários.

A inserção dessa forma de controle, inserida no campo paradigmático do Estado democrático de direito na Constituição “cidadã” de 1988, marca uma profunda ruptura com as concepções jurídicas anteriores, já que, à luz dos princípios consagrados constitucionalmente, tomam enorme vulto garantias fundamentais e, por isso mesmo, inafastáveis de participação dos cidadãos, na esfera política ou jurisdicional, revelando que todos estão autorizados a sermos intérpretes do texto constitucional, respaldando a nossa tradição de controle difuso.

Em outros termos, como ensina Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, “há muito tempo questões jurídicas deixaram de ser tão-somente um problema de *experts* para se tornarem questões de cidadania” (Direito Constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 165).

Verifica-se a dificuldade em se admitir que a sociedade civil, como um todo, seja intérprete necessária do texto maior, além da crença iluminista em que um método ou racionalidade infalível, no caso em questão, a Ação Direita de Constitucionalidade, seria capaz de produzir, ontologicamente, certeza e segurança jurídicas, na ilusão de que uma decisão, por si só, apenas por se fundamentar no argumento da "autoridade qualificada, se impusesse, em uma inútil tentativa de se exorcizar o risco da divergência, não reconhecendo que a democracia requer esse potencial dissenso em um consenso."

Como disse Peter Häberle:

"Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição." (Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – Contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997, p. 15)

Assim, a possibilidade de uma participação/interpretação o mais difusa possível é considerada requisito essencial para se ter um sujeito constitucional democrático.

Salienta-se que todas essas afirmações possuem, como pano de fundo, o paradigma do Estado democrático de direito, no qual se deve buscar o reforço constante da tolerância com a diferença, com o outro, aferindo que a democracia é um projeto em contínua construção.

Na democracia, a sociedade civil organizada é compreendida, em si mesma, como esfera pública, possuindo, dessa maneira, a tarefa de estar em vigília contra essa reiterada possibilidade de privatização.

Em outras palavras, em um Estado democrático de direito plural, no qual convivem projetos de vida os mais diversos possíveis, uma saída possível para se lidar com a complexidade que a modernidade impõe é ampliar e reforçar o modelo de controle de constitucionalidade difuso, tornando plausível que quaisquer temas ou interesses sejam nele levantados e discutidos e visualizando a democracia como um processo interminável, sem exigir uma segurança definitiva, no qual os membros desse mesmo Estado democrático de direito consigam se reconhecer como autores do ordenamento jurídico ao qual se submetem, em uma efetiva autolegislação.



Na esteira de tais ensinamentos, faz-se vivo o tecido jurídico social, composto por pessoas, instituições e representatividades das mais diversas ordens, na busca constante do aperfeiçoamento, otimização e humanização do Direito como instrumento hábil e eficaz à concretização e tutela plena dos direitos humanos e fundamentais.

Mas, de qualquer forma, mudanças não haveria nunca, não fossem os obstinados. É necessário continuar aprendendo, desfrutar os desafios e tolerar a ambiguidade, pois, em definitivo, não existem certezas. E o que estiver sendo feito com convicção, com dedicação, com seriedade, ética e desprendimento será muito mais importante do que aquilo que efetivamente for conseguido. Pelo simples fato de está-lo fazendo, já será suficiente para a sensação de se estar participando do desenvolvimento do direito, visto como ciência da humanidade, voltada a atender às necessidades e expectativas do ser humano.

Basta, por ora, a certeza da necessidade do caminhar, do descobrir, do porvir.

Manter-se em vigília, permitir-se ser invadido por novas ideias e novos ideais, dar-se o direito de refletir, pensar, questionar e eventualmente mudar de opinião – esse parece o papel do jurista da modernidade, despido de conceitos preconcebidos, de feições imodificáveis, de verdades absolutas.

Não há qualquer valor científico, cultural e humano em manter-se alienado, alheio e de olhos vendados para as significativas mudanças que vêm sendo verificadas em todo o mundo e, principalmente, nas relações familiares, afetivas e sociais.

A sociedade como um todo está ansiando por um Judiciário forte o suficiente para não se deixar corromper pelas forças financeira e política, altaneiro o necessário para não se rebair ou se deixar levar pela vontade de agradar ou se pautar por interesses e valores outros, que não seja a busca de sua função precípua de distribuição de justiça de forma equitativa, equilibrada e isonômica, realizadora da Constituição Federal e dos projetos nela inseridos.

E este Poder Judiciário sequer está cada vez mais distante daquele que foi herdado dos tempos de força, de épocas em que representava nada mais do que o “braço armado” do Poder Executivo, servil, submisso, dependente e sem a estatura moral que o caracterizasse como verdadeiro poder.

É deste Judiciário frágil, estigmatizado pelo privilégio, vergado pela decadência de escândalos envolvendo seus membros, em episódios, felizmente, minoritários, que o cidadão já está por demais enfatiados. O cidadão, agora, pugna veementemente por reforma, até para que possa ver o resultado final de seus processos ainda durante sua vida, ao contrário do que ocorre atualmente.

Nesse ambiente fragilizado, correntes menos interessadas na justiça se aproveitam para lançar teses que, no fundo, representam o engessamento do Poder Judiciário, transformando-o em mera instituição ou órgão como são a súmula vinculante, o controle externo e outros. É certo que:

Muitos países estão colocando as reformas legais e judiciais como parte de seus programas de desenvolvimento. Isso é resultado do crescente reconhecimento de que o progresso econômico e social não é atingível de forma sustentável sem respeito às regras fixadas nas leis e à consolidação democrática, e sem uma efetiva proteção dos direitos humanos amplamente definidos; cada um desses pontos requer um bom funcionamento do Judiciário, que interprete e dê força às leis, equânime e eficientemente. Um Judiciário efetivo é previsível, resolve casos em um tempo razoável e é acessível ao público. (BANCO MUNDIAL. Court performance around the world: a comparative perspective. 1999. (World Bank Technical Paper, n. 430).

Assim, não parece restar dúvidas de que a justiça se alcança por meio da tutela dos direitos constitucionalmente amparados e da legitimidade de suas decisões.

A legitimidade (ou legitimação) se alcança pela justificação, necessariamente ligada aos fundamentos dos direitos que, na lição de Ricardo Lobo Torres, é um tema geral que se abre a diferentes respostas, inclusive positivistas (A Legitimação dos Direitos Humanos e os Princípios da Ponderação e da Razoabilidade. *In*: (Org.). Legitimação dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 400) e, mencionando Luis Roberto Barroso – para quem parece derivar do Estudo do fundamento para o da legitimação: “A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos supra positivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central” (Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 54, 2001) –, afirma que a legitimidade do Estado moderno tem que ser vista, sobretudo, a partir do equilíbrio e harmonia entre valores e princípios jurídicos afirmados por consenso.

Ricardo Lobo Torres menciona Miguel Reale, para quem a questão da legitimidade está vinculada à própria validade ética, a qual é entendida como a “adequação do direito a valores e ideias aceitos pela comunidade.” Citando Habermas (Para a reconstrução do materialismo histórico. São Paulo: Brasiliense, 1983, p. 223-224), conclui que “a distinção entre legitimidade e legitimação, em síntese, está em que aquela se apoia no consenso sobre a adequação entre o ordenamento positivo e os valores, enquanto a legitimação consiste no próprio processo de justificação da Constituição e de seus princípios fundamentais.”



Após analisar os modelos de legitimação teológico, teleológico e contratual, este vinculando à liberdade, igualdade e fraternidade, Ricardo Lobo Torres explica que o Estado legitima-se por intermédio da manifestação da vontade geral e do contrato social, desde que prevaleça a tríade da Revolução Francesa. O autor informa que a legitimação do Estado advém, ainda, da liberdade, da justiça e da segurança dos direitos e que a doutrina da legitimação do Estado é desenvolvida por Hobbes, Locke, Rousseau e Kant da seguinte forma:

Na teoria de Hobbes [Leviathan] a ideia central é a segurança dos direitos." O homem no Estado de Natureza era inimigo do homem e vivia permanentemente em guerra. Pelo contrato social abdica de uma parte de sua liberdade em favor do Estado, que, por seu turno, lhe garante a preservação dos direitos. [...]

Com Locke há mudança de argumentação, e a liberdade ganha espaço na legitimação do Estado. A finalidade da união dos homens sob o Estado é a preservação da propriedade, que deve ser obtida pela legislação promulgada e conhecida pelo povo e dirigida à garantia da paz, segurança e bem público das pessoas.

Rousseau assenta a ideia de contrato social na liberdade com afirmar que "o que o homem perde pelo contrato social é a sua liberdade natural e um direito limitado a tudo que almeja e pode obter; o que ganha é a liberdade civil e a propriedade de tudo que possui."

Na Filosofia de Kant a liberdade ocupa também lugar de destaque... É fruto do dever ser em que se constitui a máxima de que cada qual deve transformar o seu agir em regra universal de conduta. A partir daí há certa concordância entre liberdade e lei, o que se faz com que o Estado se legitime através de suas leis obtidas em liberdade." (TORRES, 2002, p. 42.)

A segurança jurídica fundamentada apenas na força da lei acabou por perder sua credibilidade quando se realizou o Estado social, no qual preponderava a segurança social, e não a individual. Lobo Torres informa:

A liberdade já se confunde com a só legalidade, senão que vai se abrir também para o diálogo com a justiça e a segurança. A justiça perde o conteúdo que se acreditou ter por intermédio de regras de ouro e passa a ser procedimental, aberta a regras que fundamentam a democracia. A segurança jurídica compreende também a segurança social que, através de princípios como os da dignidade humana e da cidadania, vai ganhar seu lugar na Constituição. (2002, p. 445)

Nesse ponto, o autor propõe que mesmo os princípios da dignidade, da liberdade e da justiça devam sofrer a influência da ponderação, da razoabilidade, da transparência e da igualdade. Invocando Robert Alexy, diz que a legitimação da decisão judicial só pode derivar da “argumentação jurídica racional, que a ideia de racionalidade discursiva apenas se realiza em um Estado Democrático Constitucional e que é impossível um Estado Democrático Constitucional sem discurso.” (2002, p. 446).

Assim, as decisões emanadas do Poder Judiciário devem ser suficientemente justificadas, segundo os princípios da ponderação e da razoabilidade, para que possam ser consideradas legítimas – situação que se antagoniza com a simples técnica da subsunção, eminentemente positivista e despreocupada com os direitos fundamentais da pessoa humana.

Há de se manter conexão do caso em julgamento com a realidade fática e histórica, sujeitando-o ao teste de razoabilidade que procura a adequação entre meios e fins, sopesando as situações particulares diante de princípios constitucionais.

De que justiça se fala, que justiça se quer, quais são os instrumentos para buscá-la? A essas indagações responde o magistrado Antônio Ventura de forma absolutamente poética, mas pessimista:

Um dia, minha bela, te disse que falaria da justiça. Olha que bela, com os cabelos desgrenhados que bem conhecemos. Mulher desfalecida, dos desalentos. Deveria ser dos ventos. Dos justos. Dos injustos. Mandar em todos. E não ser servil nem ao maltrapilho, nem ao Príncipe. A voz que diria, como acalanto, à criança nascida: criança, posso não lhe oferecer sempre o vento e os caminhos, mas acredita. Não darei para ti o direito dos poderosos. Por isso, fechei os meus olhos. Me deram uma venda para que não se corrompessem meus olhos. Mas estou cega. Me deram balanças bem pesadas, confundiram minha cabeça. A balança está desgovernada, pobre criança assustada por balas perdidas, assustada com o terror maior, num estado democrático, já não terás teu direito adquirido. Portanto, esqueças, ó criança, da justiça dos falíveis, homens das cavernas. Busque apenas o arco-íris, o pôr-do-sol. O mar, e se jogue no mar. Longe, no arco-íris, na areia... Porque a justiça foi dormir com os animais selvagens... Porque o resto, além do arco-íris e do mar e da areia, é o denso silêncio.

Tal justiça certamente se faz com uma série de qualidades e valores, até com o respeito ao processo dialético argumentativo que permite ao julgador manter-se equidistante em relação às partes.



Conforme acentua Otto Bachoff (Normas constitucionais inconstitucionais? Tradução e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994, p. 39-41), os direitos fundamentais deixaram de ser vazios ou outorgados por concessão do Estado, tornando-se direitos diretamente aplicáveis. Antes, os direitos fundamentais só valiam no âmbito da lei; hoje, as leis só valem no âmbito dos direitos fundamentais.

Como a ordem jurídica é formada de modo lento e gradual, encontrando-se na evolução histórica influência de correntes axiológicas diversas e conflitantes, os princípios básicos do ordenamento jurídico podem entrar em conflito quando analisados perante uma situação concreta.

5 – OS DIREITOS DA PERSONALIDADE: O NOME E SUA NATUREZA JURÍDICA

Conforme ensina Elimar Szaniawski, os direitos da personalidade representam o conjunto de caracteres do próprio indivíduo; consiste na parte intrínseca da pessoa humana¹⁹⁴, tornando-se, assim, o conteúdo mínimo imprescindível da esfera jurídica de cada pessoa.

Consagrando as determinações contidas na Constituição Federal, tem-se que o novo Código Civil, inovando em relação à codificação civil pretérita, trouxe capítulo específico consagrado aos direitos da personalidade, deixando, de lado, a característica predominantemente patrimonial de outrora, dando fiel cumprimento ao postulado fundamental de dignificação do homem.

Assim, no Capítulo II, do Livro I, de sua Parte Geral (artigos 11 a 21), a nova legislação material civil estabeleceu acerca dos Direitos da Personalidade, definindo-os como sendo direitos irrenunciáveis e intransmissíveis, sendo direito de todo indivíduo gozar do uso de seu corpo, nome, imagem, aparência e todos os demais aspectos constitutivos de sua identidade.

A personalidade, com estes predicados, assenta-se como direito fundamental, vinculando-se, indissociavelmente, ao reconhecimento da dignidade humana, emergindo daí que sua negativa de exercício ao cidadão transexual atinge, ilicitamente, “o direito da identidade pessoal, familiar e social”¹⁹⁵, não se olvidando que a qualquer pessoa é garantido o direito identidade apta e idônea, que o qualifique perante a sociedade, como, aliás, dispõe o art. 16 do Código Civil, *in verbis*: “Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.”

Quando se nasce, é através do nome que se estabelece a primeira forma de identificação de uma pessoa e esta identificação faz parte da personalidade e da formação da visão que esta pessoa terá, perante terceiros na sociedade, considerado o homem um ser social.

194 – SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Ed. RT, 1993, p. 35.

195 – VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Nome e Sexo. Mudanças no Registro Civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2009. p. 226

A infundada posição que coloca a segurança como fundamento especial para a não concessão desses direitos aos transexuais, não encontra proteção na teoria dos direitos fundamentais, pois, não obstante inexistir expressa disposição normativa, ao se recorrer à interpretação sistemática, pode-se encontrar guarida constitucional a este tema, no art.5º, inciso X, que preconiza:

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

[...]

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Nesse contexto, o direito à mudança de nome pelo cidadão transexual é agasalhado por meio de interpretação conjugada dos artigos 5º, caput, e, inciso X, do Pacto Social de 1988, não se perdendo o alerta feito por Vidal Serrano, no sentido de que “a colisão entre dois direitos fundamentais deve ser equacionada de uma maneira distinta daquela que antepõe um direito fundamental a outro valor constitucional. (...) Os direitos fundamentais, por sua apontada natureza devem ser maximizados. Em outras palavras, o operador do direito deve sempre buscar a máxima efetividade dos direitos fundamentais.”¹⁹⁶

No caso presente, e uma vez já comprovado, cientificamente, que os transexuais sentem-se pessoas integralmente inerentes ao sexo psicológico que lhes é inerente, nada mais coerente que a permissão à alteração de seu nome, a fim de se permitir a correta correlação entre referido estado psíquico e suas características físicas, com o objetivo de desrespeitar sua dignidade enquanto ser humano que é, mesmo porque sequer existe impedimento legal para tanto, sendo de relevo destacar-se que “todo indivíduo tem o direito à proteção psicossomática da sua identidade sexual, adequando à identidade física à identidade psíquica. O sexo psíquico é imutável, ou seja, aquele sexo em que a pessoa sente verdadeiramente pertencer. Assim deve o Registro Civil expressar esta adequação, pois a sexualidade e a identidade residem principalmente no cérebro. Fortes correntes doutrinárias asseveram que não nascemos com uma identidade definida, visto que esta é construída, portanto é um processo.”¹⁹⁷

As pessoas transexuais têm, então, direito de usufruir à correta identidade, sobretudo porque o Direito, em sendo a ciência que tem como finalidade regular o convívio social, pacificando as controvérsias, não pode admitir que tais pessoas continuem usando um nome

196 – NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social e a constituição de 1988. Estratégias de posituação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: editora Verbantim, 2009. p. 40.

197 – VIEIRA, Tereza Rodrigues. *In: identidade sexual: aspectos éticos e jurídicos da adequação de prenome e sexo no registro civil*. VIEIRA, Tereza Rodrigues; PAIVA, Luiz Aírton Saavedra de. (orgs.). *Identidade Sexual e Transexualidade*. São Paulo: Rocca, 2009. p. 187



que não corresponda ao seu estado psicológico e que, por vezes, as submetem a situações vexatórias, a tratamento jocoso, como, por exemplo, quando do preenchimento de uma ficha, de um cadastro, dentre outras inúmeras e reais situações.

5.1 – POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL

O que se extrai da correta compreensão do princípio da dignidade da pessoa humana, incluindo-se aí, por óbvio, a questão atinente à orientação sexual, é o Direito Constitucional à felicidade, como bem verbera Luiz Alberto David Araújo:

“Ao arrolar e assegurar princípios como o do Estado Democrático, o da dignidade da pessoa humana e o da necessidade de promoção de bem de todos, sem qualquer preconceito, o constituinte garantiu o direito à felicidade. Não o escreveu de forma expressa, mas deixou claro que o Estado, dentro do sistema nacional, tem a função de promover a felicidade, pois a dignidade, o bem de todos, pressupõe o direito de ser feliz. Ninguém pode conceber que um Estado que tenha como objetivo a promoção do bem de todos possa colaborar para a infelicidade do indivíduo. Portanto, a interpretação constitucional leva à busca da felicidade do indivíduo, não de sua infelicidade. E, como veremos adiante, felicidade pressupõe atenção aos valores da minoria.¹⁹⁸

Noutro giro verbal, ou a Constituição Federal reflete seus efeitos para todas as pessoas que compõem a sociedade em que promulgada, ou estar-se-ia diante de um mero e ineficaz ‘calhamaço de papel’ sem qualquer valor efetivo que possa tutelar seus jurisdicionados.

Em verdade, a discussão ao redor dos direitos e deveres relativos aos transexuais quase sempre vem revestida de um colorido preconceituoso e pelo medo do diferente e do desconhecido, não sendo apresentadas, muitas das vezes, razões jurídicas plausíveis para a sua parcial exclusão do meio social em que vive, estuda, trabalha e produz.

Assim, e sempre se pautando pela observância do princípio da dignidade da pessoa humana, mostra-se oportuna a aplicação do sistema de adequação integral do transexual, composto esse por atos que visam à sua completa inclusão social, emergindo daí que não há como desvincular sua qualidade de cidadão brasileiro, bem como seu direito a alteração do nome em casos tais, como ainda hoje, infelizmente, se observa.

Dispõe o Código Civil, em seu art. 16 que “toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.”

198 – ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional do transexual**. São Paulo: Saraiva, 2000.

No entendimento de GUIMARÃES (2007: 38):

A proteção ao nome vem tratada nos arts. 16 a 19 do Código, sendo conceituado como o sinal exterior pelo qual se individualiza a pessoa, identificando-a na família e no meio social, sendo, pois, atributo individual do homem. Através dele, o ordenamento jurídico tutela a identidade pessoal.

Esclarecendo ainda que (2007: 39):

Compõe-se o nome do prenome (nome próprio) – que designa a pessoa no grupo formado pela família e indica o sexo – e do sobrenome, que indica a família específica a qual pertence seu titular.

O Código Civil, em seu art. 1604, determina que “ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro.” (BRASIL, 2007, p. 341)

Já o artigo 226 da Constituição Federal menciona que:

A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
Parágrafo 5º – Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. (BRASIL, 2007, p. 159)

Importante ressaltar a Lei 6.015/73 que, em seu artigo 55, disciplina que:

Quando o declarante não indicar o nome completo, o oficial lançará adiante do prenome escolhido o nome do pai, e, na falta, o da mãe, se forem conhecidos e não o impedir a condição de ilegitimidade, salvo e conhecimento no ato.

Parágrafo único – Os oficiais do registro civil não registrarão prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores. Quando os pais não se conformarem com a recusa do oficial, independente da cobrança de quaisquer emolumentos, à decisão do juiz competente.

Continua o mesmo dispositivo legal, em seu art. 58:

O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios.

Parágrafo único – A substituição do prenome será ainda admitida em razão de fundada coação ou ameaça decorrente da colaboração com a apuração



de crime, por determinação, em sentença, de juiz competente, ouvido o Ministério Público.

Assim sendo, o nome pode ser alterado quando expõe a pessoa ao ridículo.

A seguir, citam-se algumas jurisprudências referentes ao tema.

REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO. NOME. RETIFICAÇÃO. MUDANÇA DE SEXO. IMPOSSIBILIDADE. Retificação no Registro Civil .Mudança de nome de sexo. Impossibilidade. Sentença mantida. O homem que almeja transmutar-se em mulher, submetendo-se à cirurgia plástica reparadora, extirpando os órgãos genitais, adquire uma "genitália" com similitude externa ao órgão feminino, não faz jus "a retificação de nome e de sexo porque não é a medicina que decide o sexo e sim a natureza. Se o requerente ostenta aparência feminina, incompatível com sua condição de homem, haverá de assumir as consequências, porque a opção foi dele. O Judiciário, ainda que em procedimento de jurisdição voluntária, não pode acolher tal pretensão, eis que a extração do pênis e a abertura de uma cavidade similar a uma neovagina não tem o condão de fazer do homem, mulher. Quem nasce homem ou mulher, morre como nasceu. Genitália similar não é autêntica. Autêntico é o homem ser do sexo masculino e a mulher do feminino, a toda evidência. (TJRJ. – OITAVA CÂMARA CÍVEL Rel. DES. GERALDO BATISTA – Acórdão Apel. Cível nº 1993.001.06617 –Julgamento: 18.03.1997)

TRANSEXUALISMO. REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO. RETIFICAÇÃO. MUDANÇA DO SEXO. MUDANÇA DE PRENOME Ação de retificação de Registro Civil. Pedido para mudança de sexo, de masculino para o feminino, e também do nome. Requerente que se submeteu à cirurgia para troca de sexo. Sentença julgando extinto o feito. Recurso de Apelação Cível. Reforma parcial, diante do Código Civil de 2002, em seu art. 1.604, que repetiu o antigo art. 138, dispõe que: "ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro." Embora tenha trazido laudo médico emanado de cirurgião eu realizou a operação para mudança de sexo, bem como um parecer psicológico, o fato é que a prova definitiva teria de ser feita pelo laudo de análise citogenética. Todavia, em nosso entender, apesar do próprio aspecto humanitário ele não pode ultrapassar os limites legais e até constitucionais diante da vedação em nosso direito de casamento envolvendo pessoas do mesmo sexo (art. 226, par. 3, CRFB/88 e mais art.1.515 do Código Civil de 2003). Assim, dada a "situação atual da legislação e mais

a necessidade de plena segurança das pessoas em seu negócio jurídico na vida social a postulação revela-se incompatível. Aceita-se, tão somente, a mudança do nome visando minorar os constrangimentos, diante da situação de fato existente. Provimento parcial do recurso. (TJRJ. – DÉCIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL Rel. DES. OTAVIO RODRIGUES – Acórdão Apel. Cível nº 2004.001.28817 – Julgamento: 02.03.2005)

TRANSEXUALISMO. REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO. RETIFICAÇÃO. MUDANÇA DE PRENOME. MUDANÇA DO SEXO. Registro Civil. Pedido de retificação do prenome e do sexo constantes do assentamento de nascimento do postulante na serventia de Registro Civil das Pessoas Naturais. Pessoa que, inobstante nascida como do sexo masculino, desde a infância manifesta comportamento sócio-afetivo-psicológico próprio do genótipo feminino apresentando-se como tal, e assim aceito pelos seus familiares e integrantes de seu círculo social, sendo, ademais, tecnicamente caracterizada como transexual, submetendo-se a exitosa cirurgia de transmutação da sua identidade sexual originária, passando a ostentar as caracterizadoras de pessoa do sexo feminino. Registrando que não é conhecido pelo seu prenome constante do assentamento em apreço, mas pelo que pretende substitua aquele. Conveniência e necessidade de se ajustar a identidade física e social da pessoa com a que resulta de aludido assentamento. Parcial provimento do recurso, para determinar que sejam promovidas as alterações pretendidas no aludido assentamento. (TJRJ. – DÉCIMA OITAVA CÂMARA CÍVEL Rel. DES. NASCIMENTO POVOAS VAZ – Acórdão Apel. Cível Proc. n.º 2005.001.17926 – Julgamento: 22.11.2005)

CIVIL DE NASCIMENTO. TRANSEXUALISMO. MUDANÇA DESEXO. POSSIBILIDADE. Registro Civil. Possibilidade. Transexual. Cirurgia de transgenitalização. Sentença que atende somente ao pedido de alteração do nome. Reforma do julgado para permitir a alteração do sexo no registro de nascimento. Precedentes deste tribunal. Recurso provido. (TJRJ. – SEXTACÂMARA CÍVEL Rel. DES. FRANCISCO DE ASSIS PESSANHA – Acórdão Apel. Cível Proc. n.º 2006.001.61104 – Julgamento: 15.08.2007)

REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO. TRANSEXUALISMO. MUDANÇA DO SEXO. PRETENSÃO REJEITADA. SEGURANÇA JURÍDICA. Alteração no registro de nascimento de nome e sexo. Cirurgia de mudança de sexo. Transexualismo. Sentença que tece considerações de natureza penal entendendo haver crime de lesão corporal em razão de a cirurgia que causa ablação do órgão sexual masculino parecendo não considerar o consentimento do ofendido como discriminante e julga extinto o processo por impossibilidade jurídica do pedido em razão de não haver legislação que ampare o pedido autoral. Parecer do Ministério Público, em primeiro grau

deem sentido contrário, entendendo que, quanto à retificação do registro civil e mudança de sexo, “a primeira providência encontra previsão legal, enquanto a segunda foge, por completo, à esfera do Direito.” Política governamental permitindo que hospitais públicos realizem cirurgia de mudança de sexo custeadas pelo Sistema Único de Saúde. Laudos médico e psicológico indicando a cirurgia de “correção genital.” Pessoa com físico e aparência de mulher que se veste como mulher, e é conhecida como mulher. Constrangimento ao ser identificada por documentos como pertencendo ao sexo masculino. Possibilidade das alterações pretendidas à mingua de inexistência de proibição legal. Precedentes deste Tribunal e do Superior Tribunal de Justiça. Princípio da causa madura inserido no parágrafo terceiro do art. 515 do Código de Processo Civil. PROVIMENTO RECURSO RIO DE JANEIRO. (TJRJ. – DÉCIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL Rel. DES. RONALDO ALVARO MARTINS – Acórdão Apel. Cível Proc. n.º 2008.001.17016 – Julgamento: 22.10.2008)

TRANSEXUALISMO. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. NOME E SEXO. É possível a alteração do registro de nascimento relativamente ao sexo e ao nome em virtude da realização da cirurgia de redesignação sexual. Vedação de extração de certidões referentes à situação anterior do requerente, sob pena de discriminação. RECURSO IMPROVIDO. (TJRS. –OITAVA CÂMARA CÍVEL REL. DES. CLAUDIR FIDÉLIS FACCENDA –ACÓRDÃO APEL. CÍVEL PROC. n.º 70028694479 – JULGAMENTO:28.05.2009)

O Projeto de Lei n.º 70-B de 1995, do Deputado José Coimbra, em tramitação no Congresso Nacional, foi um grande passo rumo à legalização da redesignação do estado sexual do indivíduo transexual no Brasil. A proposta deste parlamentar é o acréscimo do parágrafo 9º ao artigo 129 do Código Penal e a alteração do artigo 58 da Lei 6.015/73 (Lei de Registros Públicos). Os dois dispositivos legais alterados vigorarão com a seguinte redação:

Art. 129. (...)

Exclusão do crime

§ 9º. Não constitui crime a intervenção cirúrgica realizada para fins de ablação de órgãos e partes do corpo humano quando, destinada a alterar o sexo de paciente maior e capaz, tenha ela sido efetuada a pedido deste e precedida de todos os exames necessários e de parecer unânime de junta médica.

Art. 58. O prenome será imutável, salvo nos casos previstos neste artigo.

§ 1º Quando for evidente o erro gráfico do prenome, admite-se a retificação, bem como a sua mudança mediante sentença do juiz, a requerimento do interessado, no caso do parágrafo único do art. 55, se o oficial não houver impugnado.

§ 2º Será admitida a mudança do prenome mediante autorização judicial, nos casos em que o requerente tenha se submetido à intervenção cirúrgica destinada a alterar o sexo originário.

§ 3º No caso do parágrafo anterior, deverá ser averbado no assento de nascimento o novo prenome, bem como o sexo, lavrando-se novo registro.

§ 4º É vedada a expedição de certidão, salvo a pedido do interessado ou mediante determinação judicial.

Embora de fundamental importância, vale ressaltar que o projeto de lei exclui os que não se operaram ainda, cala-se sobre a possibilidade de operação em incapazes, devidamente assistidos pelos seus genitores ou tutores, não esclarece se há necessidade de prévia autorização judicial para os pacientes que queiram realizar a intervenção cirúrgica no Brasil ou no exterior, e, por fim, nada dispõe sobre a possibilidade de alteração do registro civil do transexual redesignado que possui filho e do registro do mesmo.

A Carta Magna trouxe consigo a peculiaridade de ter sido elaborada sem um anteprojeto, uma vez que ela própria foi parte do processo de transição do autoritarismo para a democracia. Portanto não foi fruto da formação de vontade do legislador constituinte, mas da composição de forças heterônomas.

Marcada pela ação de juristas adeptos à interpretação aberta dos valores compartilhados pela comunidade, transformou-se a cultura jurídica onde o positivismo de caráter privatista era predominante. Consequentemente, os direitos fundamentais deixaram de ser considerados normas programáticas que dependiam da vontade do legislador e passaram a ser objetivos que implicam no dever de ação do Estado.

No Brasil, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana vem assegurado em nossa Magna Carta, em seu artigo 1º, inciso III, tratando-se de uma qualidade inerente a todo e qualquer ser humano.

A Declaração Universal da ONU, de 1948, já assegurava em seu artigo 1º que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência devem agir uns com os outros em espírito e fraternidade.”

Cada ser humano tem o direito de dispor do seu próprio corpo, de tomar suas decisões e de dimensionar a sua existência no meio em que vive.

Outra garantia trazida pela nossa Constituição é o direito à saúde, que tem como definição “o completo estado de bem-estar físico, psíquico ou social.” (Organização Mundial da saúde).



Convém ressaltar que temas como o transexualismo e as implicações em sua saúde, ainda nos dias de hoje, são alvo de preconceitos e discriminações e, talvez por este motivo, o legislador ainda não tenha se manifestado, permanecendo a discussão no âmbito dos Tribunais; entretanto, cabe asseverar que a questão atinente à identidade e ao direito da personalidade encontra-se protegida constitucionalmente, conforme disposto no citado artigo 5º do referido diploma legal e que normas e princípios precisam ser elaborados para que se consubstancie a pacificação da questão.

A saúde do transexual torna-se ameaçada no instante em que a inadequação de seu registro gera um distúrbio psicológico, uma crise de identidade, uma verdadeira tortura, não se podendo falar, portanto, no seu bem-estar.

No Brasil há inúmeras decisões em sentido favorável, bastando um alvará do magistrado e um parecer do membro do Ministério Público favorável à mudança de nome, não havendo recurso ex-officio.

Maria Berenice Dias sugeriu que constasse no assento de certidão novo nome e a referência a transexual; entretanto aí se esbarra em outro problema: a Constituição Federal veda qualquer tipo de discriminação e a referência na certidão acabaria tendo índole discriminatória.

O Ofício de Registro Civil somente deverá informar os motivos que ensejaram a alteração do estado individual mediante pedido do próprio interessado ou diante de requisição judicial.

Não obstante a segurança jurídica ser, também, um princípio, deve-se recorrer à hermenêutica constitucional sempre que estivermos diante da colisão de princípios.

Ao contrário das normas, a colisão entre princípios não se soluciona no âmbito da validade, mas no campo da valoração, isto é, não há que se falar em anulação de um princípio para que outro seja aplicado. As circunstâncias do caso concreto é que fundamentarão a decisão judicial pela precedência de um valor constitucionalmente assegurado em detrimento de outro.

E, no caso concreto, após a cirurgia, haverá uma discrepância entre o nome e a aparência da pessoa, causando-lhe transtornos, além de profundo constrangimento.

Propõe-se a seguinte solução: mudança no registro civil do transexual, ou seja, uma vez alterado o sexo, alterar-se-ia também o nome; no entanto a Lei dos Registros Públicos menciona, apenas, a mudança de nome quando expuser ao ridículo o seu portador, contanto que não prejudique o sobrenome da família.

6 – CONCLUSÃO

Todos os pontos abordados até então conduzem a uma inevitável reflexão que envolve o princípio norteador de todo ordenamento jurídico, ou seja, o princípio da dignidade da pessoa humana. Não há valor maior a ser prezado pela legislação do que a dignidade da pessoa humana, razão de existência do próprio direito.

O transexual, como pessoa humana, é também parte deste centro de valores sobre o qual incidem as normas de Direito Positivo e, principalmente, as normas de Direito Natural, das quais preferem ser descrentes muitos doutrinadores. É também objeto de todos os princípios que tramitam sobre o ordenamento vigente, que iluminam e servem de guia à Lei Maior.

Após a Segunda Guerra Mundial, os conceitos de pessoa humana foram reformulados na maioria das comunidades existentes. Tal ponto se ratificou, com a reformulação categórica dos conceitos de Direito Internacional Público, que recepcionou princípios jurídicos e postulados políticos fundados na dignidade da pessoa humana e nas demandas éticas por parte da consciência pública, espelhando-se no conteúdo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Tal fato contribuiu, e muito, para a democratização das relações internacionais e nacionais. O mesmo se revelou com os princípios diretivos, inseridos no preâmbulo da Carta da ONU, que preconizou a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano.

Com a nova sistemática de valores a serem forjados, a Constituição Brasileira de 1988 veio abarcar, em seus preceitos e princípios basilares, os direitos humanos, em conformidade aos tratados e pactos internacionais.

O art. 1º, inciso III, da CF, consagra expressamente o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Canotilho, doutrinador português, retrata a dignidade da pessoa humana como sendo “o fundamento e domínio político da República.” Tal dignidade humana tornou-se o foco da legislação, a essência do homem passou a ser o limite do legislador, este devendo se ater aos interesses e ao bem-estar da pessoa humana.

O legislador na sua abstratividade, objetivando cercar de garantias o preceito “dignidade da pessoa humana”, elencou, no art. 3º, incisos I a IV, princípios que deverão ser alcançados na sua integralidade para que o referido preceito não seja violado. Um deles, e de salutar importância, a este trabalho, condiz ao princípio da igualdade.

O princípio da igualdade constitucionalmente previsto no art. 5º, caput e no art. 3º, incisos I e IV, tem como ideia o tratamento equânime das pessoas. A interpretação do dispositivo



reflete no comportamento social, posicionando-se como a fonte reguladora da vida social no geral. Esta prerrogativa busca impedir a discriminação quanto ao sexo, raça, cor, origem, idade, orientação sexual e demais formas de preconceito.

Com efeito, para Celso Antônio Bandeira de Mello ... “o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desigualdades fortuitas ou injustificadas.” Uma vez que, existindo o vínculo entre a peculiaridade diferencial acolhida no íntimo do objeto, e a desigualdade de tratamento decorrente em função dela, não vindo a ir contra aos ditames constitucionais, é possível a ocorrência de desigualdade de tratamento, não sendo considerada, nesse sentido, como uma discriminação. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p.18).

A discriminação é um dos vastos problemas enfrentados pelas pessoas que não estão incorporadas ao modelo conservador da consciência social. Apesar de se viver em um período neoliberal, o padrão social tradicional muito pouco se alterou. As mentes mantêm-se conservadoras, por meios das gerações e dos costumes, inexpressivos em ação e vontade para abrir os olhos à nova realidade.

O que se configura preocupante até mesmo ao fato de que ao se discriminar uma pessoa, não importa se esta possui valores contrários ao comum, nem por isso deixa de ser uma pessoa, e conforme foi analisado, todo ser humano possui a garantia da sua dignidade protegida pela Lei Maior, e não existindo o respeito a este preceito, os valores democráticos e sociais da ordem nacional vigente estariam sendo desrespeitados.

Os transexuais, pessoas que não têm compatibilidade entre o seu sexo psicológico e o sexo biológico, fazem parte do contingente de pessoas estigmatizadas socialmente. É de se reconhecer a privação de muitos direitos constitucionais a eles atinentes, como o direito do emprego (artigos 6º e 7º, incisos I, da CF), o direito de votar (art. 14 da CF), o direito de igualdade (art. 5º, caput), o direito ao casamento (art. 226, § 3º, da CF) e outros.

Poucos são os países que estão debatendo e aprovando normas protetoras aos transexuais. São exemplos: o Japão, a Bélgica e a África do Sul. Ainda, os seguintes estados dos Estados Unidos: Califórnia, Minnesota, Rhode Island e o Novo México.

O Japão, por exemplo, diante da sua cultura imperialista, de forte posicionamento, centrado em seus valores éticos e tradicionais, impressionou aprovando uma lei que permite aos transexuais japoneses a possibilidade de alterar, nos documentos oficiais, os seus novos nome e sexo. É certo que a discriminação continuará, mas a partir do momento em que fica constatada nos documentos oficiais a sua nova condição, correlata a sua aparência, menos constrangimentos enfrentarão na procura de emprego, quando forem votar, matricular-se

em cursos, escolas etc. (Fonte: Portal GLSPlanet, disponível em: glsplanet.terra.com.br/cgi-bin/searchnews).

Existe hoje um desenvolvimento no sentido de melhorar as condições do transexual, especialmente no Brasil quanto aos seus direitos, existindo vários julgados atendendo a pretensão de seus autores quanto à alteração do nome e do sexo jurídico.

A consciência jurídica, aos poucos, vem se movimentando e se conscientizando na justiça social, almejando o espírito da dignidade humana.

Ao final, faz-se necessário ainda ressaltar que, após longos anos de vida angustiosa ante à falta de adequação de sexo biológico e psicológico, depois de procedimento pré-operatório demorado, pior após o processo relativamente demorado face à morosidade do Judiciário, postulando alteração dos registros, o transexual tem o direito de ter sua intimidade preservada com o total esquecimento de sua situação anterior.

Esta será a única maneira de assegurar-lhe existência digna e, enfim, felicidade plena num país que prima pelo Estado Democrático de Direito.

7 – REFERÊNCIAS

- ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional do transexual**. São Paulo: Saraiva, 2000.
- CHAVES, Antônio. **Direito à vida e ao próprio corpo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- GAGLIANO, Pablo Stolze/ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.
- LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 10 ed. rev. atual. ed. ampl. São Paulo: Editora Método, 2006.
- MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da Pessoa Humana: princípio constitucional fundamental**. Curitiba. Juruá, 2006.
- MOTTA FILHO, Sylvio Clemente/ BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.
- PERES, Ana Paula Ariston Barion. **Transexualismo: o direito a uma nova identidade sexual**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.



JURADO, Jalma. **Classificação dos estados intersexuais.** In Revista Jurídica Consulex, ano V, n.º 101, 31 de março de 2001.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Transexuais: adequação de sexo.** In Revista Jurídica Consulex, ano III, n.º 31, 31 de julho de 1999.

Revista Jurídica Consulex, ano V, n.º 101, 31 de março de 2001.

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional do transexual,** São Paulo: Saraiva, 2000. p. 74.

_____. **Transexualismo.** ARTIGO ALONSO, Paulo Gimenez; PROVISAN, Flávia.

CECCARELLI, Paulo Roberto. Psicanalista **Transexualismo e identidade sexuada.**

COLLUCCI, Cláudia. **Associação luta pelo direito de escolha.** Folha de São Paulo, São Paulo, 16, ago., 2002. Cotidiano, saúde, C1.

COLLUCCI, Cláudia. **Medida visa evitar erros na definição do sexo.** Folha de São Paulo, São Paulo, 16, ago., 2002. Cotidiano, saúde, C1.

RENTROIA, Cláudia Regina Lima. **O transexualismo e a operação para mudança de sexo. Uma ponderação diante dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana.** CHOERI, Raul. **Transexualismo e Identidade Pessoal: cirurgia de transgenitalização.** In BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETTO, Vicente de Paulo (organizadores). **Temas de biodireito e bioética.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual: o preconceito & a justiça.** 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** 2. ed. aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito Civil: Teoria Geral.** 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2005.

NUNES JUNIOR, Vidal serrano. **A cidadania social e a constituição de 1988. Estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais.** São Paulo: editora Verbantim, 2009. P. 40.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. **Transexualismo: o direito a uma nova identidade sexual**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23ª edição, revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2004.

SIQUEIRA, Alessandro Marques de. **Direito e transexualidade. A perspectiva jurídica do conceito**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2171, 11 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12959>>. Acesso em: 25 jan. 2013.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Ed. RT, 1993, p. 35.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Nome e Sexo. Mudanças no Registro Civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2009. P. 226

_____. **direito à informação**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1068, 4 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8467>>. Acesso em: 25 jan. 2013.

<http://www.trabalhosfeitos.com/ensaios/Os-Princípios-Constit...> acesso em 25.01.2013

<http://www.direitohomoafetivo.com.br/jurisprudencia.php?a=26#t> acesso em BORGES Michelle de Souza . **Direito à identidade: o transexual e sua autonomia** <http://jus.com.br/revista/texto/8467/o-transexualismo-e-a-op..> acesso em 25.01.2013 <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2164/Transexuali...> acesso em 25.01.2013 <http://monografias.brasilescola.com/direito/o-transexual-ope...> acesso em 25.01.2013 **ia corporal** . Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/842>. Acesso em 25/01/2013

Articulação Nacional de Travestis e Transexuais. Apresenta informações sobre a ANTRA, o sítio parece desatualizado desde 2008. Disponível em: <pessoal.atarde.com.br/marccelus2/antra/index.html>. Acesso em: 26.01.2013.



Defensoria Pública
BAHIA

Instituição essencial à Justiça

ISSN 2358-0100



9 772358 010000 >

REVISTA JURÍDICA DA DEFENSORIA PÚBLICA DA BAHIA – Volume 1
TUTELA INDIVIDUAL E COLETIVA DE DIREITOS

© *Copyright* by Defensoria Pública do Estado da Bahia, 2014

Todos os direitos reservados.

Proibida a reprodução, total ou parcial, sem autorização expressa dos autores.

Autores dos artigos

Alexandra Soares da Silva
Bartolomeu Oliveira da Silva
Eduardo Feldhaus
Iracema Érica Ribeiro Oliveira
Laise de Carvalho Leite
Lúdio Rodrigues Bonfim
Maria Auxiliadora Santana Bispo Teixeira
Maurício Garcia Saporito
Nelson Alves de Sant'Anna Filho
Walmary Dias Pimentel

Capa

SLA Propaganda

Projeto Gráfico e Editoração Eletrônica
Editora Dendê

Revisão

Carlos Amorim

B42r Bahia (Estado). Defensoria Pública da Bahia
Revista Jurídica da Defensoria Pública da Bahia. - Salvador :
Defensoria Pública da Bahia, 2014.
316 p.; v. 1

ISSN 2358-0100

1. Defensoria Pública - Periódico. 2. Assistência judiciária –
Periódico. 3. Direito.

CDD:344.58142
20. ed.

Ficha elaborada pela bibliotecária Renata Souza CRB:1702

Defensoria Pública do Estado da Bahia
Tel.: (71) 3116-3400
www.defensoria.ba.gov.br

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA

ADMINISTRAÇÃO SUPERIOR

Defensora Pública Geral

Vitória Beltrão Bandeira

Subdefensor Público Geral

Renato Amaral Elias

Corregedora Geral

Carla Guenem da Fonseca Magalhães

Subcorregedor

César Ulisses Oliveira Monteiro da Costa

CONSELHO SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA

Conselheiros titulares eleitos

Clériston Cavalcante de Macedo

Gil Braga de Castro Silva

Juarez Angelin Martins

Maria Auxiliadora Santana Bispo Teixeira

Mônica de Paula Oliveira Pires de Aragão

Robson Freitas de Moura Moura Júnior

Conselheiros suplentes eleitos

Alexandre Alves de Souza

Elaina Borges de Souza Rosas

Pedro Joaquim Machado

Ouvidora-Geral

Tânia Maria Palma Santana

ESCOLA SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA

Diretor

Daniel Nicory do Prado

Conselho Editorial da Revista Jurídica

Andrea Tourinho Pacheco de Miranda

Ariana de Sousa Silva Wanderley

Bethânia Ferreira de Souza

Cláudia Regina Ferraz de Souza Bispo Silveira

Felipe Silva Noya

Liana Santos Conceição Leão

Luiz Carlos de Assis Júnior

Maria Auxiliadora Santana Bispo Teixeira

Matheus Góes Santos

Rodrigo Ferreira Lima

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	7
DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA Alexandra Soares da Silva	9
CONDIÇÕES DA AÇÃO: FLEXIBILIZAÇÃO NA ANÁLISE DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO E DO INTERESSE PROCESSUAL, VISANDO À EFETIVIDADE DO PROCESSO E A POSSIBILITAR O ACESSO À JUSTIÇA E À GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS Bartolomeu Oliveira da Silva	51
VEDAÇÃO DO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA Eduardo Feldhaus	64
A (IM) POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NO PROCESSO CIVIL Iracema Érica Ribeiro Oliveira	96
A EFETIVIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS VERSUS A IMPROBIDADE PROCESSUAL: SANÇÕES APLICÁVEIS Laise de Carvalho Leite	125
A TUTELA ANTECIPADA E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE Lúdio Rodrigues Bonfim	157

**A PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS FRENTE AO CÓDIGO DE
DEFESA DO CONSUMIDOR**

Maria Auxiliadora Santana Bispo Teixeira 194

**RESPONSABILIDADE CIVIL PELA TUTELA CAUTELAR DE
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA CASSADA**

Maurício Garcia Saporito 221

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DA AGÊNCIA REGULADORA
DE TELECOMUNICAÇÕES NA DEFESA DOS DIREITOS
DOS USUÁRIOS DE TELEFONIA MÓVEL**

Nelson Alves de Sant'Anna Filho 244

O TRANSEXUAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Walmery Dias Pimentel 283

APRESENTAÇÃO

Vitória Beltrão Bandeira¹

Lançar a primeira edição da Revista Jurídica da Defensoria Pública é mais do que cumprir uma obrigação contida na Lei Complementar estadual nº 26/2006: é atender a um antigo anseio da classe, e contribuir para o fortalecimento de uma tradição de pesquisa e publicação no âmbito da Defensoria Pública do Estado da Bahia, que já vem sendo construída em diversas iniciativas particulares, individuais ou coletivas pelos defensores públicos baianos.

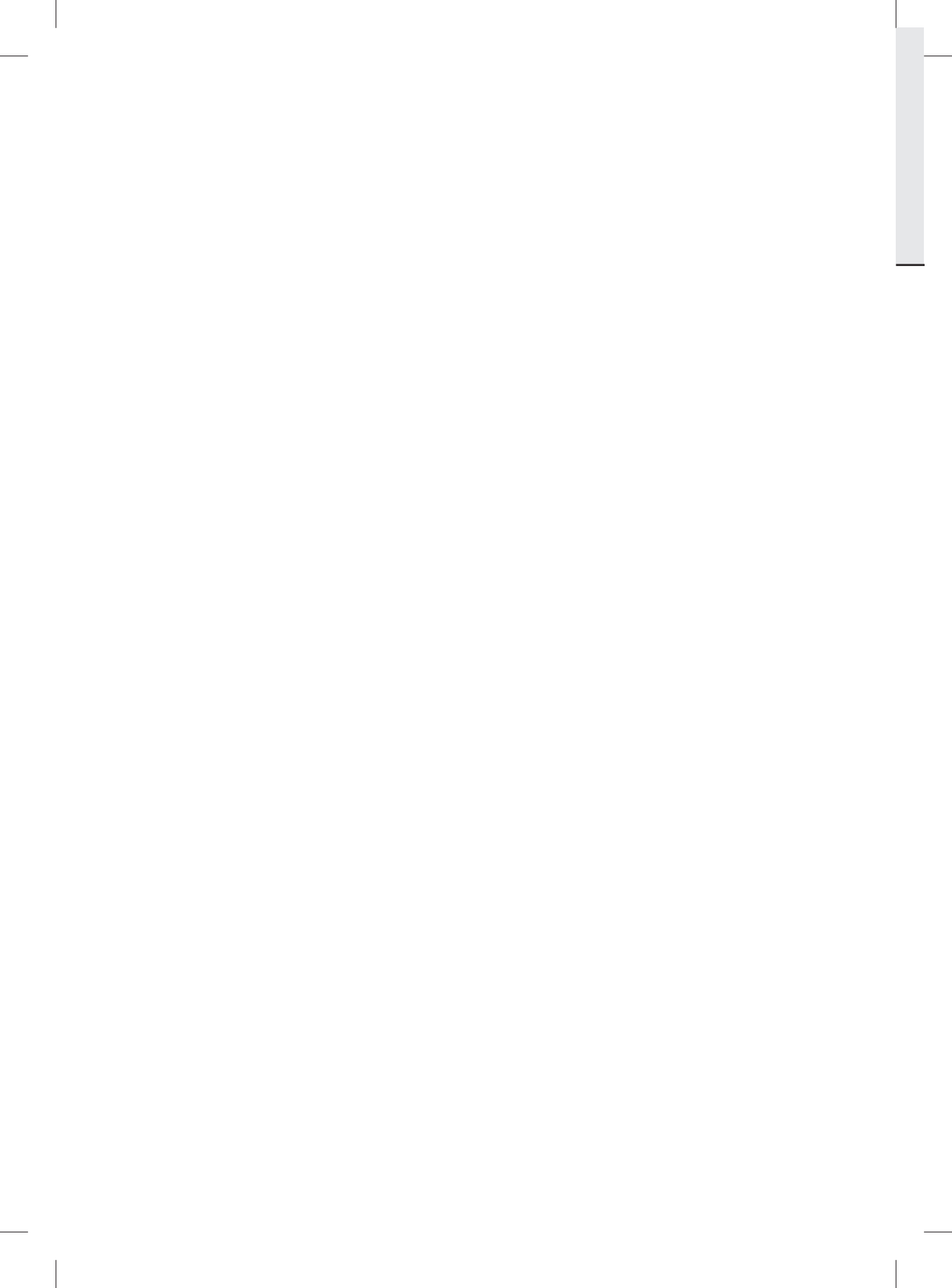
Desde o início, apoiou a decisão da Escola Superior de prestigiar a produção científica já existente e já submetida à Defensoria, em gestões anteriores, pois ela está em consonância com a orientação da atual Administração de racionalizar os processos operacionais e de gestão, e, por isso, foi possível apresentar com brevidade os primeiros resultados.

Os trabalhos publicados nesta edição da Revista Jurídica da Defensoria Pública são um testemunho do esforço de cada Defensor que o produziu e da Instituição que subsidiou os seus estudos, e agora pode usufruir de reflexões sérias e consistentes sobre os problemas que tanto afligem os nossos assistidos e os próprios defensores em sua atuação cotidiana.

Por fim, cabe apenas parabenizar cada um dos autores pelos ótimos resultados alcançados em suas pesquisas e incentivar todos os defensores públicos a continuarem produzindo e submetendo os seus trabalhos à apreciação da Escola Superior da Defensoria Pública, para que o lançamento de uma Revista Jurídica deixe de ser uma novidade e passe a fazer parte da rotina institucional, no melhor sentido da palavra.

Salvador, 15 de maio de 2014.

¹ - Defensora Pública-Geral do Estado da Bahia.



DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA

Alexandra Soares da Silva¹

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 ORIGEM HISTÓRICA DO ACESSO À JUSTIÇA; 2.1 ASPECTOS NA REVOLUÇÃO FRANCESA; 2.2 ASPECTOS NO BRASIL; 3 DEFINIÇÃO DO DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA; 3.1 DEFINIÇÃO DO DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA EM UMA VISÃO ATUALIZADA; 4 O ACESSO À JUSTIÇA E O DIREITO PROCESSUAL CIVIL; 5 OBSTÁCULOS AINDA EXISTENTES AO EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA; 5.1 MOROSIDADE PROCESSUAL; 5.2 CUSTOS FINANCEIROS DO PROCESSO; 5.3 HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA, CULTURAL E TÉCNICA; 5.4 FORMALISMO JURÍDICO; 6 MEIOS FACILITADORES DO ACESSO À JUSTIÇA; 6.1 DEFENSORIA PÚBLICA; 6.2 ARBITRAGEM; 6.3 MEDIAÇÃO; 6.4 JUIZADOS ESPECIAIS; 7 PROJETO DE LEI DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E CELERIDADE PROCESSUAL; 8 CONSIDERAÇÕES REFERENTES AO ALCANCE DO EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA; 9 CONCLUSÃO; 10 REFERÊNCIAS.

Resumo

Através deste trabalho objetiva-se demonstrar que o direito de acesso à Justiça, previsto constitucionalmente, ainda não atingiu a sua plenitude, de maneira que os estudiosos e operadores do direito continuam buscando meios que viabilizem a sua total efetividade. Após breve relato histórico verificou-se que, embora tenha existido progresso, ainda há uma considerável parcela da população sem condições de acesso a uma justiça digna, em virtude da deficiência dos serviços judiciários, de falta de condições econômicas e culturais da população hipossuficiente, dentre outros fatores. Para combater os obstáculos detectados foram instituídos meios facilitadores, tais como arbitragem, mediação, juizados especiais e Defensoria Pública, além das reformas processuais realizadas desde a Emenda Constitucional 45/2004, que visam combater a morosidade processual. Pretende-se apresentar outra solução consistente em um olhar direcionado para as causas geradoras dos obstáculos e não para seus efeitos, dando ênfase para outros meios compositivos do litígio, especialmente o fortalecimento da Defensoria Pública.

Palavras-chave: Acesso à Justiça; Obstáculos; Meios Facilitadores; Defensoria Pública.

1 – Defensora Pública de Classe Intermediária, Especialista em Direito do Estado pela Faculdade Baiana de Direito



Abstract

Through this work, we aim to prove that the right of access to justice, constitutionally provided for, not yet reached its fullness, so that scholars and jurists continue to seek ways to enable their full effectiveness. After a brief historical account, it was found that, although there was progress, there is still a considerable proportion of the population unable to access a worthy justice, due to the deficiency of the judiciary, lack of economic and cultural conditions of the population at a disadvantage among other factors. To combat the identified obstacles were imposed enablers, such as arbitration, mediation, special courts and public defense, and procedural reforms undertaken since the Constitutional Amendment 45/2004, to combat the lengthy procedure. They try to present another solution, consisting of a gaze directed at the causes for the obstacles and not to its effects, giving emphasis to other compositional means of dispute, especially the strengthening of the Public Defender.

Keywords: *Access to Justice. Obstacles. Effectiveness. Instruments. Public Defender.*

1 – INTRODUÇÃO

O direito de acesso à Justiça não surgiu de forma súbita, da noite para o dia, ao contrário, tanto no contexto nacional quanto internacional ele foi se desenvolvendo por meio da luta cotidiana das pessoas que necessitavam da tutela do Estado para lhes garantir direitos e evitar a utilização da autotutela como meio de alcance da Justiça. Assim, o Estado criou o Poder Judiciário para que pudessem ser resolvidos todos os litígios instaurados entre as pessoas que convivem em sociedade, visando garantir, com isso, a paz social e promover a manutenção do Estado Democrático de Direito.

No entanto, observa-se que o Judiciário brasileiro não tem conseguido atingir os moldes de eficiência necessários para atender aos anseios sociais de justiça. A referida ineficiência é perpetuada em razão de obstáculos existentes até a atualidade, tais como morosidade processual, custos financeiros do processo, formalismo jurídico e hipossuficiência econômica, cultural e técnica das partes litigantes.

O acesso à Justiça era entendido, até recentemente, como sendo, tão-somente, o acesso ao Poder Judiciário, contudo passou-se a ampliar esse entendimento considerando-o como substancializador de uma sociedade justa e igualitária, enquanto o Judiciário é apenas um dos meios para se buscar essa Justiça. Neste sentido, Cintra, Grinover e Dinamarco (2007, p. 39) dizem que “o acesso à justiça não se identifica, pois, como mera admissão ao processo, ou possibilidade de ingresso em juízo [...]. É necessário isso e muito mais.”

Por todo o exposto, fez-se necessário desenvolver meios alternativos para soluções de litígios que contribuíssem para o alcance do efetivo acesso à Justiça. Alguns desses meios facilitadores são a Arbitragem, a Mediação, os Juizados Especiais e a Defensoria Pública, instituição esta que exerce relevante papel para garantir o acesso à Justiça, sobretudo em uma sociedade com grandes níveis de desigualdade social.

Neste contexto, o presente artigo pretende demonstrar que o direito de acesso à Justiça, apesar de todo esforço até então empreendido para torná-lo efetivo, ainda não tem atendido adequadamente às necessidades da população. Além disso, pretende-se demonstrar que ainda faltam incentivos e fortalecimento aos meios auto e heterocompositivos dos litígios, de forma a proporcionar segurança aos litigantes quanto à utilização desses meios de resolução das lides, desestimulando a sociedade da cultura judiciarista que atualmente se encontra difundida.

Para demonstrar o que se pretende, apresentou-se a evolução histórica do direito de acesso à Justiça, sendo constatados seus principais obstáculos e as ações até então empregadas para superá-los. Ao final, teceram-se considerações acerca de alternativas que visam contribuir com a implementação do pleno acesso à Justiça.



Para atender ao objetivo proposto, este artigo científico tem como metodologia a pesquisa bibliográfica, por meio da revisão de literatura, de citações e argumentações encontradas em livros, periódicos especializados em matéria de Direito, artigos, bem como publicações, encontradas em banco de dados na Internet, sobre a temática desenvolvida. Foi utilizada como pesquisa documental a legislação pátria.

2 – ORIGEM HISTÓRICA DO ACESSO À JUSTIÇA

2.1 – ASPECTOS NA REVOLUÇÃO FRANCESA

Antes de ingressar na história do acesso à Justiça propriamente dito, torna-se necessário breve relato do momento histórico mais importante para os direitos individuais e sociais. Aquele no qual o povo, cansado de tanta injustiça social, exigiu a proclamação de direitos, na esperança de que pudesse viver numa sociedade livre e socialmente justa.

Pode-se dizer, até mesmo, que para se escrever sobre qualquer direito fundamental é imprescindível ter uma visão geral, ainda que de forma perfunctória sobre a Revolução Francesa, pois foi a partir daí que os direitos foram formalmente previstos, sendo declarados os direitos fundamentais do cidadão.

No século XVIII vigorava o Absolutismo, em que o rei detinha a total concentração dos poderes do Estado sem necessidade, sequer, de prestar contas à população. Nesse contexto, Pontes de Miranda (*apud* BRÜNING 2006, p. 281) relata sobre os poderes do Rei: “O Rei não podia malfazer: era infalível, uma vez que não tinha que prestar contas.”

Na sociedade francesa havia três camadas sociais, quais sejam o Primeiro Estado formado pelo Clero; o Segundo Estado formado pela nobreza, que era composta pelo Rei, sua família, Condes, Duques, Marqueses e outros Nobres; e o Terceiro Estado, que abrangia a maior parte da população francesa, incluindo-se todos os trabalhadores, camponeses e burguesia.

A terceira camada social era tratada com total discriminação. O Clero e a Nobreza viviam com muito luxo e ostentação, tudo custeado com o dinheiro proveniente dos altos impostos que somente eram pagos pelos integrantes do Terceiro Estado. A situação social era de extrema gravidade, sobretudo pela insegurança jurídica que as pessoas viviam ante a ausência de direitos individuais. A insatisfação popular era tão grande que em 14 de julho de 1789 o povo, movido pelos ideais iluministas, foi às ruas com o objetivo de tomar o poder e acabar de vez com a Monarquia.

Posteriormente, houve a queda do Absolutismo e a seguir a aprovação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, através da qual foram consagrados vários direitos individuais e sociais

anteriormente difundidos pelo Iluminismo, como, por exemplo, direito à igualdade perante a Lei, Direito à vida, à propriedade, à liberdade de religião e expressão, dentre outros.

Não se pode olvidar que a mais importante conquista da Revolução Francesa foi a criação de uma Constituição que passou a regular a vida em sociedade, estabelecendo direitos e deveres para os cidadãos e limitando o poder estatal. A partir daí teve início uma nova fase: a fase liberal individualista.

O Estado Liberal tinha como fundamento a liberdade do cidadão em todos os aspectos, ou seja político, social e econômico, segundo nos apresenta Paulo Bonavides:

Dentro da Sociedade Liberal, os direitos fundamentais eram os direitos da liberdade, traçados segundo uma imagem isolante e individualista, pertinente à Liberdade pessoal, à propriedade, à individualidade do domicílio e da correspondência, às liberdades de opinião, assembleia, reunião e crença religiosa, dentre outras. Tinham, pois, todos esses direitos uma função delimitadora, defensiva, específica, de resistência ou oposição ao Estado (BONAVIDES, 1983, p. viii).

A Revolução Francesa foi apenas formalmente fundamental para o acesso à Justiça, embora tenha tido por ideais a liberdade, a igualdade e a fraternidade. Cite-se, como exemplo, a previsão constitucional de igualdade dos indivíduos, que não passou de uma garantia formal, pois não podia ser amplamente usufruída, sobretudo pela fragilidade do direito de acesso à Justiça.

Nesse aspecto, é importante destacar que o Estado assumiu uma postura totalmente passiva no que tange aos problemas que afetavam a capacidade do cidadão para ingressar na Justiça na defesa de seus direitos e interesses, pois considerava o direito de acesso à Justiça um direito natural e, por isso, anterior à formação do próprio Estado, sendo desnecessário qualquer regramento que pudesse viabilizar a sua efetividade. Sobre o tema, explica Cappelletti em sua obra *Acesso à Justiça*:

Nos Estados Liberais "burgueses" dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigorante. Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação (CAPPELLETTI, 2002, p. 9).

Portanto, mesmo diante dos grandes avanços e dos nobres ideais, a Revolução Francesa não conseguiu consolidar os direitos até então enunciados, sobretudo pela ineficácia do direito de acesso à Justiça.



A seguir surgiu o capitalismo, que deu origem à classe proletária. Essa classe social vivia em condições subumanas de trabalho, com jornada excessiva e local de trabalho insalubre e sem segurança. Essa situação ocasionou vários infortúnios aos trabalhadores, que sequer podiam contar com uma legislação trabalhista que os amparasse.

Neste contexto, deflagraram vários movimentos sociais no século XIX, que lutavam por uma vida digna para os trabalhadores, embasados na previsão constitucional de igualdade dos indivíduos, acima referida.

Estes movimentos culminaram com o denominado constitucionalismo social, originado na Constituição Mexicana de 1917 e na Alemã de 1919. Conceituando o constitucionalismo social, Amauri Mascaro Nascimento (2006, p.1243) relata como sendo “o movimento que, considerando uma das principais funções do Estado a realização da justiça social, propõe a inclusão de direitos trabalhistas e sociais fundamentais nos textos das Constituições dos países.” Foi assim que teve início o Estado Social.

No Brasil, foi a Constituição de 1934 que, pela primeira vez, enunciou uma ordem econômica e social, porém somente a Constituição de 1988 foi que considerou os direitos sociais como sendo direitos fundamentais da pessoa humana. Tais direitos, na acepção de José Afonso da Silva, são:

[...] prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida para os mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade (SILVA, 2010, p. 286).

2.2 – ASPECTOS NO BRASIL

No Brasil Colônia, que foi influenciado pelo Direito português, suas bases político-sociais e econômicas estavam voltadas para a classe dominante, ou seja, a Igreja Católica e as oligarquias rurais, sempre com o objetivo de fortalecer, cada vez mais, o Estado e a burguesia, à custa da mão de obra escrava. Ideologicamente, vigorava o liberalismo conservador, fundamentado na propriedade privada e no máximo de individualismo. Desta forma, o Estado pouco se interessava em melhorar o acesso à Justiça para as classes sociais desfavorecidas, nem se preocupava com a desigualdade social fomentada diariamente.

No que diz respeito à estrutura da Justiça no Brasil Colônia, ensina Raulino Jacó Brüning:

No Brasil, de 1521 a 1603 vigoravam as Ordenações Manuelinas, quando passamos a ser regidos pelas ordenações Filipinas, que se estenderam até o século XIX, tanto no civil quanto no crime. A justiça era a dos donatários, praticamente uma justiça privada. Eram investidos de jurisdição civil e criminal, nomeavam um ouvidor, tornando segundo autoridade da capitania, bem como designavam os juízes e demais funcionários (BRUNING, 2006, p. 283).

Somente em 1696 os desembargadores passaram a nomear juízes, que só atuavam nos locais mais populosos, ou seja, nas sedes das capitanias, não chegando aos interiores, sendo esse o único avanço do acesso à Justiça no período colonial.

No Brasil império, diferentemente do período colonial, vários foram os avanços relacionados ao acesso à Justiça. Foram editados o Código Penal (1830) e o Código de Processo Criminal (1832). Houve a instituição do *habeas corpus* e do sistema de jurados, sendo também reestruturada toda a organização judiciária do Brasil, pois, até então, a que existia era a proveniente de Portugal.

Em 1824 houve a promulgação da primeira Constituição brasileira (Constituição Imperial), outorgada por D. Pedro I, que concedeu independência ao Poder Judiciário. Saliente-se que através desta Constituição houve a divisão do poder estatal em poder Legislativo, Executivo, Judiciário e Moderador. A partir de então, o Imperador ficou obrigado a governar de acordo com as normas estabelecidas na Constituição. Outro importante avanço foi a criação do Código Comercial, em 1850, bem como o início dos trabalhos de elaboração do Código Civil, que somente findou em 1916, quando ocorreu a sua promulgação.

Portanto, verifica-se que houve um avanço significativo no acesso à Justiça, entretanto ainda persistiram diversas barreiras, como, por exemplo, era negada a condição de cidadãos às mulheres, aos índios, aos escravos e às crianças, a quem era totalmente vedado o acesso ao poder judiciário.

Do breve relato, depreende-se que o direito de acesso à Justiça continuou distante do cidadão, sobretudo dos mais vulneráveis, que permaneceram impedidos de ingressar no Poder Judiciário para defesa dos seus direitos.

Em 1891 foi proclamada a República, sendo promulgada a primeira Constituição do Brasil republicano, a qual foi influenciada pelo direito norte-americano. Seu objetivo principal estava relacionado à descentralização do poder e reorganização do governo, observando os princípios do novo regime adotado, qual seja, o presidencialista.



No que tange ao direito de acesso à Justiça, propriamente dito, essa Constituição pouco contribuiu, em que pese seu objetivo de proporcionar às camadas menos favorecidas da sociedade o exercício de cidadania, com a instituição do voto universal, cujo exercício ficou limitado aos eleitores homens maiores de 21 anos e que fossem alfabetizados.

Em 1934 foi promulgada uma nova Constituição que, além de trazer importantes avanços nos direitos sociais, foi um marco para o acesso à Justiça, pois, pela primeira vez, autorizou a criação da assistência judiciária gratuita, que somente foi criada em 1950 com a edição da Lei 1.060/50.

A Constituição de 1937 retroagiu no que diz respeito aos avanços do acesso à Justiça, pois decorreu de uma atitude arbitrária do então presidente, que decretou uma nova Constituição voltada a satisfazer seus interesses ditatoriais, suprimindo os avanços trazidos pela Constituição de 1934 e os direitos à ampla defesa e ao contraditório. Dessa forma, essa Carta Magna praticamente suprimiu o direito de acesso à Justiça, pois excluiu vários princípios e garantias constitucionais.

Em 1946 foi promulgada uma nova Constituição, com vista a fortalecer o Estado Democrático de Direito. Assim, restabeleceu os princípios e garantias constitucionais anteriormente violados. No que tange ao acesso à Justiça, essa Constituição foi de fundamental importância, pois garantiu o direito de ação aos cidadãos.

Retroagindo as conquistas até então alcançadas, a Constituição de 1967 centralizou o poder nas mãos do presidente, embora tenha mantido o direito de acesso ao Judiciário. Em 1967 foi decretado o Ato Institucional nº 05 (AI 05), que foi extremamente ditatorial e, além de outras arbitrariedades, suspendeu os direitos e garantias fundamentais; suprimiu o direito de ação, excluindo da apreciação do Poder Judiciário todas as ações que violassem seus dispositivos e restringiu a utilização do *Habeas Corpus*.

A Constituição de 1969, na verdade, apenas incorporou o Ato Institucional nº 05, dando-lhe status de norma constitucional. No tocante ao acesso à Justiça não houve alteração, já que ele continuou praticamente inexistente, sobretudo pela exigência de esgotamento das vias administrativas para propositura de ação.

Após quatorze anos de ditadura militar, mais precisamente em 1978, foi editada uma emenda constitucional que revogou o AI nº 05.

Chega-se à atual constituição, promulgada em 1988 e denominada Constituição Cidadã, em razão do seu principal escopo, qual seja eliminar todas as normas ditatoriais impostas anteriormente. Por essa razão, ela trouxe um grandioso conteúdo de direitos e garantias fundamentais.

Do ponto de vista político, a redemocratização do país produziu forte impacto sobre o sistema de Justiça. De um lado, a demanda por justiça, em grande parte represada nos anos de autoritarismo, inundou o Poder Judiciário com o fim dos constrangimentos impostos pelo regime militar ao seu livre funcionamento. Por outro lado, a democratização e o retorno ao Estado de Direito recolocaram a necessidade de juízes e árbitros legítimos para decidir eventuais conflitos entre sociedade e governo e entre os poderes do próprio Estado (ARANTES, 1997).

O acesso à Justiça passou a ser princípio constitucional previsto no artigo 5º, inciso XXXV da CF/88, nos seguintes termos: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, garantindo-se, dessa forma, o direito de ação como instrumento de acesso à Justiça.

Para conceder amplo alcance e efetividade ao acesso à Justiça, a atual Constituição estabelece o direito ao contraditório e à ampla defesa a garantia do juiz natural, o princípio da isonomia das partes, direito a assistência jurídica gratuita e integral, dentre outros. Conclui-se, portanto, que essa Carta Magna considerou significativamente o direito de acesso à Justiça.

3 – DEFINIÇÃO DO DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA

Não é tarefa tão simples definir ou delimitar o conteúdo do direito de acesso à Justiça, garantindo que ele atingiu a sua plenitude, no sentido de que todo cidadão encontra-se apto a buscar a efetividade dos seus direitos formalmente reconhecidos.

Sobre o tema, Mauro Cappelletti traz a seguinte lição:

A expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para delimitar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos (CAPPELETI, 2002, p. 8).

O conceito de acesso à Justiça vem evoluindo no tempo, sendo uma preocupação constante dos estudiosos e operadores do direito garantir sua efetividade. Para tanto, busca-se não somente novos meios ou mecanismos de acesso, mas também alterações no sistema jurídico que amenizem ou até mesmo excluam seus obstáculos.

Foi na Constituição Federal de 1946 que, pela primeira vez, o direito de acesso à Justiça ganhou status constitucional, dispondo seu artigo 141 § 4º, que “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”



Verifica-se, pelo dispositivo acima transcrito, que inicialmente foi garantido o acesso à Justiça apenas para defesa de direito individual, assim permanecendo por mais de 40 (quarenta) anos, até a promulgação da Constituição Federal de 1988. Em razão disso, foram editadas diversas leis que, direta ou indiretamente, acabavam restringindo o acesso à Justiça.

Atualmente, o direito fundamental de acesso à Justiça encontra-se previsto de forma indireta no Artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, o qual dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

Esclareça-se logo que o legislador constituinte, preocupado com as arbitrariedades que anteriormente existiam nas legislações infraconstitucionais com relação ao acesso à Justiça, direcionou esse dispositivo precipuamente ao legislador, impedindo-o de elaborar leis que tivessem por finalidade excluir da apreciação do Poder Judiciário determinada espécie de lesão ou ameaça a direito. Nesse sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso apregoa que:

Em verdade o citado inciso XXXV do art. 5º da CF/1988 vigente se coloca na esteira de outros anteriores textos de análogo teor (v.g., EC 01/1969, art. 153 § 4º), sendo que, numa visão serena e isenta, por aí não se pretende generalizar, prodigalizar ou banalizar o acesso à Justiça, e sim fazer com que aquele dispositivo opere como uma válvula de segurança do sistema, ou um elemento de contenção em face do Legislativo, ao proibir que certos conflitos sejam, a priori, subtraídos à cognição judicial; de outro lado, as disposições daquele gênero têm a ver com o fato de nossa justiça ser unitária, nesse sentido de aqui não ter sido implementado o Contencioso Administrativo, posto acenado no art. 111 da EC 01/1969 (MANCUSO, 2012, p. 219).

Assim, de forma indireta, a Constituição Federal de 1988 garantiu o direito de ação ao Poder Judiciário para apreciação de ameaça ou lesão a direito. Devendo ser destacado que a expressão “direito”, desta vez, foi concebida no seu mais amplo alcance, não se limitando a direito exclusivamente individual, como era nas constituições anteriores. Nesse sentido, também a lição de Pedro Lenza:

Conforme já observamos, apesar desta crítica terminológica, o artigo 5º, inciso XXXV, da CF/88 veio sedimentar o entendimento amplo do termo “direito”, dizendo que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a **direito**, não mais restringindo a sua amplitude, como faziam as Constituições anteriores, ao “direito individual” (vide arts. 141 § 4º, da CF/46; 150, § 4º, da Constituição de 1967; art. 153, § 4º, da EC n. 1/69; art. 153, § 4º,

na redação determinada pela EC n. 7/77). A partir da Constituição de 1988, passa a se assegurar, de forma expressa e categórica, em nível constitucional, a proteção de direitos, sejam eles **privados, públicos** ou **transindividuais** (difusos, coletivos ou individuais homogêneos) (LENZA, 2007, p. 722).

Importante ressaltar, ainda, que o direito de acesso à Justiça é incondicional, diferentemente de como era na Constituição Federal de 1969, cuja redação dada pela Emenda nº 07, de 13 de abril de 1977, assim dispunha:

A Lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido (art. 153, § 4º da CF/69).

Atualmente, repita-se, não existe qualquer restrição ao exercício do direito de ação, o qual pode ser exercido sem necessidade de esgotamento das vias administrativas. Sobre o tema, continua nos ensinando Lenza:

Em decorrência do princípio em análise, **não** mais se admite no sistema constitucional pátrio a chamada jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso forçado, conforme se verificava no artigo 153, § 4º, da CF/69, na redação dada pela EC n. 7, de 13.04.1977. Para se ingressar (“bater às portas”) no Poder Judiciário não é necessário, portanto, o prévio esgotamento das vias administrativas (LENZA, 2007, p. 723).

Por todo o exposto, observa-se que o direito de acesso à Justiça evoluiu ao longo do tempo. Inicialmente, deixou de ser um direito infraconstitucional para adquirir força de norma constitucional. A seguir, passou a ser assegurado no seu mais amplo alcance, deixando de ser garantida somente a apreciação de lesão a direito individual, para ser assegurada a apreciação de qualquer ameaça e lesão de direito. Além disso, passou a não mais se sujeitar a qualquer condição, podendo ser exercido de imediato.

3.1 – DEFINIÇÃO DO DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA EM UMA VISÃO ATUALIZADA

Cumprido destacar, ainda, que o estudo do acesso à Justiça não pode ficar circunscrito à análise dos meios de acesso ao Poder Judiciário, mas deve ir mais além, perquirindo se está sendo viabilizado ao cidadão não somente o meio, mas também uma Justiça digna. Nesta toada é a lição de Cintra *et al.* (2002, p. 208):



[...] Falar em instrumentalidade do processo ou em sua efetividade significa, no contexto, falar dele como algo posto à disposição das pessoas com vistas a fazê-las mais felizes (ou menos infelizes) mediante a eliminação dos conflitos que as envolvem, com decisões justas. Mais do que um princípio, o acesso à justiça é a síntese de todos os princípios e garantias do processo, seja a nível constitucional ou infraconstitucional, seja em sede legislativa ou doutrinária e jurisprudencial. Chega-se à idéia do acesso à justiça, que é o pólo metodológico mais importante do sistema processual na atualidade, mediante o exame de todos e de qualquer um dos grandes princípios.

Tem-se, assim, que **acesso à justiça** é um direito social fundamental do ser humano, através do qual não somente lhe é garantido um meio de acesso ao Judiciário, mas também lhe é viabilizado o conhecimento do seu direito e a certeza de solução do litígio, com obtenção de uma tutela jurisdicional célere, eficaz e justa.

Aliás, quanto ao último aspecto, ou seja, solução de conflito, saliente-se que os modernos doutrinadores já defendem a tese de quebra do monopólio da Justiça, devendo ser concedido às partes outros meios alternativos de composição do litígio. Nesse sentido, a lição de Rodolfo de Camargo Mancuso:

O conceito de acesso à justiça não pode mais se manter atrelado a antigas e defasadas acepções – que hoje se pode dizer ufanistas e irrealis – atreladas à vetusta ideia do monopólio da justiça estatal, à sua vez assentado numa perspectiva excessivamente elástica de “universalidade/ubiquidade da jurisdição” e, também, aderente a uma leitura desmesurada da “facilitação do acesso”, dando como resultado que o direito de ação acabasse praticamente convertido em ... Dever de ação, assim insuflando a contenciosidade ao interno da sociedade e desestimulando a busca por outros meios, auto ou heterocompositivos (MANCUSO, 2012, p. 24).

Dessa forma, atualmente vem sendo proposta uma releitura do conteúdo do direito de acesso à Justiça, com objetivo de desestimular a cultura de judicialização dos conflitos. Nesse sentido, Kazuo Watanabe, criticando a ausência de políticas públicas de tratamento adequado dos conflitos de interesses, e propondo uma nova interpretação do art. 5º, XXXV da CF/88, disse:

Tal dispositivo deve ser interpretado não apenas por meio da adjudicação de solução estatal em processos contenciosos, cabendo-lhe em especial institucionalizar, em caráter permanente, os meios consensuais de solução de conflitos de interesses. [...] A instituição de semelhante política pública pelo CNJ, além de criar importante filtro da litigiosidade, estimulará em

nível nacional o nascimento de uma nova cultura, não somente entre os profissionais do direito, como também entre os próprios jurisdicionados, de solução negociada e amigável dos conflitos (WATANABE, 2011, p. 384).

Conclui-se, portanto, que atualmente a criação de meios alternativos de solução dos conflitos é de suma importância, não somente para que se tenha acesso a uma Justiça digna, mas também para provocar a mudança de paradigma, consistente na judicialização de todos os conflitos.

4 – O ACESSO À JUSTIÇA E O DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Mesmo reconhecendo a importância da solução dos conflitos através de outros meios auto ou heterocompositivos, não podemos deixar de mencionar que o direito de acesso à Justiça é imprescindível no âmbito do Direito Processual Civil, por ser ele o meio provocador da tutela jurisdicional, fazendo com que o direito se materialize, saindo do seu plano meramente formal.

Como já mencionado, o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal de 1988 foi dirigido precipuamente ao legislador ordinário, orientando-o a se abster, no momento de elaboração da lei, de excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito. Esse dispositivo não conceitua explicitamente o direito de ação, embora os doutrinadores encontrem nele o seu fundamento constitucional. O próprio artigo 22, inciso I da CF/88 concedeu competência ao legislador ordinário para dispor sobre direito processual.

Art. 22 – Compete privativamente à União legislar sobre:

I – direito civil, comercial, penal, **processual**, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho (Constituição Federal de 1988). (Grifo nosso).

Por essa razão, o direito de ação será examinado também sob o enfoque infraconstitucional. Quando o Estado avocou para si a tarefa de dirimir os conflitos, o que o faz através de sua função jurisdicional, concedeu aos indivíduos o direito de ação, ou seja, o direito de buscar a tutela jurisdicional. Esse direito, na doutrina moderna, é um direito público, subjetivo, abstrato e incondicional. Sobre o conceito do direito de ação, vale transcrever a lição de Luiz Rodrigues Wambier *et al.*:

Podemos conceituar o direito de ação como o direito público, subjetivo e abstrato, de natureza constitucional, regulado pelo Código de Processo Civil, de pedir ao Estado-juiz o exercício da atividade jurisdicional no sentido de solucionar determinada lide (WAMBIER; ALMEIDA; TALAMANI, 1999, p. 118).

Como dito anteriormente, o acesso à Justiça, através do exercício do direito de ação, constitui-se no meio pelo qual o direito se materializa, porque a atividade estatal de jurisdição é



inerte, inativa, dependendo de provocação da parte para que o direito possa se concretizar, regulando as situações de fato colocadas sob a apreciação do Poder Judiciário. Nosso Código de Processo Civil estabelece em seu art. 2º que “nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional, senão quando a parte ou interessado a requerer, nos casos e formas legais.”

O Mestre Humberto Theodoro Júnior nos ensina que:

A função jurisdicional só atua diante de casos concretos de conflitos de interesses (lide ou litígio) e sempre na dependência da invocação dos interesses, porque são deveres primários destes a obediência à ordem jurídica e a aplicação voluntária de suas normas nos negócios jurídicos particulares (THEODORO JÚNIOR, 2001, p. 30). (Grifo nosso).

Mais adiante, o referido autor continua discorrendo sobre a inércia da jurisdição. Vejamos:

*Embora a jurisdição seja função ou atividade pública do Estado, versa, quase sempre, sobre interesses privados – direitos materiais subjetivos das partes –, donde não ter cabimento a prestação jurisdicional, a não ser quando solicitada, nos casos controvertidos, pela parte interessada. Daí dizer-se que a jurisdição é atividade provocada e não espontânea do Estado: *ne procedat iudex ex officio*” (THEODORO JÚNIOR, 2001, p. 30). (Grifo nosso).*

Portanto, através do exercício do direito de ação busca-se a tutela jurisdicional de um direito violado ou ameaçado de lesão, com vistas a restabelecê-lo, afastando a ameaça ou lesão.

Várias teorias tentaram explicar a natureza jurídica do direito de ação, a saber: teoria clássica, civilista ou imanetista, teoria concretista, teoria abstrativista e a teoria eclética. O objetivo do presente trabalho não permite um estudo aprofundado de todas as teorias apontadas pela doutrina. Por isso, a matéria será examinada de forma perfunctória e ficará circunscrita à teoria atualmente adotada.

O Código de Processo Civil de 1973, ainda hoje em vigor, seguiu a teoria eclética, de Enrico Tulio Liebmann, segundo a qual o direito de ação é um direito subjetivo, público, instrumental e autônomo de pedir ao Estado-Juiz uma tutela jurisdicional. Reconhece a autonomia do direito de ação, no sentido de que ele não se confunde com a pretensão de direito material deduzida em juízo.

Destarte, não se confundem o direito subjetivo substancial e o direito subjetivo processual, caracterizando-se este último como direito de pedir ao Estado uma tutela jurisdicional que

venha a compor o litígio, independente da procedência do direito material invocado. A relação jurídica, que se instaura com a propositura da ação, é direcionada ao Estado-juiz, portanto, de direito público, e, também, não se confunde com a relação jurídica de direito material existente entre as partes (autor e réu). Deve ser destacado que a prolação da sentença de mérito depende do preenchimento das condições da ação, que serão ponderadas mais adiante.

Vejamos a lição de Fredie Didier Jr. quanto à definição do direito de ação:

“Ação” como direito autônomo em relação ao direito material. Ação, neste sentido, seria o direito de provocar a jurisdição, direito ao processo, direito de instaurar a relação jurídica processual. Trata-se da “pretensão à tutela jurídica”, que se exerce contra o Estado para que ele preste justiça. Os autonomistas dividiam-se entre os “abstrativistas”, que consideravam que o direito de ação era abstrato, pois existiria sempre, pouco importa o resultado da causa (existência ou não do direito material, e os “concretistas”, para quem, embora autônomo, o direito de ação só existiria se o autor tivesse o direito material. A concepção abstrativista prevaleceu, embora com o “tempero” que lhe foi ministrado pela concepção eclética de Enrico Tullio Liebman [...] (DIDIER JR., 2007, p. 157-158).

Impende destacar, entretanto, que o direito de ação não é absoluto, irrestrito ou potestativo, ao contrário, é um direito subordinado ao preenchimento de algumas condições. Oportuno esclarecer que não podemos confundir o direito de simples acesso aos órgãos judiciais com o verdadeiro exercício do direito de ação. Este último exige o preenchimento das condições da ação para que se alcance a tutela jurisdicional acerca do mérito da demanda, ou seja, a pretensão de direito material, dirimindo, dessa forma, a lide (pretensão resistida).

Desde já torna-se necessário registrar que as condições da ação serão mencionadas, a seguir, somente com o objetivo de mostrar que a sua compreensão e aplicação também vêm sofrendo mutação ao longo do tempo, para que elas não se configurem em verdadeiros empecilhos ao acesso à Justiça.

O CPC afirma, em seu artigo 267, que o processo será extinto sem resolução de mérito se não concorrer qualquer das condições da ação (a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade das partes e o interesse processual). Portanto, essas condições devem estar presentes desde o início do processo até a sua conclusão. Ao tratar da matéria, Fredie Didier Jr. afirma o seguinte:

O Código de Processo Civil brasileiro adotou a concepção eclética sobre o direito de ação, segundo a qual o direito de ação é o direito ao julgamento



do mérito da causa, julgamento esse que fica condicionado ao preenchimento de determinadas condições, aferíveis à luz da relação jurídica material deduzida em juízo. São as chamadas condições da ação, desenvolvidas na obra de Enrico Tullio Liebman, processualista italiano cujas lições exercem forte influência na doutrina brasileira. Seriam elas a legitimidade *ad causam*, o interesse de agir ou interesse processual e a possibilidade jurídica do pedido (DIDIER JR., 2007, p. 160).

Tratam-se as condições da ação de matéria processual e de ordem pública, portanto, não se submete à preclusão processual, podendo ser enfrentada de ofício pelo Juiz, sem necessidade de qualquer provocação, e a qualquer tempo e grau de jurisdição, conforme preceitua o § 3º do artigo 267 do Código de Processo Civil: “O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida sentença de mérito, da matéria constante dos incisos IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.”

Pois bem. Ultimamente as condições da ação vêm sofrendo críticas de doutrinadores abalizados, adeptos da teoria da asserção, segundo a qual a aplicação literal do artigo supra transcrito pode ensejar prejuízos irreparáveis aos litigantes. Nesse diapasão, buscam solução mais favorável à interpretação da lei, sustentando que o reconhecimento da falta das condições da ação, em momento posterior à propositura da ação, deve ensejar uma decisão de mérito, tendo em vista que sua análise está intimamente ligada ao direito substantivo material.

A dificuldade de análise do preenchimento ou não das condições de admissibilidade da ação, bem como de se constatar se determinada matéria refere-se à condição da ação ou ao mérito, pode acarretar decisões injustas e geradoras de prejuízos para os litigantes.

Nesse sentido, reconhecendo que a matéria trata-se de condição da ação, a sentença é de extinção do processo sem análise de mérito, por carência de ação; consequentemente, a decisão não fica acobertada pelo manto da coisa julgada. Isso proporciona à parte a possibilidade de, futuramente, depois de preenchida a condição faltante, propor a mesma demanda. Por outro lado, sendo reconhecido que a matéria se refere ao mérito da causa, o processo é extinto com julgamento de mérito, havendo a formação de coisa julgada material, o que impediria a sua repropositura.

Muitas vezes, a constatação da presença de uma ou outra das situações expostas no parágrafo anterior não resulta do simples exame das alegações do autor, sendo necessária uma instrução probatória para sua aferição. Isso pode acarretar a possibilidade de extinção do processo sem análise de mérito, depois que ele se arrastou durante longos anos, como permite o § 3º do artigo 267 do CPC.

Ocorre que tal situação, além de gerar prejuízos irreparáveis para as partes, traz consequências devastadoras para a própria Justiça, que passa a ficar desacreditada, sempre pairando no jurisdicionado a certeza de que a Justiça é ineficiente ou até mesmo inexistente.

Doutrinadores abalizados, a exemplo de Alexandre Câmara, Kazuo Watanabe, José Carlos Barbosa Moreira, Luís Guilherme Marinoni, dentre outros, questionam a adoção das condições da ação pelo CPC. Com base na teoria da asserção ou da *prospettazione* e com vistas a abrandar os efeitos danosos causados pela aplicação incondicional do CPC, defendem a tese de que a apreciação das condições da ação, como causa estranha ao mérito da demanda, deve ficar circunscrita ao juízo de admissibilidade da ação, sendo realizada logo após o seu recebimento e à vista, exclusivamente, das alegações do autor.

Afora isso, o exame das condições da ação deve ficar atrelado ao mérito da demanda, portanto reconhecendo-se a inexistência de alguma condição da ação em momento futuro, o julgamento deverá ser de mérito, ou seja, de improcedência do pedido, até porque a sua análise está intimamente ligada ao exame da relação de direito material. A propósito, vejamos a lição de Rodolfo de Camargo Mancuso:

Aliás, as condições da ação, enquanto categoria processual, nunca formaram questão fechada, bastando lembrar que o próprio Liebman, como é cediço, a partir da legalização do divórcio na Itália, deu-se conta de que a possibilidade jurídica do pedido já estava implicitamente contida no bojo do interesse de agir (posto não se poder tê-lo como presente em face de uma pretensão não albergada ou mesmo repelida pelo ordenamento positivo). Ainda atualmente, as condições da ação continuam despertando interesse e suscitando novas abordagens, valendo colacionar Eduardo de Avelar Lamy: "(...) as condições da ação, ao contrário do que literalmente dispõe o Código de Processo Civil, dizem respeito ao direito material em análise, caso a caso, e não a questões meramente formais nem eminentemente processuais, já que versam sobre a legitimidade das partes, a possibilidade jurídica do pedido e atualidade das medidas tomadas." Há, mesmo, vezes abalizadas sustentando, numa mirada prospectiva, a dispensabilidade de tais condições, na medida em que elas podem ser analisadas juntamente com o *meritum causae* (MANCUSO, 2012, p. 217).

Freddie Didier Jr. vai mais além, considerando dispensável a análise das condições da ação como categoria jurídica específica, estranha ao mérito da demanda. Ao contrário do que está previsto no CPC, o seu reconhecimento deve ensejar uma sentença de mérito. Vejamos:

A posição deste trabalho sobre as condições da ação já foi posta, e é muito clara: prega-se a abolição como categoria jurídica. Na tutela jurisdicional



individual, ao menos nos casos de legitimidade de agir ordinária e possibilidade jurídica do pedido, é impossível extremá-las do mérito da causa, fato que por si só justificaria a exclusão dessa categoria da dogmática jurídica e, conseqüentemente, do texto legal. A falta de uma dessas condições, reconhecida liminarmente ou após a instrução, deveria dar ensejo, sempre, a uma decisão de mérito. A natureza de uma questão não muda de acordo com o momento em que é examinada. No entanto, é indiscutível que, à luz do direito positivo, a melhor solução hermenêutica é a adoção da teoria da asserção, que ao menos diminui os inconvenientes que a aplicação literal do § 3º do art. 267 do CPC poderia causar (DIDIER JR., 2007, p. 160).

Conclui-se, assim, que até mesmo a concepção acerca da aplicação das condições da ação vem sendo reformulada ao longo do tempo, com o objetivo de garantir uma solução rápida, eficaz e justa para os conflitos, conferindo, assim, um efetivo acesso à Justiça.

5 – OBSTÁCULOS AINDA EXISTENTES AO EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA

Desde o momento em que se percebeu que a visão individualista do direito, preconizada pelas sociedades dos séculos XVIII e XIX, não era suficiente para dar efetividade aos direitos assegurados pela legislação, as sociedades contemporâneas passaram a se interessar pelos Direitos Sociais, exigindo do Estado uma postura ativa no sentido de garantir a efetividade dos direitos (SILVA, 2010).

A partir daí, passou-se a não mais admitir a posição passiva outrora adotada pelo Estado, que se contentava em apenas proclamar os direitos. Foi assim que teve início uma série de estudos que culminaram com mudanças significativas, a exemplo da criação dos juizados especiais, da tutela dos direitos transindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos), alterações nos códigos de Processo Civil visando à celeridade da tutela jurisdicional, dentre outras.

Porém, mesmo diante das referidas mudanças, ainda persistem, até os dias atuais, vários obstáculos a serem transpostos para o efetivo acesso à Justiça. No presente trabalho serão abordadas as principais barreiras, quais sejam: morosidade processual, custos financeiros do processo, hipossuficiência econômica, cultural e técnica das partes, e o formalismo jurídico.

Frise-se, logo, que os referidos obstáculos são mais perceptíveis na população desprovida de recursos financeiros e culturais. É muito comum encontrar, nos dias atuais, pessoas hipossuficientes que perderam seus direitos mais básicos, como, por exemplo, o de moradia, em razão dos empecilhos que enfrentaram no acesso à Justiça. Serão analisados, abaixo, os principais obstáculos do acesso à Justiça.

5.1 – MOROSIDADE PROCESSUAL

Vários fatores contribuem para a morosidade processual, sendo um dos mais relevantes o grande número de processos existentes nos tribunais do país, seja em decorrência da cultura judiciarista, que atualmente se encontra disseminada na população brasileira, seja em razão da falta de estrutura do Poder Judiciário, que não dispõe de um número suficiente de profissionais para atender, de forma satisfatória e eficaz, a demanda que lhe é posta. Forçoso reconhecer que nos dias atuais ainda existem várias unidades judiciais com mais de 30.000 (trinta mil) processos para apenas um juiz de direito (RELATÓRIO CNJ, 2012).

Para ilustrar a situação do Poder Judiciário nacional, vale mencionar os números divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça, através do seu site: www.cnj.jus.br, apresentando um panorama global da Justiça no país. O último relatório apresentado mostrou que a Justiça estadual conta com **6,2 magistrados para cada cem mil habitantes**, superando esta média somente o estado do Rio Grande do Sul, que possui 7,1 magistrados para o mesmo número de habitantes (RELATÓRIO CNJ, 2012).

Quanto à litigiosidade, o CNJ apresentou os dados gerais da movimentação processual, sendo registrado que no ano de 2010 ingressaram na Justiça estadual 17,7 milhões de processos. Disse o CNJ que “Em relação a 2009, houve redução de 3% no quantitativo total de casos novos, ou seja, em 2010, ingressaram cerca de 640 mil processos a menos que no ano anterior” (RELATÓRIO CNJ, 2012, p. 34).

O Conselho Nacional de Justiça esclareceu, ainda, o número total de processos em tramitação, que é calculado pela soma entre o total de casos novos e o total de casos pendentes. Assim, mostrou que na Justiça comum tramitaram cerca de 65,7 milhões de processos em 2010, ou seja, 0,8% a mais que em 2009, o que corresponde a 543 mil processos a mais que no ano anterior (RELATÓRIO CNJ, 2012, p. 36).

A respeito do tema, vale transcrever também reportagem do jornal O Estado de São Paulo, tratando acerca da política de metas para o Judiciário, implementada pelo CNJ, trazida por Rodolfo de Camargo Mancuso em sua obra Acesso à Justiça. Vejamos:

Ao propósito, ao final de Março de 2011 o CNJ deu a público os números da situação judiciária no país, especialmente no tocante à aferição quanto às metas antes estabelecidas. Tal divulgação veio repercutida no jornal O Estado de São Paulo, no cad. A-3, de 02.04.2011. ‘A política de metas para o Judiciário foi implementada em 2009. No final desse ano, tramitavam nos tribunais 86,5 milhões de processos – 70% dos quais protocolados nos anos anteriores’. [...] ‘Os resultados apurados pelo CNJ ficaram abaixo do espe-



rado. Dos 10,1 milhões de processos que deram entrada no ano passado, foram julgados 94,2% - com isso, incorporados cerca de 989 mil ações ao estoque de processos acumulados. Com relação aos processos mais antigos, o desempenho foi pior. Em 2010, os tribunais julgaram apenas 44,5% dos processos apresentados até 2006 e 2007 (MANCUSO, 2012, p. 52).

Ademais, é uma realidade de nosso país a disseminação de uma cultura demandista em sua população, ficando de lado outros meios auto e heterocompositivos do litígio, o que acarreta, anualmente, milhões de novos processos dentro do Poder Judiciário. As causas geradoras dessa realidade são as mais variáveis possíveis, destacando-se a precariedade na utilização de meios alternativos de composição do litígio:

Neste sentido, o Ministro Cezar Peluso, do Supremo Tribunal Federal, em entrevista concedida à Revista Consultor Jurídico, apregoa o seguinte:

A litigiosidade é um vício que prende a mentalidade tanto da sociedade quanto dos magistrados. Até a economia foi entorpecida, uma vez que muitos estudantes de Direito vêem no litígio uma forma de ganhar direito, movimentando uma verdadeira fábrica de advogados. A única cura para a dependência é a adoção de métodos alternativos de solução de conflitos. Sim, o acordo pacífico sem solução judicial corta o mal pela raiz, porque não resolve apenas a demanda, mas também desestimula novos conflitos [...] métodos alternativos de solução de conflitos como a conciliação, mediação e a arbitragem podem trazer muito mais do que reduzir a carga de trabalho do judiciário. A ideia é a dar à própria sociedade uma via de se tornar mais pacífica. Tentar resolver os conflitos de modo pacífico, com soluções que nasçam do próprio sujeito do conflito é, do ponto de vista prático, extremamente frutífero (PELUSO, 2010, p. 1).

Outra causa da cultura judiciarista é a inoperância dos demais poderes estatais no desempenho de suas funções básicas, como acontece, por exemplo, na saúde e na previdência. É grande o número de processos como finalidade de buscar algo que, a princípio, faz parte das funções básicas do próprio Estado.

Além disso, não se constata uma preocupação das autoridades em diagnosticar e combater essas causas, veem-se apenas produções legislativas e políticas públicas direcionadas a reduzir suas consequências. Rodolfo de Camargo Mancuso, escrevendo sobre o tema, diz:

Por conta de se insistir no vezo de lidar com o efeito – a sobrecarga de processos – deixando in albis os fatores que lhe estão à base, enfeixados no demandismo judiciário excessivo, não é de estranhar que a crise judiciária brasileira

venha recrudescendo, como, numa analogia, sucederia com o estado clínico do paciente cujo médico insistisse em baixar a febre, deixando de investigar a causa da moléstia. A partir de um tal contexto, compreende-se o agravamento do quadro judiciário nacional, ainda insuflado por fatores diversos, tal a crescente contenciosidade social (a “exploração da litigiosidade”, prognosticada por Mauro Cappelletti no último quartel do século passado), a massificação dos conflitos (os *mass tort cases* da experiência norte-americana), a parca e insatisfatória divulgação quanto às outras formas de resolução de conflitos, e seu corolário: a judicialização do cotidiano (MANCUSO, 2012, p. 53).

O fato é que a morosidade processual traz consequências devastadoras para os litigantes. As decisões prolatadas nos processos judiciais são quase sempre inócuas, pois exaradas muito tempo após o ajuizamento da ação, dando às partes a sensação de que não foi feita justiça e de que o problema, na verdade, foi se definindo pelo transcurso do tempo, sobretudo em razão da resignação das pessoas envolvidas no conflito.

Além disso, tal situação termina forçando a realização de acordos geralmente desvantajosos para uma das partes. Quase sempre a parte economicamente mais fraca cede às pressões decorrentes do silêncio daquele que tinha o dever de se pronunciar (o Estado-Juiz), bem como da parte adversária, que, ciente de todas essas circunstâncias, empreende esforços para que isso venha a acontecer. Diz Mauro Cappelletti sobre o assunto:

[...] Os efeitos dessa delonga, especialmente se considerados os índices de inflação, podem ser devastadores. Ela aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito. A convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais reconhece explicitamente, no artigo 6º, parágrafo 1º, que a Justiça que não cumpre suas funções dentro de ‘um prazo razoável’ é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível (CAPPELLETTI, 2002, p. 20).

Assim, conclui-se que, na atual situação, a Justiça é inacessível, mesmo que esteja garantido o meio de ingresso a ela, sobretudo por que a decisão somente é prolatada anos e anos depois de ter sido pleiteada a tutela jurisdicional.

5.2 – CUSTOS FINANCEIROS DO PROCESSO

Outro fator que, reconhecidamente, cria barreiras ao acesso à Justiça é o custo econômico de um processo, ou seja, o pagamento das custas e despesas processuais. As despesas



decorrentes do ajuizamento de uma causa são altíssimas, englobando não apenas aquelas antecipadamente pagas, como também aquelas que se tem uma expectativa de cobertura na hipótese de se sair vencido na demanda, já que a parte vencida tem a obrigação de reembolso das despesas antecipadamente pagas pela parte vencedora (GORON, 2011). Para Cappelletti e Garth (2002, p. 15), “A resolução formal dos litígios, particularmente dos tribunais, é muito dispendiosa na maior parte das sociedades modernas.”

Ganha destaque a despesa referente aos honorários advocatícios, por ser ela a de maior vulto. Impende salientar que ainda é muito comum nos dias atuais, sobretudo nas cidades de pequeno porte, onde a população é mais carente e não dispõe dos serviços da Defensoria Pública, profissionais exigindo honorários que praticamente correspondem à totalidade dos rendimentos que a pessoa ganha no mês. Muitas vezes, para promover a defesa de direitos cuja obrigação primária de cumprimento seria do próprio Estado.

Nem mesmo a nomeação de advogado gratuito é suficiente para solucionar o problema, pois quase sempre gera uma situação de favor para o necessitado, onde quem o está desempenhando não empreende os esforços suficientes para obter sucesso na demanda.

Esse fator se reflete com maior destaque na população carente de recursos financeiros. Como grande parte da população brasileira apresenta essa realidade, o que será demonstrado no tópico seguinte, pode-se concluir que ainda existem no país milhões de pessoas sem acesso à Justiça.

A Constituição Federal de 1988, atenta às desigualdades econômicas existentes no Brasil, bem como ao cumprimento do direito fundamental de acesso à Justiça, assegurou às pessoas que comprovem insuficiência de recursos o direito à assistência jurídica integral e gratuita, nos termos do seu artigo 5º, inciso LXXIV.

Essa garantia constitucional abrange a assistência jurídica gratuita e a gratuidade das custas e despesas do processo. A primeira versa sobre o direito à orientação jurídica e à defesa judicial e extrajudicial; a segunda refere-se à dispensa do pagamento de custas, honorários periciais, enfim todas as despesas do processo. Lívio Goellner Goron, analisando o ensinamento de Araken de Assis, em artigo publicado recentemente na Revista de Processo, discorre que:

Araken de Assis observa corretamente que o artigo 5º, LXXIV, da CF/88, ao assegurar aos que provarem insuficiência de recursos “assistência jurídica integral e gratuita”, está a enunciar conceito amplo, que engloba tanto a assistência jurídica integral, consistente na “consulta e orientação extrajudiciais e representação em juízo”, como a gratuidade do processo. Esta última

noção – a gratuidade – compreende, por sua vez, a dispensa de todas as custas e despesas, sejam elas judiciais ou não, relativas aos atos necessários ao desenvolvimento do processo e à defesa dos direitos do beneficiário em juízo, estando regulada pela Lei 1060/50 (GORON, 2011, p. 9).

Cabe à Defensoria Pública promover a assistência jurídica integral e gratuita, nos termos do artigo 134, *caput*, da CF/88, no entanto, essa Instituição, até os dias atuais, ainda não se encontra dotada da estrutura suficiente para garantir a todos o acesso à Justiça.

A Lei 1.060/50 estabelece as normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. No parágrafo único do seu artigo 2º considera como sendo necessitada, para fins de concessão do benefício, toda pessoa cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio e da família.

A referida Lei estabelece, ainda, no *caput* de seu artigo 4º, que para comprovar a condição de necessitado é suficiente que a parte afirme na petição inicial que não possui condições financeiras para pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família. Sobre o assunto, o STJ firmou entendimento no mesmo sentido (AgRg no Ag 1009703/RS, 6.ª T., j. 27.05.2008, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Dje 16.06.2008).

Pois bem. O direito à assistência jurídica integral e gratuita, previsto no artigo 5º, inciso LXIV da CF/88, tem por finalidade garantir a todos o direito de acesso à Justiça, tratando de maneira diversa as pessoas economicamente carentes, ou seja, aquelas cujo pagamento de honorários advocatícios, custas e despesas processuais, impliquem em efetivo empecilho a esse direito ou, no mínimo, ocasionem o comprometimento de sua existência digna.

Ocorre que essa garantia ainda não possui efetividade para muitos, diante da atual realidade, pois existem milhões de pessoas sem condições financeiras de contratar advogado e sem possibilidade de acesso à Defensoria Pública, Instituição constitucionalmente incumbida do desempenho de tal mister.

Mesmo reconhecendo que os custos financeiros do processo representam um obstáculo ao acesso à Justiça, não se defende a ideia de que o processo seja totalmente gratuito, até porque as custas servem para desestimular a propositura de possíveis demandas desarrazadas. O que se defende é que os custos sejam razoáveis e proporcionais, de modo a não obstaculizar o necessário acesso à Justiça. Ademais, deve ser concedida a gratuidade da Justiça com utilização de critérios razoáveis, de modo a não causar desigualdade entre os litigantes, para que a parte beneficiada não usufrua vantagens desproporcionais em relação à outra.



5.3 – HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA, CULTURAL E TÉCNICA

O conceito de “necessitado” não termina na definição da pessoa carente economicamente, vai muito mais além, abrangendo a hipossuficiente cultural, técnico, enfim todas as situações que coloquem a pessoa em uma posição de vulnerabilidade na sociedade, como ocorrem, por exemplo, com a criança, o adolescente, a mulher vítima de violência doméstica, o idoso, dentre outros. Nesse sentido vem decidindo o STJ.

No julgamento do Recurso Especial 2011/0156529-9, o STJ concedeu maior abrangência à expressão “necessitado” contida no artigo 134 da Constituição Federal, ampliando, inclusive, as atribuições da Defensoria Pública. Senão vejamos:

[...] 4. A Defensoria Pública, instituição altruísta por natureza, é essencial à função jurisdicional do Estado, nos termos do artigo 134, *caput*, da Constituição Federal. A rigor, mormente em países de grande desigualdade social, em que às largas parcelas da população – aos pobres sobretudo – nega-se acesso efetivo ao Judiciário, como ocorre infelizmente no Brasil, seria impróprio falar em verdadeiro Estado de Direito sem a existência de uma Defensoria Pública nacionalmente organizada, conhecida de todos e por todos respeitada, capaz de atender aos necessitados da maneira mais profissional e eficaz possível. 5. O direito à educação legitima a propositura da Ação Civil Pública, inclusive pela Defensoria Pública, cuja intervenção, na esfera dos interesses e direitos individuais homogêneos, não se limita às relações de consumo ou à salvaguarda da criança e do idoso. Ao certo, cabe à Defensoria Pública a tutela de qualquer interesse individual homogêneo, coletivo *stricto sensu* ou difuso, pois sua legitimidade, no essencial, não se guia pelas características ou perfil do objeto de tutela (= critério subjetivo). 6. “É imperioso reiterar, conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça, que a *legitimatío ad causam* da Defensoria Pública para intentar ação civil pública na defesa de interesses transindividuais de hipossuficientes é reconhecida antes mesmo do advento da Lei 11.448/07, dada a relevância social (e jurídica) do direito que se pretende tutelar e do próprio fim do ordenamento jurídico brasileiro: assegurar a dignidade da pessoa humana, entendida como núcleo central dos direitos fundamentais” (REsp 1.106.515/MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 2.2.11). 7. Recurso Especial provido para reconhecer a legitimidade ativa da Defensoria Pública para a propositura da Ação Civil Pública. (Recurso Especial 2011/0156529-9, Relator (a) Ministro Herman Benjamin (1132). Órgão Julgador T2 – Segunda Turma. Data do julgamento: 18/10/2011. Data da Publicação/Fonte: DJe 13/04/2012)

Ultrapassadas as considerações acima, cumpre destacar que a hipossuficiência econômica diz respeito à ausência de condições financeiras para custear um processo.

A dificuldade no custeio das despesas necessárias ao litígio sempre foi objeto de consideração em todos os estudos sobre o acesso aos tribunais. A primeira “onda” para solução dos problemas de acesso à Justiça foi justamente a assistência judiciária para os pobres (CAPPELLETTI; GARTH, 2002).

A Lei 1060/50 define quem é necessitado, para obter a assistência jurídica do Estado, estabelecendo que:

Art. 2º [...] Parágrafo Único - Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família

Não é difícil constatar o grande número de pessoas carentes que ainda existe na população brasileira, cuja renda mensal não suporta arcar com todas as despesas do processo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

No tocante à renda da população economicamente ativa, cumpre destacar que os Indicadores Sociais Municipais do Censo de 2010, realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), mostrou que ainda existe no Brasil uma grande desigualdade de renda. Ao final, concluiu que “embora a média nacional de rendimento domiciliar per capita fosse de R\$ 668 em 2010, 25% da população recebiam até R\$ 188 e metade dos brasileiros recebia R\$ 375, menos que o salário mínimo naquele ano” (Indicadores Sociais Municipais 2010 – IBGE, p. 01).

Portanto, vê-se que grande parte da população brasileira não dispõe de recursos financeiros para custear uma demanda judicial. Por isso mesmo, constantemente ocorrem casos em que os litigantes abandonam a causa ou realizam acordos frustrantes apenas para pôr fim àquela situação dispendiosa.

A carência cultural é outro fator que acarreta a condição de necessitado. Diz respeito à ausência de conhecimento, à falta de cultura propriamente dita, que impossibilita não somente a ciência de direitos, mas também a capacidade de avaliação das consequências das atitudes praticadas.

A vulnerabilidade decorrente desta situação fica mais evidente nos contratos de consumo, em que as pessoas carentes culturalmente são seduzidas pelo crédito fácil e, posteriormen-



te, acabam envolvidas em situação de inadimplência, que somente com muito sacrifício conseguem reverter. Além disso, seus nomes são inscritos nos cadastros de proteção de crédito, impedindo, até mesmo, o ingresso ou reingresso no mercado de trabalho.

A respeito do tema, Mauro Cappelletti e Bryant Garth, no brilhante trabalho sobre acesso à Justiça, nos trazem a seguinte lição:

Num primeiro nível está a questão de reconhecer a existência de um direito juridicamente exigível. Essa barreira fundamental é especialmente séria para os despossuídos, mas não afeta apenas os pobres. Ela diz respeito a toda a população em muitos tipos de conflitos que envolvem direitos. Observou recentemente o professor Leon Mayhew: 'Existe... um conjunto de interesses e problemas potenciais; alguns são bem compreendidos pelos membros da população, enquanto outros são percebidos de forma pouco clara, ou de todo despercebido' (26). Mesmo consumidores bem informados, por exemplo, só raramente se dão conta de que sua assinatura num contrato não significa que precisem, obrigatoriamente, sujeitar-se a seus termos, em quaisquer circunstâncias. Falta-lhes o conhecimento jurídico básico não apenas para fazer objeção a esses contratos, mas até mesmo para perceber que sejam passíveis de objeção (CAPPELLETTI, 2002, p. 23).

Acrescente-se, ainda, que o hipossuficiente cultural geralmente é uma pessoa insegura e essa condição faz com que ela não acredite nos operadores do direito ou, até mesmo, na própria realização da justiça. Tal situação desestimula a busca de soluções para resolução dos conflitos ou faz com que se desista das ações já iniciadas.

Por fim, tem-se a hipossuficiência técnica, que nada mais é do que a falta de elementos, de conhecimento técnico, de estrutura e habilidade para fazer prova de suas alegações. O hipossuficiente técnico não possui os mecanismos necessários para provar suas alegações.

A hipossuficiência técnica também ganha relevância nos contratos decorrentes das relações de consumo. Por isso, o Código de Defesa do Consumidor prevê a possibilidade de inversão do ônus da prova, na forma estabelecida pelo seu artigo 6º, inciso VIII.

Hugo Mazzilli (2000, p. 103), depois de reconhecer que o acesso à Justiça é um dos valores fundamentais da própria democracia, constata que a possibilidade de acesso à Justiça não é efetivamente igual para todos, pois são gritantes as desigualdades econômicas, sociais, culturais, regionais, etárias, mentais.

Dessa forma, verifica-se que não somente a hipossuficiência econômica causa empecilho ao acesso à Justiça, mas também a hipossuficiência técnica, cultural e todas aquelas que, de alguma forma, impeçam ou dificultem o acesso à Justiça e o exercício da cidadania.

5.4 – FORMALISMO JURÍDICO

Sem dúvida, este obstáculo é o que vem sendo mais combatido pelos legisladores ao longo dos anos, pois são várias as alterações legislativas que objetivam a celeridade processual.

Porém o formalismo jurídico não se encontra limitado à burocracia excessiva dos procedimentos, mas refere-se também à postura formalista que muitos profissionais do direito adotam na condução do seu trabalho diário, sempre priorizando a forma do Direito sobre o seu conteúdo. Esse modo de agir pode acarretar prejuízos irreparáveis para os litigantes.

Na atualidade, a complexidade das relações sociais exige dos profissionais conduta harmoniosa e integradora do sistema jurídico, sempre direcionada a realizar justiça de forma célere e eficaz, dando maior relevância ao conteúdo do direito e às suas consequências sociais do que a formalidades excessivas e desnecessárias.

Não se pretende aqui defender o abandono dos procedimentos, mas que a valoração da forma não seja superior à do conteúdo. Aliás, é importante destacar que as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa jamais podem ser lesionadas, nem, de qualquer forma, prejudicadas ao argumento de que se deve privilegiar a celeridade processual.

Quanto à importância da necessidade de observação dos princípios constitucionais, acima mencionados, vale transcrever a lição de José Roberto dos Santos Bedaque.

Acesso à justiça, ou mais propriamente, acesso à ordem jurídica justa, significa proporcionar a todos, sem qualquer restrição, o direito de pleitear a tutela jurisdicional do Estado e de ter à disposição o meio constitucionalmente previsto para alcançar esse resultado. Ninguém pode ser privado do devido processo legal, ou, melhor, do devido processo constitucional. É o processo modelado em conformidade com garantias fundamentais, suficientes para torná-lo, correto, justo (BEDAQUE, 2003, p. 66).

Exemplo de formalismo desnecessário é o não conhecimento de agravo de instrumento, em razão de sua inicial não fazer menção expressa ao nome e endereço dos advogados, quando existam nos autos outros elementos que permitam a identificação dos mesmos. Nesse sentido vem se orientando a jurisprudência do STJ, conforme podemos constatar no



Recurso Especial nº 2006/0210491-4. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Data da Publicação/Fonte DJe 22/08/2008.

Da mesma forma, não se deve priorizar os ritos em detrimento do objetivo maior do direito: a realização da justiça. Ressalte-se, ainda, que é um objetivo das partes e da grande maioria dos operadores do direito ter acesso a uma justiça rápida, realizada por meio de um processo sem burocracias desnecessárias.

Portanto, a visão moderna do processo não se coaduna com apego a formalismos excessivos, que, em última análise, só acarreta prejuízos para os litigantes.

Embora seja louvável a implementação de todas as reformas processuais, bem como a criação de meios que objetivam garantir ao cidadão um acesso rápido à Justiça, constata-se que as causas obstadoras a esse acesso ainda se encontram presentes até os dias atuais, o que pode ser ocasionado, também, pela postura formalista dos magistrados, que ainda não conseguiram se desvincular da cultura burocrática do direito.

Finalizam-se, assim, as considerações acerca dos principais obstáculos ao acesso à Justiça, destacando-se que os estudiosos, doutrinadores, legisladores e operadores do direito continuam lutando para superá-los, de modo a garantir o pleno acesso à Justiça.

6 – MEIOS FACILITADORES DO ACESSO À JUSTIÇA

O conceito de acesso à Justiça é um tema que vem sendo estudado há muito tempo com a finalidade constante de se atingir sua efetividade plena. Não se pode olvidar que várias medidas foram adotadas visando transpor os obstáculos acima apresentados.

Dentre as referidas medidas, podem ser destacadas a criação dos Juizados Especiais de Pequenas Causas, a instituição da arbitragem e o fortalecimento da Defensoria Pública, entre outras, como passaremos a analisar a seguir.

Desde já, impende salientar que a doutrina tem criticado a forma adotada para se combater os obstáculos do acesso à Justiça, sustentando que todas as propostas até então concretizadas visaram combater as consequências, não buscando as causas que lhe deram ensejo.

Neste sentido, Mancuso apregoa:

Concentra-se o foco da política judiciária no ataque obstinado – e a qualquer preço – contra o que constitui a consequência daquela demanda excessiva,

a saber, o volume extraordinário e crescente de processos, excogitando-se e positivando-se providências de toda ordem: compactação e sumarização dos procedimentos, não raro atirando garantias do devido processo legal; julgamentos em cognição parcial (sentido da extensão) e superficial (sentido da profundidade), insuscetíveis de estabilização pela coisa julgada material; eliminação de figuras recursais por fatores conjunturais, em detrimento do duplo grau; potencialização das decisões monocráticas nos Tribunais, comprometendo a colegialidade. De modo geral, tem-se tentado resolver o problema pela via legislativa – a nomocracia – sem se dar conta de que tal estratégia, experimentada desde o último quartel do século passado (v.g., a Lei 8.038/1990, dita lei dos recursos) até hoje não surtiu o resultado esperado, já que os Tribunais estão sobrecarregados e o crescimento do estoque nacional de processos não dá sinais de arrefecer (MANCUSO, 2012, p. 11).

A seguir, serão analisados os principais meios adotados para facilitar o acesso à Justiça, sem descon siderar as críticas expostas acima, ao contrário, com o objetivo de sedimentar o seu pensamento.

6.1 – DA DEFENSORIA PÚBLICA

A Defensoria Pública é uma instituição essencial à função jurisdicional do Estado cujas incumbências, dentre outras, é prestar orientação jurídica e proceder à defesa, em todos os graus, dos necessitados.

A Constituição Federal de 1988, intitulada de “Constituição Cidadã”, trouxe a criação da Defensoria Pública como instituição viabilizadora do acesso universal à Justiça, por meio do seu artigo 134, visando garantir o princípio do acesso à Justiça previsto no artigo 5º, incisos XXXV e LXXIV.

Frederico Rodrigues Viana de Lima (2011, p. 73) diz que “a Defensoria Pública se constituiu no mecanismo mais apropriado a concretizar a missão de auxiliar o necessitado, por ser um órgão destinado exclusivamente a prestar assistência jurídica integral e gratuita em seu benefício.”

A Emenda Constitucional 45/2004, chamada de “Reforma do Judiciário”, conferiu autonomia administrativa e funcional à Defensoria Pública dos Estados, embora não tenha concedido iniciativa de lei. Portanto, no que se refere a esta iniciativa, ainda depende do Governador do Estado, que é quem deve dar início aos processos legislativos de interesse da Defensoria Pública.

Contudo, após quase vinte e quatro anos de vigência da nossa atual Constituição, o Brasil ainda não implantou integralmente e fortaleceu o suficiente esta instituição a ponto de se ver cumprido o preceito constitucional de garantia de acesso à Justiça para todos.



A Lei Complementar 132/09 (Lei Orgânica da Defensoria Pública) teve por objetivo conceder um modelo de qualidade à instituição, através de sua atuação descentralizada e prioritária nas regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional. Vejamos o que dispõe o seu artigo primeiro:

Art. 1º A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.

O artigo 4º da mencionada lei elenca as funções da Defensoria Pública, dentre as quais se destacam as seguintes: prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus; promover, prioritariamente, **a solução extrajudicial dos litígios, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos**; promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico; exercer, mediante o recebimento dos autos com vista, a ampla defesa e o contraditório em favor de pessoas naturais e jurídicas, em processos administrativos e judiciais, perante todos os órgãos e em todas as instâncias, ordinárias ou extraordinárias, utilizando todas as medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa de seus interesses; representar aos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, postulando perante seus órgãos; promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes; exercer a defesa dos direitos e interesses individuais, difusos, coletivos e individuais.

Cumpra esclarecer que, no texto acima, foi propositadamente destacada a função extrajudicial da Defensoria Pública, para elucidar que sua esfera de atuação não deve ficar circunscrita a uma rede de acesso à Justiça gratuita. Ao contrário, deve promover com a mesma eficácia a solução extrajudicial dos conflitos, de modo a auxiliar significativamente na redução da cultura demandista, desfogando, assim, o Poder Judiciário.

Vejamos os ensinamentos de Lima neste sentido:

[...] a Defensoria Pública serve como elo de ligação entre as partes em conflito, visando a uni-las para que cheguem, antes da judicialização do litígio, a um consenso pacificador. Experiências conciliatórias, por exemplo, podem se manifestar na convocação das partes para comparecerem à Defensoria

Pública e, na presença do Defensor Público, tentarem deliberar uma solução amistosa (LIMA, 2011, p. 181).

Portanto, verifica-se que a Defensoria Pública é a instituição constitucionalmente incumbida de promover o pleno acesso à Justiça aos hipossuficientes, pelo que há necessidade urgente do fortalecimento dessa instituição, pois essa parcela da população é a que se encontra mais atingida pelos obstáculos do acesso à Justiça.

6.2 – ARBITRAGEM

A Lei 9.307/96 regulamentou no Brasil o instituto da arbitragem. Pode-se conceituá-la como sendo um meio heterocompositivo e paraestatal de resolução de litígios, em que um ou mais árbitros, não servidores do Poder Judiciário, de forma imparcial, decidem e emitem sentença sobre o objeto da discussão, devendo as partes envolvidas submeter-se à decisão arbitrada, posto que desta sentença não cabe recurso. Segundo a lei de arbitragem, o árbitro possui competência a *vocatio* e a *iudicio*, contudo não tem poderes de coerção, de império e de execução.

De acordo com Carmona, a arbitragem constitui-se em:

[...] uma técnica para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção, sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial (CARMONA, 1993, p. 19).

A arbitragem se concretiza por meio de foro de justiça privada promovido pelos Tribunais Arbitrais. Este instituto não é recente, pois desde há muito tempo vem sendo utilizado nos países desenvolvidos como método alternativo e eficaz para a solução de litígios, principalmente os de natureza comercial.

A flexibilidade é o objeto principal da arbitragem, pois ela tem como fundamento criar e adaptar procedimentos para uma melhor e mais eficaz resolução de conflitos, despidendo-se do excesso de formalidades do processo judicial, com a finalidade de ampliar ao máximo a garantia de acesso à Justiça.

A opção pela arbitragem decorre da manifestação de vontade das próprias partes ou de terceiros que intervenham na relação litigiosa, as quais de comum acordo firmam compromisso arbitral no corpo do contrato ou em outro instrumento, público ou particular, para, na hipótese de surgir controvérsia ao longo do cumprimento do contrato, seja ela solucionada por um árbitro, não sendo necessário socorrer-se de um Judiciário moroso e dispendioso



e, muitas vezes, menos especializado na matéria que o próprio juízo arbitral. Dessa forma, a manifestação de vontade das partes constitui-se em uma característica importante do instituto da arbitragem.

Cretella Neto ensina sobre o tema que:

Inexistirá arbitragem sem convenção de arbitragem; a base da arbitragem é o consenso entre as partes, enquanto que a jurisdição estatal se insere no *ius imperium estatal*, imposto a todos; o árbitro não está vinculado ao Poder Judiciário; o juízo arbitral não confere obrigatoriedade de cumprimento ao lado arbitral, que deve ser voluntariamente obedecido pela parte vencida; em caso de recalcitrância, se fará necessária a intervenção do Poder Judiciário (CRETELLA NETO, 2004, p. 14).

Na arbitragem, a função do árbitro nomeado será a de conduzir o processo arbitral, de forma semelhante ao processo judicial, porém muito mais rápido, informal e com baixo custo. Acrescente-se, ainda, que a decisão é dada por pessoa especialista na matéria objeto da controvérsia, diferentemente do Poder Judiciário, em que o juiz, na maioria das vezes, para bem instruir seu convencimento quanto à decisão final a ser prolatada, necessita do auxílio de peritos, especialistas na matéria. Na Arbitragem pode-se escolher diretamente esses especialistas, que terão funções de julgadores.

Por todo o exposto, observa-se que a utilização da arbitragem vem se mostrando relevante, pois contribui para a superação de limites estruturais do Poder Judiciário e para o desenvolvimento econômico-social do Brasil, já que tem sido bastante utilizado nas transações empresariais e mercantis, nacionais e internacionais. Assim, sua criação vem favorecendo o crescimento dos negócios e contribuindo no desenvolvimento de novas relações jurídico-sociais, facilitando o acesso à Justiça com a resolução célere e segura dos conflitos.

Os principais motivos **que levariam os contratantes a optarem pelo juízo arbitral (arbitragem) em detrimento da jurisdição para dirimir quaisquer problemas que poderiam advir de um contrato onde haja transação com bens patrimoniais seriam:** a rapidez, a economia, menos formalismos e maior amplitude do poder de julgar para os árbitros e o sigilo (ALBUQUERQUE FILHO, 2012, p. 1).

Contudo a alternativa da arbitragem não é suficiente para garantir a efetividade do acesso à Justiça, pois possui pouca aplicabilidade, já que o artigo 1º da Lei de Arbitragem limita seu uso às pessoas capazes de contratar, as quais poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, assim a maioria das questões de família não é suscetível de arbitragem.

Outro fator limitador é que o costume brasileiro faz com que esse instituto seja utilizado, basicamente, em questões empresariais, não havendo divulgação e incentivo para sua utilização.

6.3 – MEDIAÇÃO

Como já visto anteriormente, nem todo acesso à Justiça perpassa necessariamente pelo acesso à jurisdição, uma vez que existem formas extrajudiciais de resolução de conflitos que podem acontecer sem a intervenção estatal.

A mediação é uma destas formas extrajudiciais de solução de controvérsias, que pode ser conceituada como uma técnica de resolução de conflitos, que não se dá de maneira adversária. Nessa hipótese, duas ou mais pessoas (sejam físicas ou jurídicas), por intermédio de um especialista imparcial denominado de mediador, buscam uma solução consensual e satisfatória para a controvérsia. Esclareça-se que a função do mediador consiste em estimular as partes a encontrarem pessoalmente a solução do conflito.

A mediação valoriza o aspecto emocional e psicológico das partes priorizando o diálogo na composição do litígio. O mediador é quem, sem envolvimento emocional, porém compreendendo a extensão do problema apresentado, conduz a referida composição aconselhando, esclarecendo, emitindo pareceres e propondo acordo para que as próprias partes decidam a controvérsia.

A mediação pode ser considerada um meio de efetivo acesso à Justiça, tendo em vista que uma boa administração do impasse, por meio de um acordo justo, resolve exaustivamente o problema, fazendo com que as partes saiam satisfeitas. Isso por que, no acordo firmado, todos ganham e perdem ao mesmo tempo, gerando a sensação de equilíbrio, diferentemente do processo judicial, em que o juiz, ao analisar a verdade formal, decide de maneira a promover um ganhador e um perdedor da demanda, o que acarreta insatisfação em pelo menos uma das partes litigantes.

Este meio autocompositivo de solução de litígios contribui para que a justiça seja melhor aplicada, visando o desafogamento do Poder Judiciário e, conseqüentemente, imprimindo maior celeridade na entrega da tutela jurisdicional pelo Estado.

Neste sentido, José Luiz Bolzan de Moraes e Anarita Araújo da Silveira apregoam:

Esses mecanismos alternativos, entre os quais citam-se a mediação, a arbitragem, a negociação, a conciliação [...] colocam-se ao lado do tradicional processo judicial como uma opção que visa descongestionar os tribunais e



reduzir o custo e a demora dos procedimentos; estimular a participação da comunidade na resolução dos conflitos, e facilitar o acesso à justiça, já que, por vezes, muitos conflitos ficam sem resolução porque as vias de obtenção são complicadas e custosas e as partes não têm alternativas disponíveis a não ser, quem sabe, recorrer à força (MORAIS; SILVEIRA, 1998, p. 70).

Existem vantagens evidentes, tanto para as partes quanto para o sistema jurídico, quando o litígio é resolvido sem necessidade de judicialização. Assim, a mediação se faz importante à medida que contribui para minimizar a sobrecarga dos tribunais e para desonerar os litigantes das despesas processuais excessivamente altas de uma demanda judicial. Além disso, resta, claro, que as soluções obtidas pela mediação, por serem acordadas entre as partes, são mais facilmente aceitas e cumpridas do que as sentenças judiciais, que são impostas pelo Estado-juiz e, por isso, geram um maior grau de insatisfação nos litigantes (CAPPELLETTI; GARTH, 2002).

A mediação pode ser utilizada nos direitos disponíveis de uma maneira geral. No que tange aos direitos de indisponibilidade relativa, somente é possível a sua utilização quando a legislação permitir. Sendo assim, nas situações em que o Estado atua com *jus imperii* (direitos absolutamente indisponíveis), não há possibilidade de mediação.

Saliente-se, ainda, que o acordo resultante da mediação terá valor de título executivo extrajudicial, com fundamento no artigo 585, II, do Código de Processo Civil. No entanto, cumpre observar que a solução alcançada não é imutável, pois para tanto as partes necessitariam submetê-la à homologação judicial.

Embora se reconheça que a utilização da mediação apresenta diversas vantagens, como, por exemplo, o grau mais elevado de satisfação das partes e cumprimento do que foi ajustado, faz-se necessário destacar que ela não vem sendo utilizada na medida e proporção que seria necessário para que houvesse um significativo avanço para o alcance efetivo do acesso à Justiça.

Isso ocorre por que o legislador nacional ainda não regulamentou devidamente esse procedimento no ordenamento jurídico pátrio. Além disso, inexistem incentivos à utilização desta prática. Ressalte-se que a utilização da mediação, como um meio alternativo de resolução de litígios, ainda é muito restrita, já que não se encontra difundida na cultura brasileira.

6.4 – JUIZADOS ESPECIAIS

A criação dos Juizados Especiais teve como fundamento garantir efetividade aos direitos de pequena monta, que, muitas vezes, eram desprezados em razão dos obstáculos encontrados no procedimento comum para se buscar a tutela jurisdicional.

A fim de garantir o efetivo acesso à Justiça, foi previsto o instituto do “*jus postulandi*”, garantindo-se ao titular desses direitos a possibilidade de sozinho, ou seja, sem a presença de advogado, postular em juízo, sem embargo das inúmeras discussões existentes sobre sua efetiva aplicabilidade.

Além disso, o legislador buscou imprimir celeridade e eficácia à solução dessas demandas, determinando, no artigo 2º da Lei 9099/95, que o processo nesses juizados deverá orientar-se pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

A necessidade de criação dos referidos juizados foi sistematizar o procedimento e o julgamento pela complexidade da causa, a fim de garantir uma solução rápida a essas demandas, que, embora sejam de pequeno valor, possuem grande relevância social.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth trazem a seguinte lição acerca do tema:

Causas relativamente pequenas vêm sendo tratadas diferentemente das grandes causas, há longo tempo. Juizes singulares (ao contrário das juntas de três julgadores) ou juizes menos qualificados do ponto de vista formal, limitações à apelação, e – pelo menos no papel – maior grau de “oralidade” tem sido usados para reduzir os custos para o Estado e para as partes, quando tenham de resolver disputas que envolvem quantias relativamente pequenas de dinheiro. Sem dúvidas os propósitos pretendidos por tais reformas têm sido, frequentemente, os de criar Tribunais e procedimentos que sejam rápidos e acessíveis às pessoas comuns (CAPPELLETTI; BRYANT, 2002, p. 52).

Segundo Almeida (2012), os Juizados Especiais são destinados às pessoas comuns para garantir direitos de baixo caráter econômico; uma instituição que se insere na tentativa de superar, ou de apenas abrandar, os obstáculos opostos ao pleno e igual acesso de todos à Justiça, atendendo a uma demanda reprimida, mediante a oferta de um processo rápido, econômico e simples que não promova ônus para o cidadão que necessite ter acesso à Justiça.

Embora tenha sido louvável a criação dos referidos juizados, atualmente eles não atendem aos reclames sociais, tendo em vista que se tornaram tão lentos e onerosos quanto a Justiça comum. Essa situação decorre, dentre outras causas, da postura adotada por seus juizes, que continuam conduzindo o processo de maneira formal, resistindo em abandonar o tradicionalismo. Além disso, a presença de advogados, que em algumas situações era teoricamente desnecessária, tornou-se importante para que a parte não fique prejudicada diante do comparecimento do advogado da parte adversária, sobretudo nos juizados que tratam das relações de consumo.



7 – PROJETO DE LEI DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E CELERIDADE PROCESSUAL

Encontra-se em tramitação o Projeto de Lei nº 8.046/2010 que visa criar o novo Código de Processo Civil, com objetivo de combater a morosidade da Justiça, simplificando os procedimentos para conferir maior celeridade à entrega da prestação jurisdicional, cumprindo, assim, a determinação constitucional da razoável duração do processo.

Este projeto traz ferramentas com capacidade de diminuir o número de demandas e recursos que tramitam no Poder Judiciário. Em estudo preliminar foram detectadas como principais causas da morosidade processual: o formalismo jurídico que afeta o processo civil, a litigiosidade que atualmente atinge a população brasileira e o grande número de recursos existentes no sistema recursal vigente (FUX, 2011).

Para combater as referidas causas, o projeto do novo CPC apresenta uma série de medidas, como, por exemplo, a criação do incidente de resolução de demandas repetitivas, a ser instaurado pelas partes, pela Defensoria Pública, pelo Ministério público ou até mesmo pelo próprio juiz, perante o juízo de 1º grau para apreciação pelo Tribunal de Justiça local; a extinção do recurso de embargos infringentes e limitação do manejo dos recursos extraordinário e especial.

Além disto, outra significativa modificação é a ampliação dos poderes do juiz, que, a partir de então, poderá adequar as fases e os atos processuais às especificações do litígio, deferir medidas cautelares sem disciplina prévia, aplicar multas e sentenças com força executiva imediata, independentemente de sua confirmação pelo Tribunal, dentre outras.

O referido projeto vem sofrendo críticas acirradas no meio jurídico, principalmente por provocar insegurança jurídica, abalando, assim, a paz social, que necessariamente decorre do Estado Democrático de Direito. Na avaliação do professor de Teoria Geral do Processo e Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da USP, Antonio Cláudio da Costa Machado, ao comentar o Projeto do Novo Código de Processo Civil, "o texto confere superpoderes aos juízes, desde a adaptação das regras processuais até a concessão de medidas antecipatórias 'sem limitação'" (A.E, 2010, p. 1).

Em que pesem as críticas apresentadas ao referido projeto, não se pode deixar de destacar a sua significativa importância ao acesso à Justiça, à medida que todas as alterações buscam, em última análise, a entrega da prestação jurisdicional de forma célere e com maior eficácia. Contudo registre-se que a busca pela celeridade não deve se sobrepor à segurança jurídica, ao contrário, deve respeitar os princípios constitucionais e processuais que decorrem do Estado Democrático de Direito, tais como o contraditório e a ampla defesa, sob pena de legitimar atitudes arbitrárias e autoritárias dos juízes de primeiro grau.

8 – CONSIDERAÇÕES REFERENTES AO ALCANCE DO EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA

Atualmente, observa-se um excessivo demandismo judicial, como mencionado anteriormente, o que acarreta um imenso volume de processos nos cartórios do Poder Judiciário, os quais se encontram desestruturados para recebê-los, dando ensejo, assim, à morosidade na prestação jurisdicional e, em *ultima ratio*, à inacessibilidade a uma justiça digna.

Como se pode verificar alhures, ao longo dos anos, os legisladores sempre procuraram e, ainda continuam procurando, combater a inacessibilidade à Justiça através de reformas que visam extinguir os maléficos efeitos decorrentes da morosidade processual. Contudo as medidas adotadas até então demonstram que nunca houve preocupação em se perquirir e tentar eliminar as causas geradoras da situação.

Com efeito, para combater a morosidade processual foram feitas várias reformas legislativas visando dar celeridade ao procedimento de entrega da tutela jurisdicional. Ocorre que, em que pese o nobre objetivo da celeridade, vêm sendo constantemente desprestigiados o contraditório e a ampla defesa, cada vez mais suprimidos, para dar espaço à concentração dos ritos procedimentais.

Difícilmente se constata preocupação das autoridades em estruturar devidamente o poder incumbido do desempenho da função jurisdicional, com funcionários capacitados e empenhados a cumprirem metas, após estímulos ofertados pelo Poder Público. Ao contrário, encontramos diariamente serventuários da Justiça desestimulados e descomprometidos, sendo visivelmente perceptível que eles ainda se encontram ali em razão da estabilidade oferecida e da perspectiva de uma aposentadoria tranquila, sem maiores preocupações com o resultado a ser oferecido ao usuário do serviço público.

Portanto, torna-se imprescindível a realização de cursos de capacitação para todos os integrantes do Poder Judiciário, de maneira constante e não apenas pontual, da forma como vem sendo realizado. Não menos importante é a criação de estímulos financeiros para cumprimento de metas anteriormente estabelecidas, já que é notória a necessidade de estímulos para se aguçar a vontade humana a alcançar determinado objetivo. Além disso, torna-se imperiosa a elaboração de políticas públicas de gerenciamento dos documentos das unidades judiciais com vistas a aperfeiçoar os serviços, para que os mesmos sejam realizados de maneira célere e eficaz.

Neste sentido, vejamos trecho da sábia argumentação de Hugo Filardi sobre a reforma processual:

Infelizmente, a discussão sobre os rumos de atuação do Poder Judiciário e os mecanismos que devem ser aperfeiçoados e criados para efetividade da tutela jurisdicional definitivamente, não têm levado em consideração aspectos de cunho prático. Falta de condições dignas de trabalho para serventuários



de justiça, total omissão do Poder Público no investimento na estrutura dos órgãos judiciários, carência de políticas de gerenciamento de documentos e insuficiência no número de magistrados são hoje os grandes problemas de ordem pragmática da atividade jurisdicional e nenhuma construção doutrinária ou acadêmica será capaz de garantir a duração razoável do processo sem enfrentar esses pontos mais práticos (FILARDI, 2011, p. 204).

Com relação ao Projeto de Lei nº 8046/2010, que visa substituir o atual Código de Processo Civil a fim de prestigiar a celeridade processual, foram realizadas várias críticas à maneira como se está pretendendo obter essa celeridade na prestação jurisdicional. Veja, a propósito, a entrevista publicada pela Agência Estado no site Estadão, com Clito Fornaciari Jr., presidente da Comissão de Estudos sobre a Reforma do CPC da OAB, explanando opinião acerca da reforma do CPC, que sustenta:

[...] o Brasil não precisa de um novo código. “Essa reforma é precipitada e desnecessária e pode acobertar problemas da Justiça em termos de estrutura e funcionamento. **Não se pode culpar as questões processuais pelas mazelas do Judiciário.** Querem criar um novo código às pressas”, concorda Machado. “Não foi submetido à Comissão de Constituição e Justiça, que examina o controle prévio de constitucionalidade. **O problema da Justiça é de gestão,** não de legislação. O juiz de primeira instância vai poder tudo. É colocar o juiz acima da lei com intento de dar rapidez aos ritos” (AE, 2010, p. 1). (Grifo nosso).

Ademais, verifica-se também a ausência de políticas públicas voltadas a fomentar a resolução dos conflitos extrajudicialmente, através dos meios auto e heterocompositivos do litígio, como, por exemplo, a arbitragem e a mediação. Nesse sentido, observa-se que ainda é muito tímida a divulgação desses meios alternativos de composição do litígio, de maneira que a população brasileira sequer acredita na sua efetividade. Portanto, é inegável que nos dias atuais não se encontra arraigada ou sedimentada na população brasileira a cultura de resolver os conflitos de forma extrajudicial, ao contrário, tudo se quer levar ao conhecimento do Poder Judiciário, sobretudo em razão da propagação do acesso a esse poder.

Nesse ponto, destaca-se a importância de uma Defensoria Pública estruturada, com capacidade de atuação em todos os municípios do país, sendo garantido o desenvolvimento de sua função de maneira a atingir todos os hipossuficientes. Com isso se quer demonstrar que a atuação extrajudicial da Defensoria Pública se encontra no mesmo patamar de importância da sua atuação judicial.

A estruturação da Defensoria Pública não se limita ao aumento do número de Defensores Públicos, mas perpassa pela questão da organização de seu quadro de pessoal, capacita-

ção constante dos seus membros e dos seus servidores, fixação de sede própria em cada município, com todos os equipamentos necessários para o desempenho das funções. No tocante à sua atuação extrajudicial, tem-se como imprescindível a formação de núcleos de mediação em todas as sedes da Defensoria Pública, a fim de evitar a total judicialização dos conflitos.

Outro papel importante desenvolvido pela Defensoria Pública na construção do acesso a uma Justiça digna, embora ainda timidamente, diz respeito à prestação de orientação à população carente de instrução e/ou conhecimento. Dessa forma, pode-se garantir a implementação efetiva e real da cidadania como elemento transformador da sociedade.

A função a ser exercida pelo defensor público não deve ficar circunscrita à esfera judicial, é imprescindível que ela seja também desempenhada no seio da sociedade hipossuficiente, em que a atuação defensorial deverá servir como elemento integrador da lacuna aberta pela carência financeira e cultural, dentre outras.

9 – CONCLUSÃO

Ao acompanhar o desenvolvimento do direito de acesso à Justiça percebeu-se que, até o presente momento, ele continua sendo um tema tormentoso, objeto de constantes estudos, pois ainda não se conseguiu garantir a sua plenitude para todos os cidadãos. Objetiva-se garantir a efetivação da justiça resolvendo os conflitos sociais de forma célere e eficaz, para que a segurança jurídica e a paz social sejam sempre alcançadas.

Observou-se, assim, que ter acesso à Justiça não se trata apenas de garantir acesso à jurisdição, mas, sobretudo, acesso à própria ordem jurídica justa. Visando garantir esse direito, a Constituição Federal de 1988 assegurou a inafastabilidade da prestação jurisdicional, entretanto, com o passar do tempo, restou claro que não bastava apenas garantir acesso aos tribunais, mas que é necessário que se garanta também a proteção material dos direitos de todos os cidadãos, independentemente de sua classe social.

O Poder Judiciário não tem conseguido suprir a demanda, de forma que ainda persistem vários obstáculos ao pleno acesso à Justiça. Com o objetivo de superá-los, foram criados diversos mecanismos para facilitar esse acesso, visando desafogar o Poder Judiciário, que se encontra abarrotado de processos.

Não se pode olvidar que a crescente cultura demandista da população brasileira vem contribuindo sobremaneira para o abarrotamento do Poder Judiciário, aliada à morosidade no andamento dos feitos, sendo esses os pontos fulcrais que fomentam o estudo da matéria.



Vislumbra-se, assim, que sempre permeou todas as reformas legislativas e ações adotadas o objetivo de garantir acesso à Justiça independentemente das condições econômicas ou socioculturais dos litigantes, tentando suprir as lacunas existentes. Podemos destacar como exemplos de iniciativas a criação dos Juizados Especiais, a ampliação das funções extrajudiciais da Defensoria Pública, várias reformas legislativas, imprimindo ritmo célere aos procedimentos, dentre outras.

Conclui-se que realmente houve evolução no acesso à Justiça, porém esse direito ainda não atingiu a sua plenitude, de maneira que ainda se faz necessária a implementação de outros mecanismos que garantam não somente o acesso ao Judiciário, mas o acesso a uma justiça digna. Para tanto, é necessário realizar a inclusão social dos necessitados, promovendo a cidadania.

Neste diapasão, faz-se imprescindível o fortalecimento da Defensoria Pública a fim de que ela tenha suporte para desempenhar suas funções precípua de orientação jurídica e defesa, em todos os graus, dos necessitados, nos termos do artigo 5º, LXXIV, da Constituição Federal. Tal mister deverá ser desenvolvido tanto judicial quanto extrajudicialmente.

Por último, acrescente-se a necessidade de realização de foros de discussões que promovam debates acerca do tema e pressionem a esfera política para que seja viabilizada a implantação da Defensoria Pública em todos os municípios do país, pois o seu fortalecimento se constitui em condição necessária para inclusão de uma multidão de desassistidos da Justiça brasileira.

10 – REFERÊNCIAS

AGÊNCIA ESTADO – AE. **Juristas criticam reforma do Código de Processo Civil**. Publicado em 24 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,juristas-criticam-reforma-do-codigo-de-processo-civil,644599,0.htm>>. Acesso em: 25 set. 2012 as 10h08min.

ALBUQUERQUE FILHO, Clóvis Antunes Carneiro de. A arbitragem no Direito brasileiro pela Lei nº 9.307/96. Comentários. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2629>>. Acesso em: 8 ago. 2012.

ALMEIDA, Eder Luiz dos Santos. **Meios facilitadores do acesso à justiça**. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6493>. Acesso em: 09 Ago. 2012.

ARANTES, Rogério Bastos. **Judiciário e política no Brasil**. São Paulo, Sumaré/EDUC/FAPESP. 1997.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1983.

BRÜNING, Raulino Jacó. **Constituição, justiça e sociedade**. Vol. 1, Florianópolis: OAB/SC, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris 1988, Reimpresso 2002.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96**. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 18. ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2002. p. 208.

Teoria geral do processo. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2007, p. 39.

CRETELLA NETO, José. **Curso de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil – teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 7. ed. Vol. I Salvador. Edições Podivm, 2007.

FILARDI, Hugo. **Revista de processo - análise crítica da proposta de emenda constitucional dos recursos**. Ano 36, v. 201. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GORON, Lívio Goellner. **Revista de processo – acesso à Justiça e gratuidade: uma leitura na perspectiva dos direitos fundamentais**. Ano 36, v. 195. São Paulo: Revista dos Tribunais, Maio/2011.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. **Indicadores Sociais Municipais 2010 do Censo realizado pelo IBGE**. Disponível em: <www.ibge.gov.br/home/presidência/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=2019&id_página=1>. Acesso em: 18 jul. 2012, às 21h04min.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 11. ed. São Paulo: Editora Método, 2007.

LIMA, Frederico Rodrigues Viana de. **Defensoria Pública**. 2. ed. Salvador: Editora Jus PODIVM, 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2012.



- MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do Ministério Público**. São Paulo: Saraiva, 2000.
- MORAIS, José Luiz Bolzan de; SILVEIRA, Anarita Araújo da. Outras formas de dizer o direito. In: WARRAT, Luis Alberto (Org.). **Em nome do acordo. A mediação no direito**. Buenos Aires: Almed, 1998.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- PELUSO, Cesar. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**. Disponível em: <www.conjur.com.br/2010-ago-11/entrevista-cezar-peluso-presidente-supremo-tribunal-federal>. Acesso em: 15 jul. 2012, às 18h20min.
- RELATÓRIO – CNJ (**Conselho Nacional de Justiça**). Disponível em: <www.cnj.jus.br/imagens/programas/justica-em-umeros/2010/rel_justica_2010>. Acesso em: 18 jul. 2010, às 17h17min.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no Ag 1009703/RS, 6.ª T., j. 27.05.2008, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Dje 16.06.2008) <ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/abre_documento>. Acesso em: 07 jul. 2012 as 14h10min.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Vol. I Rio de Janeiro, 2001.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 1999.
- WATANABE, Kazuo. **Política pública do Poder Judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses**. Revista de Processo, nº: 195, maio, 2011.

CONDIÇÕES DA AÇÃO: FLEXIBILIZAÇÃO NA ANÁLISE DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO E DO INTERESSE PROCESSUAL, VISANDO À EFETIVIDADE DO PROCESSO E A POSSIBILITAR O ACESSO À JUSTIÇA E À GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS

Bartolomeu Oliveira da Silva²

1 – INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem como objetivo principal ressaltar a necessidade de os operadores do direito observarem com cuidado as condições da ação, flexibilizando, todavia, na análise da **possibilidade jurídica do pedido** e do **interesse processual**, com vistas à efetividade do processo e ao acesso à justiça.

É que a inobservância desse cuidado poderá resultar na extinção do processo, sem apreciação do mérito, o que acarretará irreparáveis prejuízos decorrentes da perda de tempo e dinheiro, seja ao particular, seja ao Estado, quando, nesta hipótese, o postulante está litigando pela assistência judiciária gratuita, pois impõe ao interessado o retorno a juízo para, sanado o vício, ver seu pleito apreciado e julgado pelo Poder Judiciário.

Por outro lado, o rigor excessivo, por parte dos julgadores, na aplicação dos institutos – **possibilidade jurídica do pedido e interesse processual** –, poderá conduzi-los a extinguir o processo, prematuramente (sem resolução do mérito), impossibilitando, assim, a que o processo alcance o seu fim social, que consiste na solução dos conflitos de interesses, com a entrega da prestação da tutela jurisdicional, através de uma decisão justa.

No dia a dia forense, os operadores do direito deparam-se com decisões excessivamente formalistas, as quais em nada contribuem para o desfecho da demanda. Ao contrário. Além do atraso no deslinde da causa, o apego ao formalismo pode ensejar a extinção do processo, sem apreciação do mérito, o que implica na inobservância dos princípios da instrumentalidade e da efetividade do processo, bem como do acesso à justiça e da dignidade da pessoa humana.

2 – Defensor Público de Classe Especial, Pós Graduado em Processo Civil pela Universidade Estadual de Santa Cruz



O processo, como instrumento que é, não pode atuar em detrimento de um direito material, mas sim para reconhecê-lo e conferir ao seu titular o que lhe assiste obter.

Nada justifica, pois, que o puro formalismo processual anule um processo que, apesar de possuir um ato vicioso, não gerou prejuízos a nenhuma das partes. Um exemplo, em que o próprio sistema normativo repele esse excesso de formalismo, é o disposto no art. 920 do Código de Processo Civil, onde o juiz pode dar continuidade a um processo, no caso de uma ação de manutenção de posse ter sido ajuizada erroneamente no lugar de uma ação de reintegração de posse.

Não só cabe ao magistrado deixar de lado os rigores na interpretação da norma, mas sobretudo não pode, em hipótese alguma, permitir que seu raciocínio o conduza a uma interpretação contraproducente ao texto legal.

O Estado, ao não permitir a autotutela, ou seja, não permitir que o indivíduo faça justiça “pelas próprias mãos” – salvo nas hipóteses de legítima defesa (no crime) e desforço incontinenti (no cível) –, precisa garantir-lhe o acesso à justiça de uma forma justa. Por isso, tem-se o processo como uma garantia constitucional à satisfação de um direito material por meio da tutela jurisdicional. A função do processo consiste em fazer o ordenamento jurídico atuar com efetividade.

A preocupação, portanto, com as referidas condições da ação, tanto por quem postula, quanto por quem julga, deve estar sintonizada com a instrumentalidade e a efetividade do processo, bem assim com o acesso à justiça e a dignidade da pessoa humana, que se constituem no objetivo maior da moderna doutrina processual, de forma que a inobservância desses princípios, concomitantemente, restará empobrecido o anseio de acesso à ordem jurídica justa, demonstrando, geralmente, a ineficiência dos instrumentos existentes.

A nossa intenção, importa registrar, não obstante acreditarmos na posição defendida, é também de suscitar o debate com referência à necessidade de flexibilização dos institutos processuais mencionados, haja vista, inclusive, que, na opinião de renomados juristas, a exemplo de Calmon de Passos, as condições da ação constituem matéria de mérito.

2 – FLEXIBILIZAÇÃO COM VISTAS À EFETIVIDADE DO PROCESSO.

A possibilidade jurídica do pedido e o interesse processual constituem, ao lado da legitimidade *ad causam*, as condições da ação, que devem estar presentes, no juízo de admissibilidade da ação, a fim de que o mérito da causa possa ser enfrentado e julgado.

Não se pretende aqui entrar na discussão doutrinária, segundo a qual alguns eminentes processualistas sustentam que a possibilidade jurídica do pedido e o interesse processual constituem matéria de mérito, mas seguir o preceituado no nosso Código de Processo Civil, que, adotando a teoria de Liebman, determina que a ausência de qualquer das condições da ação dá ensejo à extinção do processo, sem apreciação do mérito da causa, a teor do art. 267, inciso VI, combinado com o art. 3º do referido Diploma Processual.

É necessário, contudo, que sejam afastados o excesso de formalismo, bem como o rigor exegético na análise, tanto da possibilidade jurídica do pedido quanto do interesse processual, para evitar que o apego a esses dogmas possa conduzir à prematura extinção do feito, com manifesto prejuízo à efetividade do processo e, conseqüentemente, à solução dos conflitos de interesses, impossibilitando-se a entrega da prestação jurisdicional.

Modernamente, a doutrina tem revelado enorme preocupação com a efetividade do processo, ressaltando que este deve ser encarado como um instrumento que tem por finalidade dar efetividade à prestação jurisdicional diante de um litígio, cabendo ao julgador assegurar, da melhor forma ou da forma possível, a concretização do direito material.

Se o julgador não raciocinar nesses termos, preferindo manter-se rigoroso na análise das referidas condições da ação, para concluir, preambularmente, pela extinção do processo, sem resolução do mérito, a função social do processo jamais será alcançada.

Adverte Silvio de Salvo Venosa (2003, vol. I: 382) que:

O processo só tem sentido para a realização do direito material; o direito de ação só existe para garanti-lo. A exacerbação da importância do processo leva a alguns erros de perspectiva, transformando, por vezes, o processo em fim, quando, na realidade, é meio. Trata-se de caminho a ser percorrido, garantido pela lei, para atribuir o reconhecimento de um direito material aos litigantes. Esquecer que o direito processual é caminho tem sido erro comum, por vezes, de alguns que, apaixonados pelos meandros do processo, transformam-no de meio em fim, o que deixa o perfazimento do direito material em segundo plano.

Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, em sua obra "Do Formalismo no Processo Civil", cita uma passagem em que demonstra como o excesso de formalismo compromete a efetividade do processo e dificulta a prestação da tutela jurisdicional. Veja-se:

Exemplo emblemático, tanto de excesso de formalismo quanto de sua correção pelas normas maiores do sistema brasileiro, ocorreu no Rio Grande

do Sul. Em determinada demanda movida contra esse Estado, seis antigas assistentes judiciárias reclamaram o reconhecimento do direito de opção pela carreira de defensor público, assegurado no art. 22 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias anexo à Constituição de 1988. O ente estatal, ao contestar a demanda, reconheceu a situação fática incontestada das autoras, mas lhe negou o direito ao argumento de que a norma transitória só albergaria os concursados, não aqueles em desvio de função. No juízo de apelação, o órgão fracionário do Tribunal de Justiça entendeu de acolher o pedido em relação a quatro postulantes. Rejeitou, porém, o pedido de duas delas, sob o fundamento de inexistência de desempenho das funções de Defensoria Pública anteriormente à instalação da Assembléia Nacional Constituinte, considerando despida de eficácia a admissão da contestação por se tratar de ente estatal, incidindo o disposto no parágrafo único do art. 302 do Código de Processo Civil. Verifica-se, portanto, um giro de cento e oitenta graus, porquanto se tornara incontroverso nos autos o próprio suporte fático da regra constitucional transitória. A parte surpreendida ainda tentou elucidar o juízo apresentando, juntamente com os embargos declaratórios, certidão passada pelo Estado comprovando a circunstância fática reclamada pela decisão. O recurso, porém, não logrou êxito, pois a Câmara julgadora entendeu ter passado o momento próprio para a apresentação do documento, não se podendo emprestar efeito infringente a essa modalidade de inconformidade. O acerbadado conflito entre a Justiça e o formalismo encontrou exemplar corretivo em decisão do 2º Grau Cível do mesmo Tribunal, por via do remédio da ação rescisória. Prevaleceu a tese de que fora infringido o princípio do contraditório, pois o órgão judicial não poderia ter surpreendido, a parte, sem ouvi-la previamente, em questão de fato fundamental para a decisão (1997:203-204).

A falta de preocupação com a efetividade do processo chega, inclusive, a ofender o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, inciso XXXV), pois esse princípio, na lição de Luiz Guilherme Marinoni:

não garante apenas uma resposta jurisdicional, mas a tutela que seja capaz de realizar, efetivamente, o direito afirmado pelo autor, pois o processo, por constituir a contrapartida que o Estado oferece ao cidadão diante da proibição da autotutela, deve chegar a resultados equivalentes aos que seriam obtidos se espontaneamente observados os preceitos legais. Dessa forma, o direito à adequada tutela jurisdicional garantido pelo princípio da inafastabilidade é o direito à tutela adequada à realidade do direito material e à realidade social.

Depreende-se, pois, que o processo deve ter sempre em mira a utilidade das decisões. Neste sentido, doutrina Cintra, Grinover e Dinamarco:

“Todo processo deve dar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que tem o direito de obter. Essa máxima de nobre linhagem doutrinária constitui verdadeiro slogan dos modernos movimentos em prol da efetividade do processo e deve servir de alerta contra tomadas de posição que tornem acanhadas ou mesmo inúteis as medidas judiciais, deixando resíduos de injustiça.”

Para Barbosa Moreira, “querer que o processo seja efetivo é querer que desempenhe com eficiência o papel que lhe compete na economia do ordenamento jurídico.”

De forma que, se o processo não se constituir num instrumento eficiente à realização do direito material, ele não se mostrará “capaz de veicular aspirações da sociedade como um todo e de permitir-lhe a satisfação por meio da Justiça”, conclui o ilustre jurista.

Citado por Barbosa Moreira, Rudolf Von Jhering já havia assinalado, na sua obra, o “Espírito do Direito Romano”, que:

O direito existe para se realizar. A realização é a vida e a verdade do direito, é o próprio direito. O que não se traduz em realidade, o que está apenas na lei, apenas no papel, é um direito meramente aparente, nada mais do que palavras vazias. Pelo contrário, o que se realiza como direito é direito, mesmo quando não se encontra na lei e ainda que o povo e a ciência dele não tenham tomado consciência (RT nº 74-126).

Daí a necessidade de flexibilização na análise dessas condições da ação. Não se justifica julgar-se o autor carecedor de ação, por falta de interesse processual, apenas porque ele elegeu a via processual inadequada.

Raciocinado nesses termos, observa o processualista José Orlando Rocha de Carvalho:

É muito comum o registro de casos em que os juízes, por motivação vária (intolerância – arbitrariedade – comodismo – preguiça – parcialidade (para não ter que julgar contra uma das partes) – inclinação para o leguleio etc.), encerram o processo, sem julgamento do mérito, ou seja, sem a outorga da tutela jurisdicional requerida, sem, no entanto, observar que o feito poderia ter sido salvo da morte agônica e violenta, caso houvesse um mínimo de bom senso da parte do magistrado que assim o deliberou.



Magistrados desse jaez – continua o Professor da UESC – não medem esforços para vislumbrar uma tênue falta de pressuposto processual ou uma polêmica e discutida ausência de uma das condições da ação, para (escudando-se na disposição processual que informa serem tais matérias preceitos de ordem pública e conhecíveis ex officio), passarem logo a redigir o seu decreto de extinção do feito. E, o pior: no mais das vezes, sem sequer ouvir a parte a quem prejudicaria o decreto de extinção da demanda.

Contra esse excesso de formalismo, já advertia o Des. João Mariosa, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, conforme o Professor José Orlando:

“A irretocabilidade da sentença no seu aspecto técnico-jurídico é um formalismo pretoriano, que, ao invés de analisar o direito material, vangloria-se com elucubrações de direito instrumental. Tem-se corolário esdrúxulo: nega-se o direito não porque a parte não o tenha, mas porque escolheu a via inadequada” (Cf. voto como relator do Ac. n. 20.822 – TJDF – 1ª T – DJU 16.03.94) (RJ199/86).

Theodoro Júnior, a propósito, citado pelo processualista José Orlando Rocha de Carvalho, exemplifica com o seguinte caso:

O autor de uma ação de adjudicação compulsória, que teve sua ação negada sob o fulcro de carência de ação por falta de prévia inscrição do título no Registro Imobiliário e que, após promover tal inscrição, poderá propor outra ação nesse sentido. Neste exemplo, pois, se o juiz não observar, de logo, essa irregularidade; nem o demandado o fizer na contestação, e, antes do saneador, o autor fizer a inscrição e juntar aos autos, poder-se-á falar em falta de interesse ou poder-se-á negar a pretensão, se a irregularidade já se acha sanada?

E adverte:

Uma vez, porém, que o objetivo precípua da função processual é a composição da lide, não pode o magistrado supervalorizar as questões formais para colocá-las, desde logo, num plano superior ao do mérito. Por isso mesmo, a extinção do processo por vício de pressuposto ou ausência de condição da ação só deve ter lugar quando o defeito detectado pelo juiz seja insuperável, ou quando, ordenado o saneamento, a parte deixe de promovê-lo no prazo que se lhe tenha assinado. (...) Dessa forma, não pode o juiz, na sistemática do Código, desde logo extinguir o processo, sem apreciação do mérito, simplesmente porque encontrou um defeito nas questões preliminares de formação da relação processual. Agir dessa maneira, frente a um vício sanável, importaria subverter a missão do processo e a função jurisdicional.

Dá a indagação do Professor:

Afinal, em situações que tais, o reconhecimento judicial de uma falta de suposto interesse (adequação), a motivar o indeferimento da pretensão, não estaria a conspurcar e desprezar completamente os princípios da efetividade e da instrumentalidade do processo que reclamam exatamente o aproveitamento de atos e processos inadequados desde que tenham colimado por atingir a finalidade desejada, (a de atuar eficazmente o direito material) e sem que tenha havido qualquer prejuízo aos contendores?

E conclui, citando aresto do STJ: “Sendo os fatos expostos aptos a conduzir, em tese, a consequência jurídica traduzida no pedido, não importa o rótulo que se tenha dado à causa” (Resp 15.713, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 24.02.92).

Por outro lado, não seria razoável julgar-se, *initio litis*, o autor carecedor de ação, por falta de possibilidade jurídica do pedido, tão-somente porque não se acostou à petição inicial o documento indispensável à propositura da ação. Na hipótese, por exemplo, de uma ação de reivindicação de área rural, em que o autor só juntou à inicial escritura pública de compra e venda, desacompanhada do título de domínio. Como a escritura só transfere posse, e não domínio, e considerando que a reivindicatória pressupõe, de um lado, autor proprietário e sem posse, e do outro, réu posseiro e sem propriedade, seria o caso de indeferimento da inicial, para extinguir o processo, sem abordagem do mérito, por ausência de possibilidade jurídica do pedido? (CPC, art. 295, parágrafo único, inciso III, c/c o art. 267, inciso I).

Entendemos que não, diante da necessidade de aplicação dos princípios da instrumentalidade e da efetividade do processo. Deve-se conceder ao autor, com fundamento no art. 284 do CPC, o prazo de 10 dias para juntar aos autos o título comprobatório do seu direito de propriedade, viabilizando-se, desse modo, o julgamento do mérito da causa. Não cumprida, no entanto, a diligência, incide o parágrafo único do art. 284, quando, então, o processo deve ser extinto na forma dos dispositivos supracitados.

Em decisão proferida no Processo Resp 433.671, o Superior Tribunal de Justiça, aplicando os princípios da instrumentalidade e da efetividade do processo, reformou acórdão do TJ-SC, que extinguiu um processo de execução, sob o fundamento de que o exequente não juntou à petição inicial o demonstrativo pormenorizado do débito. Eis o teor da decisão, publicada em Notícias do STF, pela internet:

O Banco do Estado de Santa Catarina S/A entrou com uma ação de execução cobrando o débito de R\$ 26.502,84 da empresa Casa Real Confeccões Ltda. e dos comerciantes Antônio e Sebaldo Brand. A dívida teria resultado de um



contrato de abertura de crédito fixo, firmado em julho de 1995, no valor de R\$ 15 mil. Os devedores contestaram a execução com embargos alegando que o Banco teria embutido juros acima dos contratados. Além disso, segundo os devedores, o Banco não teria comprovado a origem do débito, tendo apresentado somente cópia do contrato firmado sem os extratos da evolução da dívida. O juiz de primeiro grau rejeitou os embargos dos devedores. A Casa Real, Antônio e Sebaldo Brand apelaram reiterando as afirmações da contestação. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina acolheu o apelo julgando extinto o processo. Para o TJ, “o demonstrativo pormenorizado do débito é elemento essencial à liquidez, certeza e exigibilidade do título (crédito cobrado pelo Banco)” representando documento indispensável ao julgamento do processo de execução movido pelo credor.

Tentando modificar a decisão de segundo grau e, assim, dar prosseguimento à cobrança, o Banco de SC recorreu ao STJ defendendo o princípio do aproveitamento do processo contrário ao formalismo, como previsto no art. 616 do Código de Processo Civil. Para o Banco, o título executivo (cobrança) não poderia ser anulado, como decidido pelo TJ-SC. O certo seria a intimação do credor para complementar o processo, ‘que cuida de contrato de abertura de crédito fixo, como valor literal já estabelecido, questionados apenas os cálculos que embasaram a cobrança sob a afirmação de que o demonstrativo de débito estaria incompleto’.

O ministro Aldir Passarinho Júnior acolheu o pedido determinando o retorno do processo ao Juízo de primeiro grau. Dessa forma, o banco será intimado pela primeira instância para que apresente a documentação que está faltando. O relator destacou que, em seu entendimento, o artigo 616 do Código de Processo Civil só poderia ser aplicado pelo Juízo ao analisar o processo, ‘mas não quando a parte devedora tenha apontado o tal vício em embargos à execução’.

No entanto, segundo o ministro, o STJ tem decisões no sentido de permitir a apresentação posterior dos documentos faltantes, mesmo após a contestação da parte devedora, permitindo que o autor da execução supra ‘a omissão (falta de determinados documentos) mediante intimação para tanto pelo órgão julgador’.

Com base nos precedentes do Tribunal, Aldir Passarinho concluiu: “Cedo à orientação predominante para, também aqui, permitir, mesmo após embargos do devedor suscitando o tema, seja reparado o defeito, aproveitando-se o processo de execução já iniciado.

Com vistas, pois, à flexibilização da análise das aludidas condições da ação, deve-se atentar, como princípio geral do processo, para o princípio da adequação formal, facultando-se, inclusive, ao juiz – obtido o acordo das partes, e sempre que a tramitação processual prevista

na lei não se adapte perfeitamente às exigências da demanda aforada –, a possibilidade de amoldar o procedimento à especificidade da causa, por meio da prática de atos que melhor se prestem à apuração da verdade e acerto da decisão, prescindindo dos que se revelem inidôneos para o fim do processo.

Em nome da instrumentalidade e da efetividade do processo, somente em casos absolutamente extremos, quando não houver nenhuma possibilidade de salvar o feito, é que deve o Magistrado extingui-lo sem apreciação do mérito.

Urge, portanto, a mudança de mentalidade, a fim de que o processo possa realmente aproximar-se dos legítimos objetivos que justificam a sua própria existência.

3 – A FALTA DE FLEXIBILIZAÇÃO ACARRETA NEGAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA.

Por outro lado, a extinção do processo, sem se adentrar no mérito da causa, em decorrência da não flexibilização das mencionadas condições da ação, implica em negar à parte o acesso à justiça, elevado, com a Constituição Federal de 1988, ao patamar de direito e garantia fundamentais do cidadão, pois o acesso à justiça “não se identifica com a mera admissão ao processo, ou possibilidade de ingresso em juízo”, conforme leciona o Professor Paulo Cesar Santos Bezerra, que, ao enfatizar que o acesso à justiça é um problema ético-social, adverte:

O acesso à justiça, portanto, depende de uma postura de natureza eminentemente ética e social. Social, porque é o maior ou o menor acesso do cidadão aos direitos e valores desejáveis, que determina o fluxo dos conflitos sociais. Ético, em sentido teórico, como valor supremo e ideal, em sentido de *praxis* moral no seio da sociedade, porque “a moral constitui, seja qual for a orientação que se tome, uma regulação da atitude e da conduta humana. O homem parte do que é, rumo ao que pode ser: o dever ser incumbe de regular o caminho.” Ético e social se amalgamam num direito que é o principal deles, o acesso à justiça (2001: 238-239).

E no tópico “Acesso à justiça e o Poder Judiciário”, o referido Professor da UESC, e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, acentua que:

Quando a legislação está em descompasso com a realidade social, deve o juiz interpretá-la de forma a conformá-la com esta última”, não se olvidando, por outro lado, que “os tribunais superiores são compostos por juízes de postura dogmática na maioria de sua composição, prontos a coarctar qualquer interpretação mais avançadas e mais sociológica (2001: 204-205).



Portanto, o acesso à justiça, de acordo com a doutrina brasileira recente, significa acesso à ordem jurídica justa.

É que o acesso à justiça está umbilicalmente ligado à justiça das decisões. Daí Cintra, Grinover e Dinamarco advertirem que:

O juiz deve pautar-se pelo critério de justiça, seja (a) ao apreciar a prova, (b) ao enquadrar os fatos em normas e categorias jurídicas ou (c) ao interpretar os textos de direito positivo. Não deve exigir uma prova tão precisa e exaustiva dos fatos, que torne impossível a demonstração destes e impeça o exercício do direito material pela parte. Entre duas interpretações aceitáveis, deve pender por aquela que conduza a um resultado mais justo, ainda que aparentemente a vontade do legislador seja em sentido contrário (*a men legis* nem sempre corresponde à *mens legislatoris*); deve “pensar duas vezes antes de fazer uma injustiça” e só mesmo diante de um texto absolutamente sem possibilidade de interpretação em prol de justiça é que deve conformar-se.

Com o mesmo pensar, doutrina o Professor José Orlando Rocha de Carvalho:

“Ademais, convém salientar, que o encerramento de feito sem julgar a lide, em situações anômalas e quando possível (de alguma forma), a outorga da tutela jurisdicional, representa indubitavelmente uma forma de impedimento ao livre acesso à jurisdição. Ainda mais quando se procede a esta extinção *ex officio*, sem qualquer pronunciamento prévio das partes, que são os maiores interessados no prosseguimento, ou não, do feito, até porque têm, ambos, autor e réu, direito subjetivo de buscarem uma sentença de fundo que defina, de uma vez por todas, a controvérsia que deu origem à contenda judicial.

Nesse sentido, o pronunciamento de Rogério Lauria Tucci lança a seguinte advertência: “não há dúvida de que o réu, tanto quanto o autor, têm direito a uma sentença de mérito, no processo para o qual é chamado à instância do antagonista.”

A ausência de flexibilização na análise das mencionadas condições da ação, aliada ao excessivo formalismo na interpretação das regras de direito, levou o Professor a se manifestar, contundentemente, nos seguintes termos:

Sabe-se que o juiz é obrigado a julgar, não podendo declinar desse dever. No entanto as circunstâncias autorizam a pensar que, na maioria das vezes em que se decreta a extinção do feito sem julgamento de mérito (nota-

damente fundado em falta de pressuposto processual e/ou condição da ação), o juiz nada mais está fazendo do que encontrando um meio legal (porém não legítimo) de proferir disfarçadamente ao *non liquet*.

E conclui, indagando:

“Não estaria, destarte, esta postura, limitando o livre exercício de direitos, por vezes legítimos, justamente por conta da recusa do judiciário em prestar a tutela jurisdicional? Não representaria, isso, uma forma de se pretender negar, injustificadamente, a jurisdição?”

Conforme se observa, o excesso de formalismo, que viola, ao mesmo tempo, os princípios da instrumentalidade e da efetividade do processo, bem como da inafastabilidade da jurisdição e do acesso à justiça dá origem, inevitavelmente, à síndrome da inefetividade do processo e, conseqüentemente, da jurisdição. E, como acentua Celso Antonio Bandeira de Melo:

“Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra” (1994:451).

4 – FLEXIBILIZAÇÃO VISANDO À GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS.

A falta de flexibilização poderá, inclusive, ferir um dos mais importantes dos direitos humanos, ou seja, a **dignidade da pessoa humana**, pois a parte poderá ver frustrada a sua sede de Justiça, com a extinção prematura do processo.

E, justamente em respeito à dignidade da pessoa humana, cresce, na doutrina e na jurisprudência, um movimento de adesão à tese da relatividade da coisa julgada. Não se admite, atualmente, que, diante do resultado preciso do exame genético do DNA, não possa alguém voltar a discutir a paternidade, se a sentença, apesar de transitada em julgado, julgou o feito com base em provas exclusivamente testemunhais.

A corrente contrária à tese invoca o princípio constitucional da segurança jurídica (CF/1988, art. 5º, XXXVI). Só que a dignidade da pessoa humana possui, também, *status* constitucional, alçando-se num dos pilares da República (CF/1988, art. 1º, inciso III).



Se, diante do caso concreto, os dois princípios entrarem em rota de colisão, aplicar-se-á aquele de maior prevalência. É que os princípios constitucionais não se anulam, uma vez que eles têm o mesmo *status* jurídico, desfrutando todos da condição de cláusula pétrea (CF/1988, art. 60, § 4º, IV).

5 – CONDERAÇÕES FINAIS

Como ficou demonstrado, a análise dos institutos da possibilidade jurídica do pedido e interesse processual deve visar, sempre, à efetividade do processo, ao acesso à justiça e ao respeito aos Direitos Humanos

Isto porque, a extinção do processo, sem a resolução do mérito, invocando-se às referidas condições da ação, deve constituir-se numa exceção, pois o fim do processo reside na solução da demanda posta em juízo.

Não se justifica que o processo, sendo possível a flexibilização na aplicação dessas condições da ação, como, por exemplo, concedendo-se prazo para emenda da inicial ou junta de documentos, seja extinto, sem apreciação do mérito, já que o seu prosseguimento pode conduzir o julgador a ingressar no mérito da causa solucionando o conflito de interesses, com a efetiva entrega da prestação da tutela jurisdicional, tão reclamada pelas partes e pela sociedade.

O processo, “antes de ser um meio de satisfações de pretensões, é, antes de tudo, um instrumento destinado a excluir insatisfações.”

A doutrina moderna e a tendência dos Tribunais direcionam-se no sentido da efetividade do processo, devendo o Juiz fazer sua parte, envidando o máximo de esforços para assegurar, da melhor forma possível, a concretização do direito material.

Somente em hipóteses absolutamente extremas, ou seja, quando não houver nenhuma possibilidade de salvar o processo, é que deve o Magistrado extingui-lo sem resolução do mérito.

Destarte, a falta de flexibilização na análise das mencionadas condições da ação, bem como o apego ao excessivo formalismo na interpretação das normas a elas atinentes, ofende os princípios da instrumentalidade e efetividade do processo, implicando, inclusive, na negação dos princípios constitucionais do acesso à justiça e da dignidade da pessoa humana, gerando, como consequência, a síndrome da inefetividade do processo e da jurisdição, e, portanto, uma violação dos Direitos Humanos.

6 – REFERÊNCIAS

BEZERRA, Paulo Cezar Santos. **Acesso à Justiça**: um problema ético-social no plano da realização do direito. São Paulo: Renovar, 2001.

CARVALHO, José Orlando Rocha. **Possibilidade Jurídica do Pedido Versus Adequação**: um Embate sem Trégua. DIKÉ, Revista Jurídica do Curso de Direito da UESC, vol. I. Ilhéus: Editus, 1999.

_____. Uma Alapoiese no Sistema Processual de Ministração da Tutela Jurisdicional: a extinção do processo sem julgamento do mérito, por falta de pressuposto processual ou por ausência de condições da ação. Porto Alegre: **Síntese**, 2002. 1 CD-ROM. Windows 3.1.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do Processo e Tutela Urgente**. Porto Alegre: Sérgio Fabis, 1994.

MELO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, São Paulo: Malheiros, 1994.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A efetividade do Processo de Conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. Por um Processo Socialmente Efetivo. Porto Alegre: **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, nº 11, 2001.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Coisa Julgada Inconstitucional**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. **Condições da ação**: A Possibilidade Jurídica do Pedido. Porto Alegre: Revista de Processo, vol. 46/40-47.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Em Torno das Condições da Ação – A Possibilidade Jurídica. Porto Alegre: **Revista de Direito Processual**, vol. 4º, jul-dez, 1961

_____. **A Ação no Direito Processual Civil Brasileiro**. Salvador: Imprensa Oficial da Bahia, 1960.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: parte geral. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

VEDAÇÃO DO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Eduardo Feldhaus³

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 BREVE HISTÓRICO SOBRE O PRINCÍPIO; 2.1 DIREITO ROMANO; 2.2 IDADE MÉDIA; 3 CONCEITO E APLICAÇÃO; 3.1 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ; 3.2 A VALORIZAÇÃO DA CONFIANÇA E SUA ABRANGÊNCIA; 4 PRESSUPOSTOS DO *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*; 4.1 O *FACTUM PROPRIUM*; 4.2 A LEGÍTIMA CONFIANÇA; 4.3 CONTRADIÇÃO AO *FACTUM PROPRIUM*; 4.4 DANO EFETIVO OU POTENCIAL; 4.5 A IDENTIDADE DE SUJEITOS; 5 CABIMENTO DO PRINCÍPIO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA; 5.1 ENTENDIMENTO DA JURISPRUDÊNCIA E DA DOUTRINA SOBRE A APLICAÇÃO DO *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*; 6. CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA APLICAÇÃO DO *NEMO POTEST VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*; 6.1 IMPEDIMENTO DO DANO DERIVADO DA VEDAÇÃO AO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO; 6.2 DA REPARAÇÃO DO DANO DERIVADO DA VEDAÇÃO AO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO; 7 ESTUDO DO CASO OCORRIDO NA VARA DE FAZENDA DA COMARCA DE FEIRA DE SANTANA; 7.1 PARECER DO *PARQUET* SOBRE A AÇÃO JUDICIAL; 7.2 OPINIÃO CRÍTICA SOBRE O PARECER; 7.3 A DECISÃO JUDICIAL QUE CONCEDEU A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA; 7.4 OPINIÃO CRÍTICA SOBRE O COMPORTAMENTO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL; 8 CONCLUSÃO; 9 REFERÊNCIAS.

Resumo

O presente artigo trata da vedação ao comportamento contraditório no âmbito da Administração Pública, sendo abordado, inicialmente, um breve histórico sobre o surgimento do *venire contra factum proprium*, o conceito e sua aplicação, o princípio da boa-fé, o princípio da confiança e sua abrangência, os pressupostos do *venire contra factum proprium*, as consequências jurídicas de sua aplicação. Ao final, faz-se um estudo sobre o cabimento deste subprincípio na Administração Pública, com entendimento da jurisprudência e doutrina so-

3 – Defensor Público do Estado da Bahia, atuando na 2ª Vara de Família da Comarca de Feira de Santana e atendimento inicial pleno abrangendo qualquer matéria. Email: eduardofeldhaus@hotmail.com

bre o tema, dando ênfase, principalmente, ao caso concreto ocorrido na cidade de Feira de Santana, onde eu, como Defensor Público, ajuizei um mandado de segurança em favor de Isadora da Mota Araújo contra ato do Secretário Municipal e do Prefeito de Feira de Santana, fazendo o estudo do caso ocorrido na referida ação, com opinião crítica sobre o parecer do *parquet* e da decisão judicial que concedeu a liminar. O artigo tem a finalidade de demonstrar, através do referido caso concreto, as mudanças repentinas de comportamento na Administração Pública, que emite um novo ato em contradição ao primeiro, desrespeitando a conduta anterior e a confiança gerada no particular, ferindo, assim, o dever de coerência, frustrando legítimas expectativas e até acarretando prejuízo à parte, o que tem sido muito comum no âmbito da Administração Pública.

Palavras-chave: *Venire contra factum proprium*; Administração Pública.

Abstract

This article deals with the contradictory behavior of the seal Public Administration, being approached, initially, a brief history of the rise of the venire contra factum proprium, the concept and application, the principle of good-faith, the principle of trust and its scope, the assumptions of venire contra factum proprium, the legal consequences of its implementation. In the end, a study on the introduction of this subprinciple in Public Administration, with understanding of jurisprudence and doctrine on the subject, giving emphasis to the case occurred in the city of Feira de Santana, where I, as a Public Defender, to judge an writ of security in favor of Isadora Mota Araújo act against the Municipal Secretary and the Mayor of Feira de Santana, making the case study occurred in that action, with critical opinion about the opinion of parquet and of the judicial decision which granted the injunction. The article aims to demonstrate, through this case, sudden changes of behavior in Public Administration, which issues a new act in contradiction to the first, disregarding the previous conduct and the confidence generated in particular, thus injuring the duty consistency, frustrating legitimate expectations and even causing damage to the party, what has been very common in Public Administration.

Keywords: *Venire contra factum proprium*; Public Administration.



1 – INTRODUÇÃO

O presente estudo versa sobre um tema de grande importância que é o *venire contra factum proprium*, sendo uma vedação ao comportamento contraditório decorrente do princípio da confiança. A referida proibição assegura a manutenção da situação de confiança criada nas relações jurídicas, nas quais não se admite a adoção de condutas contraditórias.

Pela teoria do *venire*, aquele que adere a uma determinada forma de proceder não pode opor-se às suas consequências, justamente pelas expectativas legítimas que emergem para a outra parte, que, de boa-fé, supõe-lhe presentes os efeitos. Prestigia-se a conduta escorreita e mostra a incongruência da conduta posterior que contraria a legítima confiança de outrem, causando um dano à parte.

Nota-se que existe uma correlação da teoria do *venire* com o princípio da boa fé, sendo, inclusive, já reconhecida sua aplicação na doutrina e em alguns julgados do STJ.

Verificar, sob o ponto de vista da doutrina e jurisprudência, o impacto da aplicação da teoria no caso em concreto, principalmente quanto à Administração Pública, analisando as questões importantes, já que, apesar não estar previsto em lei, o *venire contra factum proprium* tem sido uma válvula de escape vedando o comportamento contraditório, resguardando, assim, a tutela da confiança.

No *venire contra factum proprium* está incluído, também, o princípio da moralidade administrativa que tem aplicação típica no controle da Administração Pública. A moralidade administrativa seria uma limitação vinculativa dos seus agentes, que devem agir de forma leal e de boa-fé, assim, a Administração Pública quando procura agir de forma astuta, maliciosa, causando dano ao administrado, viola o princípio da moralidade e, conseqüentemente, o *venire contra factum proprium*, conforme restará demonstrado no conteúdo desta monografia.

Por ser uma teoria pouco utilizada no direito e existir pouco doutrinadores a abordarem o tema, é de grande importância um estudo sobre a matéria, inclusive trazendo à tona o caso em concreto de uma ação judicial ajuizada na Vara de Fazenda Pública, Proc. nº0008760-28.2010.805.0080, em que eu, Eduardo Feldhaus, Defensor Público, ao ser procurado pela assistida Isadora da Mota Araújo, entrei com um mandado de segurança alegando a violação de alguns princípios, principalmente a violação do *venire contra factum proprium*, tendo o Excelentíssimo Juiz de Direito, Roque Ruy Barbosa de Araújo, deferido a liminar determinando que a impetrante fosse nomeada para o cargo de assistente-administrativo e, subseqüentemente, a mesma seja empossada no respectivo cargo, desde que preenchesse os requisitos no edital do mencionado concurso público, devendo ser respeitada a ordem de classificação do certame para o mencionado cargo.

Ao ajuizar a ação judicial, entendia que o direito violado era mais que plausível, já que a Constituição Federal e os princípios da boa-fé, confiança e a vedação de comportamento contraditório garantem à impetrante que em qualquer relação, seja privada ou pública, jurídica ou não, deve sempre existir o dever de agir com lisura, honestidade, lealdade, devendo a Administração Pública estar vinculada aos atos que emite, como a convocação para a autora para o cargo de assistente-administrativo.

A confiança merecedora de tutela jurídica, que pode verdadeiramente ser considerada como um limite à atuação estatal, podendo ser arguida pelo particular em face do Poder Público, objetivando ver mantida alguma situação jurídica que lhe é favorável e que foi criada por ato estatal, é aquela denominada, doutrinariamente, como confiança legítima.

Apesar da doutrina e jurisprudência já reconhecerem a aplicação do *venire contra factum proprium*, o Excelentíssimo Juiz, ao conceder a liminar no mandado de segurança, não reconheceu diretamente a sua aplicação, mas indiretamente na sua decisão deixou claro, inclusive fundamentando com uma jurisprudência, dizendo: “Que explicitada a necessidade da administração nomear (...) deixou de ser discricionário para ser tornar vinculado o ato de nomeação” (STJ. RMS 20.718/SP. Rel. Min. Paulo Medina. 6ª Turma. Publicado no DJ de 03/03/2008, p. 1).

Ressalte-se, ainda que, quando é reconhecida pela doutrina e jurisprudência a aplicação diretamente da proibição ao comportamento contraditório na Administração Pública, sempre vem atrelada à aplicação junto a outros princípios, como boa-fé, segurança jurídica, moralidade e razoabilidade.

2 – BREVE HISTÓRICO SOBRE O PRINCÍPIO

2.1 – DIREITO ROMANO

Analisando brevemente a história do *venire contra factum proprium*, percebe-se que as pessoas, na época, pretendiam coibir a prática da conduta contraditória, conforme será visto a seguir.

O Direito Romano tinha uma intensa vinculação na produção jurídica voltada para os casos concretos, e diante deste casuísmo não havia uma teorização da proibição do comportamento contraditório. Existiam regras específicas nas quais se vedava a contradição.

Vários eram os casos previstos no Direito Romano em que se declaravam ilícitas as atitudes do homem que demonstravam a incoerência da segunda conduta em relação à primeira, como a previsão que proibia o vendedor de impugnar a venda a “*non domino*” quando a



propriedade fosse posteriormente adquirida; alegar erro capaz de inquinar o negócio quando a própria pessoa tivesse laborado ou dado causa a alguma destas situações. Ressalta-se que estas previsões não caracterizavam efetiva vigência de uma regra geral que proibisse o *venire contra factum proprium*.

Segundo Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, “no Direito Romano, não havia uma regra geral que vedasse o *venire contra factum proprium*, mas apenas casos singulares onde este tipo de comportamento era proscrito” (2007, p. 743).

Os romanos eram, em essência, práticos. Tinham necessariamente que buscar soluções para seus problemas jurídicos e, por isso, não se permitiam proceder a infundáveis especulações dogmático-conceituais. Foi exatamente a busca pela solução mais justa para os casos jurídicos que permitiu à jurisprudência romana identificar, em algumas situações, a impossibilidade de um sujeito contrariar um comportamento anteriormente praticado quando esta conduta subsequente fosse lesiva à boa-fé, mas sem desenvolver, ressalte-se, qualquer tipo de pensamento voltado ao estudo e sistematização dos atos próprios (SOUZA, 2008, p. 240).

2.2 – IDADE MÉDIA

Como fim do Império Romano do Ocidente, no século V – que, ao desaparecer, deu lugar a diversos reinos, e apesar de o Direito Romano ir se fundindo entre estes diversos reinos, como os visigodos, lombardos e francos –, o mesmo, diante da pluralidade de ordens normativas emanadas pelo fortalecimento dos senhores locais, acaba perdendo sua sistematização racional, e somente a partir do século XII é que retomou, pelo menos, uma sistematização do direito.

Judith Martins-Costa afirma:

Foram os glossadores que cunharam o brocardo *venire contra factum proprium nulli conceditur*, ou *nemo potest contra factum venire*, também formulado como *adversus factum suum quis venire non potest por azzo*. O brocardo, que nada mais consistia do que a síntese de uma evidência jurídica, segundo os textos romanos, operava como uma exceção similar à *exceptio doli*, essa também fundada em evidente conteúdo moral, pois figurava o poder conferido pelo ordenamento a uma pessoa para repelir a pretensão dos autos quando tivesse incorrido em dolo. Pós-glossadores, como Bartolo e Baldo, mantiveram a construção, introduzindo algumas particularidades, por exemplo, se a conduta (*o factum proprium*) tivesse sido realizada *secundum*

ou *praetes legem* ou se exercida em nome próprio ou alheio, considerando-se revogável apenas a conduta contra *legem* (2004, p. 112).

Na Idade Média foi expresso o brocardo *venire contra factum proprium nulli conceditur*, concebido pela escola dos glossadores como sistematização do *corpus iuris civilis*, considerada, então, a legislação ideal e perfeita. O *corpus* representava perfeição, elevando a modelo universal de revelação. Ao pretenderem extrair a lei de uma série de previsões legais específicas, os juristas da Idade Média conceberam, como espécie de princípio geral, a fórmula da proibição do comportamento contraditório.

O *corpus iuris civilis* registrava que seria inadmissível a pretensão do *pater familias* de pedir a impugnação da emancipação outorgada a sua filha, depois da morte desta, já que, desta maneira, o testamento que ela havia instituído a seus herdeiros seria inválido, em razão da conduta anterior de sempre considerá-la como emancipada. Nota-se que esta conduta praticada pelo *pater familias* era completamente contraditória, já que tornaria o testamento sem efeito, colocando o filho na condição de incapaz devido à nulidade da emancipação.

Segundo Anderson Schreiber,

[...] o *venire contra factum proprium nulli conceditur* tinha, assim, desde sua origem uma validade contestável como princípio geral, porque, muito embora pudesse ser extraído de previsões específicas, outras previsões existiam nos textos clássicos que autorizavam o comportamento contraditório (2005, p. 25).

Havia casos legais em que se aplicava o princípio, mas existiam outros casos em que a contradição era autorizada expressamente pela lei, e, diante deste imbróglio, o *venire contra factum proprium* não foi incorporado como princípio fundamental.

No Direito Canônico a conduta contraditória era reconhecida apenas em situações específicas, como no caso do bispo que houvesse concedido um benefício eclesiástico a um clérigo e depois o privasse do mesmo benefício.

3 – CONCEITO E APLICAÇÃO

O *venire contra factum proprium* é uma vedação decorrente do princípio da confiança. A referida proibição assegura a manutenção da situação de confiança criada nas relações jurídicas, em que não se admite a adoção de condutas contraditórias. Trata-se de uma regra de congruência comportamental que deve ser observada pelas partes, por meio da qual se veda



que se atue em determinado momento de uma certa maneira e, posteriormente, adote-se um comportamento contraditório à conduta anteriormente tomada.

Pela teoria do *venire*, aquele que adere a uma determinada forma de proceder não pode opor-se às suas consequências, justamente pelas expectativas legítimas que emergem para a outra parte que, de boa-fé, supõe-lhe presentes os efeitos. Prestigia-se a conduta correta e mostra a incongruência da conduta posterior que contraria a legítima confiança de outrem, causando um dano à parte.

O *venire* proíbe o rompimento da confiança depositada, por meio de incoerência, sendo seu fundamento da vedação do comportamento contraditório, mantendo íntima relação com a boa-fé objetiva.

O princípio tem aplicação no Direito Público e Privado, bem como em vários ramos do Direito, como Direito de Família, Direito Contratual, Direito Societário, Direito Tributário, Direito Administrativo e Direito Processual.

No âmbito da autonomia privada, a teoria dos atos próprios ganhou força por causa do individualismo, pois, de acordo com Anderson Schreiber, o *venire contra factum proprium*, o ir contra os próprios atos encontrava-se, assim, inserido no âmbito da autonomia privada do indivíduo, que era livre para contrariar comportamento, para alterar suas posições e dar o curso que bem entendesse a sua vontade, independente das expectativas eventualmente despertadas pela sua conduta. Além disso, um dever de manutenção de comportamento coerente pareceria retrógrado, desconforme mesmo ao espírito de revolução e rompimento com as instituições pretéritas (2005, p. 42).

Segundo Judith Martins Costa, o *leading case* está no acórdão da lavra do culto Ministro Leitão de Abreu, STF RE nº 86.782-2/RS, julgamento em 20.10.1978. O caso era relacionado ao Direito de Família, em que uma parte havia casado no Uruguai quando, no Brasil, vigorava a proibição do divórcio, mas que não tinha impedimento legal para casar no Brasil, vem, posteriormente, alegar nulidade daquele matrimônio (2004, p. 116).

A teoria dos atos próprios tem a finalidade de proteger uma parte contra aquela que pretende exercer uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente. Ao criar em outrem uma expectativa, em razão de conduta indicativa de determinado comportamento futuro, há violação do princípio da confiança, já que o ato praticado em contrário ao previsto causa dano ao destinatário deste ato.

Como este trabalho está voltado ao cabimento do princípio na Administração Pública e ao meu caso em concreto, não iremos comentar sobre a aplicação em outros ramos do Direito.

3.1 – O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

O conceito de boa-fé objetiva é largamente discutido entre os civilistas e é, primordialmente, uma regra de conduta. Infere-se de tal conceito, por consciência moral, que as partes envolvidas em qualquer tipo de negócio, seja ele privado ou público, jurídico ou não, devam agir com lisura, honestidade, lealdade, comportamento aguardado por uma parte em relação à outra.

Trata-se de uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando suas expectativas razoáveis, seus legítimos interesses, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.

A boa-fé objetiva tem fundamento constitucional, haja vista que decorre dos princípios fundamentais da dignidade humana e da solidariedade, funcionando como um indispensável e eficaz instrumento jurídico a ser utilizado, tendo, também, previsão infraconstitucional, tanto no Código de Defesa do Consumidor quanto no Código Civil, no seu art. 422, que diz: “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

Do dever de boa-fé objetiva derivam o dever de não agir contra os atos próprios e o dever de informar. Pelo primeiro, a ninguém é concedida a possibilidade de se voltar contra um ato que foi praticado quando não mais lhe interessar, ou seja, considera-se inadmissível uma pretensão que, apesar de lícita, demonstra ser objetivamente contraditória em relação ao comportamento anterior do sujeito (EHRHARDT JR., 2008, p. 56).

A boa-fé impõe limites às partes pela imposição de deveres de conduta que devem ser observados de maneira que as partes devem agir de forma leal, correta e honesta, evitando causar danos ao outro.

O princípio da boa-fé tem como um dos fundamentos o *venire contra factum proprium*, sendo esta a melhor orientação.

3.2 – A VALORIZAÇÃO DA CONFIANÇA E SUA ABRANGÊNCIA

A boa-fé está caracterizada, geralmente, como dever de lealdade e confiança recíprocas entre as partes, lisura e honestidade. Assim, a confiança exerce um papel muito importante na compreensão da boa-fé, vindo a valorizar a regra de conduta, observando os efeitos fá-



ticos de sua adoção em relação à pessoa a quem é dirigida, de modo que, ao impor sobre todos um dever de se comportar com lealdade de forma que outrem confie em seu comportamento de maneira a não lesar as suas expectativas, a tutela da confiança torna-se um dos principais pressupostos de aplicação para o *venire contra factum proprium*, revelando-se uma forte expressão da solidariedade social.

Com relação a sua abrangência, a tutela da confiança, apesar de não estar expressamente prevista no ordenamento positivo brasileiro, se aplica a todos os ramos do Direito, tendo importância no Direito Público, já que o titular deve respeitar a aparência criada por sua própria conduta anterior na relação jurídica, pois havia gerado expectativa na parte, podendo, inclusive, causar dano a outrem, acarretando instabilidade jurídica. Assim, a vedação ao comportamento contraditório proíbe ao agente o exercício de direitos e prerrogativas, em manifesta contradição com sentido anterior do seu ato.

É uma regra ética, um dever de guardar fidelidade à palavra dada ou ao comportamento praticado, na ideia de não fraudar ou abusar do alheio, sendo mandamento de respeito à recíproca confiança existente entre as partes, sejam elas participantes de qualquer relação jurídica.

4 – PRESSUPOSTOS DO *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*

4.1 – O *FACTUM PROPRIUM*

O *factum* é a conduta inicial que deriva do comportamento humano que, necessariamente, não configura, a princípio, um comportamento vinculante, pois, se assim fosse, não seria necessário recorrer à confiança depositada na parte que é destinatária da conduta, já que, se o comportamento, no início, é vinculante, é por que a lei o deseja, não sendo, portanto, necessário aplicar o *venire contra factum proprium*, pois o comportamento contraditório violara uma conduta que a própria lei declarava vinculante. O *factum* cria na outra parte a expectativa de continuidade.

O *factum proprium* será qualquer outra conduta que não seja declarada vinculante pelo ordenamento jurídico, logo o *factum*, no primeiro momento, não pode ser considerado vinculante, mas a partir do momento em que o autor da primeira conduta edita um comportamento posterior em sentido contrário à primeira conduta é que passa a ser vinculante.

Segundo Anderson Schreiber (2005, p. 127), são exemplos de *factum proprium* o comportamento concreto de uma das partes à margem das disposições contratuais, a sustentação de certo sentido na interpretação de uma norma qualquer, as negociações preliminares a um contrato e qualquer outra conduta que não seja em si declarada vinculante

pelo ordenamento jurídico positivo. Por outro lado, a celebração de um contrato ou a emissão de uma promessa de recompensa não configura tecnicamente um *factum proprium*, porque já é considerada vinculante pelo Direito Positivo.

Outro exemplo de não se invocar o *venire contra factum proprium*, segundo Judith Martins Costa (2004, p. 120), é quando a conduta prévia for antijurídica, ou *contra legem*, ou, ainda, inválida ou sancionada pela lei, como ocorre, por exemplo, com a possibilidade de revogar-se o testamento ou mandato, ou arrepender-se, em certo prazo, de negócios pactuados.

Assim, o *factum* é uma conduta não vinculante diante do ordenamento jurídico, passando a ser vinculado a partir do momento em que gera uma legítima confiança na sua conservação, repercutindo na esfera de outrem, apresentando todos os pressupostos do *venire contra factum proprium*, conforme se verifica no presente trabalho.

4.2 – A LEGÍTIMA CONFIANÇA

Como pressuposto de aplicação do *venire*, é necessário que o *factum proprium* gere legítima confiança no indivíduo, sendo importante que a expectativa nutrida por outrem seja idônea, de forma a justificar sua tutela. Não se verificam aspectos psicológicos e subjetivos da parte que praticou o comportamento inicial, já que a legitimidade da confiança deve ser buscada no sentido objetivo da conduta inicial.

Anderson Schreiber (2005, p. 134) afirma que somente na análise de cada caso concreto será possível verificar a ocorrência ou não desta adesão ao comportamento inicial, mas servem de indícios gerais não cumulativos (i) a efetivação de gastos e despesas motivadas pelo *factum proprium*, (ii) a divulgação pública das expectativas depositadas, (iii) a adoção de medidas ou a abstenção de atos com base no comportamento inicial, (iv) o grau elevado de sua repercussão exterior, (v) a ausência de qualquer sugestão de uma futura mudança de comportamento.

Ressalta-se que não pode estar expressa a possibilidade de contradição por quem pratica o comportamento inicial, pois, caso isto ocorra, estaria excluída, a princípio, a legitimidade da confiança, e um exemplo seria daquele de comprovada má-fé que invoca o *venire contra factum proprium*.

4.3 – CONTRADIÇÃO AO *FACTUM PROPRIUM*

Neste pressuposto de aplicação da vedação ao comportamento contraditório, independente do propósito de contrariar, o que se exige é a contradição em sentido objetivo, ou seja, exige-se uma contrariedade à conduta ou comportamento inicial.



Deste modo, tem-se uma conduta aparentemente lícita que se torna ilícita em razão da própria contradição violar a legítima confiança do indivíduo e a boa-fé objetiva.

A partir do momento em que entre os dois comportamentos se verifique a contradição, acarretando a ruptura da confiança, se verifica a incoerência entre o comportamento inicial e comportamento posterior. A extensão do lapso temporal que separa os dois comportamentos não é importante, desde que o comportamento contraditório venha posteriormente ao comportamento inicial.

A contradição não deve ser analisada de forma que a intenção do agente seja subjetiva, pois afastaria o *venire contra factum proprium* da preocupação com a repercussão social dos comportamentos, que, na verdade, caracteriza o fundamento do princípio.

Quanto à possibilidade da incidência do *nemo potest venire contra factum proprium* em comportamentos contraditórios simultâneos, discordamos do argumento de Anderson Schreiber (2005, p. 143) de que a confiança que o *venire contra factum proprium* pretende tutelar não se forma no momento de prática da conduta, mas no momento de sua repercussão sobre o titular desta confiança, sendo o exemplo dado pelo autor absurdo, pois como a Administração Pública iria proceder simultaneamente à licitação para alienação de um terreno e à proposição de uma declaratória de nulidade do processo licitatório ao mesmo tempo? Assim, este argumento é esdrúxulo, pois seria um contrassenso a Administração fazer uma licitação e, ao mesmo tempo, ajuizar uma ação de nulidade do mesmo ato.

Nesse caso, entende-se, como a maioria da doutrina, que a confiança legítima não teria se formado, não incidindo, portanto, o *nemo potest venire contra factum proprium*.

4.4 – DANO EFETIVO OU POTENCIAL

O dano efetivo ou potencial é um dos principais fundamentos da proibição ao comportamento contraditório, já que o referido princípio pretende prevenir ou reparar danos, ainda que este dano não seja efetivo, pois basta que ocorra um possível eventual dano, já que, desta forma, estaria protegendo aquele que legitimamente confiou na conservação de um comportamento inicial.

Caso a conduta contraditória não possa ser desfeita e verificando a ocorrência o dano, o *venire* assumirá efeito reparatório, impondo o desfazimento da conduta posterior, o que, sinceramente, achamos mais adequado, ou o ressarcimento pecuniário do dano.

As despesas efetuadas por conta de expectativas despertadas, além de lucros cessantes, fazem parte dos danos potenciais.

Ressalta-se aqui, ainda, a possibilidade de o *venire contra factum proprium*, em certos casos concretos, acarretar um dano não patrimonial com a frustração da honra e da integridade psicofísica.

Assim, além da quebra da legítima confiança, o comportamento contraditório deve repercutir em outrem de forma que não configure ato material, para que ocorra o referido princípio. Logo, se não existe repercussão jurídica da conduta, não haverá a proteção da confiança.

4.5 – A IDENTIDADE DE SUJEITOS

Este pressuposto do *venire* afirma que entre o *factum proprium* e o ato posterior, que contradiz a essência do *factum*, deve existir identidade de partes envolvidas, ou seja, as partes têm que ser as mesmas: o autor do *factum proprium* é o mesmo da conduta que contradita o primeiro comportamento, pois o destinatário da conduta que acreditou no *factum proprium* viu frustrada a sua legítima confiança.

Cada pessoa passa automaticamente a estar vinculada ao seu comportamento a partir do momento em que gera confiança na parte que acreditou no primeiro comportamento.

Anderson Schreiber (2005, p. 148 e 149) entende que este pressuposto deve ser mitigado em certos casos, pois:

O fundamento do *venire contra factum proprium* é a confiança na coerência daquele que pratica o *factum proprium*, não se pode ignorar que tal confiança pode ser despertada não apenas naquele frente a quem o ato é diretamente praticado, senão em qualquer um sobre quem o ato venha a, de alguma forma, repercutir.

Não há como se exigir, como pressuposto adicional de aplicação do *nemo potest venire contra factum proprium*, a identidade de sujeito passivo das condutas praticadas. "Basta que aquele que invoca a confiança seja titular de uma legítima confiança a partir de um comportamento inicial" (SCHREIBER, 2005, p. 150).

O grande doutrinador defende, também, que a identidade do sujeito ativo das condutas é necessária apenas em certos casos, e como um dos argumentos mais contundentes com o qual concordamos, é em casos de condutas incoerentes praticadas por diferentes órgãos da Administração Pública, não havendo, nestes casos, às vezes, perfeita identidade entre os sujeitos ativos da conduta inicial e do comportamento contraditório. Assim, não há como negar que a confiança do administrado não se dirige apenas à atuação coerente de certo



ente administrativo, mas é legitimamente estendida a uma coerência global na atuação dos diversos órgãos da Administração Pública.

Como exemplo, Anderson Schreiber (2005, p. 152) retrata a controvérsia entre o Banco Central, a Advocacia Geral da União e o CADE acerca da competência para aprovação de operações de aquisição de controle de instituições financeiras.

Assim, o *factum proprium* acarreta confiança na conservação do comportamento, mas também dos sujeitos ou entes que se encontram a ele vinculados.

5 – CABIMENTO DO PRINCÍPIO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Constituição Federal, ao consagrar implicitamente o princípio da segurança jurídica, através da ideia de Estado de Direito, abarcou a natureza subjetiva do princípio da segurança jurídica, ou seja, estabeleceu a necessidade de se respeitar a confiança em toda a atuação estatal. Ocorre que a ideia de proteção da confiança está intrinsecamente ligada à ideia da boa-fé, que tem como uma de suas regras o *venire contra factum proprium* ou constitui um sub princípio da boa-fé, conforme defende Wagner Mota Alves de Souza (2008, p. 199)

Cuida-se, aqui, da proteção da confiança de um princípio fundamental de concretização da proibição ao comportamento contraditório, e vê-se, no mais das vezes, uma situação em que o direito protege o investimento de confiança feito pelos indivíduos.

A maioria dos doutrinadores afirma que existe coincidência, identidade teórico-normativa entre a proteção da confiança e o princípio da boa-fé objetiva. Sem dúvida alguma, uma das funções que se entende mais importante decorrente da boa-fé é justamente o mandamento de proteção à confiança. Diante disso, por dedução, fica evidente que o ordenamento jurídico também consagrou o princípio da boa-fé objetiva nas relações de Direito Público.

Pelo que foi exposto, está claro que a Constituição Federal, ao consagrar implicitamente o princípio da segurança jurídica, através da ideia de Estado de Direito, abarcou logicamente a natureza subjetiva do princípio da segurança jurídica, ou seja, estabeleceu a necessidade de se respeitar a confiança em toda a atuação estatal. Ademais, necessário é proteger a confiança legítima para a efetivação do princípio da boa-fé e do *venire contra factum proprium*, sendo, inclusive, a confiança legítima intrínseca à própria ideia de boa-fé objetiva.

Diante disso, como o ordenamento jurídico brasileiro protege a confiança legítima nas diversas atuações do Estado, seja através do Poder Executivo, Judiciário ou Legislativo, e como a proteção da confiança é instrumento de efetivação da boa-fé, claro está que o ordena-

mento estabeleceu a necessidade de se respeitar a boa-fé, seja no Direito Privado, seja no Direito Público. Constitui a boa-fé, portanto, um princípio constitucional implícito, deduzido do sistema de valores adotado pela Lei Fundamental.

Assim, o Poder Público tem o dever de respeitar a confiança legitimamente gerada nos administrados, quando presentes estão os requisitos necessários para proteger a confiança, não devendo, portanto, frustrar a justa expectativa que tenha incutido no administrado ou no jurisdicionado, violando, assim, o *venire*, ou seja, o Poder Público não deve frustrar a confiança legítima, a qual, por sua vez, envolve a coerência nas decisões, razoabilidade nas mudanças e a não imposição retroativa de ônus imprevistos.

O atuar razoável, leal, probó é dever do Estado em toda a sua atuação, em todas as manifestações, seja do Poder Judiciário, seja do Executivo, seja do Legislativo.

Os Tribunais Superiores vêm entendendo que o Poder Judiciário pode avaliar aspectos discricionários dos atos administrativos, fundado na proibição ao comportamento contraditório, promovendo, dessa forma, o culto às liberdades públicas, limitando os abusos estatais.

Os princípios contidos no *caput* do art. 37 da CF são expressos e determinados, fazendo nascer para a Administração Pública a obrigatoriedade de segui-los, como ensina José dos Santos Carvalho Filho, explicando que são “diretrizes fundamentais da Administração, de modo que só poderá considerar válida a conduta administrativa se estiver compatível com eles” (2001, p. 12).

Esse efetivo controle se faz presente sempre que houver uma desconsideração, por omissão ou ação, dos princípios e regras constitucionais que foram endereçados para o Poder Público, como uma forma de melhor servir à coisa pública e à sociedade.

Afirma Alexandre de Moraes que a Constituição Federal de 1988 “ao constitucionalizar os princípios e preceitos básicos da Administração Pública, permitiu um alargamento da função jurisdicional sobre os atos administrativos, consagrando a plena incidência do controle de constitucionalidade” (2002, p. 768).

Judith Martins-Costa (2004, p. 109), citando Miguel Reale, corrobora a alegação de que “a ordem jurídica é uma ordem impregnada pela moralidade, pois tem assento em mandamentos positivos expressos da Carta Magna e nas leis infraconstitucionais.”

Assim, dentro do *venire contra factum proprium* estaria incluída, também, a moralidade, já que é dever da Administração Pública agir com coerência com o outro sujeito da relação jurídica, devendo respeitar a aparência criada na sua própria conduta anterior em detrimento do comportamento posterior.



A moralidade administrativa exige do administrador uma atuação ética tanto em suas relações externas com os administrados, tomados estes como particulares ou como uma coletividade total e inespecífica de homens, quanto nas relações internas relativas ao funcionamento e estruturação do aparato administrativo (Paulo Modesto, 1997, p. 76).

No caso do Mandado Segurança, proc. nº0008760-28.2010.805.0080, ajuizado na Vara de Fazenda Pública da Comarca de Feira de Santana/BA, o princípio da moralidade impõe à Administração Pública obediência às regras insculpidas no instrumento convocatório pelo Poder Público, de sorte que a oferta de vagas vincula a Administração pela expectativa surgida entre os candidatos aprovados, bem como os gastos já feitos com exames médicos e documentos necessários para nomeação.

Assim, diante da argumentação acima, é perfeitamente possível a aplicação do *venire contra factum proprium* no âmbito da Administração Pública.

5.1 – ENTENDIMENTO DA JURISPRUDÊNCIA E DA DOCTRINA SOBRE A APLICAÇÃO DO *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*

Nestes termos, como já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça, para se ter um comportamento por relevante há de ser lembrada a importância da doutrina sobre os atos próprios. Assim, “o direito moderno não compactua com o *venire contra factum proprium*, que se traduz como o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente” (CORDEIRO, 2007, 11/742).

“Havendo real contradição entre dois comportamentos, significando o segundo quebra injustificada da confiança gerada pela prática do primeiro, em prejuízo da contraparte, não é admissível dar eficácia à conduta posterior” (Resp. n. 95539-SP Relator Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR), em que restou consignado, pelo então relator, Min. Ruy Rosado, que, o sistema jurídico nacional:

[...] deve ser interpretado e aplicado de tal forma que através dele possa ser preservado o princípio da boa-fé, para permitir o reconhecimento da eficácia e validade de relações obrigacionais assumidas e lisamente cumpridas, não podendo ser a parte surpreendida com alegações formalmente corretas, mas que se chocam com os princípios éticos, inspiradores do sistema.

De outra feita, consignou-se que o terceiro de boa-fé não pode ser prejudicado por erro próprio da Administração, sob a “aplicação dos princípios de que *nemo potest venire contra factum proprium* e de que *nemo creditur turpitudinem suam allegans*” (Resp. n. 47.015(94.011462-1) – SP Relator Ministro ADHEMAR MACIEL).

A Corte de Estrito Direito Ordinário já se pronunciou, portanto, no sentido de que ninguém pode se opor a fato a que ele próprio deu causa, ou seja, voltar sobre os próprios passos para infringir a estabilidade da boa-fé objetiva, restringindo-se, com isso, o uso abusivo de um direito teoricamente legitimado.

Com o princípio da boa-fé pretende a Constituição tutelar uma relação de confiança que deve se estabelecer entre Administração Pública e administrado. Por ela não se permite que a Administração, valendo-se dos meios materiais e jurídicos que tem a sua disposição para tutelar o interesse público, venha a agir de modo a ilaquear a boa-fé do administrado (COELHO, 2004, p. 52).

Nesta oportunidade transcreve-se trecho da obra de Alves que ajuda a reforçar tal entendimento:

[...]. A idéia de segurança jurídica, em que está inserido o mote da confiança, é abrangida, então, pelo princípio da boa-fé objetiva, que estipula a lealdade em face de uma situação estabelecida. Há que se proteger a confiança depositada no tráfego jurídico, ficando lugar, nesse quadrante, a boa-fé objetiva por preconizar o dever de não voltar-se qualquer das partes contra a situação perfeita e acabada de que participaram, onde a fidelidade mútua se mostrou presente. De inferir-se, portanto, que também pela via do princípio da segurança jurídica, adotado no seio da Constituição, a boa-fé objetiva se encontra fundada na nossa ordem jurídico-constitucional, o que contribui, decisivamente, para colocá-la ao lado dos demais princípios constitucionais implícitos e explícitos. (Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11783&p=1>>. Acesso em: 24 mar. 2009).

A lealdade diz respeito ao mais imediato dever decorrente da boa-fé – mandamento de cooperação recíproca –, impondo às partes a abstenção sobre qualquer conduta capaz de falsear o objetivo do negócio ou desequilibrar o jogo das prestações por elas consignado. Agir com deslealdade implica atingir a dignidade do outro contratante (ROSENVALD, 2007, p. 106).

Cabe a lição de Marcos Ehrhardt Junior, declarando que não há dúvida que as diretivas inspiradas no princípio da boa-fé encontram seu fundamento na “diretriz constitucional da solidariedade social”, que exprime a necessidade de um “espírito de colaboração recíproco entre os contratantes e em condições de paridade, em função da realização da pessoa humana e de seu pleno e igual desenvolvimento” (2008, p. 10). Ou, na feliz imagem de Nelson Rosenvald: “a boa-fé se assemelha a uma janela que se abre para deveres de conduta, modelo de comportamento e uma gama de valores que radicam imediatamente no princípio da solidariedade e, mediadamente, no princípio da dignidade humana” (2007, p. 57).

A confiança mútua que deve permear a relação negocial é princípio de ordem pública, estando a parte lesada por sua não observância somente obrigada a demonstrar a existência da violação quando recorrer ao Judiciário na busca de eventual reparação de danos. O dever de boa-fé objetiva importa no reconhecimento de um direito a cumprir em favor do titular passivo da obrigação. Ou seja, instaura-se, desse modo, uma via de deveres obrigacionais de mão-dupla, onde credor e devedor se submetem igualmente e de modo recíproco às mesmas exigências no interesse coletivo (CF. Enunciados 26, 168, 169, 363 das jornadas de direito civil do Superior Tribunal de Justiça).

A vinculação entre o instituto do *venire* e a boa-fé objetiva foi objeto do seguinte enunciado da IV Jornada de Direito Civil:

Enunciado 362. Art. 422. A vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, tal como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil (Cfr. José Fernando Simão, Direito Civil – Contratos, 3. edição, Atlas, p. 32).

Ementa: “loteamento – Município. Pretensão de anulação do contrato – Boa-fé _ atos próprios. Tendo o município celebrado contrato de promessa de compra e venda de lote localizado em imóvel de sua propriedade, descabe pedido de anulação dos atos, se possível a regularização do loteamento que ele mesmo está promovendo. Art.40 da Lei 6.766/79. A teoria dos atos próprios impede que a Administração retorne sobre os próprios passos, prejudicando os terceiros que confiaram na regularidade do seu procedimento.” Recurso não conhecido. (STJ, RESP. nº 141.879/SP, 4ª turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. Em 17/03/1998, in DJ de 22.06.1998, p. 90). Recurso ordinário em mandado de segurança. Administrativo. Servidor público militar. Curso de formação. Matrícula por força de liminar. Mérito julgado improcedente. Manutenção na academia, ingresso e promoção na carreira por atos da administração posteriores à cassação da decisão judicial. Transcurso de mais de cinco anos. Anulação. Segurança jurídica e boa-fé objetiva vulnerados. Vedação ao comportamento contraditório. Princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Constatação de que o candidato preenchia o requisito cuja suposta ausência impediria sua admissão no curso de formação. Atendimento aos pressupostos legais e constitucionais para ingresso e exercício do cargo de oficial da polícia militar. 1. Os princípios da segurança jurídica e da boa-fé objetiva, bem como a vedação ao comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), impedem que a Administração, após praticar atos em determinado sentido, que criaram uma aparência de estabilidade das relações jurídicas, venha adotar atos na direção contrária, com a vulneração de direito que, em razão

da anterior conduta administrativa e do longo período de tempo transcorrido, já se acreditava incorporado ao patrimônio dos administrados. (RMS 20572/DF 2005/0143093-7 Ministra LAURITA VAZ, 5ª turma, j. 01/12/2009).

O compromisso público assumido pelo Ministro da Fazenda, através de memorando de entendimento, para suspensão de execução judicial de dívida bancária de devedor que se apresentasse para acerto de contas, gera no mutuário a justa expectativa de que essa suspensão ocorrerá, preenchida a condição. Direito de obter a suspensão fundada no princípio da boa-fé objetiva, que privilegia o respeito à lealdade (STJ, 4ª Turma, ROMS 6183/MG, Rel. Min. Ruy Rosado, DJ, 18/12/1995).

6 – CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA APLICAÇÃO DO *NEMO POTEST VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*

Como já abordado, a proibição do comportamento contraditório não permite agir em contradição com a conduta anterior. A legítima expectativa gerada em relação ao destinatário desta conduta não aceita a volta sobre os próprios passos de maneira que cause um dano à contraparte.

Quanto à legítima expectativa esse conceito deve ser o mais aberto possível, de maneira a tutelar o maior número de situações possíveis, de forma a garantir o comportamento ético. Assim, em cada caso concreto é que vai se verificar e proteger a confiança legitimamente depositada. A ruptura desta confiança, criada em outrem, acarreta a reparação dos danos.

Diante desse comportamento criou-se uma situação jurídica que legitimamente poderia se confiar, impondo à pessoa que deu azo a esse comportamento uma obrigação de desfazimento de um negócio jurídico, ou uma indenização em razão da violação da legítima expectativa gerada ou até o que, em nosso humilde conhecimento, achamos mais conveniente: o retorno ao *status quo* antes, isto é, que seja mantida a primeira conduta que gerou a confiança a fim de reparar o erro provocado pela contradição, evitando que outrem sofra prejuízo.

6.1 – IMPEDIMENTO DO DANO DERIVADO DA VEDAÇÃO AO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO

Quanto ao impedimento, entendemos que a vedação ao comportamento contraditório tem função principal de manter o primeiro comportamento do sujeito e dos efeitos jurídicos de acordo com caso em concreto apresentado por nós neste trabalho, em razão da legítima expectativa gerada em outrem que, posteriormente, de forma imoral, antiética, fora abruptamente rompida causando dano.



Procura-se, então, com o impedimento da conduta contraditória evitar o abuso do Direito da Administração Pública na prática dos seus atos, bem como da iniciativa privada, de maneira a prevenir e evitar o dano. O que se busca aqui é a substituição do ato posterior por outro mais correto, desta forma a doutrina tem entendido a grande importância de instrumentos de prevenção de danos, sendo que o *nemo potest venire contra factum proprium* se coaduna com essa tendência.

Apesar de esse efeito impeditivo ser fundamental, infelizmente, às vezes, a tutela jurídica não chega a tempo de obstar a conduta posterior que violou a legítima confiança, não conseguindo evitar sua paralisação. Neste caso, a conduta será praticada, causando a transformação de um dano até então potencial em efetivo, gerando prejuízo e, conseqüentemente, acarretando um dano como efeito, também, da proibição ao comportamento contraditório.

Apesar de pouco explorada, a proibição ao comportamento contraditório, no âmbito da Administração Pública com relação às pessoas, tem se verificado que na maioria dos casos aquela tem praticado condutas mostrando um comportamento a ser adotado e repentinamente volta contra os seus próprios atos inicialmente deflagrados, lesando os administrados, que foram surpreendidos com a expectativa anteriormente gerada. Assim, além do nosso caso em concreto, existem vários exemplos, como no caso a seguir exposto:

A Secretaria do Planejamento e Gestão de um estado da Federação, por meio de edital, convoca nominalmente agentes de polícia a comparecerem ao Departamento de Recursos Humanos da Superintendência da Polícia Civil para entrega de documentos com o objetivo de dar início ao processo de nomeação para os respectivos cargos efetivos, revelando, dessa forma, a necessidade do provimento das vagas.

A partir da veiculação, por meio de edital de convocação, do interesse público da Administração em dar início ao processo de investidura dos candidatos aprovados, a nomeação e a posse, que ficariam, em princípio, à discrição administrativa, tornam-se vinculados, gerando, em contrapartida, direito subjetivo em prol dos convocados.

Ainda que estes candidatos tivessem classificação no concurso público para o provimento de cargos de agente de polícia além do número de vagas ofertadas no edital de abertura, um novo edital de convocação expedido pela Secretaria da Segurança Pública desse estado posteriormente indicasse a existência de 100 vagas para o referido cargo.

Levando em consideração a vinculação da Administração Pública aos atos que emite, combinada com a existência de vagas, impõe a nomeação, posse e exercício dos recorrentes nos cargos de agente de polícia ainda que, depois, o próprio órgão que editou a convocação ao cargo alegasse que não poderia mais nomear nenhum candidato.

Neste caso, poderia simplesmente, para tentar corrigir o abuso do Estado, o ajuizamento da ação de Mandado de Segurança a fim de inibir o comportamento contraditório da Administração Pública que, de forma irresponsável, veicula uma notícia no Diário Oficial gerando uma legítima expectativa no administrado, e, posteriormente, revoga seu ato alegando discricionariedade seria a melhor solução para o caso.

6.2 – DA REPARAÇÃO DO DANO DERIVADO DA VEDAÇÃO AO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO

Pode-se dizer que, em certos casos, o dano causado em razão do comportamento contraditório acarreta um dano efetivo que deve ser indenizado. Observa-se que este dano, injustamente causado através de uma conduta contraditória, merece ser ressarcido em razão da prática de um ato ilícito do emissor do comportamento contraditório, conforme previsão expressa no art. 187 do Código Civil: “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

Como já dito, acompanhamos a posição doutrinária de alguns autores de que a teoria dos atos próprios tem natureza objetiva, ou seja, não se perquire o elemento da culpa se o agente agiu com negligência, imprudência ou imperícia, ou qualquer elemento subjetivo daquele que praticou. Assim, não haveria necessidade de a pessoa que se prejudicou com a conduta contraditória provar culpa ou dolo do agente causador do dano.

Não se verifica, em regra, a intenção do agente se ele agiu de má-fé ou não, basta provar que contradição objetivamente considerada seja lesiva em razão da legítima confiança despertada em outrem gerar dano, já que todo dano injustamente causado merece ressarcimento.

Assim, provando o dano efetivo e o prejuízo, haverá direito a reparação devido à prática do ato ilícito do agente.

7 – ESTUDO DO CASO OCORRIDO NA VARA DE FAZENDA DA COMARCA DE FEIRA DE SANTANA

Isadora da Mota Araújo submeteu-se ao Concurso Público no dia 17/09/2006 para provimento de cargos na Prefeitura Municipal de Feira de Santana/BA, concorrendo a uma vaga para o cargo de assistente administrativo, sendo aprovada em 96º lugar, conforme publicação do resultado final do concurso em 15 de dezembro de 2006.



Em 15 de dezembro de 2006 foi publicado o Decreto nº 7.214, que homologou o resultado final do referido concurso, tornando pública a lista dos candidatos aprovados por ordem de classificação.

Somente em 16 de fevereiro de 2007, através do Edital nº 001/2007, foi publicada a primeira convocação dos candidatos aprovados, a penúltima convocação foi feita em 12 de setembro de 2008, através do Edital de Convocação nº 15/2008, sendo convocada a 30ª colocada no concurso para cargo de assistente administrativo.

No dia 18/03/2010 foi publicado o Edital de Convocação nº 23/2010 do concurso do ano de 2006, PARA NOMEAÇÃO EM DIVERSOS CARGOS, que, inclusive, fora tornado público através do jornal Folha do Estado, do município de Feira de Santana/BA, sendo convocados os candidatos aprovados no cargo de assistente administrativo da 31ª a 137ª colocação, inclusive quatro candidatos beneficiados pelo Decreto nº 3298, de 20/12/99.

Importante frisar que a requerente, que fora aprovada na 96ª colocação, foi convocada para nomeação no serviço público e, após tomar conhecimento da referida convocação, fez os exames de raio-X de tórax, exame oftalmológico completo, hemograma completo etc. e procurou juntar toda a documentação necessária no prazo de 30 dias para poder tomar posse no cargo, inclusive teve gastos com os referidos exames, conforme fazem prova as notas fiscais e recibo em anexo.

Ocorre que, passados 15 dias da publicação do Edital de Convocação para nomeação, tomou conhecimento que, no dia 29/03/2010, havia sido feita uma retificação do Edital de Convocação nº 23/2010 do concurso de 2006, que resolveu, para efeito de nomeação, excluir por tempo indeterminado do referido edital todos os convocados para os cargos de assistente administrativo e de digitador.

A retificação do Edital de Convocação nº 23/2010 resolveu, ainda, manter vigente a convocação para nomeação no serviço municipal dos candidatos referentes aos cargos de agente de serviços gerais, almoxarife, analista de sistemas, enfermeira, mecânico, motorista e telefonista.

Motivo alegado na retificação do edital para excluir os convocados para os cargos de assistente administrativo e de digitador fora o Decreto nº 7.964, de 17 de março de 2010, que estabelece o contingenciamento do orçamento anual para o exercício de 2010, em 15%, sendo considerada, também, a adoção de medidas de contenção de gastos públicos em decorrência dos resultados da recente reunião realizada com toda equipe da administração municipal.

Importante ressaltar que o prazo de validade do concurso, que era de 02 (dois) anos, contado da data da homologação em 15/12/2006, foi prorrogado através do Decreto nº 7.633,

de 20 de novembro de 2008, publicado no jornal Tribuna Feirense, atendendo ao quanto disposto no item 5, do Capítulo I do Edital de Abertura de inscrições, findando seu prazo em 15/12/2010.

7.1 – PARECER DO *PARQUET* SOBRE A AÇÃO JUDICIAL

No primeiro parecer o Ministério Público, em 09 de novembro de 2010, se manifestou alegando, em síntese, que se procedeu à intimação do Secretário de Administração e do município de Feira de Santana, na pessoa do seu Procurador Geral, a fim de cumprir o quanto determinado na liminar, e a notificação do município de Feira de Santana, por seu Procurador Geral, para tomar ciência do feito.

Ocorre que se deixou de proceder à intimação do segundo impetrado no caso, o Prefeito do Município de Feira de Santana, prosseguindo-se o feito sem a participação deste.

Não existindo nos autos informações da eventual apresentação de resposta do primeiro impetrado e do Município de Feira de Santana/BA, opinou o *parquet* que fosse determinada a intimação do segundo impetrado para, querendo no prazo de lei, prestar as devidas informações, bem assim ser certificada a apresentação ou não de informações dos interessados.

No segundo parecer, datado de 20/09/2011, alegou que quanto à alegação do Defensor Público de descumprimento da decisão judicial informou que não houve desobediência à ordem judicial, já que não há nos autos a comprovação dos requisitos exigidos pela liminar para nomeação e empossamento da impetrante.

E, apesar da impetrante sustentar que tem direito à nomeação ao cargo, foi aprovada em 96º lugar, o edital do concurso estabelecia que a quantidade de vagas ao cargo de assistente administrativo era de 23 vagas, não havendo, portanto, que se falar em direito subjetivo à nomeação, tendo em vista que é dever da Administração prover apenas 23 vagas até o final do prazo de validade do concurso, em que não se inclui a autora.

O *parquet*, no parecer, ainda informa que autora alega que o Edital nº 23/2010, do concurso em questão, convocou os candidatos ao cargo de assistente administrativo da 31ª a 137ª colocação e, após 15 dias, retificou este edital, excluindo, por tempo indeterminado, todos os convocados para o cargo de assistente administrativo e digitador.

Desta forma, a impetrante afirma a ilegalidade do ato do Poder Público consistente em não proceder à nomeação da mesma, alegando direito líquido e certo à nomeação, tendo em vista que realizou todos os exames clínicos necessários à sua nomeação.



7.2 – OPINIÃO CRÍTICA SOBRE O PARECER

O Promotor, para tentar convencer o Magistrado, colaciona duas jurisprudências, a saber:

A primeira delas não tem nada a ver com o caso em concreto, pois, no prazo de validade do concurso, o município, através dos seus representantes legais, ofertou vagas a mais para vários cargos públicos para o município, concurso realizado em 2006, através do Edital nº 23/2010. Assim, o referido argumento cai por terra, tendo a requerente direito subjetivo a sua nomeação, mesmo tendo sido aprovada fora do número de vagas no concurso a partir do momento em que a Administração Municipal convoca vários candidatos, dentre os quais a própria imponente, para fazerem exames e apresentarem toda a documentação para tomar posse.

A segunda jurisprudência diz respeito a habilitados em certame público não possuírem direito subjetivo à nomeação, mas tão-somente uma mera expectativa de Direito, haja vista que os direitos estão condicionados ao poder discricionário da Administração quanto à conveniência e oportunidade do chamamento dos aprovados. Aqui também, conforme já exposto, não há que se falar em discricionariedade a partir do momento em que a Administração Pública convoca vários aprovados, passando o ato a ser vinculado, violando, assim, a teoria dos atos próprios.

Insiste o promotor em alegar que a decisão da Administração é discricionária e, como tal, deve ser praticada pela maneira e condições que reputar mais convenientes ao interesse público.

Ocorre que, para surpresa do Defensor Público, o digno Promotor colacionou a seguinte jurisprudência:

Ementa “Recurso em mandado de segurança. Concurso Público. Candidatos classificados além do número de vagas inicialmente ofertadas no certame. Posterior surgimento de novas vagas no prazo de validade do concurso. Veiculação de edital convocatório nominal para apresentação de documentos de nomeação. Ato administrativo vinculado. Direito Líquido e certo. Demonstração de insuperável razão financeira. Recurso provido.”

A partir da veiculação, por meio de edital de convocação, do interesse público da Administração em dar início ao processo de investidura dos candidatos aprovados, a nomeação e a posse, que ficariam, em princípio, à discricionariedade administrativa, tornam-se vinculados, gerando, em contrapartida, direito subjetivo em prol dos convocados; somente diante de relevante ou insuperável razão financeira, econômica ou orçamentária, devidamente comprovada, esse direito subjetivo poderá ser postergado (...) (STJ, Quinta turma, RMS 30110/CE, Min. Rel. Napoleão Nunes Maia Filho, DJE 05/04/2010).

A jurisprudência é de clareza solar que a veiculação por edital de convocação em dar início à investidura dos candidatos aprovados, que, em princípio, seria discricionária, torna-se vinculada, acarretando direito subjetivo em prol dos convocados, salvo em razão de insuperável razão financeira, econômica ou orçamentária, o que não ocorreu no caso concreto.

Além de corroborar a tese do Defensor Público, o referido argumento de insuperável razão financeira não tem nenhum cabimento, já que o decreto de contingenciamento do Município, conforme já abordado aqui, é de 17 de março de 2010, enquanto o edital de convocação tem data de 18/03/2010, portanto, feito em data posterior.

Por outro lado, apesar do Decreto nº 7.964, de 17 de março de 2010, estabelecer o contingenciamento, a Administração Pública municipal resolveu manter a convocação dos candidatos aos cargos de agente de serviços gerais, almoxarife, analista de sistemas, enfermeira, mecânico, motorista e telefonista, excluindo apenas os candidatos convocados para o cargo de assistente administrativo e digitador. Como pode a Administração alegar contingenciamento e manter a convocação de candidatos para vários cargos? Esse comportamento do Poder Público é imoral e viola frontalmente o princípio da moralidade administrativa e da boa-fé, bem como o subprincípio do *venire contra factum proprium*.

Assim, a alegação do promotor, que a autora não comprovou que a Administração não teve relevante ou insuperável razão financeira, econômica ou orçamentária, não poderia exigir sua imediata nomeação é absurda, já que fora fartamente comprovada a irresponsabilidade da Administração Pública municipal, que gerou grande expectativa na candidata, frustrando a sua legítima confiança no Poder Público municipal que, inicialmente, convoca candidatos aprovados no concurso e, posteriormente, de forma contraditória ao comportamento inicial, desconvoca os candidatos.

Por fim, ressaltamos que, apesar do parecer contrário do parquet, o referido órgão, depois de receber denúncias, ajuizou uma Ação Civil Pública, proc. 0025163- 72.2010.805.0080, que tramita na vara de Fazenda da comarca de Feira de Santana/BA, já que no inquérito civil restou demonstrado que se contratava mão de obra terceirizada em detrimento da convocação dos aprovados em concurso público no ano de 2006, sendo que o certame foi homologado em 15/12/2012. Alegou o *parquet*, na ação, que restava mais de um mês para expirar o prazo de validade do concurso e até a data do ajuizamento da ação o Município não havia nomeado o número de candidatos necessário para o serviço público, haja vista as contratações irregulares.

Requeru em sede de liminar que os habilitados aprovados no concurso público de 2006 sejam investidos nos seus cargos. Ocorre que a liminar deferida pelo juiz determinou a rescisão do contrato dos funcionários irregularmente contratados e não contemplou todos os aprovados, mas apenas os que foram aprovados dentro do número de vagas no referido



concurso público. Diante desta decisão, a assistida da Defensoria, Isadora Mota, não seria contemplada, já que sua classificação foi bem acima do número de vagas ofertadas para seu cargo no edital. Tal comportamento do Ministério Público causou no Defensor Público perplexidade, em razão do parecer contrário no mandado de segurança impetrado por mim.

7.3 – A DECISÃO JUDICIAL QUE CONCEDEU A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

No mandado de segurança, proc. nº 0008760-28.2010.805.0080, impetrado na Vara de Fazenda Pública da Comarca de Feira de Santana, alegando a violação de alguns princípios, principalmente a violação do *venire contra factum proprium*, o Excelentíssimo Juiz de Direito, Roque Ruy Barbosa de Araújo, deferiu o pedido de liminar determinando que a impetrante fosse nomeada para o cargo de assistente administrativo e, subsequentemente, a mesma seja empossada no respectivo cargo, desde que preencha os requisitos no edital do mencionado concurso público, devendo ser respeitada a ordem de classificação do certame para o mencionado cargo.

Na fundamentação, em síntese, o Juiz alega que ao pedido liminar, como é notório o interesse que justifica o pedido de liminar, faz prescindir, nesta fase do processo, de uma indagação profunda do direito material discutido, bastando, pois, o juízo de probabilidade e não de certeza ou convicção e o perigo na demora, no sentido de que a atuação normal do Direito poderia chegar tarde, podendo o provimento jurisdicional não mais ter utilidade ante a modificação dos fatos.

E, pelo que consta nos autos, restou evidenciada a necessidade de a Administração Pública municipal prover o cargo de assistente administrativo, eis que a impetrante foi convocada para nomeação no referido cargo, apesar de seu nome ter sido excluído do referido edital de convocação.

O perigo na demora estava configurado em razão de não poder haver mais a prorrogação do prazo de validade do concurso.

O referido Juiz utiliza uma jurisprudência do STJ como fundamentação, informando que se a Administração demonstra de forma explícita a necessidade de nomear 88 defensores públicos, deixou de ser discricionário para se tornar vinculado o ato de nomeação, embora não inicialmente classificados até 88ª posição.

Nota-se, portanto, que existem algumas decisões judiciais de juízo, inclusive dos Tribunais Superiores, que, apesar de não reconhecerem explicitamente a proibição do comportamento contraditório, implícita e indiretamente existem diversos julgados, reconhecendo a aplicação deste subprincípio que, na verdade, se encontra atrelado ao princípio da boa-fé

e da confiança, que nada mais é que a pura aplicação do *venire*, que vem se tornando uma grande saída para os abusos cometidos pelo particular, bem como pelo poder público.

7.4. – OPINIÃO CRÍTICA SOBRE O COMPORTAMENTO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL.

Neste contexto, não há como acatar o entendimento da Administração Pública municipal de excluir a convocação da requerente para o cargo de assistente administrativo, que fere os princípios da isonomia, boa-fé, razoabilidade e da vedação ao comportamento contraditório. E, com a finalidade de garantir a nomeação da requerente, e, destarte, afastar a ilegalidade do ato do Poder Público consistente em não proceder à nomeação da mesma, é que se ajuizou a respectiva ação judicial.

Dessa forma, não se conformando com a conduta do Poder Público, mormente considerando, de um lado, todo o seu esforço empreendido na aprovação no certame, e, de outro, seu direito líquido e certo à nomeação, é que se recorreu ao Poder Judiciário em busca do seu direito de acesso à Justiça e salvaguarda de sua dignidade humana, para se proceder à imediata nomeação da impetrante ao cargo supracitado e subsequente posse, de modo a não prevalecerem a ilegalidade e a injustiça.

A retificação do Edital nº 23/2010, que exclui indevidamente apenas os candidatos convocados aos cargos de assistente administrativo e de digitador, fere frontalmente a teoria dos atos próprios, cabendo a aplicação do *venire contra factum proprium*, do princípio da boa-fé e da moralidade administrativa, já que o referido edital manteve a convocação dos candidatos aos cargos de agente de serviços gerais, almoxarife, analista de sistemas, enfermeira, mecânico, motorista e telefonista.

Diante dos argumentos expendidos acima, é possível extrair as bases de um dos princípios através do qual se mune para apresentar o presente mandado de segurança.

A partir do momento em que o Edital de Retificação nº 23/2010 exclui os candidatos para determinado cargo e mantém a convocação de outros candidatos para cargos diversos, a alegação de contingenciamento do orçamento anual para o exercício de 2010 cai por terra, pois, se assim fosse, o Poder Público municipal não deveria manter a convocação de nenhum candidato para cargo algum.

Pronunciando-se, o ilustríssimo Doutor Alexandre de Moraes aclara-nos: “a desigualdade na lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas” (2002, p. 65).



Logo, destaca-se que é preciso uma justificativa fundamentada e razoável para excluir candidatos aos cargos de assistente administrativo e de digitador e manter os candidatos de outros cargos, pois, ao não fazer isso, a Administração Municipal violou os princípios da confiança, boa-fé e do *venire contra factum proprium*.

Prevalece no ordenamento jurídico brasileiro o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, esculpido no art. 5º, inciso XXXV, da CFRB, outorgado como garantia fundamental, no qual toda lesão ou ameaça a direito não escapará da apreciação pelo Poder Judiciário.

A manutenção da postura da Administração Pública municipal em excluir a autora para efeito de nomeação ao cargo de assistente administrativo, sem proceder ao provimento do cargo efetivo existente por quem legalmente habilitado em concurso público, importaria em lesão aos princípios da boa-fé administrativa, confiança e da proibição ao comportamento contraditório, os quais cumprem ao Poder Público observar.

O Decreto nº 7.964, estabelecendo o contingenciamento do Orçamento Anual, ocorreu em 17/03/2010, enquanto a convocação da requerente se deu no dia 18/03/2010. Assim, presume-se que a Administração possui verbas para nomear a autora, já que o decreto foi publicado antes da convocação da mesma.

Ressalta-se que o único entendimento admissível é que quando a Administração Pública anuncia um edital convocando candidatos para nomeação, presume-se que ela realizou estudo prévio sobre a necessidade e o orçamento, deste modo vincula-se ao publicado, criando, sim, direito líquido e certo para a candidata aprovada e classificada quanto à sua nomeação e posse.

Posicionamento contrário a esse, sem dúvida, causa grande insegurança, principalmente para a candidata, que conseguiu, após grande esforço, sua tão almejada aprovação.

Por outro lado, também é absurda a alegação de indisponibilidade financeira para nomear os candidatos aprovados e empossá-los, pois tal questão se relacionaria com a questão da governabilidade, “o que pressupõe um mínimo de responsabilidade para com os atos que praticam, mormente quando afetam de forma direta a esfera jurídica dos cidadãos” (RMS 20.718).

O RACIOCÍNIO LÓGICO É: Se o Poder Público anuncia em edital a convocação de candidatas para o preenchimento de vagas, ele se obriga ao seu provimento, pois há o direito adquirido à nomeação, aliás esse é o entendimento dos Tribunais Superiores, pois se o Poder Público publica edital convocando candidatos para o preenchimento de um número determinado de vagas, ele se obriga ao provimento das mesmas, uma vez aprovados os candidatos a preencher essas vagas, pois há o direito adquirido, líquido e certo à nomeação, sendo o direito subjetivo da requerente a nomeação.

Desta feita, uma vez exigida, pela própria Administração, através de instrumento público, a apresentação de documentos, além de uma série de providências, expressamente vinculadas ao fim de dar início ao processo de nomeação, a mera expectativa de direito dos recorrentes convola-se em direito subjetivo ante a responsabilidade do Poder Público frente aos atos que veicula, a partir da veiculação, por meio de edital de convocação, do interesse público da Administração em dar início ao processo de investidura dos candidatos aprovados, à nomeação e posse, que seriam, a princípio, atos discricionários, de acordo com a necessidade do serviço público, tornam-se vinculados gerando, em contrapartida, direito subjetivo para os convocados.

Com efeito, a vinculação da Administração Pública aos atos que emite, combinada com a existência de vagas, impõe a nomeação, posse e exercício da requerente. O instrumento convocatório expressou a necessidade de provimento das vagas, insurgindo daí direito líquido e certo dos demandantes à posse no cargo de assistente administrativo.

É inconcebível entender um Estado que se denomina Estado Democrático de Direito não ter o dever de atuar respeitando a confiança legítima que tenha gerado no administrado, ficando claro no Direito Público que há de se proteger a confiança depositada nas relações jurídicas subsequentes.

Não se trata mais do edital de abertura, mas de um segundo momento, correspondente ao edital de convocação da requerente listado no Edital de Convocação nº 23/2010, de que a Administração exigiu documentos de comparecimento em data e hora determinadas. Foi por este instrumento que se tornou pública a intenção de a Administração nomear a requerente.

Faz-se incontestável a existência de vagas, e o Ato de Convocação nº 23/2010 certifica a necessidade de preenchimento daquelas vagas. Portanto, no contexto objetivo deste processo, a margem ou espaço para discricionariedade administrativa é nenhuma, não sendo juridicamente respaldada a recusa governamental na consumação do procedimento de provimento do cargo.

Com efeito, impõe-se a prevalência do princípio da segurança jurídica e da vedação ao comportamento contraditório na ponderação dos valores em questão, tendo como ilegal o ato que revogou o direito da autora convocada por edital a tomar posse no cargo de assistente administrativo.

Sendo assim, comprovada a aprovação da Requerente em concurso público realizado, encontrando-se o referido certame dentro de seu prazo de validade, imperativo o reconhecimento do seu direito à pretendida efetivação no cargo.



Desta forma, a parte prejudicada impetrou o respectivo mandado de segurança para sanar a irregularidade praticada pelos impetrados, a fim de ser nomeada e empossada no cargo de assistente administrativo no serviço público municipal da cidade de Feira de Santana/BA. Nestes termos, a confiança merecedora de tutela jurídica, que pode verdadeiramente ser considerada como um limite à atuação estatal, pode ser arguida pelo particular em face do Poder Público, objetivando ver mantida alguma situação jurídica que lhe é favorável e que foi criada por ato estatal, é aquela denominada, doutrinariamente, como confiança legítima.

Pode-se dizer, então, que o direito violado é mais que plausível, já que a Constituição Federal, e os princípios da boa-fé, moralidade, confiança, bem como a vedação de comportamento contraditório, garantem a impetrante que em qualquer relação seja ela privada ou pública, jurídica ou não, dever de agir com lisura, honestidade, lealdade, vinculação da Administração Pública aos atos que emite, como a convocação da autora para o cargo de assistente administrativo.

Está embasado, também, no entendimento dos nossos Tribunais Superiores acerca do alcance constitucional da acessibilidade dos cargos públicos e da vinculação ao Edital de Convocação.

8 – CONCLUSÃO

Foi no Direito Romano que surgiu a ideia do *venire contra factum proprium*, em que se declaravam ilícitas as atitudes do homem e demonstrava a incoerência da segunda conduta em relação à primeira, proibindo, assim, a conduta contraditória, como, por exemplo, alegar erro capaz de inquinar o negócio quando a própria pessoa tivesse laborado ou dado causa a alguma destas situações.

Na Idade Média foi expresso o brocardo *venire contra factum proprium nulli conceditur*, concebido pela escola dos glossadores, que pretenderam extrair a lei de uma série de previsões legais específicas. Os juristas da Idade Média conceberam, como espécie de princípio geral, a fórmula da proibição do comportamento contraditório.

Havia casos legais em que se aplicava o princípio, mas existiam outros casos em que a contradição era autorizada expressamente pela lei. Diante deste imbróglio o *venire contra factum proprium* não foi incorporado como princípio fundamental.

Ao impor sobre todos um dever de não se comportar de forma lesiva aos interesses e expectativas legítimas despertadas no outro, a tutela da confiança revela-se não apenas como

principal integrante do conteúdo da boa-fé objetiva, mas, também, como forte expressão da solidariedade social e importante instrumento de reação ao voluntarismo e ao liberalismo ainda amalgamados ao direito privado como um todo.

Sobre a concretização deste subprincípio deve-se lembrar que compete ao juiz, no caso concreto, definir e esclarecer o comportamento que está se vedando e fornecer as soluções jurisprudenciais para os casos, buscando um parâmetro o mais aberto possível.

Os Tribunais, inclusive o próprio Superior Tribunal de Justiça, vêm aplicando o subprincípio da vedação ao comportamento contraditório no âmbito da Administração Pública, proibindo a incoerência do Poder Público em prejuízo da legítima expectativa gerada no particular, mesmo os juízes não reconhecendo diretamente a sua aplicação, já que, na maioria das vezes, vem fundada em outros princípios, como da boa-fé, confiança e solidariedade social e até princípios do Direito Público, como aconteceu no nosso caso em concreto, no qual, apesar de não fazer menção ao *venire contra factum proprium* alegado na inicial, indiretamente o juiz da Vara de Fazenda Pública da Comarca de Feira de Santana/BA reconheceu sua aplicação ao fundamentar que deixou de ser discricionário o ato para se tornar vinculado, já que, inicialmente, a Administração demonstrou a necessidade de prover as vagas para o cargo de assistente administrativo.

O *venire contra factum proprium* nada mais é do que o resultado de que o direito positivo é insuficiente para solucionar os conflitos de interesses na sociedade, que é cada vez mais dinâmica, e, assim, este subprincípio e outros já alegados neste trabalho surgem como um contrapeso, evitando que injustiças sejam praticadas, como a não contradição de comportamentos lesivos à parte como meio de tutela da confiança. Assim, sob o ponto de vista fático e objetivo, é que não deve repercutir na esfera alheia.

Não se busca também examinar a contradição de forma a perquirir a intenção do agente, pois, caso se fizesse isto, estaríamos, de certa forma, retirando o caráter objetivo do *venire*, afastando, de certo modo, a aplicação deste subprincípio.

O *nemo potest venire contra factum proprium* funciona como verdadeira conduta ética e leal, de forma a exigir de todos o compromisso de agir de forma honesta, proba, com o sentido objetivo do próprio comportamento.

O fato próprio que a parte prejudicada confia não pode ser alterado de forma unilateral, violando a legítima confiança depositada.

O ordenamento jurídico brasileiro protege a confiança legítima nas diversas atuações do Estado, e, como a proteção da confiança é instrumento de efetivação da boa-fé, claro está que



o ordenamento estabeleceu a necessidade de se respeitar a boa-fé, seja no Direito Privado, seja no Direito Público. Constitui a boa-fé, portanto, um princípio constitucional implícito, deduzido do sistema de valores adotado pela Lei Fundamental.

Assim, a Administração Pública tem o dever de respeitar a confiança legitimamente gerada nos administrados, não devendo, portanto, frustrar a justa expectativa que tenha incutido no administrado violando, assim, o *venire*. Ou seja, o Poder Público não deve frustrar a confiança legítima, a qual, por sua vez, envolve a coerência nas decisões, razoabilidade nas mudanças e a não imposição retroativa de ônus imprevistos.

O comportamento contraditório pode ser enquadrado perfeitamente como um ato ilícito a que deve ser imposto uma sanção jurídica. Há casos em que é possível evitar o dano quando a Administração Pública, ou através de uma ação judicial, se consegue inibir ou impedir a segunda conduta tida como contraditória. Ocorre que no momento em que não se consegue impedir este comportamento, sendo este realizado e acarretando um dano à parte que foi lesada por esta conduta, a sanção a ser aplicada é a indenização pelos danos sofridos.

Ressalta-se que neste trabalho não se está exaurindo todos aspectos do *venire*, já que procuramos, de certa forma, dar mais ênfase ao meu caso em concreto. Decerto que esse caso passa a ser apenas um exemplo dentro de um conjunto de diversos outros da Administração Pública que a jurisprudência e a doutrina têm reconhecido.

Assim, o *venire contra factum proprium* tem sido uma excelente válvula de escape para os abusos cometidos tanto pelo particular quanto pelo Poder Público, tendo sido reconhecido tanto pela doutrina como pela jurisprudência.

9 – REFERÊNCIAS

ALVES, José Ricardo Teixeira. **A tutela da boa-fé objetiva no direito administrativo**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11783&p=1>>. Acesso em: 24 mar. 2009.

BRASIL. **Código civil** (2002). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARVALHO FILHO, José Santos. **Manual de direito administrativo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2004.

CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007.

EHRHARDT JUNIOR, Marcos. **Revisão contratual**. Salvador: Juspodivm, 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. **A ilicitude do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium***. Revista Forense, n. 376, 2004.

MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2000

MODESTO, Paulo, **Controle jurídico do comportamento ético da Administração pública no Brasil**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, n. 13, abril-maio 2002.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório – tutela da confiança e *venire contra factum proprium***. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SOUZA, Wagner Mota Alves de. **Teoria dos atos próprios**. Salvador: Podivm, 2008.

A (IM) POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NO PROCESSO CIVIL

Iracema Érica Ribeiro Oliveira⁴

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO: CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E LEI 9.296 DE 1996; 3 INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E PROVA EMPRESTADA NO PROCESSO CIVIL; 3.1 ADMISSIBILIDADE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA POR MEIO DE PROVA EMPRESTADA; 3.2 INADMISSIBILIDADE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA POR MEIO DE PROVA EMPRESTADA; 4 INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA DIRETAMENTE NO PROCESSO CIVIL; 4.1 ANÁLISE DO PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (HC 203405/MS) À LUZ DOS PRINCÍPIOS E BALIZAS CONSTITUCIONAIS; 4.2 ADMISSIBILIDADE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NO PROCESSO CIVIL 4.3 A INADMISSIBILIDADE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NO PROCESSO CIVIL; 5 CONCLUSÃO; 6 REFERÊNCIAS.

Resumo

O presente trabalho tem o propósito de investigar a possibilidade de utilização da interceptação telefônica, disciplinada no artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal de 1988 e na legislação ordinária nº. 9.296 de 24 de julho de 1996, em processo diverso do criminal, precipuamente no processo civil. O legislador constituinte originário estabeleceu a interceptação da comunicação telefônica como meio de produção de prova somente para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Todavia, diante da necessidade de garantir a efetividade processual, doutrina e jurisprudência se divergem sobre a possibilidade de aplicar a interceptação telefônica, seja como prova emprestada, seja diretamente em processo de outros ramos do direito diverso do criminal.

Palavras-chave: Interceptação telefônica; Princípio da proporcionalidade; Processo civil.

4 – Defensora Pública de Classe Especial, Especialista em Direito do Estado pela Faculdade Baiana de Direito

Abstract

The present study aims to investigate the possibility of using the telephone interception, disciplined in Article 5, paragraph XII of the Constitution of 1988 and the common law no. 9296 of July 24, 1996, in other than criminal proceedings, primarily in the civil case. The legislature established the original constituent interception of telephone communication as a means of evidence solely for purposes of criminal investigation or criminal procedure. However, given the need to ensure the effectiveness of procedural doctrine and case law is divided on whether to implement a telephone intercept as evidence is borrowed, either directly in the process of other branches of law other than criminal.



1 – INTRODUÇÃO

O sigilo à comunicação é um dos direitos fundamentais de primeira geração elencado no artigo (art.) 5º da Constituição Federal (CF) vigente, coadunando com os direitos e garantias individuais e políticos clássicos.

Ocorre que, como os direitos humanos fundamentais não são absolutos, e, com isso, devem ser observados com ressalvas, surge a interceptação telefônica, prevista no art. 5º, XII, da CF, como medida excepcional, considerada legítima, apenas e tão-somente, quando observadas as formalidades, exigências e requisitos legais.

Neste diapasão, a Constituição de 1988 apresenta duas balizas fundamentais na matéria em estudo: de um lado, o sigilo das comunicações e proibição das provas ilícitas, inseridas no inc. LVI do art. 5º, de outro lado, amenizando e equilibrando, de certo modo, essa vedação, estabelece o inc. XII do mesmo artigo uma exceção à inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, subordinada ao cumprimento de três requisitos, que podem ser extraídos literalmente do texto constitucional. Assim, a interceptação telefônica lícita pressupõe seja realizada: 1) por ordem judicial; 2) nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer; 3) para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

A interceptação telefônica é instrumento processual de coleta de provas, de âmbito restrito, de caráter cautelar, cuja legitimidade passa, irrefutavelmente, pelo crivo do Poder Judiciário. E, uma vez efetuadas com obediência aos requisitos impostos na lei, são aceitas como provas lícitas, sendo admissível seu resultado como fonte de prova no processo.

Não obstante a Constituição Federal no art. 5º, inciso XII, prevê que a interceptação telefônica somente pode ser utilizada como meio de prova para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, como o direito é dinâmico, estando em constante evolução, no decorrer do tempo começaram a surgir situações que culminaram por necessitar do uso da interceptação telefônica como meio de prova para a busca da solução dos conflitos na seara extrapenal.

Nesta perspectiva, em decorrência da mudança dos tempos e da evolução da dogmática jurídica, doutrina e jurisprudência aprofundaram a discussão a respeito da utilização do conteúdo obtido mediante a interceptação telefônica, por meio da prova emprestada, em processos vinculados a outros ramos do direito diversos do criminal.

E recentemente, indo de encontro ao caráter convencional do direito, foi tratada, de forma inédita pelo Superior Tribunal de Justiça, a possibilidade da interceptação telefônica diretamente em uma ação de natureza civil.

Os aspectos legais, doutrinários, jurisprudenciais, da utilização da interceptação telefônica em processos de natureza diversa do criminal serão devidamente abordados, levando-se em consideração a aplicação dos princípios e balizas constitucionais.

2 – INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO: CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E LEI 9.296 DE 1996

Neste item serão aventados os diplomas legais que disciplinam a possibilidade de interceptação telefônica no ordenamento jurídico pátrio, todavia sem o propósito de esgotar o tema.

A interceptação telefônica foi prevista no art. 5º, XII da Constituição Federal de 1988 (CF/88), nos seguintes termos: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma em que a lei estabelecer, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.”

Estamos diante de uma norma constitucional de eficácia contida, limitada ou restringível, ou seja, são normas que não são autoaplicáveis, que dependem de interposta lei (complementar ou ordinária) para gerar seus efeitos principais. Mas, geram alguns efeitos jurídicos negativos imediatos, pois vinculam o legislador infraconstitucional aos seus comandos e paralisam as normas com elas incompatíveis.

Somente com a entrada em vigor da Lei n.º 9.296, de 24 de julho de 1996, houve a regulamentação do inciso XII do art. 5º da Constituição Federal de 1988, passando a ser autorizada a interceptação telefônica. Isto porque a jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal (STF) entendia ser inadmissível a interceptação antes da edição da lei, embora a jurisprudência rara do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e de alguns outros Tribunais, em casos raros e excepcionais, a admitisse, por entender que não existem direitos absolutos (STJ: HC 3.982 (95.053.161-5) – RJ, 6ª T., Rel. Min. Adhemar Maciel, v.u., 05.12.1995).

A Lei nº 9.296/96, editada para regulamentar o inciso XII do art. 5 da CF/88, determina que a interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça, aplicando-se, ainda, à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

O art. 1º da Lei 9.296/96 ao se referir a interceptação de comunicações telefônicas alude tanto a escuta telefônica quanto a interceptação telefônica *stricto sensu*. A interceptação telefônica em sentido estrito corresponde à captação da conversa por um terceiro sem o conhecimento de qualquer dos interlocutores, enquanto a escuta telefônica é a captação



por terceiro com o conhecimento de um dos interlocutores. Já a gravação clandestina corresponde à captação feita por um dos interlocutores da sua própria conversa sem o conhecimento dos demais, e não está disciplinada na lei.

A violação do sigilo telefônico, disciplinada pela Lei 9.96/96, é considerada pela doutrina uma medida de natureza cautelar, podendo tanto ser preparatória, se requerida antes do ajuizamento da ação penal, como incidental, se produzida no curso do processo. Tratando-se de providência cautelar, a interceptação deve atender aos requisitos básicos de toda medida desta natureza, quais sejam: *fumus boni iuris* (aparência do bom direito) e *periculum in mora* (perigo ou risco na demora). O magistrado jamais poderá olvidar de qualquer um destes pressupostos, são requisitos cumulativos, pois a falta de algum deles desautoriza a medida.

O *fumus boni iuris*, em processo penal, traduz-se na existência de indícios razoáveis da autoria ou participação numa infração penal. E o *periculum in mora* consiste na urgência da colheita da prova para preservar o direito.

O art. 2º, II da mencionada lei firma, ainda, o critério da estrita necessidade, só podendo a interceptação ser utilizada como *ultima ratio*. Exige-se, portanto, a imprescindibilidade da interceptação como único meio eficaz para a realização da prova, afastada a sua possibilidade quando a prova tiver como ser produzida através de outro meio.

A indigitada lei permite a quebra do sigilo das comunicações telefônicas para a investigação dos crimes apenados com reclusão (art. 2º, inc. III), ficando excluídas as contravenções penais, que são punidas com prisão simples, e os crimes apenados com detenção. Para a doutrina, tal critério trouxe duas impropriedades: de um lado, deixou de abranger crimes apenados com detenção comumente praticados via telefone; por outro, ao elencar genericamente todas as infrações penais apenadas com reclusão, alargou sobremaneira o rol, e muitas vezes estes crimes são destituídos de gravidade. Assim, deve incidir na hipótese o princípio da proporcionalidade dos bens jurídicos envolvidos, o poder de interceptar conversas telefônicas deve ser exercido com grande cautela, devendo ser considerado um método excepcional, não se podendo sacrificar o sigilo das comunicações em prol de um bem de menor valor.

Segundo a lei, deve ser descrita com clareza a situação e objeto da interceptação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

Segundo a lei, deve ser descrita com clareza a situação e objeto da interceptação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada. Como está se limitando o direito a intimidade, esses requisitos devem estar previstos na autorização do mandado de interceptação telefônica.

O pedido de interceptação poderá ser determinado pelo juiz, de ofício, ou a requerimento da autoridade policial (somente na investigação criminal) ou do representante do Ministério Público (tanto na investigação criminal quanto na instrução processual penal). No entanto a lei não estabeleceu a possibilidade de o querelante (titular da ação penal privada) e do réu requererem a interceptação. Várias são as questões levantadas pela doutrina no tocante a este tema.

No tocante à defesa, Lenio Luiz Streck (1997, p. 88) aduz que o dispositivo do art. 3º, ao vedar à defesa o direito de requerer a realização da escuta, viola os princípios da ampla defesa e do contraditório, eis que limita o poder de a defesa “defender-se provando.” Daí, uma interpretação conforme a Constituição aponta a possibilidade também de a defesa requerer a interceptação das comunicações telefônicas.

No tocante aos titulares da ação penal privada, prepondera a opinião de que seria um contrassenso não admitir a produção da prova, quando a interceptação mostrar-se o único meio de se provar o alegado.

Outra questão polêmica na doutrina é a determinação de ofício da medida. Parte dos doutrinadores acredita ser inconstitucional, porque vulnera o modelo acusatório de processo, já que os juízes têm competência para processar e julgar, mas não para investigar, principalmente no âmbito extraprocessual. Há quem defenda que nosso sistema acusatório não é tão puro assim, o juiz pode decretar a prisão preventiva de ofício, pode produzir prova de ofício, portanto é plenamente possível a decretação de ofício da interceptação telefônica.

Feito o pedido de interceptação de comunicação telefônica, que conterà a demonstração de que sua realização é necessária à apuração de infração, o juiz terá o prazo máximo de 24 horas para decidir, indicando também a forma da execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de 15 dias, renovável, por igual tempo, uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova. Há também divergências na doutrina e jurisprudência quanto à quantidade de renovação.

O Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça têm se posicionado no sentido de que a interceptação telefônica não pode exceder quinze dias, porém pode ser renovada por igual período, não havendo restrição ao número de vezes, desde que comprovada a necessidade e a indispensabilidade do meio de prova para cada renovação.

Ainda, conforme a lei, a diligência será conduzida pela autoridade policial, que poderá requisitar auxílio aos serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviço público, sempre com prévia ciência do Ministério Público, que poderá acompanhá-la, se entender necessário. Se houver possibilidade de gravação da comunicação interceptada, será deter-



minada sua transcrição, encaminhando-se ao juiz competente, acompanhada com o devido auto circunstanciado, que deverá conter o resumo das operações realizadas.

Após o término da diligência, a prova colhida permanecerá em segredo de justiça, devendo, caso já haja ação penal, ser possibilitado ao defensor sua análise, em respeito aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa. Ressalte-se que a natureza da diligência impede o conhecimento anterior do investigado e de seu defensor. De qualquer forma, se garante a observância do princípio ao contraditório, logo depois de colhida a prova, ou seja, feita a gravação e a devida fiel transcrição, quando se dá ao investigado o direito de impugnar a prova obtida e, além disso, oferecer a contraprova.

A Lei 9.296/96 adotou, portanto, o princípio do contraditório diferido ou retardado, que permite ao acusado o direito de contraditar a prova já produzida contra si. Se a prova foi produzida durante o inquérito policial, o acusado ou seu defensor poderá ter acesso a ela para elaboração de sua defesa; se a interceptação telefônica foi produzida durante a instrução processual, o acesso será permitido assim que encerrada a diligência.

Por fim, constitui crime, previsto no art. 10 da Lei 9.296/96, com pena de reclusão de dois a quatro anos e multa, realizar interceptação telefônica sem autorização judicial ou visando fins não permitidos em lei, ou violar o segredo de justiça exigido pela lei respectiva.

3 – INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E PROVA EMPRESTADA NO PROCESSO CIVIL

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso XII, assegurou, como direito fundamental do cidadão, a preservação do sigilo das comunicações telefônicas, desde que presente a autorização judicial, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Indaga-se, por seu turno, a possibilidade da prova obtida com a interceptação telefônica, legalmente realizada para fins de investigação criminal, servir em processo diverso do penal como prova emprestada.

Salutar trazer-se à baila o conceito de prova emprestada. Esta consiste na utilização de prova que fora produzida e destinada a processo determinado, à qual é transportada para outro processo. Ensina-nos Fredie Didier Jr. (2007, p. 65) que a prova emprestada é a “prova de um fato, produzida em um processo, seja por documentos, testemunhas, confissão, depoimento pessoal ou exame pericial, que é trasladada para outro processo, por meio de certidão extraída daquele.”

É aquela produzida em um processo e, através da reprodução documental, juntada em outro processo pendente de decisão. A condição mais importante para que se dê validade e

eficácia à prova emprestada é que as partes do processo para o qual a prova deve ser trasladada tenham participado adequadamente em contraditório do processo em que a prova foi produzida originariamente.

Vê-se, portanto, que é necessário que a prova tenha sido validamente produzida, no processo de origem, e seja submetida ao crivo do contraditório também no processo onde se busca que surtam os efeitos da prova.

A doutrina majoritária entende que, para que seja lícita e admissível a prova emprestada, devem-se observar os seguintes requisitos: a) na construção da prova, deve a parte contrária ter participado do contraditório; b) os fatos a serem provados devem guardar uma identidade com os fatos produzidos no processo anterior; c) a existência da impossibilidade ou dificuldade na reprodução da prova emprestada no processo em que se pretenda demonstrar a veracidade de certa alegação. (RIBEIRO; ALVARES, 2012, p.11).

Exposto o conceito de prova emprestada, cumpre trazer à baila as correntes doutrinárias e entendimento jurisprudencial no que tange a possibilidade de utilização de dados obtidos através de interceptação telefônica por meio de prova emprestada para processos diversos do criminal.

3.1 – ADMISSIBILIDADE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA POR MEIO DE PROVA EMPRESTADA.

Surge a questão da utilização da prova emprestada no processo civil como polêmica e assaz controvertida. Para os defensores da admissibilidade, não há que se proibir o empréstimo de prova quando a interceptação telefônica tiver sido realizada de acordo com os ditames estatuídos pela Lei 9.296/96, caso em que a mesma terá sido lícitamente produzida.

Sendo assim, ao romper-se o sigilo das comunicações telefônicas mediante a interceptação, não haveria razões para obstar o empréstimo do conteúdo obtido através desta, já que a intimidade fora lícitamente violada. Ademais, a admissão da prova emprestada atenderia aos princípios da economia, da celeridade processual e da garantia constitucional da duração razoável do processo.

Para Ada Pellegrini Grinover (2001, p. 196) é possível que, em processo civil, se pretenda aproveitar a prova emprestada, derivada de interceptação telefônica lícita, colhida em processo penal desenvolvido entre as mesmas partes. A autora preleciona que:

O valor constitucionalmente protegido pela vedação das interceptações telefônicas é a intimidade. Rompida esta, lícitamente, em face do permissivo constitucional, nada mais resta a preservar. Seria uma demasia negar-se a recepção da prova assim obtida, sob a alegação de que estaria obliquamen-



te vulnerado o comando constitucional. Ainda aqui, mais uma vez, deve prevalecer a lógica do razoável.

A utilização da interceptação telefônica como prova emprestada no processo cível é defendida também por José Carlos Barbosa Moreira (1996, p. 20), sustentando que “uma vez rompido o sigilo, e, por conseguinte, sacrificado o direito da parte à preservação da intimidade, não faria sentido que continuássemos a preocupar-nos com o risco de arrombar um cofre já aberto.”

Ainda, Fernando Capez (2010, p. 577) defende a utilização da prova colhida de forma lícita no âmbito criminal em ações de outra natureza, desde que “gere efeito contra quem tenha sido parte no processo originário.”

Na opinião de Nelson Nery Júnior (2004, p. 1999) a prova de conversa telefônica obtida licitamente, por autorização judicial na instrução criminal, pode ser utilizada como prova emprestada no processo civil, respeitados os requisitos de validade e eficácia dessa última.

Eduardo Cambi (2004, p. 145) assevera que não há ilicitude nessa prova, pois, uma vez “rompido licitamente o sigilo telefônico, não se poderia deixar de aproveitar os elementos probatórios apurados, já que a origem da cognição não viola o direito constitucional à inviolabilidade das comunicações telefônicas.”

Nas lições de Alexandre de Moraes (2011, p. 65):

a limitação constitucional à decretação de interceptações telefônicas somente no curso de investigações criminais ou instruções processuais penais, não impede a possibilidade de sua utilização no processo civil, administrativo, disciplinar, extrajudicial ou político-administrativo como prova emprestada, aproveitando-se os dados obtidos por meio de interceptações telefônicas regularmente determinada pela autoridade judicial, uma vez que não é disparatado sustenta-se que nada impedia nem impede, noutro procedimento de interesse substancial do mesmo Estado, agora na vertente da administração pública, o uso da prova assim produzida em processo criminal. A possibilidade de utilização dessa prova emprestada somente será vedada, quando verificado o desvio de finalidade, a simulação ou fraude no curso da investigação, no sentido de burlar a vedação constitucional de decretação de interceptações telefônicas no processo civil ou administrativo.

Essa orientação é a prevalente na jurisprudência, inclusive na operação da polícia federal, titulada por “Operação Furacão”, o Supremo Tribunal Federal admitiu o uso de interceptação telefônica como prova emprestada em processos administrativos disciplinar contra os mesmos servidores envolvidos na investigação criminal. Necessário transcrever a ementa da decisão:

INQ 2.424 -25/04/2007 – TRIBUNAL PLENO QUEST. ORD. EM INQUÉRITO 2.424-4 RIO DE JANEIRO RELATOR: MIN. CEZAR PELUSO **EMENTA: PROVA-EMPRESADA. Penal. Interceptação telefônica. Escuta ambiental. Autorização judicial e produção para fim de investigação criminal. Suspeita de delitos cometidos por autoridades e agentes públicos. Dados obtidos em inquérito policial. Uso em procedimento administrativo disciplinar, contra os mesmos servidores. Admissibilidade. Resposta afirmativa a questão de ordem. Inteligência do art. 5º, inc. XII, da CF, e do art. 1º da Lei federal nº 9.296/96. Voto vencido. Dados obtidos em interceptação de comunicações telefônicas e em escutas ambientais, judicialmente autorizadas para produção de prova em investigação criminal ou em instrução processual penal, podem ser usados em procedimento administrativo disciplinar, contra a mesma ou as mesmas pessoas em relação às quais foram colhidos. (Inq-QO 2.424-4/RJ, Rel. Min, Cezar Peluso, j. 24.04.2007, Informativo 464).**

No mesmo sentido o Superior Tribunal de Justiça:

Ementa. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal encontra-se consolidada no sentido da possibilidade do aproveitamento, em processo disciplinar, de prova lícitamente obtida mediante o afastamento do sigilo telefônico em investigação criminal ou ação penal, contanto que autorizada a remessa pelo juízo responsável pela guarda dos dados coletados, e observado, no âmbito administrativo, o contraditório. Processo MS 14797 / DF MANDADO DE SEGURANÇA 2009/0221635-7 Relator(a) Ministro OG FERNANDES (1139) Órgão Julgador S3 – TERCEIRA SEÇÃO Data do Julgamento 28/03/2012 Data da Publicação/Fonte DJe 07/05/2012

Destaque-se que os Tribunais Superiores já se firmaram pela relativização do sigilo processual dos dados interceptados com a autorização judicial. Observe-se, no entanto, que a legislação e a jurisprudência brasileiras não cuidaram de disciplinar os pressupostos e a forma dessas autorizações para compartilhamento da prova, donde se depreende que os únicos requisitos seriam a coincidência entre as partes processuais dos dois feitos, a existência do contraditório e a necessidade de fundamentação das decisões.

No entanto, deve se atentar para o fato de que a ausência de regulamentação dos requisitos da decisão que autoriza a divulgação da prova sob sigilo, seja para uso como prova emprestada, seja para qualquer outro fim, reveste a questão de séria gravidade. Isso porque a quebra do sigilo das comunicações só se faz válida quando cercada das hipóteses e requisitos constitucionais e legais.



3.2 – INADMISSIBILIDADE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO PROVA EMPRESTADA.

Mesmo que se trata da interceptação telefônica trasladada de um processo para outro, chamada prova emprestada. Procedimento que é, em princípio, admissível, dado que se trata do mesmo acusado em ambos os processos. Para que não haja ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa, há que se reconhecer a existência de barreiras legais quando se pretende a transposição da prova penal para um processo cível. Isso porque a Constituição veda a interceptação telefônica como meio de obtenção de prova fora do âmbito criminal, com isso o transplante da prova representaria uma forma de se contornar a vedação constitucional.

Nesta ordem de ideias, parte da doutrina inclina-se pela inadmissibilidade do uso da interceptação de comunicações telefônicas fora das hipóteses constitucionalmente permitidas, posto que a intenção do legislador constituinte originário, assim como a do legislador infraconstitucional, foi limitar apenas à esfera penal as hipóteses de interceptação telefônica, protegendo a intimidade.

Ao se permitir a utilização da interceptação telefônica por meio de prova emprestada em processos de natureza diversa, estar-se-á diante de uma violação indireta à Lei Maior, à medida que se permitiria, por via oblíqua, o que o texto constitucional proíbe pela via direta.

Ademais, vigora, na quebra do sigilo das comunicações, o segredo de justiça, assim ao admitir que a prova colhida com a medida cautelar seja utilizada em processo distinto, haveria burla às regras disciplinadoras da lei de interceptação telefônica.

No entendimento de Luiz Flávio Gomes (2006, p.118-119), a prova colhida por interceptação telefônica no âmbito penal não pode ser emprestada ou utilizada para qualquer outro processo vinculado a outros ramos do direito. Urge o respeito à vontade do constituinte (“fins criminais”). Aduz o doutrinador que: “ao permitir a interceptação, como quebra que é do sigilo das comunicações, somente para fins criminais, já fazia uso da ponderação e da proporcionalidade, que agora não pode ser ampliada na prática.” Impõe-se, ainda, acrescentar que essa prova criminal deve permanecer em segredo de justiça e é inconciliável o empréstimo de prova com o segredo de justiça.

Alexandre Freitas Câmara (2011, p. 403) observa que:

Há que se considerar, no entanto, outra hipótese: a da transcrição da escuta telefônica autorizada no processo penal poder ou não ser levada ao processo civil como prova emprestada. Tal problema pode ter duas soluções possíveis: ou se considera admissível tal utilização, na medida em

que a prova foi produzida por meio lícito e levada ao processo civil por meio admitido no direito brasileiro, qual seja, a prova emprestada; ou se considera que neste caso a prova emprestada será inadmissível por estar sendo utilizada com o fim de se obter por via indireta aquilo que a Constituição proibiu fosse obtido de forma direta. Inclino-me por esta segunda solução, por me parecer mais consentâneo com o vigente sistema constitucional. O direito não pode permitir que se atinja por via oblíqua algo que o ordenamento positivo proíbe seja concedido ou utilizado. Admitir a utilização desta prova, que poderíamos chamar “indiretamente ilícita”, seria compactuar com uma ilicitude (a utilização de conversas telefônicas como fonte de prova no processo civil). Por esta razão não considero admissível a utilização da prova emprestada quando o meio utilizado para a obtenção daquela prova a ser carreada para os autos do processo em questão, embora lícito em relação ao processo onde a prova foi originalmente produzida, seja ilícito em relação ao processo para onde se pretende levar a referida prova..”

José Carlos Barbosa Moreira (1996, p. 20), apesar de defender a possibilidade da utilização da interceptação telefônica como prova emprestada no processo civil, adverte que “mas por outro lado talvez se objete que assim se acaba por condescender com autêntica fraude à Constituição. A prova ilícita, expulsa pela porta, voltaria a entrar pela janela.

Vicente Greco Filho (2005, p.39-40), a respeito do tema, assevera que a prova obtida com a interceptação legalmente realizada para fins de investigação criminal não pode servir em processo civil como prova emprestada, porque os parâmetros constitucionais são limitativos. A finalidade da interceptação, investigação criminal e instrução processual penal é, também, a finalidade da prova, e somente nessa sede pode ser utilizada. Em termos práticos, não poderá a prova obtida ser utilizada em ação autônoma, por exemplo, de indenização relativa a direito de família etc.

Eduardo Talamine (1998, p. 2008) não admite a importação em qualquer hipótese, pois o regime jurídico da interceptação a restringe ao processo penal e apenas para prova dos fatos delimitados no momento de requerer a produção de tal prova.

Para Geraldo Prado (2006, p. 57/59), a proibição da prova emprestada constitui imperativo constitucional, e neste contexto adverte com precisão que:

O obstáculo geral às provas emprestadas é garantia do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV, da Constituição da República), que se caracteriza, entre outros, pelo princípio do juiz natural. “Na atualidade não se pos-



tula apenas a identidade de partes e a submissão do contraditório como condição de validade de determinada informação. É igualmente necessário que o juiz perante o qual a prova foi produzida seja competente para dirigir o processo. O conceito jurídico prova distancia-se do sentido que lhe atribui o senso comum e se configura mediante a combinação de diversos fatores, alguns exteriores à informação em si, mas indispensáveis para que em âmbito jurídico a informação em questão seja qualificada como prova. O texto neste caso é vazio fora do contexto, ou, em outras palavras, o que parece prova por ser uma informação só é assim considerado quando ingressa em processo, perante juiz competente, e se submete ao contraditório. Como a informação fruto da interceptação somente pode ser adquirida por ordem do juiz criminal (de garantias ou das cautelares), para fins de investigação ou instrução processual penal e será introduzida no processo sob presidência do juiz criminal competente, para neste contraditório diferido conquistar o status de prova em sentido estrito, essa mesma informação perderá essa condição – ou não a conquistará – se produzida perante juiz incompetente para o ato. E os juízes não penais são incompetentes para esse procedimento por expressa decisão constitucional!”

Por tudo exposto, pode se constatar que o fato da quebra do sigilo haver sido decretado no juízo penal não converte as comunicações telefônicas em públicas ou utilizáveis no juízo cível. O sigilo permanece, ainda que com a mácula deixada pelo processo penal. Permitir, no juízo cível, o uso de conversas telefônicas interceptadas mediante autorização judicial oriunda do processo criminal constitui afronta clara ao texto explícito da Carta Magna. A conversão da comunicação em documento escrito não lhe altera a natureza nem lhe reduz a proteção que o texto constitucional lhe dá. A diferença de tratamento não se justifica, principalmente quando se tem em mente que os elementos colhidos a partir das interceptações telefônicas não deixaram de integrar a intimidade, privacidade, honra e imagem dos cidadãos, motivo pelo qual ainda não perderam as vestes de dados cujo sigilo é constitucionalmente assegurado. Não haveria motivos, pois, para se acreditar que os diálogos já interceptados não mais incorporam o direito à intimidade.

As razões expostas por ambas as correntes são plausíveis, porém, tratando-se de direitos fundamentais, não há que se permitir a prática de condutas contrárias à Carta Política, pois o legislador constituinte, sopesando interesses, apenas permitiu a violação à intimidade, com a consequente quebra do sigilo das comunicações telefônicas na esfera penal. Ao defender-se este empréstimo como lícito, estimular-se-ia a instauração de processos criminais com o mesquinho fim de utilizá-lo como “transporte de provas.”

4 – INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA DIRETAMENTE NO PROCESSO CIVIL

Enquanto a doutrina diverge acerca da possibilidade da utilização da prova obtida através da interceptação telefônica como meio de prova emprestada em processo diverso do criminal, o Superior Tribunal de Justiça em decisão inédita entendeu que em situações de extrema excepcionalidade é possível interceptação telefônica, de forma direta, em investigação de natureza civil, quando não houver outra medida que resguarde direitos ameaçados e o caso envolver indícios de conduta considerada criminosas.

Cuida do julgamento de habeas corpus preventivo nº 203405/MS, impetrado por empregado de uma empresa de telefonia que se insurgiu contra o cumprimento de ordem de quebra de sigilo das comunicações telefônicas, haja vista a referida determinação ter sido prolatada pelo juízo cível, em processo em trâmite perante a 4ª Vara de Família da Comarca de Campo Grande, no qual havia indícios da prática do crime de subtração de incapazes, previsto no art. 237 do Estatuto da Criança e Adolescente.

Accionado, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul (TJMS) entendeu pela legalidade da ordem emanado do juízo de primeira instância. Impetrado o *writ* perante a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, esta manteve o entendimento no sentido de ser admissível a interceptação telefônica por vislumbrar que, no caso, não era possível a adoção de nenhuma outra medida.

O TJMS considerou que é possível a interceptação na esfera civil quando nenhuma outra diligência puder ser adotada, como no caso julgado, em que foram expedidas, sem êxito, diversas cartas precatórias para busca e apreensão da criança. O Tribunal *a quo* assinalou que o caso põe em confronto, de um lado, o direito à intimidade de quem terá o sigilo quebrado e, de outro, vários direitos fundamentais do menor, como vida, saúde, educação, alimentação, lazer, cultura, dignidade, respeito, liberdade e convivência familiar e comunitária. Para o Tribunal local, o princípio do sigilo das comunicações telefônicas não é absoluto. No âmbito cível e em situação extremamente excepcional, é admitido este artifício quando nenhuma outra diligência puder ser adotada, mormente quando há possibilidade de se averiguar o possível cometimento do delito disposto no art. 237, do ECA.

Segundo o relator no STJ, Ministro Sidnei Beneti, a situação inspira cuidado. Urge transcrever seu voto:

É bem verdade que o art. 5º, inciso XII, da Constituição da República, dispõe ser “inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

A possibilidade de quebra do sigilo das comunicações telefônicas fica, em tese, restrita às hipóteses de investigação criminal ou instrução processual penal.

No caso, determinou-se a medida extrema em processo cível, que tramita perante a 4ª Vara de Família da Comarca de Campo Grande.

No entanto, o ato impugnado retrata hipótese excepcional, em que se cogita até mesmo a possibilidade de desaparecimento do menor, “*tendo em vista que o requerido sempre se furtou da justiça, desdenhando ainda do Poder Judiciário na medida em que compareceu a um Programa de Televisão e disse que nada o faria devolver o filho*” (e-STJ fl. 142). Várias cartas precatórias foram expedidas, segundo o Tribunal de origem, em “caráter itinerante”, e não teve sucesso a busca e apreensão da criança.

O Tribunal ainda destacou que, “*apesar da ordem emanar de Juízo Cível, há a possibilidade de se averiguar o possível cometimento do delito disposto no art. 237 do ECA*” (e-STJ fl. 143).

O referido dispositivo do Estatuto da Criança e do Adolescente tem a seguinte redação:

Art. 237. Subtrair criança ou adolescente ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou ordem judicial, com o fim de colocação em lar substituto: Pena – reclusão de dois a seis anos, e multa.

A situação, portanto, inspira mais cuidado do que, à primeira vista, pareceria ser o caso de aplicação pura e simples do preceito Constitucional que estipula a garantia do sigilo das comunicações. Há que se proceder à ponderação dos interesses constitucionais em conflito, sem que se possa estabelecer, *a priori*, que a garantia do sigilo deva ter preponderância.

São bem oportunas as observações feitas no parecer do Ministério Público Federal, do qual se transcreve o seguinte trecho (e-STJ fl. 174, os destaques são do original):

*Portanto, trata o caso da necessidade de se ponderar valores expressamente previstos na Constituição Federal. São eles: a proteção à intimidade, nos termos do art. 5º, X, da Constituição Federal, e a necessidade de se resguardar os direitos fundamentais do menor. A solução passa sem dúvida, pela leitura do texto do art. 227 da Constituição Federal. Conforme visto, a previsão constitucional visa a proteção dos Direitos Fundamentais da Criança e do adolescente pelo Estado **com absoluta prioridade**. Não haveria outro motivo para o acréscimo da expressão “absoluta prioridade” se não fosse para garantir à criança e ao adolescente a proteção integral de seus direitos fundamentais de modo absoluto, inclusive quando o resguardo desses direitos estiver em aparente confronto com outros direitos assegurados pela Constituição Federal. Assim, infere-se da Constituição Federal que, em uma análise de ponderação de valores, deve prevalecer a garantia dos direitos fundamentais da criança e do adolescente.*

Sem adiantar o mérito da questão, que será resolvido pelas instâncias ordinárias, tem-se que não se deve acolher as razões da impetrante a partir, tão-só, do fundamento de que a interceptação telefônica só é cabível em processo penal. Ou seja, não há inconstitucionalidade ou ilegalidade desde já evidenciada. Processo HC 203405 / MS HABEAS CORPUS 2011/0082331-3 Relator(a) Ministro SIDNEI BENETI (1137) Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA Data do Julgamento 28/06/2011 Data da Publicação/Fonte DJe 01/07/2011 RT vol. 913 p. 526

O STJ não conheceu o habeas corpus, pois entendeu que não havia ameaça à liberdade de ir e vir do paciente. Porém, decidiu que, ao sopesar o sigilo telefônico e o princípio da prioridade absoluta na proteção dos direitos das crianças e adolescentes, não há como se estabelecer, a priori, que deva prevalecer aquele. Desta forma, mesmo não entrando no mérito da questão, este Tribunal Superior deliberou que não deveriam ser acolhidos os fundamentos do impetrante, de que a interceptação telefônica só seria cabível em Processo Criminal.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no mesmo sentido, nos Embargos de Declaração nº 70050246891, Sétima Câmara Cível, julgado em 08/08/2012, proferiu decisão autorizando a interceptação telefônica em ação de execução de alimentos, com a finalidade de localizar o executado para cumprir com seu dever alimentar. Imprescindível destacar na íntegra o voto do relator Ministro Roberto Carvalho Fraga:

Compulsando melhor os autos para julgamento, verifico que, efetivamente, o julgado mostra-se contraditório, uma vez que, embora reconhecendo a sobreposição do direito à dignidade da vida das alimentandas em relação ao direito à intimidade do alimentante, indeferiu pedido que visava à busca e à localização do devedor.

Como já referi no voto do Agravo de Instrumento nº 70047240999, ora embargado, a Constituição Federal no artigo 5º, inciso XII, disciplina acerca da inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, dentre outras, ressalvando casos de investigação criminal e instrução processual penal, quando houve ordem judicial, nos termos da legislação infraconstitucional. Assim, resta claro que a quebra do sigilo telefônico, via de regra, poderá ser autorizada em casos de investigações criminais, não podendo ser indiscriminadamente autorizada em casos extrapenais.

Entretanto, no caso, por se tratar de execução de alimentos devidos a menores de idade (ambas filhas do executado), cuja demanda foi ajuizada no ano de 2000, portanto há mais de 10 anos, pode-se cogitar da referida determinação, uma vez que se está a proteger, com prioridade absoluta, o direito à vida e à sobrevivência digna de crianças e adolescentes, cujos direitos também estão amparados e garantidos constitucionalmente. A re-



ferência constitucional à “absoluta prioridade”, inserta no artigo 227 da CF, eleva tais direitos à categoria prevalente ao direito à intimidade, também garantido constitucionalmente, uma vez que trazem em seu bojo a garantia de uma sobrevivência adequada aos infantes, o que não pode ser relegado. Deste modo, a análise dos documentos juntados revela que, embora já tenha havido a prisão do executado e, após sua soltura, acordo entabulado em audiência em 2003, cujos termos não foram cumpridos pelo devedor, as exequentes, ora embargantes, nada mais têm a fazer, pois já tentaram localizar o alimentante em mais de 08 (oito) endereços diferentes, restando, apenas, a interceptação telefônica do devedor para se chegar ao seu paradeiro e, assim, tentar satisfazer seu crédito alimentar.

Efetivamente, não havendo mais outros meios de cobrança da dívida possível se mostra a medida restritiva aqui postulada, a fim de garantir o direito à vida e à dignidade das meninas.

Diante destas considerações é que entendo que o julgado embargado merece ser alterado, conferindo-se efeitos infringentes a estes aclaratórios, já que a interceptação telefônica mostra-se o único e indispensável meio de se atingir o propósito pretendido (cobrança da dívida alimentar).

Isto posto, acolho os embargos de declaração, concedendo efeito infringente ao julgado e, assim, dando provimento ao Agravo de Instrumento nº 70047240999, para autorizar a interceptação telefônica do executado, ora embargado. A factibilidade fica a encargo do juízo “*a quo*.”

Nos termos da situação acima delineada, percebe-se que o STJ, e mais recentemente também o TJRS, admitiram a utilização da interceptação telefônica diretamente no processo civil, sob o argumento da colisão de direitos fundamentais e a necessidade de aplicar a ponderação de interesses.

4.1 – ANÁLISE DO PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (HC 203405/MS) À LUZ DOS PRINCÍPIOS E BALIZAS CONSTITUCIONAIS

Conforme entendimento do STJ, no ordenamento jurídico brasileiro os direitos e princípios não podem ser interpretados de forma absoluta, posto que, com muita frequência, hão de ter-se em consideração, ao mesmo tempo, dois ou mais princípios tendentes a proteger valores igualmente importantes para o direito, mas suscetíveis de achar-se em recíproca oposição.

Neste caso, a colisão pode ser resolvida pela interpretação sistemática da Constituição, ou seja, uma interpretação que permite levar em consideração todas as disposições constitucionais relativas ao caso concreto e pelo critério da proporcionalidade.

A interpretação sistemática decorre da própria unidade da Constituição, haja vista que as normas jurídicas não podem ser estudadas de forma isolada, mas, ao contrário, devem ser analisadas no contexto sistemático de normas no qual estão inseridas. É bem verdade que a interpretação do texto constitucional só atenderá aos fins colimados pelo Estado Democrático de Direito, à realização dos princípios constitucionais gerais, se for feita sistematicamente, pois a interpretação isolada de garantias fundamentais lança à injustiças, insegurança jurídica e desigualdade no corpo social.

O Direito é um sistema unitário, completo e coerente, razão pela qual não é possível que haja antinomias reais entre as suas normas. Assim, todos os conflitos normativos são considerados aparentes, devendo ser resolvidos por meio de critérios fixados de antemão pelo ordenamento. Como consequência, o princípio da unidade da Constituição, enquanto importante preceito de hermenêutica, impõe ao intérprete buscar a harmonia entre os dispositivos constitucionais, solucionando as situações de conflito que surjam entre estes.

Os direitos à inviolabilidade da intimidade (art. 5º, X, CF) e das comunicações telefônicas (art. 5º, XII, CF) estão tutelados constitucionalmente, mas outros direitos de igual estrutura e dimensão merecerão proteção em idêntica sede (art. 5º, CF), como as garantias de liberdade, igualdade, solidariedade e, principalmente, a afirmação da dignidade humana, que se apresenta como valor máximo da ordem jurídica. Como não é possível haver incompatibilidade entre preceitos de índole constitucional, é necessário compatibilizar os princípios e valores, ponderando-os no caso concreto para descobrir qual merece proteção no caso específico.

Por conseguinte, o fundamento para a aplicação do princípio da proporcionalidade é o fato de que, havendo o choque de dois valores constitucionais, o problema não pode ser resolvido pelos critérios tradicionais de solução das antinomias. Os critérios para a solução das antinomias entre duas leis são a hierarquia, tempo e especialidade. Critério da hierarquia: havendo conflito entre duas leis, prevalece a lei hierarquicamente superior. Critério tempo: havendo conflito entre duas leis, agora da mesma hierarquia, prevalece a lei posterior. Critério da especialidade: havendo conflito entre uma norma geral e uma norma especial, prevalece a norma especial. O critério de hierarquia não funciona porque são normas da mesma hierarquia. O critério cronológico igualmente não funciona porque ambas as normas nasceram juntas na CF/88. Por fim, o critério da especialidade não funciona, via de regra, porque os direitos fundamentais previstos na CF/88 são direitos genéricos, com igual valor, não tem um especial. Deste modo, o único critério possível para resolver esse conflito é o princípio da proporcionalidade.

O conceito de proporcionalidade foi elaborado pelo Tribunal Constitucional alemão como um método para controlar a restrição aos direitos fundamentais. É uma regra de interpretação e de aplicação do direito, e deve ser empregada quando um ato destinado a promover a realização de um direito fundamental implique a restrição de outro direito fundamental, para que essa restrição não tome dimensão desproporcional.



Tal conceito foi desenvolvido com uma estrutura formada por subelementos, quais sejam adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, os quais devem ser analisados nesta ordem, sendo que a análise do subsequente pressupõe que o elemento anterior tenha sido constatado positivamente. Adequação significa que o meio deve ser apto a estimular a obtenção do resultado pretendido. Necessidade, por sua vez, denota que o meio utilizado deve ser o que viole menos os direitos fundamentais para a realização de um determinado resultado. Já a proporcionalidade em sentido estrito diz respeito ao sopesamento dos bens jurídicos em conflito, ou seja, deve-se sopesar a restrição ao direito fundamental violado em contrapartida à importância do direito fundamental que com ele colide.

Barbosa Moreira (1996, p. 15-16) explica que as normas jurídicas em geral, e as normas constitucionais em particular, se articulam num sistema, cujo equilíbrio impõe que em certa medida se tolere algum detrimento aos direitos por elas conferidos. Os interesses e valores que as inspiram não raro entram em conflito uns contra os outros, de tal sorte que se torna impraticável dispensar a todos, ao mesmo tempo, integral proteção. Para assegurar a harmonia do conjunto, cumpre reconhecer que eles se limitam reciprocamente de modo inexorável. Daí a conveniência de deixar ao aplicador da norma restritiva determinada margem de flexibilidade no respectivo manejo, para que atento à ponderação comparativa dos interesses em jogo no caso concreto afigure-se capaz de permitir que se chegue a solução conforme à Justiça.

Explica Daniel Sarmento (2003, p. 23) que:

longe de se limitar à normatização esquemática das relações entre cidadão e Estado, a Constituição de 1988 espalhou-se por uma miríade de assuntos, da família à energia nuclear. Assim, é difícil que qualquer controvérsia relevante no direito brasileiro não envolva, direta ou indiretamente, o manejo de algum princípio ou valor constitucional. A ponderação de interesses assume, neste contexto, relevo fundamental, não apenas nos quadrantes do Direito Constitucional, como também em todas as demais disciplinas jurídicas.

Segundo Lênio Luiz Streck (1997, p. 42-23) a questão central, segundo o constitucionalismo moderno, não é se o legislador pode ou não restringir direitos, senão se sua intervenção se dá dentro de limites excepcionais e proporcionais. Algumas normas constitucionais preveem, expressamente, a possibilidade de limites a direitos fundamentais (caso típico é o inciso XII em pauta). Outras normas não contam com a previsão de restrição. Nem por isso foi restabelecida a doutrina dos direitos absolutos. Nem sequer o direito à vida, que é o mais relevante, é totalmente intangível.

Asseveram Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (p.57-58) que a aplicação do método de proporcionalidade conduz, por mãos seguras, à admissibilidade excepcional da prova ilícita, sempre que o bem jurídico prestigiado sobrepujar o bem sacrificado, no caso, a intimidade.

Dessa maneira, ilustrativamente, seria admissível a prova ilícita em uma ação de destituição do poder familiar, protegendo integralmente a criança ou adolescente. (CF, art. 227).

Nesta linha de pensamentos, alguns doutrinadores vêm entendendo que é possível invocar a interceptação telefônica na esfera extrapenal (cível, infância e juventude, investigação de paternidade, destituição do poder familiar, interdição etc.), percebendo nelas que o valor salvaguardado é de maior peso do que a intimidade ou privacidade sacrificada.

Diante destas considerações, entendem que atribuir valor absoluto às normas tuteladoras de direitos individuais pode significar inversão de valores prejudiciais à manutenção da ordem pública, lesar interesses juridicamente tutelados, levar à impunidade, conduzindo ao desequilíbrio social. Daí a conveniência de que se deixe uma certa margem de liberdade ao julgador, a fim de que este tenha oportunidade de agir com coerência e bom senso em face das circunstâncias e peculiaridades de cada caso.

Em contrapartida, não se pode deixar de advertir que o princípio da proporcionalidade traz em si uma carga enorme da subjetividade, porque quem vai dizer qual é o valor mais importante ou o valor menos importante é o juiz. Neste diapasão, Luiz Francisco Torquato Avolio (2003 p. 66-67) faz uma ponderação crítica acerca da aplicação do princípio da proporcionalidade advertindo que:

a teoria encerra um subjetivismo ínsito, que já deflui da impossibilidade de enunciação dos seus elementos essenciais – interesses e valores – num plano abstrato. Por isso, não é de causar estranheza o ceticismo daqueles que vêem no princípio da proporcionalidade um parâmetro excessivamente vago e perigoso para uma satisfatória sistematização das vedações probatórias. Sem dúvida, existe o perigo de que os juízes venham a orientar-se somente com base nas circunstâncias particulares do caso concreto e percam de vista as dimensões do fenômeno no plano geral.

Assim, analisado os parâmetros da interpretação sistemática da Constituição e da ponderação de interesses, premissas utilizadas para justificar a utilização da interceptação no processo civil, cumpre trazer à baila as posições doutrinárias sobre o tema.

4.2 – ADMISSIBILIDADE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NO PROCESSO CIVIL

Passou-se a prever a possibilidade de interceptação telefônica diretamente no processo civil, visando corrigir possíveis distorções que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade. Essa atenuação prevê, com base na interpretação sistemática da Constituição e princípio da proporcionalidade, que, sempre em caráter excepcional e em



casos extremamente graves, em que se perceba que o direito tutelado é mais importante que o direito a intimidade, poderão ser utilizadas interceptação telefônica no processo civil.

Os adeptos desta posição entende que nenhuma liberdade pública é absoluta e não pode ser utilizada como escudo protetivo da prática de atividades contrárias ao direito. Além disso, deve a Constituição Federal ser interpretada teológica, sistemática, progressiva e extensivamente, afinal o direito evolui com o tempo e de acordo com as transformações sociais, não sendo crível ao legislador prever em dado momento todas as condutas possíveis para a satisfação dos anseios da sociedade. Diante destas circunstâncias, não resta alternativa ao operador e intérprete do Direito senão recorrer ao fenômeno da interpretação sistemática da Constituição Federal e ponderação de interesses.

Luiz Francisco Torquato Avolio (2003, p. 41) assevera que nada impede a aplicação do princípio da proporcionalidade no processo civil ou de qualquer outra natureza, desde que exista, no plano concreto, a contraposição de dois interesses juridicamente relevantes. O caráter de indisponibilidade presente no Direito de Família e no Direito Público, em geral, poderá suscitar situações de confronto entre direitos e garantias fundamentais, com eventuais reflexos no processo.

Barbosa Moreira (1996, p. 19) adverte que não parece razoável a diferença que se estabelece entre o campo penal e civil.

Não se repitam as velhas e desmoralizadas trivialidades sobre o caráter mais “grave” dos efeitos da sentença penal em comparação com as da sentença civil. Um pensamento superficial costuma trazer à colação, a tal respeito, a oposição entre decisões que só interessam ao patrimônio e decisões que afetam a liberdade pessoal. É esquecer que no âmbito cível se trata com frequência de problemas relativos a aspectos íntimos e relevantíssimos da vida das pessoas, como ocorre, por exemplo, nos assuntos de família; e também que no processo penal pode igualmente estar em jogos apenas o patrimônio, como acontece quando a infração não é punível senão com multa.

A Constituição de 1988 equiparou com acerto o processo civil (*rectius* qualquer processo) ao penal, no que tange às garantias dos litigantes. Por exemplo: o art. 5º LV, que sanciona o princípio do contraditório, nenhuma distinção admite desse ponto de vista: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.” De maneira alguma se justifica a adoção de diretrizes diversas no terreno aqui focalizado. A diferença de tratamento não pode deixar de causar perplexidade: eis a explicação mais provável do fato de que ilustre constitucionalista haja afirmado que o texto não distingue entre a instrução processual penal e a civil.

Justifica-se a possibilidade da utilização da interceptação telefônica no processo civil, sob o argumento de que não há garantias constitucionais absolutas, a exemplo de o Código Penal admitir a prática de homicídio em legítima defesa, mesmo com a garantia da inviolabilidade do direito à vida, previsto na Carta Magna. Da mesma forma, o art. 5º, XII, embora disponha sobre o sigilo de correspondência, sem abrir exceção, reconhece-se a legitimidade do art. 41, parágrafo único, da Lei de Execução Penal, que admite a interceptação de carta de presidiário por ato motivado do diretor do estabelecimento.

Com esse mesmo entendimento, o Superior Tribunal Federal decidiu pela possibilidade excepcional de interceptação de carta de presidiário pela administração penitenciária, entendendo que a “inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas” (STF, 1ª Turma, HC nº 70/814-5/SP, Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 24 jun. 1994, p. 16.650 – RT 709/418. STF – Carta Rogatória nº 7.323-2 – Rel. Min. Celso de Mello – Presidente. Diário da Justiça, Seção I, 11 jun. 1999, p.40; RTJ 157/44).

Não obstante não constar ressalva no texto constitucional no que pertine ao sigilo de transmissão de dados, o Tribunal Superior do Trabalho permite que o empregador fiscalize o correio eletrônico do empregado, não reconhecendo, portanto, a inviolabilidade do e-mail corporativo.

Deste modo, entende-se que não pode o Estado, sob o manto da proteção à intimidade, fechar os olhos a práticas lesivas a outros valores. Também não se pode interpretar a Constituição de maneira reducionista ou contra seus princípios, de forma que alguns juristas ponderam para uma interpretação conforme a Constituição, a fim de permitir a utilização da interceptação telefônica no processo civil.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2009, p.717) defendem a possibilidade de interceptação telefônica também para fins civis, declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade da norma regulamentadora, que não pode isolar o valor constitucional liberdade de outros valores igualmente relevantes, como o próprio direito à vida digna.

Nesta linha de inteligência, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul determinou a interceptação telefônica em ação de alimentos para salvaguardar os interesses do alimentando, aplicando, na espécie, a ponderação de interesses. (TJ/RS, Ac, unân, 7ª Câmara, Civil., AgrInst 70018683508 – comarca de Porto Alegre, Rel. Des. Maria Berenice Dias, j. 28.3.07).

Para esta corrente doutrinária a inadmissibilidade da utilização da interceptação telefônica no processo civil tem de sofrer certas ressalvas, sob pena de inviabilizar um dos propósitos do Estado de Direito, que é a promoção da Justiça. Não podendo admitir que interesses individuais se sobreponham a relevantes direitos, em prejuízo da ordem social e favorecendo a impunidade, o que leva ao descrédito do sistema estatal e compromete a segurança jurídica.



Finalmente, cabe salientar que, mesmo para os defensores desta posição, a utilização da interceptação telefônica no processo civil não deve ser aceita, a não ser em casos excepcionais, quando for extremamente difícil ou impossível a obtenção do resultado de forma que não afronte qualquer direito individual e quando imprescindível para materialização da justiça.

4.3 – INADMISSIBILIDADE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NO PROCESSO CIVIL

A intimidade é garantia fundamental da pessoa humana, não podendo por qualquer meio ser violada, senão pelos termos expressos na Carta Magna que o instituiu. Isto basta para afirmar que não poderá ser concedida autorização para interceptação telefônica, quando esta não tiver por fim a produção de prova em investigação ou instrução penal, sob pena de violar-se frontalmente o inc. XII do art. 5º da Constituição Federal.

Nas lições de Alexandre Câmara (2011, p. 403) “parece, assim, obviamente afastada a possibilidade de utilização da escuta telefônica, ainda que autorizada, como meio de prova no processo civil.”

Neste mesmo sentido é a posição de Nelson Nery Júnior (2004, p. 203) para quem, sendo norma de exceção, o disposto no inciso XII do art. 5º da CF deve ser interpretado restritivamente. Quer isto dizer que somente o juiz criminal pode autorizar a interceptação telefônica, quando ocorrerem as hipóteses previstas na Constituição Federal. O juiz do cível não pode determinar escuta telefônica para formar prova direta no processo civil.

Para Fernando Capez (2010, p. 565) não se admite a quebra do sigilo para instruir processo cível, já que a autorização só é possível em questão criminal. Da mesma forma, incabível a interceptação em sede de inquérito civil ou ação civil pública.

Com efeito, a regra constitucional é a da proteção da intimidade, a exceção é a da quebra do sigilo das comunicações, sendo, por este motivo, limitada pelo constituinte e também pelo legislador ordinário. Como se sabe, normas que criam exceção não admitem interpretação extensiva. Assim, tal previsão constitui importante garantia do investigado ou acusado, uma vez que torna a interceptação efetuada para finalidade diversa daquela prevista em lei meio de prova inaproveitável, em razão de ferir o princípio do devido processo legal.

De fato, conforme destaca Antônio Magalhães Gomes Filho (1996, p.17) o direito à prova, como corolário dos próprios direitos de ação e de defesa, possui estatura constitucional, mas nem por isso pode sobrepor-se sistematicamente aos demais valores tutelados pela ordem jurídica. Especialmente no campo penal, é inconcebível que o Estado banalize os direitos fundamentais para obter provas

Ainda que assim não fosse, ao se admitir o conflito aparente entre o sigilo das comunicações telefônicas e a prioridade absoluta na proteção de outros direitos fundamentais, faz-se necessário verificar a proporcionalidade da medida adotada à luz dos elementos da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A decretação de interceptação telefônica em processo cível mostra-se adequada para se atingir o fim objetivado com tal medida, que é, por exemplo, saber o paradeiro de uma criança que estava em poder de seu genitor, sem que este tivesse autorização para tanto. Contudo, tal medida não é necessária, pois é possível realizar a interceptação por outro meio: basta que o juiz da vara da família requirite a instauração de inquérito policial, se for o caso, bem como a realização da interceptação. Neste caso, não haveria nenhuma violação ao direito fundamental assegurado, uma vez que a Constituição Federal permite que a interceptação telefônica seja efetuada para fins de investigação criminal. Assim, ainda que se admita o conflito aparente entre direitos fundamentais, a medida não é proporcional por ausência de necessidade, pois há outro meio para se atingir o mesmo fim, sem violar o direito fundamental em análise. (PELLIN, 2012, p. 18).

Embora admita-se que restrições a direitos fundamentais são realmente inevitáveis, num contexto democrático, é importante evitar violar o texto constitucional, para não se correr o risco de um esvaziamento progressivo das normas de Direito Fundamental. Destarte, a suspensão de certos direitos fundamentais é autorizada em casos limitados previstos na própria Constituição da República e de acordo com o devido processo legal-constitucional. A tensão social e o sentimento de impunidade não autorizam juízes a se sobreporem à Carta Magna e suprimirem determinadas garantias e direitos.

Nestes termos, em nenhuma hipótese pode a interceptação telefônica ser utilizada como meio de obtenção de prova no âmbito cível, sob pena de restarem feridas as garantias constitucionais do devido processo legal e da proteção à intimidade do indivíduo. E nem se diga que o princípio da proporcionalidade pode ser aplicado, sendo necessário modificar a lei, uma vez que as exceções somente devem ser interpretadas literalmente, minimizando, dessa forma, os prejuízos à restrição do direito à intimidade do indivíduo, não comportando exegese ampliativa.

5 – CONCLUSÃO

É notável a complexidade e importância que representa o tema discorrido. O problema inclui-se entre os mais árduos que a ciência processual e a política legislativa têm precisado enfrentar, dada a singular relevância dos valores eventualmente em conflito. De uma lado é natural que suscite aversão à possibilidade de que alguém tire proveito de uma ação que



viole o direito à intimidade; de outro, há o interesse público de assegurar ao processo resultado justo, o qual normalmente impõe que não se despreze elemento algum capaz de contribuir para o descobrimento da verdade. É difícil encontrar o ponto de perfeito equilíbrio entre as duas exigências contrapostas.

É cediço que não há como o ordenamento jurídico prevê todas as hipóteses fáticas da vida humana, apontando a necessidade do direito ser construído diuturnamente, a partir da resolução do caso concreto. Entretanto, os aplicadores do direito não podem consentir com restrição a direitos fundamentais em hipóteses não admitidas pela legislação pátria, haja vista ser esta uma exceção à garantia constitucional do sigilo das comunicações, devendo, portanto, ser utilizada em situações excepcionais e sempre em última instância.

Deste modo, o direito “menor” à intimidade não pode ser usado pelo Poder Judiciário como argumento para admissão da interceptação telefônica no Processo Civil, encoberto no manto protetor do princípio da proporcionalidade. Ao assegurar o sigilo das comunicações, a Constituição Federal já estabeleceu em que situação seria possível restringi-lo, não cabendo ao intérprete fazer uma análise contrária ou mais abrangente do texto constitucional, até mesmo porque toda limitação a direito fundamental deve ser entendida de forma restrita.

Na realidade o que se tem hoje é a preguiça de investigar, utilizando-se da teoria dos caminhos mais fáceis, o que não deve ser admitido. A investigação no Estado Democrático de Direito, conforme instituído pela República Federativa do Brasil, possui limites legais expressos que não podem ser violados, sob pena de inobservância dos princípios do devido processo, do contraditório e da ampla defesa.

Diante deste contexto, está claro que o art. 5º, XII, da CF, ao assegurar o sigilo das comunicações como um direito fundamental do indivíduo em face do Estado, retirou de seu âmbito de proteção apenas as interceptações telefônicas realizadas para fins de investigação criminal e instrução penal. Apenas com esta finalidade, portanto, é permitida a intervenção no âmbito de proteção deste direito fundamental.

Por fim, deve se atentar para o fato de que o julgado do STJ que permitiu a interceptação telefônica em um processo de natureza civil foi a solução para aquele caso concreto, diante das circunstâncias fáticas apresentadas, não se podendo dizer que tal decisão poderia ser proferida em situações diversas. Isto significa que não passou a estar autorizada a interceptações telefônica em todo e qualquer processo civil, continuando válida a regra constitucional de vedação da interceptação telefônica em processo diverso do criminal.

Se assim não fosse, um procedimento a ser realizado em casos excepcionais, pois representa a quebra de um direito fundamental, tornar-se-ia uma prática costumeira em nosso País,

ocasionando a debilidade de todo o ordenamento jurídico. Nessa linha de interpretação, cuidados especiais devem ser tomados até mesmo para evitar que o processo penal sirva como meio oblíquo para legitimar a prova no processo civil.

6 – REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Leonei Maruí Moura de. Interceptação das comunicações telefônicas: ato exclusivo de investigação criminal ou polícia judiciária. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v.12, n.141, p. 14-15, ago. 2004.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. Interceptação Telefônica em Ação de Execução de Alimentos. **De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**. n. 9, p. 266-277, jul./dez., 2007.

AMORIM, Maria Carolina de Melo. Considerações sobre o segredo judicial e as provas colhidas com a quebra de sigilo das comunicações telefônicas. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, ano 18, n. 211, p. 13-14, jun., 2010.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas: Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**, 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BELLOQUE, Juliana Garcia. Nova disciplina jurídica da quebra do sigilo das comunicações telefônicas. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v.11, n.127, p. 12, jun. 2003.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 16ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 203405/MS, da Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, Mato Grosso do Sul, 28 de julho de 2011. Disponível em :<<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 17 de julho de 2012.

CABETE, Eduardo Luiz Santos. Artigo 1º, Parágrafo Único da Lei nº 9.296/1996 e a Questão da Constitucionalidade. **Revista de Direito Público**. n. 21, p. 67-75, mai./jun., 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. vol. I. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 21ª ed., 2012

CAMBI, Eduardo. Interceptação telefônica – Breves considerações sobre a Lei 9.296/1996. **Revista de Processo**, ano 29, n. 118, p. 143-148, nov./dez., 2004.



CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: legislação penal especial**, 5ª. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, v. 4.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Lei 9.296/96 : interceptação telefônica. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, n. 47, p. 03, out. 1996.

COIMBRA, Valdinei Cordeiro. **Interceptação telefônica como prova emprestada em Processo Administrativo Disciplinar**. Clubjus, Brasília-DF: 29 jun. 2007. Disponível em:http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=797. Acesso em: 01 de julho de 2012.

CUNHA JÚNIOR, Dirleyda. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed., Salvador: Editora JusPodivm, 2011.

DELMANTO, Roberto. A permissão constitucional e a nova lei de interceptação telefônica. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, n. 47, p. 02, out. 1996.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Direito Probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação de sentença e coisa julgada**, Salvador: JusPodium, 2007, vol. 2

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil – Teoria Geral**. 8ª. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FERNANDES, Antonio Scarance. Interceptações telefônicas : aspectos processuais da nova lei. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, n. 45, p. 15-16, ago. 1996.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A violação do princípio da proporcionalidade pela Lei 9296/96. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, n. 45, p. 14, ago. 1996.

GOMES, Luiz Flávio. Interceptação telefônica e encontro fortuito de outros fatos. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, n.51, p. 06, fev. 1997.

_____. **Interceptação Telefônica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação Telefônica: consideração sobre a Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996**. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades do Processo Penal**. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

JESUS, Damásio Evangelista de. Valor da prova obtida por escuta telefônica [Comentário de jurisprudência]. **Boletim IBCCRIM**. Jurisprudência. São Paulo, v.1, n. 9, p. 24, out. 1993.

MACHADO, Agapito. Prova emprestada. Interceptação telefônica. Validade?. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 620, 20mar.2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6239>>. Acesso em: 18 jul. 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de Conhecimento**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 2.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

MIRANDA, Andréa Paula Matos Rodrigues de. Provas Ilícitas e Interceptação Telefônica. **Revista dos mestrandos em Direito Econômico da UFBA**, n. 9, p. 95-110, jan./dez., 2001.

MORAES, de Alexandre. **Direito Constitucional**. 27ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

_____. **Direitos humanos fundamentais**. 5ª. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Constituição e As Provas Ilícitamente Adquiridas. **Revista de Direito Administrativo**. v. 205, p. 11-22, jul./set. 1996.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**, 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

PRADO, Geraldo. **Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

RANGEL, Paulo. Breves considerações sobre a Lei 9296/96 (interceptação telefônica). **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 41, 1maio2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/195>>. Acesso em: 30 jul. 2012.

RIBEIRO, Karine Silva; ALVARES, Delaine de Sousa Silva Alvares. **A interceptação Telefônica Meio de Prova Emprestada em Processo não Criminal**. Disponível em <<http://revista.universo.edu.br/index.php/1direitoconstrucao3/article/viewFile/61/62>>. Acesso em: 18 jul. 2012.

ROCHA, Miranda. A Inconstitucionalidade da Lei nº 9.296/96 (Interceptação Telefônica). **Revista Jurídica dos Formandos da UFBA**, v. 2, p. 487-496, 1997.



SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**, 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Interceptação telefônica [Comentário de jurisprudência]. **Boletim IBCCRIM**. Jurisprudência. São Paulo, v.4, n.44, p. 155, ago. 1996.

SILVA FILHO, Gustavo Carvalho da; NETO BONFIM, Urbano Félix da. Provas Ilícitas – Com Ênfase na Interceptação Telefônica. In FARIA JÚNIOR, César de. (coord.). **Processo Penal Especial**. São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 57-93.

SILVEIRA, Oscar Marcelo Silveira de. **Interceptação telefônica face aos direitos individuais**. Disponível em <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em: 02 jul 2012

SIMANTOB, Fabio Tofic. O uso abusivo das interceptações telefônicas. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v.14, n.167, p. 12, out. 2006.

STRECK, Lênio Luiz. **As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

TALAMINI, Eduardo. A prova emprestada no processo civil ou penal. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 1998, n.91, 90-109.

TASSARA JÚNIOR, Waldemar Antônio. **Interceptação telefônica a luz do ordenamento jurídico brasileiro após o advento da Lei 9296/96**. Disponível em <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em 18jul 2012.

A EFETIVIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS VERSUS A IMPROBIDADE PROCESSUAL: SANÇÕES APLICÁVEIS

Laise de Carvalho Leite Maltez⁵

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2 O DESRESPEITO ÀS DECISÕES JUDICIAIS – *CONTEMPT OF COURT*; 2.1 CONCEITO E BREVE ESCORÇO HISTÓRICO; 2.2 CLASSIFICAÇÃO; 2.2.1 *CONTEMPT* DIRETO (*DIRECT CONTEMPT*) E INDIRETO (*INDIRECT CONTEMPT*); 2.2.2 *CONTEMPT OF COURT* CRIMINAL E CIVIL; 3 *CONTEMPT OF COURT* NO BRASIL; 4 MEDIDAS DE APOIO COMO MEIOS HÁBEIS PARA A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL; 5 MULTAS PREVISTAS NO CPC E POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO COM O ARTIGO 14 PARÁGRAFO ÚNICO DO CPC; 6 PRISÃO POR DESOBEDIÊNCIA À ORDEM JUDICIAL; 6.1 PRISÃO CIVIL; 6.2 PRISÃO PENAL; 7 CONCLUSÃO; 8 REFERÊNCIAS.

Resumo:

O presente trabalho tem por escopo trazer à discussão, diante da crise de efetividade do Judiciário, em razão do descumprimento de provimentos mandamentais, a aplicabilidade do instituto do *contempt of court*, nos moldes da *common Law*, ao direito brasileiro, mormente a admissibilidade de prisão civil como técnica de execução indireta.

Palavras-chave: *Contempt of court*; Decisão judicial; Crise de autoridade; Ato atentatório ao exercício da jurisdição; Sanções previstas; Multa; Prisão civil; Prisão penal.

Abstract:

The scope of this paper is to bring the discussion before the crisis of effectiveness of the judiciary, because of noncompliance with provisionses mandamentais, the applicability of the Institute of contempt of court, similar to the common Law, the Brazilian law, especial/y the admissibility of civil imprisonment as a technique of indirect execution.

Keywords: *Contempt of court*; Judicial decision; Authority crisis; Offense to jurisdiction; Sanctions; Fine; Civil Arrest; Criminal Arrest.

5 – Defensora Pública de Classe Especial, Especialista em Direito do Estado pela Faculdade Baiana de Direito



1 – INTRODUÇÃO

Hodiernamente se tem enfrentado um grande problema no que tange à efetividade das decisões judiciais. Se, por um lado, permitiu-se a adoção de técnicas de agilização da resposta judicial, mormente por meio da antecipação dos efeitos da tutela, por outro lado, está-se diante de uma verdadeira crise de autoridade do Judiciário, em função do crescente descumprimento das ordens judiciais.

As técnicas de agilização da resposta judicial surgiram em razão da angústia em constatar que, muitas vezes, aguardar o término do processo para, enfim, ter-se o provimento pleiteado, não traria a utilidade prática esperada pela parte, em razão do largo lapso temporal entre o ajuizamento da demanda e a resposta judicial definitiva. Daí surgiram, a título de exemplo, as tutelas antecipada e específica, com a adoção das medidas coercitivas de cumprimento dos atos judiciais.

Os provimentos judiciais de antecipação dos efeitos da tutela ou resultado equivalente são dotados de caráter mandamental, nos termos da classificação quinária, proposta por Pontes de Miranda, a saber, ação declaratória, condenatória, constitutiva, mandamental e executiva *lato sensu*, em contraposição à teoria clássica da tripartição das ações – também conhecida como classificação trinária –, formulada pela doutrina italiana clássica, que exclui as duas últimas.

Nas preciosas lições de Marinoni:

Tudo isso revela que o sistema clássico de tutela dos direitos não foi pensado para permitir a tutela preventiva, ou ainda que a doutrina clássica não se preocupava com a tutela preventiva de direitos, o que certamente tinha relação com a ideia de que qualquer infringência à lei ou ao contrato poderia ser recomposta através de dinheiro e de que não importava a tutela preventiva, única realmente adequada para tutelar os novos direitos.

Se a sentença declaratória não é hábil para permitir a prevenção, e se a sentença condenatória tem um nítido escopo repressivo, não há possibilidade de se encontrar, dentro da classificação trinária das sentenças, uma via adequada para a tutela dos direitos não patrimoniais, o que revela uma total incapacidade do processo civil clássico para lidar com as relações mais importantes da sociedade contemporânea⁶.

Para Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, a ação mandamental e a executiva *lato sensu* podem ser assim definidas:

6 – Marinoni, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional do processo de conhecimento. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 433.

É o caso da sentença que concede mandado de segurança, ou da proferida contra oficial do registro público para retificação de nome, ou para cumprimento específico das obrigações de fazer ou não fazer. Para o descumprimento da ordem emanada pela sentença mandamental, o ordenamento prevê sanções de natureza material e processual, chegando até a eventual configuração de crime de desobediência (com a necessidade, para a sua caracterização, de processo criminal revestido de todas as garantias do devido processo penal).

Ainda, fala-se também da existência da sentença executiva como uma quinta modalidade. Mediante a ação judicial que busca um provimento executivo, tem-se em mira um processo de conhecimento em que sua decisão seja em muito análoga à condenatória, mas provida de uma especial eficácia consistente em legitimar a execução sem necessidade de novo processo subsequente de execução ou qualquer incidente complexo, como o “cumprimento da sentença”, sendo exemplo desta as possessórias e as ações de despejo⁷.

Destaque-se que, para parte da doutrina, a classificação quinária é tão-somente o desdobramento das ações condenatórias, com o que não concordamos⁸. Entretanto, pela limitação do tema do presente trabalho, não se fará uma análise mais aprofundada a respeito da classificação dos provimentos judiciais.

Ratificando o entendimento de que as decisões proferidas em ações mandamentais trazem um conteúdo tendente à efetividade do cumprimento das obrigações, o legislador dotou o magistrado de poder de coerção, impondo, a título exemplificativo, à parte recalcitrante, as medidas previstas no art. 461 § 5º do Código de Processo Civil: “multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial”.

Ademais, o descumprimento imotivado de provimentos mandamentais, bem como a conduta de criar embaraços à efetivação de comandos judiciais, antecipatórios ou finais, caracteriza ato atentatório ao exercício da jurisdição, nos termos do artigo 14, parágrafo único, CPC, sujeitando a parte e todos aqueles que participaram do processo a sanções criminais, civis e processuais.

Portanto, não se pode olvidar que não basta assegurar constitucionalmente, como direito fundamental, o acesso à justiça, insculpido no artigo 5º, XXXV, CF. Mister se faz compreendê-

7 – CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 18ª. ed., São Paulo : Editora Malheiros, 2002, p. 302.

8 – A propósito, Marinoni afirma: “Ora, se surgiu uma nova necessidade de proteção jurisdicional e, assim, uma nova modalidade de tutela, não há razão para se preservar a antiga classificação trinar, como se ela fosse absoluta e intocável. (Marinoni, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional do processo de conhecimento. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 441



-lo em seu sentido material, ou seja, deve-se garantir o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva⁹, escopo do direito processual moderno. Para tanto, o magistrado deve estar dotado de poderes e meios capazes de impor e fazer cumprir as ordens e decisões judiciais, sob pena de tais comandos travestirem-se em meras declarações de intenções, palpites, recomendações, uma vez que não seriam dotados de coercibilidade.

Deste modo, o objeto do presente artigo é a reflexão a respeito das sanções aplicáveis àquele que, de maneira injustificada, descumpra ou cria embaraços à efetivação das ordens judiciais. Poder-se-ia afirmar que o legislador adotou o *contempt of court* do sistema da *common law*? Quais as espécies de sanções a serem aplicadas? Podem ser cumuladas? E, no caso de aplicação das multas, a quem será revertido o valor? Qual o momento da exigibilidade da multa? E nas hipóteses em que são previstas multas por dia de atraso e, mesmo assim, a parte se recusa a cumprir, o que fazer? Caberia prisão civil? Dita prisão estaria abarcada pela Constituição Federal? A parte responderia pelo crime de desobediência, previsto no artigo 330, Código Penal? Diversos são os questionamentos a respeito do tema.

2 – O DESRESPEITO ÀS DECISÕES JUDICIAIS – CONTEMPT OF COURT

2.1 – CONCEITO E BREVE ESCORÇO HISTÓRICO

A responsabilização por má conduta processual é denominada, no direito anglo-saxão, *contempt of court*. Noutro dizer, é o descumprimento da ordem judicial podendo fazê-lo, ou seja, a parte, intencionalmente, recusa-se a cumprir o comando judicial, criando, assim, embaraços ao processo.

Tal instituto caracteriza-se por dotar o magistrado de poderes (*contempt power*) capazes de prevenir/punir o desacato, a chicana processual, aplicando, assim, diante da conduta perpetrada, as sanções (*contempt sanctions*), mediante a realização de procedimentos específicos para apurar a ocorrência do *contempt of court* (*contempt proceedings*).

As medidas utilizadas pelo magistrado reúnem uma dupla função, a saber, a **função punitiva**, à medida que impõe sanções na hipótese de descumprimento e/ou embaraço à efetividade da tutela jurisdicional, como também a **função coercitiva ou preventiva**, pois inflige à

9 – Marínoni observa que: "Não é por outro motivo que o direito à prestação jurisdicional efetiva já foi proclamado como o mais importante dos direitos, exatamente por constituir o direito a fazer valer os próprios direitos." E, mais adiante aduz que: "Entretanto, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, quando se dirige contra o juiz, não exige apenas a efetividade da proteção dos direitos fundamentais, mas sim que a tutela jurisdicional seja prestada de maneira efetiva para todos os direitos. Tal direito fundamental, por isso mesmo, não requer apenas técnicas e procedimentos adequados à tutela dos direitos fundamentais, mas sim técnicas processuais idôneas à efetiva tutela de quaisquer direitos. De modo que a resposta do juiz não é apenas uma forma de se dar proteção aos direitos fundamentais, mas sim uma maneira de se dar tutela efetiva a toda e qualquer situação de direito substancial, inclusive aos direitos fundamentais que não requerem proteção, mas somente prestações fáticas do Estado (prestações em sentido estrito ou prestações sociais)." (MARINONI, Luis Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/5281/o-direito-a-tutela-jurisdicional-efetiva-na-perspectiva-da-teoria-dos-direitos-fundamentais#ixzz21CT6KVu5>. Acesso em 20 jul. 2012).

parte uma pressão psicológica, impondo medidas que visam instar a parte ao cumprimento do comando judicial¹⁰.

Para a aplicação do instituto, mister se faz a presença dos seguintes elementos:

- a) Existência de uma ordem legal, proferida por autoridade competente;
- b) Ciência inequívoca da ordem pela parte a quem o comando é endereçado;
- c) Possibilidade fática de cumprimento da ordem emanada;
- d) Descumprimento injustificado da ordem.

A origem do instituto é controvertida. Entretanto, a mais aceita é no sentido de que o *contempt of court* teve sua origem no Direito Romano, por meio dos interditos, contudo, seu desenvolvimento deu-se no direito anglo-saxão, no sistema da *common Law*.

Araken de Assis apresenta, em síntese, a origem histórica do *contempt of court* no sistema. Aparentemente, a primeira referência à sua aplicação remonta ao ano de 1187, em hipótese de réu que não acudiu à citação. Shakespeare mencionou o respeito à autoridade do juiz em celebrada passagem da peça Henrique 5.º, em que dialogam o rei e o *Chief of Justice. common law*:

O poder de o juiz exigir e impor acatamento às suas determinações, decorrentes da parcela da soberania que lhe é conferida, parece essencial à subsistência da ordem, nas suas esferas legítimas de governo e da justiça. Nenhuma corte ou tribunal, assevera James Oswald, carece do poder de vindicar sua própria autoridade, dignidade e respeito. Na Inglaterra, a configuração básica do instituto emergiu de voto do Juiz Wilmot, publicado depois de sua morte, em 1802, e influenciado por Blackstone. Tratava-se da publicação de libelo por um livreiro chamado Almon contra o *Chief Justice* Lord Mansfield. Em síntese, o poder de contempt, na concepção do Juiz Wilmot, decorria da possibilidade qualquer corte vingar sua própria autoridade, prendendo ou multando quem a desafiasse em caráter público. Na América, o Judicial Act de 1789, alterado em 1821 para dirimir incertezas, conferiu a todo tribunal análoga competência. Em todos os casos, sob as variadas situações em que examinou o problema, a Suprema Corte sempre preservou a autoridade judicial. Apesar das críticas, e da criação, em 1970, de um Comitê para reexaminar o tema e propor reformas, o poder de erradicar a obstrução à Justiça permanece na sua feição

10 – Com relação à dupla função apresentada pelo instituto, Osmar Vieira aduz: “Os tais meios e procedimentos de execução podem simplesmente assumir um caráter reparatório e esterilizador, alertando o jurisdicionado de que o ato por ele praticado vai de encontro à decisão judicial legítima proferida, dando-lhe a chance de purgar sua mora e eliminar o estado de insubordinação. Esse alerta destina-se a acelerar a submissão do jurisdicionado e vem normalmente acompanhado de uma sanção temporária, que deve perdurar pelo tempo necessário de seu convencimento e integral subordinação. Por outro lado, os meios e procedimentos de execução podem assumir um caráter punitivo, especialmente diante de atos praticados reiteradas vezes e irreversíveis. Nesses casos, a sanção aplicável não se destina à modificação de um estado de inadequação comportamental do jurisdicionado recalcitrante, mas à sua instrução e a dos demais jurisdicionados, das consequências danosas de um ato de insubmissão e afronta à justiça.” (SILVA, Osmar Vieira da. *O contempt of court* (desacato à ordem judicial) no Brasil. Revista jurídica da Unifil, ano IV, n. 04, p. 93, 2007)

original, valendo o juízo de Edward L. Dangel: “o *contempt of court* é uma ofensa misteriosa e indefinida, tão fácil de ser cometida, quanto de ser julgada.” Vale rememorar, ainda, incumbir poder idêntico ao Congresso americano (*congressional contempt of court*), evidenciado no seu largo emprego contra os pretensos dissidentes políticos, na época do Senador Joseph Raymond McCarthy, galvanizando toda a Nação¹¹.

2.2 – CLASSIFICAÇÃO

2.2.1 – *Contempt* direto (*direct contempt*) e indireto (*indirect contempt*)

Tal classificação funda-se no fato da ofensa ser proferida na presença, ou não, do órgão judiciário. Deste modo, se o desrespeito ocorreu na presença do juiz (*contempt* direto), a produção de provas mostra-se despidianda e a aplicação da sanção é imediata, o que não ocorre no *contempt* indireto, em que há necessidade de procedimento prévio para a aplicação de punição¹².

2.2 – CONTEMPT OF COURT CRIMINAL E CIVIL

A distinção é feita com base no propósito da sanção aplicada e não na conduta perpetrada.

Em outras palavras, no *contempt of court* civil há uma ameaça para a hipótese de a parte descumprir ou causar embaraço ao provimento judicial. Trata-se de uma função coercitiva, de caráter prévio, no sentido de que é aplicada com o escopo de instar a parte ao cumprimento do comando judicial, prevendo, assim, a possibilidade de aplicar sanção na hipótese de descumprimento.

Já no *contempt of court* criminal, já houve a ofensa, então, neste caso, é aplicada a punição. É, portanto, posterior à ofensa, vale dizer, é a consequência em razão do descumprimento da decisão judicial.

11 – ASSIS, Araken de. **O *contempt of court* no Direito Brasileiro**. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Araken%20de%20Assis\(4\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Araken%20de%20Assis(4)%20-%20formatado.pdf). Acesso em: 1 jul. 2012

12 – Araken de Assis apresenta alguns exemplos de *contempt of court* direto e indireto: “A diferença entre ambas as espécies remarca-se nos exemplos arrolados em cada classe. Avulta, porém, o caráter residual da forma indireta. Assim, representam casos de *contempt* direto: o falso testemunho; a recusa de responder à pergunta admitida pelo juiz; o distúrbio na sala de audiências. Como os poderes da autoridade judiciária abrangem todos os oficiais da corte, incluindo advogados, eventual reiteração de perguntas já proibidas, ou a insistência em manter a linha de interrogatório rejeitada pelo juiz, no curso da *cross examination*, também caracterizam o *contempt* direto. Em alguns casos, em vez de declarar o infrator na situação de *contempt*, é lícito ao órgão judiciário tomar providência diferente, como esvaziar a sala de audiências. De outro lado, constituem *contempt* indireto: a ocultação da pessoa, com o fito de evitar citação ou intimação; subornar jurados a recusa em indicar bens à penhora; organizar manifestações à porta do tribunal; injuriar o juiz, as partes e os servidores do tribunal; e, até mesmo, tirar fotos da sessão e publicá-las, que, na Inglaterra, é ato proibido por Lei de 1925 (ASSIS, Araken de. *O contempt of court* no Direito Brasileiro. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Araken%20de%20Assis\(4\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Araken%20de%20Assis(4)%20-%20formatado.pdf). Acesso em: 1 jul. 2012).

Ressalte-se que a aplicação do *contempt of court* civil não afasta o *contempt of court* criminal e vice-versa, pois os objetivos das sanções são diversos¹³.

3 – CONTEMPT OF COURT NO BRASIL

Muito se discute a respeito da existência, no Ordenamento Jurídico Pátrio, do instituto do *contempt of court*.

Inicialmente, pode-se dizer que, nos moldes em que é aplicado no direito anglo-saxão, tal instituto não foi incorporado ao sistema brasileiro, apesar do hercúleo esforço, engendrado pela Escola Nacional da Magistratura e Instituto Brasileiro de Direito Processual, no sentido de positivá-lo no Código de Processo Civil.

Ora, o texto aprovado pela Lei nº 10.358/2001 em muito difere daquele proposto pela Escola Nacional da Magistratura e Instituto Brasileiro de Direito Processual, senão vejamos:

Texto proposto pela Escola Nacional da Magistratura e Instituto Brasileiro de Direito Processual	Texto aprovado pela Lei nº 10.358/2001
<p>Art. 14. São deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:</p> <p>(...)</p> <p>V – cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação dos provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.</p> <p>§ 1º. A violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido a multa será inscrita como dívida ativa do Estado ou da União, conforme o juízo competente.</p> <p>§ 2º. Se o responsável, no caso do parágrafo anterior, e devidamente advertido, ainda assim reitera a conduta atentatória ao exercício da jurisdição, o juiz poderá também impor-lhe prisão civil até trinta dias, que será revogada quando cumprida a decisão judicial*</p>	<p>Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do</p> <p>V – cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.</p> <p>Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitem exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civil e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado</p>

13 – “As sanções ensejadas pelo *contempt*, em qualquer de suas modalidades, são a prisão, a multa, a perda de direitos processuais e o seqüestro. No civil, a punição é por tempo indeterminado, até que haja o cumprimento da ordem judicial. Se a decisão se tornar de impossível cumprimento, a sanção também deve cessar, motivando, entretanto, o *contempt* criminal. A multa pode ser compensatória, ou não. Quando compensatória, reverte ao prejudicado; quando coercitiva, reverte ao Estado, considerado o grande prejudicado pela recalcitrância. A prisão, aplicada com prudência, é considerada medida de grande praticidade para a efetividade do processo.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o *contempt of court*. Revista de processo, ano 26, n.102, p. 223, abr/jun. 2001.



Entretanto, apesar das alterações promovidas, ainda assim, pode-se afirmar que há dispositivos no ordenamento pátrio que se aproximam do *contempt of court*¹⁴. Todavia, considerando que os dispositivos são esparsos, não há uma uniformização a respeito do tema.

A discrepância inicia-se pela denominação: de um lado, ato atentatório ao exercício da jurisdição (artigo 14, CPC) e, de outro, ato atentatório à dignidade da justiça (artigos 125, III, 599, II, 600 e 601, todos do CPC). Acrescente-se, no que tange à sanção aplicada – multa –, que não há uniformidade quanto ao valor a ser aplicado, a quem é devida (destinatário), ao momento da exigibilidade, a quem é aplicada (sujeito passivo). Questões estas que serão analisadas mais adiante.

Pode-se afirmar que as providências que asseguram a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente ao adimplemento, insculpidas nos artigos 461, 461-A, ambos do CPC e artigo 84, CDC, quais sejam, *astreinte*, busca e apreensão, remoção de pessoas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, dentre outras a serem determinadas pelo juiz, são modalidades de *contempt of court* civil, à medida que visam compelir a parte ao cumprimento da ordem judicial. Outros exemplos são as multas previstas no artigo 475-J e artigo 645, ambos do CPC.

Por outro lado, a multa prevista no artigo 14, parágrafo único, CPC aproxima-se do *contempt of court* criminal, uma vez que ostenta o caráter punitivo e não coercitivo, refere-se à aplicação de sanções, em função da prática de atos de inobservância às ordens e decisões judiciais, que visam restabelecer, assim, o prestígio do Poder Judiciário.

Destaque-se que a apreensão de título e a possibilidade de decretação de prisão, previsto no artigo 885, CPC, revela a assimilação do *contempt of court* criminal¹⁵. Da mesma forma, revela-se a multa prevista no artigo 18, CPC, em razão da litigância de má-fé, como também a sanção contida no artigo 601, CPC. Entretanto, nestes dois últimos casos, há uma particularidade: a multa, apesar de ostentar o caráter punitivo, reverte para a parte contrária e não para o Estado.

Aliado ao quanto exposto, nas palavras de Jorge de Oliveira Vargas¹⁶, há fundamento jurídico genérico para a utilização das sanções do *contempt of court* no ordenamento nacional:

14 – De maneira sucinta, pode-se afirmar que são atos caracterizadores de *contempt of court*, previstos em nosso ordenamento: abuso de direitos processuais, descumprimento de ordens judiciais e a litigância de má-fé. Em questão de ordem, suscitada na ação penal que averigua a suposta prática de crimes ligados ao esquema denominado “Mensalão”, a “Min. Ellen Gracie observou que a tentativa de obstaculizar o andamento processual, tal como no caso, seria, em qualquer tribunal do mundo, rechaçada como *contempt of court*, tendo o Min. Cezar Peluso afirmado ser lamentável o fato de o Código de Processo Penal não ter uma disciplina específica para punir aquilo que é ilícito porque viola o dever jurídico de lealdade processual. Vencidos os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, que consideravam não se justificar o encaminhamento à OAB, no momento, por não vislumbrar a existência de dano processual. AP 470 Quinta QO/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 8.4.2010. (AP- 470). Brasil. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 581. 15 – Tal dispositivo, a nosso entender, não foi recepcionado pela Constituição Federal.

16 – VARGAS, Jorge de Oliveira. As conseqüências da desobediência da ordem do juiz cível: Sanções pecuniárias e privativa de liberdade. Curitiba: Juruá, 2001)

os fundamentos genéricos encontramos na característica coativa do direito, no princípio do acesso à jurisdição no sentido material, na independência e no poder político do Judiciário, no princípio de que o poder de punir a desobediência está ínsito ao poder de julgar, no princípio processual civil de dever lealdade processual; na aplicação do direito comparado, na nossa tradição pré-republicana, no princípio constitucional da igualdade e no próprio Estado de Direito.

Apesar da tímida aproximação do Ordenamento Pátrio com o instituto do *contempt of court*, mister se faz salientar que se encontra em tramitação o anteprojeto do novo Código de Processo Civil, o qual, apesar de não prever o cerceamento da liberdade para o caso de descumprimento de decisão judicial, inova ao estabelecer o depósito imediato da multa punitiva por ato atentatório ao exercício da jurisdição. Entretanto, peca por manter a restrição de aplicação da multa aos advogados. Senão vejamos:

Art. 66. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

I – expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II – proceder com lealdade e boa-fé;

III – não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;

IV – não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito;

V – cumprir com exatidão as decisões de caráter executivo ou mandamental e não criar embaraços à efetivação de pronunciamentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

§ 1º Ressalvados os advogados, que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da Ordem dos Advogados do Brasil, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa.

§ 2º O valor da multa prevista no § 1º deverá ser imediatamente depositado em juízo, e seu levantamento se dará apenas depois do trânsito em julgado da decisão final da causa.

§ 3º A multa prevista no § 1º poderá ser fixada independentemente da incidência daquela prevista no art. 495 e da periódica prevista no art. 502.

§ 4º Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa referida no § 1º poderá ser fixada em até o décuplo do valor das custas processuais.



Como se percebe, há um esforço em albergar o instituto do *contempt of court* pelo ordenamento nacional, tendo em vista o crescente desrespeito ao comando judicial.

Assim, é preciso dotar o Poder Judiciário de meios capazes de coagir as partes à cooperação, por meio de aplicação de sanções, com o escopo de conduzir ao restabelecimento da autoridade do Poder Judiciário, como também para garantir a efetividade da tutela jurisdicional, em nome do direito fundamental da inafastabilidade do controle pelo Poder Judiciário.

4 – MEDIDAS DE APOIO COMO MEIOS HÁBEIS PARA A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL

Inicialmente, mister se faz estabelecer a premissa de que a escolha entre as técnicas para prestação da tutela jurisdicional não é realizada de maneira aleatória, à medida que depende do tipo de provimento judicial posto em juízo.

Assim, com o objetivo de garantir o direito fundamental de acesso à justiça, em seu sentido material, o legislador dotou os magistrados de maior poder e força cogente às decisões judiciais. Nesta perspectiva, são adotadas as seguintes técnicas executivas:

– **execução por sub-rogação** – diante do não cumprimento voluntário, o ordenamento autoriza o magistrado a, em substituição à atuação do devedor, praticar atos que efetivem o comando judicial. Esta técnica é mais utilizada nos provimentos judiciais de natureza condenatória. É a coerção direta. Caracteriza-se pelo fato de que as técnicas a serem utilizadas são tipificadas na legislação, nos termos do princípio da tipicidade dos meios de execução.

– **técnicas de execução indireta** – é a utilização de meios de coerção para a efetivação da decisão judicial. São utilizadas pelo magistrado, principalmente, nos provimentos judiciais de natureza mandamental. Trata-se da coerção indireta.

Para o objeto do presente trabalho, importa trazer à baila as sanções previstas no Código de Processo Civil aplicadas em razão de atos de improbidade processual

De maneira geral, diante da inobservância aos provimentos mandamentais, as seguintes sanções podem ser enumeradas:

- Sanções de caráter punitivo – são aquelas aplicadas quando já ocorreu a transgressão à decisão judicial ou embaraço à sua efetivação. Objetivam coibir os atos processuais ímprobos das partes e de todos aqueles que atuam no processo, como também preve-

nir que tais condutas sejam repetidas, ostentando, assim, uma função pedagógica. São exemplos: sanções decorrentes de atos atentatórios ao exercício da jurisdição (artigo 14, CPC) e atos atentatórios à dignidade da justiça (artigo 601, CPC)

- Sanções de caráter coercitivo – é um mecanismo de pressão psicológica, vale dizer, é a imposição de medidas que visam compelir a parte a respeitar, obedecer a ordem judicial, estabelecendo, assim, padrões de conduta processual. São exemplos: multa por tempo de atraso (astreinte), busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva. Tais medidas encontram previsão no artigo 461§ 5º, CPC e artigo 84§ 4º e 5º, CDC, todavia, a lei processual permite a adoção de outras medidas, pois este rol não é taxativo. Daí porque, no presente trabalho, defendemos a possibilidade de adoção da prisão civil como técnica coercitiva.

5 – MULTAS PREVISTAS NO CPC E POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO COM O ARTIGO 14, PARÁGRAFO ÚNICO DO CPC

Nesse passo, é preciso proceder uma breve análise a respeito da possibilidade de cumulação entre a multa prevista no artigo 14, CPC e aquelas previstas nos artigos 461, 18 e 601, CPC. Destaque-se que há outras multas previstas no Código de Ritos, entretanto, para o objeto do presente trabalho, apenas estas serão analisadas.

Inicialmente, conforme já aduzido, a multa prevista no artigo 14, parágrafo único do CPC, ostenta o caráter punitivo, sendo aplicada em razão da prática de ilícito processual, ou seja, conduta caracterizada como ato atentatório ao exercício da jurisdição, vale dizer, violação ao disposto no inciso V do dispositivo supracitado, como também da 2ª parte do § 1º do artigo 656, CPC. Trata-se de medidas ligadas ao *criminal contempt*, têm natureza administrativa. Assim, o valor da multa, estabelecido em percentual fixo, de acordo com a gravidade da conduta e não superior a 20% (vinte por cento) do valor da causa, será revertido para o Estado¹⁷ como forma de restabelecer o respeito, o prestígio, a autoridade do Judiciário, e será exigível após o trânsito em julgado da decisão.

Logo, partindo desta premissa, nada obsta que a multa do artigo 14, CPC, seja aplicada cumulativamente àquela prevista nos artigos 287, 461 e 461-A, CPC. Ora, a multa aplicada para garantir a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, nas obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa, tem natureza jurídica de medida coercitiva, inibitória, em outras palavras, trata-se de técnica de efetivação da decisão judicial, serve, portanto, para compelir a parte ao cumprimento

17 – Chega-se a esta conclusão à medida que, caso a parte não efetue o pagamento da multa arbitrada, esta será inscrita como dívida ativa da União ou Estado, caso se trate de demanda oriunda da Justiça Federal ou Estadual, respectivamente.



to da ordem. Trata-se de medida ligada ao civil contempt, tem natureza processual. Ademais, o valor da multa, fixado por tempo de atraso, não tem limitação e reverte para a parte contrária, podendo ser executada a partir do descumprimento da decisão judicial. Deste modo, por apresentarem natureza jurídica e objetivos distintos, as multas do artigo 14, parágrafo único e aquela prevista nos artigos 287, 461 e 461-A, CPC podem ser cumuladas.

Há ainda a multa prevista no artigo 18, CPC, a qual visa punir o ilícito processual, vale dizer, a litigância de má-fé. Quando a parte viola os deveres processuais insculpidos no artigo 14, I, II, III e IV, CPC ou pratica os atos previstos nos artigos 16 e 17, CPC será condenado a pagar multa em montante não superior a 1% (um por cento) do valor da causa, além de indenizar a parte contrária pelos prejuízos sofridos, mais os honorários advocatícios e todas as despesas efetuadas. Neste caso, o valor da multa reverte para a parte contrária. Também aqui cabe a cumulatividade entre as multas dos artigos 14 e 18, ambos do CPC, uma vez que as condutas ensejadoras e os destinatários são diversos.

Ao final, cabe destacar a multa aplicada em razão da prática de ato atentatório à dignidade da justiça, nos termos do artigo 601, CPC. Esta sanção tem caráter punitivo, vale dizer, é aplicada quando o executado pratica os atos previstos no artigo 600, e 1ª parte do § 1º do artigo 656, CPC. Trata-se de medida ligada ao *criminal contempt*, tem natureza administrativa. A multa, aplicada em percentual fixo, em valor não superior a 20% (vinte por cento) do valor atualizado do débito em execução, será revertida para a parte contrária, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material. Portanto, considerando que as multas do artigo 14 e do artigo 601 ostentam a mesma natureza jurídica, não podem ser aplicadas de forma cumulada.

Nessa senda, chega-se à conclusão de que, por ter natureza jurídica punitiva, com o escopo de afastar toda e qualquer conduta tendente a ofender o órgão judiciário ou a pessoa do juiz ou a diminuir sua autoridade ou dignidade, a multa, prevista no artigo 14, parágrafo único, reverte para o Estado-Juiz, como forma de restabelecer o seu prestígio, podendo, assim, ser cumulada com outras sanções criminais, civis e processuais, salvo aquela prevista no artigo 601, CPC.

Devem-se tecer algumas considerações a respeito do parâmetro utilizado pelo legislador para a imposição da multa: o valor da causa.

É cediço que algumas demandas não apresentam conteúdo econômico, de maneira que o valor atribuído à causa, nestes casos, é irrisório, o que, por óbvio, tem por consequência o estabelecimento da multa punitiva em valor diminuto, perdendo assim o seu caráter punitivo.

Ademais, nos casos em que o valor da multa reverte para o Estado, não se pode olvidar que, nos termos da Portaria MF nº 75 de 22 de março de 2012¹⁸, são estabelecidos os valores mínimos para a execução fiscal, o que representa um entrave para a exigibilidade da multa punitiva, esvaziando, assim, o instituto quando os valores das multas forem consideradas débito de pequeno valor pela Fazenda Nacional.

Diante de tais considerações, resta indubitado que o legislador não deveria ter fixado como parâmetro do montante da multa o valor da causa, melhor seria utilizar o mesmo critério das multas cominatórias (*astreintes*), a saber, não estabelecimento de teto para o valor da multa, levando-se em consideração a situação econômica do obrigado e o bem jurídico a ser tutelado, com observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Havendo, ainda, a previsão de possibilidade de alteração do valor ou periodicidade da multa.

Entretantes, o valor das multas punitivas e das multas coercitivas, seguindo a sugestão formulada por Renata Cortez Vieira Severino, deveria ser vinculado ao orçamento de suas respectivas justiças ou mesmo destinado a um fundo especial, para a melhoria dos serviços judiciários. *In verbis*:

Do exposto, tem-se que o valor das multas punitivas previstas no CPC, tais como as previstas nos arts. 14, parágrafo único e 601, e impostas em decorrência da prática de atos atentatórios ao exercício da jurisdição deveriam reverter ao patrimônio público, do Estado ou da União, verbas estas que deveriam ser vinculadas ao orçamento de suas respectivas Justiças ou mesmo destinadas a um fundo especial, nas duas hipóteses com a finalidade de serem utilizados para a melhoria dos serviços judiciários.

Quanto às multas coercitivas, que objetivam compelir ao cumprimento das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa, também aplicadas em face da prática de atos atentatórios ao exercício da jurisdição, mas também destinadas a tutelar o direito material, seu valor deveria ser revertido, igualmente, à parte contrária e ao patrimônio público, do Estado ou da União, conforme o caso, as quais, do mesmo modo que as anteriores, deveriam ser vinculadas ao orçamento de suas respectivas Justiças ou mesmo destinadas a um fundo especial, com a finalidade de serem utilizados para a melhoria dos serviços judiciários¹⁹.

18 – A referida portaria, emitida pelo Ministro do Estado da Fazenda, dispõe sobre a inscrição de débitos na Dívida Ativa da União e o ajuizamento de execuções fiscais pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, nestes termos:

Art. 1º Determinar:

I - a não inscrição na Dívida Ativa da União de débito de um mesmo devedor com a Fazenda

Nacional de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais);

II - o não ajuizamento de execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

(...)

Art. 2º O Procurador da Fazenda Nacional requererá o arquivamento, sem baixa na distribuição, das execuções fiscais de débitos com a Fazenda Nacional, cujo valor consolidado seja igual ou inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), desde que não conste dos autos garantia, integral ou parcial, útil à satisfação do crédito.

19 – SEVERINO, Renata Cortez Vieira. **Sanções processuais por ato atentatório ao exercício da jurisdição: instrumento de efetividade das decisões judiciais**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Pernambuco, Recife, p. 192.



6. – PRISÃO POR DESOBEDIÊNCIA À ORDEM JUDICIAL

6.1 – PRISÃO CIVIL

Mas, e quando, apesar de terem sido envidados todos os esforços no sentido de compelir a parte ao cumprimento da decisão judicial de caráter mandamental, seja antecipatória ou não, mesmo assim, o devedor mantém-se inerte? Seria possível, assim como no sistema anglo-americano, admitir a possibilidade do juiz cível decretar a prisão do recalcitrante? Em sendo possível, teria o caráter penal ou civil? Surgem aí diversas indagações.

Conforme aduzido linhas atrás, no sistema da *commom law* é admitida a possibilidade do juiz cível decretar a prisão na hipótese da parte causar embaraços ao trâmite processual e/ou descumprir a decisão judicial. Daí porque surge a indagação se o Ordenamento Jurídico Pátrio abraçaria esta previsão.

A prisão, como técnica coercitiva, é tema de divergência doutrinária. Há a corrente restritiva, a qual admite a prisão civil apenas na hipótese prevista no artigo 5º, LXVII, CF e a corrente ampliativa, à qual nos filiamos, que defende o cabimento do cerceamento da liberdade, decretado pelo juiz cível, em casos excepcionais, como forma de constranger a parte ao cumprimento da decisão judicial, referente à obrigação de caráter não pecuniário.

Para aqueles que não admitem a prisão como meio coercitivo, baseiam-se na interpretação literal do dispositivo, vale dizer, o fazem ao argumento de que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, LXVII, veda a prisão civil por dívida, admitindo-a apenas nas hipóteses de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

Adotando a posição majoritária da doutrina, cite-se o jurista Gilmar Mendes:

“A prisão civil diferencia-se da prisão penal, na medida em que não substancia uma resposta estatal à prática de infração penal, mas antes, corresponde a um meio processual reforçado de coerção do inadimplente, posto à disposição do Estado para a execução de uma dívida. Não possui, portanto, natureza penal, destinando-se apenas a compelir o devedor a cumprir a obrigação contraída, persuadindo-o da ineficácia de qualquer tentativa de resistência quanto à execução do débito.

(...)

A regra geral é a da proibição da prisão civil do devedor inadimplente. As exceções são expressas e taxativas: a) inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia; b) a do depositário infiel.

(...)

A segunda exceção prevista constitucionalmente dizia respeito à prisão civil do depositário infiel. Entretanto, a jurisprudência evoluiu e, com base no conteúdo do Pacto de *San José* da Costa Rica, não mais se autoriza a prisão civil sob tal fundamento²⁰

Não se pode olvidar, no que tange à admissibilidade da prisão civil do depositário infiel, que o Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento no sentido de que, com fulcro na redação trazida pela Emenda Constitucional 45, de 31 de dezembro de 2004, que tornou os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos equivalentes à norma constitucional, a qual tem aplicação imediata, não mais se admite a prisão do depositário infiel, quer seja com base no contrato de depósito, quer seja com base na alienação fiduciária, à medida que o Brasil é signatário do Pacto de São José da Costa Rica. Há, inclusive, Súmula Vinculante neste sentido: “É ilícita a prisão do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito.”²¹

Todavia, apesar da relevância da interpretação apresentada pelos insignes defensores deste entendimento, os argumentos apresentados para não admitir a prisão civil em razão do descumprimento de decisão judicial não merece prosperar, pois estão baseados no absolutismo da literalidade do dispositivo constitucional. Deste modo, a prisão ora defendida não ostenta o caráter de prisão por dívida, mas sim, em razão do descumprimento injustificado de decisão judicial.

Nessa senda, faz-se imperioso realizar uma obtemperada análise acerca da restrição contida no artigo 5º, LXVII, da Carta Magna, de maneira a inferir a melhor interpretação a ser dada ao comando constitucional.

Em apertada síntese, afirma-se que há três posições doutrinárias no que tange ao alcance da expressão “dívida”, inserida no texto constitucional.

Para a primeira corrente, a referida expressão é empregada no sentido de obrigação civil, vale dizer, obrigação de fazer, não fazer, dar coisa e entregar quantia. Para a segunda corrente, “dívida” tem o sentido de prestações pecuniárias. Já a terceira corrente, à qual nos filiamos, a expressão “dívida” traduz-se em prestação de conteúdo patrimonial, independentemente de referir-se a obrigação de fazer, não fazer, dar coisa e entregar quantia. Portanto, estão excluídos os direitos não dotados de quantificação econômica, aí inseridos o direito à vida, à saúde, ao meio ambiente, à paz social, dentre outros.

Diante do quanto exposto, o dispositivo constitucional veda a prisão civil “por dívida”, a qual deve ser entendida como vedação à restrição da liberdade, no âmbito civil, em razão de inadimplemento de obrigação de conteúdo patrimonial. Assim, chega-se à conclusão de que a Lei Maior não veda a prisão por resistência ilícita à ordem judicial, podendo a mesma

20 – MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 635-639
21 – Súmula Vinculante 25, STF

ser utilizada como meio necessário para forçar a parte ao cumprimento da decisão judicial de caráter mandamental, seja antecipatória ou não, referente à obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa distinta de dinheiro²².

O doutrinador Sérgio Cruz Arenhart observa ainda que a vedação à prisão civil por dívidas em nada obsta a admissibilidade da prisão como técnica de execução indireta, para tanto, aduz:

“Nesse passo, vale lembrar que a limitação da prisão civil por dívida é tradicional no direito brasileiro, não sendo inovação da Carta Constitucional de 1988. Já nas Ordenações Afonsinas o direito luso-brasileiro trata da prisão civil por dívidas civis (Livro IV, Título LXVII), autorizando-a até o pagamento da dívida; prescrevia a regra que a prisão deveria ser evitada se o devedor tivesse como pagar (*“se tiver per honde pagar”*), ressalvada a hipótese de má-fé, estipulando ainda que, em caso de ausência de málicia, não deveria o juiz decretar a prisão civil senão após a condenação do réu por sentença transitada em julgado. Semelhantes previsões foram inseridas nas Ordenações Manuelinas (Livro IV, Título LII) e nas Filipinas (Livro IV, Título LXXVI). Em todos estes preceitos, vê-se a preocupação em proibir-se a prisão por dívidas quando não houvesse málicia no inadimplemento (salvo após sentença transitada em julgado); após a sentença, dever-se-ia iniciar pela execução sobre o patrimônio do executado, mas em não havendo patrimônio, seria admissível a prisão do devedor até o pagamento da dívida. Nota-se das regras mencionadas, a intenção de disciplinar não a prisão civil em geral, mas apenas a prisão para o cumprimento de dívidas (obrigações). Quanto à prisão para outros fins, não havia nenhuma limitação tratada pela regra em comento.

A mesma preocupação demonstrada pelas Ordenações – em tratar apenas da prisão por dívidas – foi manifestada pela Constituição brasileira de 1934. No art. 113, n. 30, deste diploma, previa-se que *“não haverá prisão por dívidas, multas ou custas.”* Também nas Constituições de 1946 (art. 141, § 32), 1967 (art. 150, § 17) e na Emenda de 1969 (art. 153, § 17), é possível encontrar preceitos semelhantes, proibindo a prisão civil por dívida, multa ou custas, excetuada a hipótese

22 – A propósito, Carlos Athayde Valadares Viegas apresenta ainda a evolução histórica do termo “dívida” na Carta Magna: “Primeiramente há que se notar uma evolução histórica no emprego do termo em comento, vez que, na Constituição de 1934 o texto proibia a prisão civil por dívidas (no plural), não deixando neste caso qualquer dúvida sobre o alcance do dispositivo, o qual vedava todas as hipóteses de prisão civil relacionadas às obrigações de fazer, não fazer, entregar coisa e pagar.

Contudo, os demais textos constitucionais, outorgados ou promulgados desde esta época, e que trataram do assunto, 1946, 1967-EC-01/69 e 1988, mudaram o sentido do mandamento afirmando, desde então, que não haveria prisão civil por dívida (no singular), o que não encerra em si mesmo a possibilidade de, em conformidade com a espécie da dívida, haver a prisão do inadimplente. Tanto é assim que o texto constitucional evidencia os casos em que, dada a gravidade, será o devedor submetido à pena de prisão a fim de adimplir a obrigação para com a justiça.

Pois, dívida, em sua origem etimológica, quer dizer *“ato ou efeito de dever algo a alguém (diz-se geralmente de quantia de dinheiro)”* conforme o dicionário Houaiss. Trata-se geralmente de dever dinheiro a alguém. Considerando, então, o emprego do termo, pelo legislador constituinte, na sua forma ordinária e geral, a prisão civil expressamente vedada pelo texto constitucional é aquela referente à dívida de dinheiro (VIEGAS, Carlos Athayde Valadares. A cláusula geral do art. 461, § 5º, CPC e a polêmica sobre a legitimidade da prisão do réu que não cumpre a obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa diferente de pecúnia. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20Athayde%20Valadares%20Viegas-formatado.pdf>. Acesso em 05 mai. 2012)

do depositário infiel ou a do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar. Vê-se, então, que a preocupação em tratar da prisão por dívidas, multas ou custas é que sempre permeou a mente do constituinte. Jamais houve a intenção de disciplinar a prisão civil em geral, mas apenas a de limitar a prisão civil para a obtenção do pagamento de dívida, multas ou custas, ante a responsabilidade patrimonial atrelada a esta espécie de obrigação, que torna esta via mais simples e rápida para a satisfação desta espécie de prestação.

Aliás, esta mesma intenção é observada nos tratados internacionais – de que o Brasil é signatário – comumente usados para invocar a proibição do uso da prisão civil para além do caso dos alimentos. O Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos), em seu art. 7º, § 7º, expressamente se limita a tratar da prisão civil por dívidas, proibindo que alguém possa ser preso por este motivo. Da mesma forma, e ainda mai enfaticamente, estabelece o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, de 1966 (ratificado pelo Decreto Legislativo n. 266/91), em seu art. 11, que ninguém pode ser preso pela única razão de não poder satisfazer *uma obrigação contratual*. Aliás, este último documento, depositado na Organização das Nações Unidas, foi assinado e ratificado, dentre outros países, pela Alemanha (em 23 de março de 1976), pelo Reino Unido (em 20 de agosto de 1976) e pelos Estados Unidos (em 8 de setembro de 1992), países que sabidamente usam da prisão civil como técnica coercitiva²³

Acrescente-se, ainda, que é preciso fazer uma releitura da expressão “obrigação alimentícia” contida no dispositivo constitucional supracitado, deixando, assim, de ser restrita apenas às obrigações alimentares decorrentes do Direito de Família e das condenações em razão da prática de atos ilícitos.

Quando o legislador constitucional excepcionou a vedação da prisão civil, de maneira a admiti-la no caso do inadimplemento voluntário e inescusável da obrigação alimentícia, assim o fez com o escopo de garantir as necessidades vitais do alimentando, vale dizer, assegurar a sua subsistência e, conseqüentemente, a própria dignidade e integridade.

Logo, o que se deve entender por necessidades vitais? Seria apenas a obrigação alimentar in natura e a prestação pecuniária? Entender desta maneira seria dar um sentido muito simplista à expressão e voltado unicamente para a literalidade.

Revela-se imperioso conceder uma visão mais ampla à expressão, de maneira a empregá-la para se referir a todos os meios necessários para a garantia da dignidade da pessoa humana.

23 – ARENHART, Sérgio Cruz. **A prisão civil como meio coercitivo**. In: TESHEINER, José Maria Rosa; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto; SEVERO, Álvaro Vinícius Paranhos Severo... [et al.] (coord.). *Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil – estudos em homenagem aos 25 anos de docência do Professor Dr. Araken de Assis*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 641-642.

Em artigo intitulado “Da prisão como instrumento coercitivo para o cumprimento de provimentos judiciais: por uma releitura da prisão civil por inadimplemento de dever alimentar”, Elton Venturi explica que:

O dever alimentar, para fins de identificação das hipóteses de cabimento da prisão civil como meio coercitivo, pode ser considerado como todo o dever de colaboração para a manutenção da subsistência humana, derivado de lei, contrato ou decisão judicial, cuja prestação pode recair seja na entrega de dinheiro ou de alimentos in natura, seja em comportamentos comissivos ou omissivos. (...)

Assim compreendido o significado de prestação alimentar, parece impensável que se justifique a prisão civil do pai que se nega a pagar a pensão ao filho que dela depende para viver, mas não se possa aplicar a mesma espécie de coerção para o poluidor dos recursos naturais que se nega a cessar sua atividade potencialmente lesiva da saúde ou da vida de milhares de pessoas, ou ao agente público que, instado judicialmente a providenciar tratamento de saúde ao paciente (remédios, internamento hospitalar etc), queda-se inerte.²⁴

Deste modo, percebe-se que o Ordenamento Pátrio não veda toda e qualquer prisão civil.

Para reforçar a tese de admissibilidade da prisão como meio coercitivo, mister se faz destacar que, no mais das vezes, o desrespeito à decisão judicial e a possibilidade de prisão civil, caracterizam conflito de direitos fundamentais, devendo, para tanto, o operador do direito valer-se do Princípio da Proporcionalidade²⁵ de maneira a garantir a máxima efetividade²⁶ dos direitos fundamentais.

Nas palavras de Luís Roberto Barroso, para a caracterização do princípio da proporcionalidade, mister se faz a presença de três requisitos, a saber:

- a) Da *adequação*, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos; b) da *necessidade* ou exigibilidade, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados; e c) da *proporcionalidade em*

24 – VENTURI, Elton. Da prisão como instrumento coercitivo para o cumprimento de provimentos judiciais: por uma releitura da prisão civil por inadimplemento de dever alimentar. Disponível em: http://ufpr.academia.edu/eltonventuri/Papers/175361/DA_PRISAO_COMO_INSTRUMENTO_COERCITIVO_PARA_O_CUMPRIMENTO_DE_PROVIMENTOS_JUDICIAIS_POR_UMA_RELEITURA_DA_PRISAO_CIVIL_POR_INADIMPLENTO_DE_DEVER_ALIMENTAR. Acesso em 10 mai. 2012.

25 – No presente trabalho não será feita a distinção entre proporcionalidade e razoabilidade.

26 – Na lição de Gilmar Ferreira Mendes: “Tendo em vista, por outro lado, que, nos casos concretos, a otimização de qualquer dos direitos fundamentais, em favor de determinado titular, poderá implicar a simultânea compressão, ou mesmo o sacrifício, de iguais direitos de outrem, direitos que constitucionalmente também exigem otimização – o que, tudo somado, contrariaria a um só tempo tanto o princípio da unidade da Constituição quanto o da harmonização –, em face disso, impõe-se harmonizar a máxima efetividade com essas e outras regras de interpretação, assim como impõe-se conciliar, quando em estado de conflito, quaisquer bens ou valores protegidos pela Constituição (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p.118).

sentido estrito, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos²⁷.

Ora, de um lado, a depender da tutela pretendida, encontram-se o direito à vida, direito à saúde, ao meio ambiente, à paz social e, de outro lado, o direito à liberdade. Considerando tratar-se de princípios, estes devem ser conformados diante do caso concreto, pois não há hierarquia entre eles, como também não há a possibilidade de estabelecer determinado direito como intangível, absoluto. É preciso conformá-los, diante do caso concreto, de maneira a efetuar a interpretação que forneça a máxima efetividade.

A prática na área de relação de consumo mostrou que, não raras vezes, nas ações de obrigação de fazer, com o intuito de obrigar o plano de saúde acionado a custear procedimento médico de urgência/emergência que garanta a vida do autor, apesar de concedida liminarmente a antecipação dos efeitos da tutela, com a imposição de multa por tempo de atraso, o requerido, de maneira injustificada, não cumpre o comando judicial²⁸.

Diante de tal recusa, a multa é majorada, mas, ainda assim, a parte mantém-se inerte. O que fazer? Como garantir a efetividade do processo civil de resultado? No caso relatado, a demora no atendimento da prestação jurisdicional pode levar à morte ou a danos irreparáveis ou de difícil reparação à saúde do autor. Nestes casos, quando esgotados, em tempo hábil, todos os meios suasórios, estando em jogo o direito à vida e à saúde, não admitir a prisão civil, em nome do direito à liberdade, caracteriza, no mínimo, o estabelecimento de hierarquia entre tais direitos, de maneira a supervalorizar, sobrepor, de maneira absoluta, o direito à liberdade em detrimento do direito à vida, o que se revelaria um contrasenso, uma afronta ao Estado Democrático de Direito.

É significativa a lição de Marcelo Lima Guerra:

“(...) insista-se, portanto, que o uso de prisão civil é capaz de favorecer a realização de outros direitos fundamentais, o que consiste em

27 – 22 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004

28 – Nesta mesma linha de argumentação, ratificando o entendimento de que a Constituição Federal não veda a prisão por descumprimento de ordem judicial, Carlos Athayde Valadares Viegas questiona: “Ora, deverá prevalecer a todo custo o direito à liberdade daquele que, por sua ação positiva ou omissiva, deixa de entregar o remédio ao convalescente (credor), não interna o doente (credor) na vaga do CTI, descumpra ordem judicial que determina fazer uma cirurgia sem a qual o paciente (credor) provavelmente perecerá? Pode o poluidor do meio ambiente (devedor), deixar de cumprir a ordem democrática e legal para instalar mecanismos de filtragem nas suas instalações fabris, sem as quais centenas, ou quiçá milhares, de outras pessoas (credores), correm o risco de serem contaminadas pelo produto de sua indústria? Qual o bem jurídico mais importante nestes casos a vida, a democracia, a dignidade da justiça, o direito à efetividade da tutela jurisdicional ou a liberdade do devedor?” E, a seguir, conclui: “Aplicando-se, portanto, o método de interpretação legal pela proporcionalidade, chega-se logo à conclusão que os bens jurídicos vida e democracia, neste caso, têm prevalência sobre o bem jurídico liberdade, uma vez que a dignidade da pessoa do credor está sendo atacada pela ação obstativa do devedor.” (VIEGAS, Carlos Athayde Valadares. A cláusula geral do art. 461, § 5º, CPC e a polêmica sobre a legitimidade da prisão do réu que não cumpre a obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa diferente de pecúnia. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20Athayde%20Valadares%20Viegas-formatado.pdf>. Acesso em 05 mai. 2012).

forte argumento em favor da ‘tese ampliativa’. Assim, como medida coercitiva de eficácia comprovada, a prisão civil favorece, desde logo, o direito fundamental à tutela executiva. Além disso, se a própria situação material – vale dizer, o crédito a ser satisfeito *in executivis* – também consistir na expressão subjetiva de algum direito fundamental, como por exemplo, a proteção ao meio ambiente, à saúde, à privacidade, à integridade física e à própria vida do credor, esses outros valores reforçam a defesa, sempre na perspectiva do caso concreto, do uso de prisão civil.” (GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: RT, 2003, p. 136)

Não é errado imaginar que, em alguns casos, somente a prisão poderá impedir que a tutela específica seja frustrada. A prisão, como forma de coação indireta, pode ser utilizada quando não há outro meio para a obtenção da tutela específica ou do resultado prático equivalente. Não se trata, por óbvio, de sanção penal, mas de privação de liberdade tendente a pressionar o obrigado ao adimplemento.²⁹

Preciosa é a observação de Joel Dias Figueira Júnior, nestes termos:

Parecem-nos ilógicos e pouco jurídicos esses entendimentos, à medida que não se pode imaginar que, “qualquer um do povo” possa prender em flagrante delito algum transgressor, enquanto assim, igualmente, não o possa fazer o juiz cível ou trabalhista, imbuído de seu ofício jurisdicional-constitucional, que, inversamente, haverá de presenciar impávido a desobediência, a chicana, o atentado ao exercício legítimo da jurisdição, em incrédulo ostracismo sócio-político, contentando-se com a vetusta, porém risível, remessa de peças materializadoras da infração ao Ministério Público, a fim de que apure em melodioso processo criminal, a responsabilidade do malsinado recalcitrante, que terminará por findar como tantas outras quimeras jurídicas.³⁰

Diante da premissa de que o “direito à efetividade da jurisdição é um direito fundamental instrumental, pois a sua inefetividade compromete a efetividade de todos os outros direitos fundamentais”³¹, mister se faz dotar o magistrado de poderes capazes

29 – MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, pp.87/88).

30 – FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. Técnicas diferenciadas coercitivas voltadas à efetivação da tutela antecipatória genérica: Aplicação de multa (“As-treintes”) e prisão por descumprimento à ordem judicial (“Contemp of court”). *Informativo Jurídico INCUJUR*, pág. 3/5, Nov. 2000.

31 – WAMBIER, Luiz Rodrigues; MEDINA, José Miguel García. Sobre coerção, autoridade e efetividade do processo. In: TESHEINER, José Maria Rosa; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto; SEVERO, Álvaro Vinicius Paranhos Severo...[et al.] (coord.). *Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil – estudos em homenagem aos 25 anos de docência do Professor Dr. Araken de Assis*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 386.

de impedir ou coagir condutas tendentes a vilipendiar as ordens judiciais, à medida que a capacidade do Estado de impor suas decisões é pressuposto da Justiça, sendo que tal descumprimento configura fator de desprestígio. Vale dizer, a efetividade das decisões judiciais depende do poder de coerção, de impor respeito e cumprimento das decisões³².

Neste mesmo sentido, Marinoni observa:

Portanto, a prisão civil deve ser utilizada como meio de coerção genérico, com fulcro no artigo 461 § 5º do Código de Processo Civil e no artigo 84 § 5º do Código de Defesa do Consumidor, os quais apresentam um *rol numerus apertus* das medidas a serem adotadas para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente.

Ademais, vale lembrar que o magistrado é dotado do poder de polícia, previsto no artigo 125, III, CPC³³, de maneira que tem o dever-poder de aplicar a sanção necessária para reprimir a conduta do renitente com o escopo de garantir a efetividade do processo. Daí porque a prisão pode ser decretada de ofício.

Nessa diretriz, não se pode olvidar que o magistrado é membro do Poder Judiciário e “poder é exercício de autoridade, é capacidade de mando, que se não faz presente sem meios quaisquer de coerção”³⁴. Logo, o poder conferido ao magistrado de decretar a medida restritiva de liberdade, como técnica executiva indireta, advém diretamente da Lei Maior, de acordo com a Teoria dos Poderes Implícitos³⁵.

Entretanto, como dito linhas atrás, a utilização da prisão civil como meio de coerção dar-se-á diante da análise do caso concreto, uma vez esgotadas as outras medidas suasórias, aplicando-se o princípio da proporcionalidade aos interesses postos em juízo.

32 – Marinoni explicita: “Se o dever do legislador editar o procedimento idóneo pode ser reputado e descumprido diante de determinado caso concreto, o juiz, diante disso, obviamente não perde o seu dever de prestar a tutela jurisdicional efetiva. Por tal razão, o juiz tem o dever de interpretar a legislação à luz do direito fundamental à tutela jurisdicional, estando obrigado a extrair da regra processual, sempre com a finalidade de efetivamente tutelar os direitos, a sua máxima potencialidade, desde – e isso nem precisaria ser dito – que não seja violado o direito de defesa” (MARINONI, Luis Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/5281/o-direito-a-tutela-jurisdicional-efetiva-na-perspectiva-da-teoria-dos-direitos-fundamentais#ixzz21CT6KVu5> . Acesso em 20 jul. 2012).

33 – Art. 125 – O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: (...)

III – prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça.

34 – LUGON, Luiz Carlos de Castro. **Obrigatoriedade de a Administração cumprir as decisões judiciais – instituição do crime de lesa-corte.** In: Fórum de Debate sobre Modernização do Direito. Santa Catarina: 2000, p. 85-88

35 – “A teoria dos poderes implícitos na interpretação dos comandos da Constituição possui em seu sentido original, o reconhecimento de poderes não expressamente especificados do ente federal em relação às demais unidades federativas, mas também o de admitir que qualquer norma constitucional que atribui a um órgão a realização de um dado fim, implicitamente lhe permite o uso dos meios necessários e hábeis a atingir tal fim, salvo proibição expressa na própria Constituição Federal.” (BRASIL, Deilton Ribeiro. A teoria dos poderes implícitos como ferramenta do ativismo jurisdicional utilizado para alargamento da competência do Supremo Tribunal Federal após a Emenda Constitucional nº 45/04. Revista Ciências Sociais, n.1, v.14, p. 73-84, 2008)



6.2 – PRISÃO PENAL

Ao lado da prisão civil, haveria ainda a possibilidade da decretação da prisão de caráter penal, com espeque no artigo 330, do Código Penal, crime de desobediência.³⁶

Para tanto, mister se faz tecer algumas considerações a respeito do tipo penal.

A norma penal incriminadora, prevista no citado dispositivo, tem como bem jurídico o normal funcionamento da Administração Pública, com o objetivo de assegurar o seu prestígio e garantir a autoridade estatal.

O sujeito ativo é o particular, entretanto admite-se que funcionário público também o seja, desde que a ordem descumprida não esteja dentre as suas atribuições. O sujeito passivo é o Estado (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios).

A conduta típica consiste em não cumprir ordem emanada por funcionário público, quer seja na forma comissiva (a ordem refere-se a uma obrigação de não fazer), quer seja na forma omissiva (a ordem refere-se a uma obrigação de fazer). O importante é que se trate de uma ordem legal, e não simplesmente um pedido, dirigida à pessoa certa e determinada.

Deste modo, chega-se à conclusão de que quando a parte, de maneira injustificada, recusa-se ao cumprimento de ordem judicial, configurada está à conduta típica do delito de desobediência, à medida que a Administração Pública foi vilipendiada e o crime foi praticado por particular em face do Poder Judiciário, poder integrante do Estado.

Como é cediço, o crime de desobediência tem caráter permanente, ou seja, se protraí no tempo. Enquanto durar a conduta do agente, considera-se ocorrendo a prática delituosa.

Frise-se que, nos termos do art. 301 do Código de Processo Penal³⁷, qualquer do povo poderá e as autoridades policiais deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

Assim, no momento em que a parte teve ciência da ordem judicial proferida e se recusou a cumprir o comando imposto, praticou o crime de desobediência. Em razão do caráter permanente deste, enquanto perdurar o descumprimento, encontra-se o agente em estado

36 – **Art. 330** – Desobedecer a ordem legal de funcionário público:

Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, e multa

37 – **Art. 301** – Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

Art. 302 – Considera-se em flagrante delito quem:

I – está cometendo a infração penal; II – acaba de cometê-la; III – é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV – é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

de flagrância³⁸. Logo, o magistrado cível somente poderá decretar a prisão em flagrante na qualidade de “qualquer do povo”, o que é de extrema dificuldade de configuração, já

que o descumprimento, no mais das vezes, não ocorre na presença do magistrado, o que caracterizaria o estado de flagrância.

É significativa a lição de Hugo de Brito Machado:

Com efeito, é necessário distinguir o ato de prender, de efetuar a prisão de alguém, do ato de ordenar, de decretar a prisão de alguém. O ato de prender pode ser motivado pelo flagrante, O decreto de prisão obviamente terá outro fundamento. O ato de prisão há de ser comunicado ao juiz competente, vale dizer, ao juiz criminal competente para o processo pelo crime de desobediência, bem como à família do preso ou à pessoa por ele indicada. O decreto de prisão, que já parte de autoridade judiciária competente, não precisa ser, nem na prática é, comunicado a outrem³⁹.

Neste caso, uma vez reconhecido o descumprimento da ordem judicial proferida pelo Juízo Cível, por não deter competência para decretar a prisão penal, o mesmo deverá determinar a remessa de cópia dos autos ao Ministério Público para que este adote as providências que entender cabíveis, à medida que se trata de crime de ação penal pública incondicionada. Anote-se que o juiz cível poderá advertir a parte de que o menosprezo à decisão judicial poderá configurar crime de desobediência.

Todavia, em razão da pena mínima abstratamente prevista ser inferior a 1 (um) ano, é cabível a suspensão condicional do processo, prevista no artigo 89, da Lei 9099/95. Ademais, por se submeter ao regime da lei dos crimes de menor potencial ofensivo, pois a pena máxima é inferior a dois anos, “ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança” (artigo 69, parágrafo único da lei), de maneira que resta esvaziada a utilização da prisão penal como forma de coagir ao cumprimento da decisão judicial.

Entretanto, na hipótese de ocorrer a prisão em flagrante, nos termos da alteração promovida pela lei 12403/2011, esta dificilmente será mantida, uma vez que:

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I – relaxar a prisão ilegal; ou

38 – Art. 303 – Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.

39 – MACHADO, Hugo de Brito. **Prisão por desobediência à ordem judicial**. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, v. 16, n. 96, p. 25-39, jan. 1992. p. 32.)



- II – converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou
- III – conceder liberdade provisória, com ou sem fiança

É imperioso ressaltar ainda que a prisão penal não ostenta o caráter coercitivo, o qual é almejado diante do desrespeito ao comando judicial. Este tipo de prisão é dotado do caráter punitivo, uma vez que, independentemente do ulterior cumprimento da decisão judicial, a parte deverá cumprir a medida restritiva de liberdade, acaso imposta, pelo prazo estabelecido na lei penal.

Infelizmente, o descumprimento das decisões judiciais e as sanções aplicáveis não têm recebido a devida atenção da doutrina e, muito menos, da jurisprudência.

As poucas decisões que fazem menção ao tema são divergentes. Há entendimento no Pretório Excelso no sentido de que, quando a lei extrapenal comina sanção civil e/ou administrativa para a hipótese de descumprimento de decisão judicial, não é cabível enquadrar a parte como incurso no crime de desobediência, por entender que a esfera penal é a *ultima ratio*. Assim, haveria atipicidade penal da conduta.

CRIME DE DESOBEDIÊNCIA – COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA (“ASTREINTE”), SE DESRESPEITADA A OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER IMPOSTA EM SEDE CAUTELAR – INOBSERVÂNCIA DA ORDEM JUDICIAL E CONSEQÜENTE DESCUMPRIMENTO DO PRECEITO – ATIPICIDADE PENAL DA CONDUTA – “HABEAS CORPUS” DEFERIDO. – Não se reveste de tipicidade penal - descaracterizando-se, desse modo, o delito de desobediência (CP, art. 330) - a conduta do agente, que, embora não atendendo à ordem judicial que lhe foi dirigida, expõe-se, por efeito de tal insubmissão, ao pagamento de multa diária (“astreinte”) fixada pelo magistrado com a finalidade específica de compelir, legitimamente, o devedor a cumprir o preceito. Doutrina e jurisprudência. (HC 86254, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 25/10/2005, DJ 10-03-2006 PP-00054 EMENT VOL-02224-02 PP-00257 RTJ VOL-00203-01 PP-00243 RT v. 95, n. 848, 2006, p. 490-494

No mesmo sentido, também se posiciona o e. STJ:

HABEAS CORPUS. PREFEITO MUNICIPAL. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA DE ORDEM JUDICIAL PROFERIDA EM MANDADO DE SEGURANÇA COM PREVISÃO DE MULTA DIÁRIA PELO SEU EVENTUAL DESCUMPRIMENTO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. PRECEDENTES DO STJ. ORDEM CONCEDIDA.

1. Consoante firme jurisprudência desta Corte, para a configuração do delito de desobediência de ordem judicial é indispensável que inexistia a previsão de sanção de natureza civil, processual civil ou administrativa, salvo quando a norma admitir expressamente a referida cumulação.

2. Se a decisão proferida nos autos do mandado de segurança, cujo descumprimento justificou o oferecimento da denúncia, previu multa diária pelo seu descumprimento, não há que se falar em crime, merecendo ser trancada a ação penal, por atipicidade da conduta. Precedentes do STJ.

3. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

4. Ordem concedida para determinar o trancamento da ação penal 1000.6004. 2056, ajuizada contra o paciente. (92655 ES 2007/0244468-6, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 18/12/2007, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 25/02/2008 p. 352) **CRIMINAL. DESOBEDEÊNCIA. ORDEM JUDICIAL. PENA DE MULTA PREVIS- TA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. RECURSO DESPROVIDO.**

I. Para a configuração do delito de desobediência, não basta apenas o não cumprimento de uma ordem judicial, sendo indispensável que inexistia a previsão de sanção específica em caso de seu descumprimento. Precedentes.

II. Recurso desprovido. (686471 PR 2004/0117013-6, Relator: Ministro GILSON DIPP, Data de Julgamento: 16/05/2005, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 06.06.2005 p. 366)

PROCESSUAL PENAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL. CRIME DE DESOBEDEÊNCIA. CONFIGURAÇÃO. PRISÃO EM FLAGRANTE. POSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. A configuração do delito de desobediência exige, além do não-cumprimento de uma ordem judicial, a inexistência da previsão de sanção específica em caso de seu descumprimento.

2. Comprovada a notificação pessoal do paciente acerca da decisão do Tribunal de Justiça, o seu descumprimento caracteriza, em tese, o crime de desobediência, podendo justificar sua prisão em flagrante.

3. Ordem denegada. (84664 SP 2007/0133662-2, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 08/09/2009, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/10/2009)

Contudo, ousamos discordar deste entendimento esposado pelos Tribunais Superiores, à medida que, nos termos do artigo 14, parágrafo único do Código de Processo Civil:

Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

(...)

V – cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final. Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitem exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, **sem prejuízo das sanções criminais, civil e processuais cabíveis**, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado. (destaque nosso)

Assim, quando a parte descumprir ou impõe obstáculos à efetivação da decisão judicial, caracterizado está o ato atentatório ao exercício da jurisdição. E, neste caso, o Ordenamento Jurídico não veda a cumulação de sanções criminais, civil e processual

A sanção criminal, por óbvio, é o enquadramento do recalcitrante no delito de desobediência, tipificado no artigo 330, CP. A sanção civil consiste na condenação em perdas e danos⁴⁰. Já as sanções processuais são aplicadas em razão de abuso de Direitos Processuais⁴¹, descumprimento de decisões judiciais⁴² e litigância de má-fé⁴³.

Portanto, não há falar-se em atipicidade penal do crime de desobediência quando a decisão judicial prevê sanções civis e/ou administrativas nas hipóteses de descumprimento à decisão judicial. Há, inclusive, decisões neste sentido. A título de exemplo, colaciona-se:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL. PRISÃO DETERMINADA PELO JUÍZ CÍVEL.

O juízo cível não pode determinar a prisão em flagrante do recalcitrante em desobedecer a sua ordem, pois não tem competência para decretar a prisão de quem quer que seja, salvo no caso de descumprimento de pensão alimentícia. Não cumprindo os pacientes a ordem judicial, caberia ao juiz remeter cópias das peças demonstrativas da desobediência ao Ministério Público (CPP, art. 40). (28423 PA 2009.01.00.028423-0, Relator: JUIZ TOURINHO NETO, Data de Julgamento: 16/06/2009, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: 26/06/2009 e-DJF1 p.123)

Por outro lado, há também o entendimento na Suprema Corte de que, por tratar de esferas independentes e autônomas, pode haver a caracterização do crime de desobediência ao lado da cominação de sanção civil e administrativa:

40 – No caso, art. 16, 18, caput, 2ª parte e 811, todos do CPC.

41 – Exemplos: arts. 233, 538, parágrafo único, e 557 § 2º, ambos do CPC.

42 – São as sanções previstas nos artigos 14, parágrafo único, 287 e 461§5º, todos do CPC.

43 – Artigo 18, caput, 1ª parte, CPC.

Crime de desobediência: caracterização: descumprimento de ordem judicial que determinou apreensão e entrega de veículo, sob expressa cominação das penas da desobediência. Caso diverso daquele em que há cominação legal exclusiva de sanção civil ou administrativa para um fato específico, quando, para a doutrina majoritária e a jurisprudência do Supremo Tribunal (v.g. RHC 59.610, 1ª T., 13.4.82, Néri da Silveira, RTJ 104/599; RHC 64.142, 2ª T., 2.9.86, Célio Borja, RTJ 613/413), deve ser excluída a sanção penal se a mesma lei dela não faz ressalva expressa. Por isso, incide na espécie o princípio da independência das instâncias civil, administrativa e penal. (HC 86047, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 04/10/2005, DJ 18-11-2005 PP-00010 EMENT VOL-02214-02 PP-00207)

Malgrado o entendimento jurisprudencial majoritário seja no sentido da atipicidade da conduta, defendemos a configuração do delito de desobediência quando do descumprimento da decisão judicial. Todavia, somos obrigados a afirmar que, diante das características do tipo penal, mormente a pena máxima abstratamente prevista, a condenação por crime de desobediência não traduz técnica executiva indireta, podendo configurar, no máximo, sanção por ato atentatório ao exercício da jurisdição.

7 – Conclusão

O Direito Processual Civil Moderno tem por escopo a prestação da tutela jurisdicional de maneira efetiva, com fulcro no Direito Constitucional de acesso à justiça, em seu sentido material.

Todavia, se de um lado foram adotadas técnicas de agilização da resposta judicial, de outro lado percebe-se a crescente crise de efetividade do Poder Judiciário, vale dizer, partes que, de maneira injustificada, recusam-se a cumprir os provimentos mandamentais, em total afronta ao Poder Judiciário, o que leva, em última análise, ao desprestígio da Corte.

Diante deste quadro, buscou-se, com o presente estudo, trazer à discussão a aplicabilidade do instituto do *contempt of court*, nos moldes da *common law* ao direito brasileiro. Entretanto, apesar da aproximação de alguns dispositivos processuais, percebe-se que os dispositivos são esparsos e não há uniformidade a respeito do tema.

Tentou-se inserir no Código de Processo Civil as sanções do sistema anglo-saxão para as hipóteses de má conduta processual. Todavia, apesar do esforço engendrado pela Escola Nacional de Magistratura e Instituto Brasileiro de Direito Processual, os quais apresentaram uma proposta de alteração do artigo 14, CPC, não se logrou êxito, pois o texto aprovado pela Lei nº 10358/2001 difere do texto proposto.



Ademais, acrescente-se que se encontra em tramitação o anteprojeto do novo Código de Processo Civil, o qual aproxima, em alguns poucos aspectos, o nosso Ordenamento ao *contempt of court*, o que representará, acaso aprovado, um avanço em nossa legislação.

A improbidade processual, causada pelo descumprimento ou embaraço à efetivação de provimentos judiciais, infelizmente, não vem sendo tratada com a devida atenção pelo legislador, doutrina e jurisprudência. É preciso atentar para o fato de que capacidade do Estado de impor suas decisões é pressuposto da Justiça, sendo que tal descumprimento configura fator de desprestígio. Vale dizer, a efetividade das decisões judiciais depende do poder de coerção, de impor respeito e cumprimento das decisões.

Nessa senda, foram analisadas as sanções aplicáveis em razão do descumprimento às decisões judiciais, com enfoque nas multas previstas no CPC e a possibilidade de cumulação com o artigo 14, parágrafo único do CPC, na admissibilidade da utilização da prisão civil como técnica coercitiva e na (in)utilidade prática da configuração do crime tipificado no artigo 330,CP (desobediência).

Para tanto, chegou-se à conclusão de que a restrição contida no artigo 5º, LXVII do Texto Constitucional, deve ser interpretada como vedação à restrição da liberdade, no âmbito civil, em razão de inadimplemento de obrigação de conteúdo patrimonial. Ademais, a expressão “obrigação alimentícia” deve ser empregada para se referir a todos os meios necessários para a garantia da dignidade da pessoa humana.

Assim, mediante o discernimento e a moderação necessários, mister se faz dotar o magistrado de instrumentos capazes de repelir os embaraços postos pelas partes e por todos aqueles que atuam no processo, de maneira a garantir a efetiva entrega da prestação jurisdicional. Para tanto, é possível a utilização da restrição à liberdade, como técnica coercitiva, pois a pressão psicológica causada pela imposição de prisão civil para o caso de descumprimento afigura-se como a medida mais eficaz para o restabelecimento da dignidade da justiça, uma vez frustradas as outras providências que visam assegurar o resultado prático equivalente ao do adimplemento, mormente quando direitos fundamentais estão postos em juízo. Logo, a utilização da prisão civil deve estar sempre atrelada ao Princípio da Proporcionalidade, de maneira a garantir a máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Neste sentido, Haidée Padrão Pinto César:

No caso do artigo 461, § 5º, do CPC, a medida se aplica em face da recusa inescusável do obrigado em cumprir a determinação judicial, determinação esta que deve estar em harmonia com a finalidade que o dispositivo expressa, que PE dar efetividade às ordens exaradas nas ações que visam o cumprimento

das obrigações de fazer, não fazer, e de entregar coisa. Não se instaura processo novo nem se exige a formulação de denúncia ou petição de querela; o magistrado pode agir *ex officio*. Se o devedor a quem for aplicada a sanção satisfizer a ordem até então descumprida, ou desfizer o ato que deu ensejo à censura, cessa a prisão, porquanto a finalidade da norma (art. 461, §5º, do CPC) terá sido atendida, retomando o processo o seu curso de normalidade.⁴⁴

No que tange à utilização da prisão penal como sanção por descumprimento de decisão judicial, a conclusão a que se chega é no sentido de que, diante das características do tipo penal, mormente a pena máxima abstratamente prevista, a condenação por crime de desobediência não traduz técnica executiva indireta, podendo configurar, no máximo, sanção por ato atentatório ao exercício da jurisdição, nos termos do artigo 14, parágrafo único, CP.

Em artigo intitulado “O aspecto penal do descumprimento às decisões judiciais de natureza mandamental”, Agapito Machado conclui e afirma que “não basta ganhar. É preciso levar. Vitória de Pirro é derrota. Só leis penais sérias podem tornar efetivas decisões judiciais.”⁴⁵ Nesse passo, revela-se imperiosa a realização de esforço hermenêutico a fim de alcançar a pretendida teleologia dos nossos dispositivos legais e constitucionais, de maneira a aceitar a utilização da prisão civil como meio coercitivo, nos moldes do *contempt of court* do sistema da *common law*. Para tanto, o Judiciário poderá valer-se desta medida, diante do permissivo previsto na cláusula aberta do artigo 461 § 5º, CPC, como também com fulcro no poder de polícia, conferido ao magistrado, insculpido no artigo 125, III, CPC. Portanto, é imprescindível a mudança do entendimento jurisprudencial e doutrinário a respeito da matéria, devendo-se, para tanto, estimular a sua utilização pelos juízes e tribunais. É preciso “plantar a semente” do *contempt of court* no Brasil, com a consequente admissibilidade da prisão civil, de maneira a garantir a dignidade da Justiça e a autoridade das decisões judiciais, em nome da probidade processual, para, enfim, podermos ver concretizado o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

8 – REFERÊNCIAS

ALVIM, José Manoel Arruda. **Sobre as multas instituídas nos arts. 14 e 18 do Código de Processo Civil**. In: YARSHELL, Flávio Luiz e MORAES, Maurício Zanoide de (coord). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. 1 ed. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A prisão civil como meio coercitivo**. In: TESHEINER, José Maria Rosa; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto; SEVERO, Álvaro Vinícius Paranhos

44 – CÉSAR, Haidée Padrão Pinto César. **Prisão Coercitiva. Possibilidade em face do § 5.º do art. 461 do CPC**. Revista de Processo, ano 33, n. 163, p.104-122, set. 2008.

45 – 40 MACHADO, Agapito. **O aspecto penal do descumprimento às decisões judiciais de natureza mandamental**. Revista dos Tribunais, v. 84, n. 722, p. 389-394, São Paulo, dez. 1995, p.394.



Severo...[*et al.*] (coord.). **Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil – estudos em homenagem aos 25 anos de docência do Professor Dr. Araken de Assis**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 633-656.

ASSIS, Araken de. **O contempt of court no Direito Brasileiro**. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Araken%20de%20Assis\(4\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Araken%20de%20Assis(4)%20-%20formatado.pdf). Acesso em: 1 jul. 2012.

BARROS NETO, Cassio Leite de. **Contempt of court**. 2009. Artigo científico (Pós-graduação em Direito) – Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004

BORTOLUZZI, Roger Guardiola. **Sanção por descumprimento de ordem judicial**. 2003. Artigo científico (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

BRAGA, Paula Sarno. **O inciso V do art. 14 do CPC e a estipulação de um novo dever de lealdade, que visa assegurar, em última análise, a efetividade dos provimentos mandamentais e de outros provimentos judiciais, antecipatórios e finais**. Disponível em: <http://www.didiersodrerosa.com.br/artigos/Paula%20Sarno%20Braga%20-%20O%20novo%20inciso%20V%20do%20art%2014%20do%20CPC.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2012.

_____. **O parágrafo único do art. 14 do CPC e a multa punitiva imputada aos infratores do dever processual previsto no inciso V: um contempt of court à brasileira**. Disponível em: [http://www.didiersodrerosa.com.br/artigos/Paula%20Sarno%20Braga%20-%20O%20par%20%C3%A1grafo%20%C3%BAnico%20do%20art%2014%20do%20CPC%20\(contempt%20of%20court\).pdf](http://www.didiersodrerosa.com.br/artigos/Paula%20Sarno%20Braga%20-%20O%20par%20%C3%A1grafo%20%C3%BAnico%20do%20art%2014%20do%20CPC%20(contempt%20of%20court).pdf). Acesso em: 16 jul. 2012.

_____. **A aplicação a terceiros da multa administrativa do parágrafo único do art. 14 do CPC: aspectos polêmicos**. Disponível em: <http://www.didiersodrerosa.com.br/artigos/Paula%20Sarno%20Braga%20-%20A%20aplica%C3%A7%C3%A3o%20a%20terceiros%20da%20multa%20administrativa%20do%20par%20%C3%A1grafo%20%C3%BAnico%20do%20art%2014%20do%20CPC.pdf>. Acesso em 25 mai. 2012.

BRASIL, Deilton Ribeiro. **A teoria dos poderes implícitos como ferramenta do ativismo jurisdicional utilizado para alargamento da competência do Supremo Tribunal Federal após a Emenda Constitucional n° 45/04**. Revista Ciências Sociais, n.1, v.14, p. 73-84, 2008.

CÉSAR, Haidée Padrão Pinto César. **Prisão Coercitiva. Possibilidade em face do § 5.º do art. 461 do CPC.** Revista de Processo, ano 33, n. 163, p.104-122, set. 2008.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** 18ª. ed., São Paulo : Editora Malheiros, 2002.

DE LUCCA, Newton. **Obrigatoriedade de a Administração cumprir as decisões judiciais – instituição do crime de lesa-corte.** In: Fórum de Debate sobre Modernização do Direito. Santa Catarina: 2000, p. 81-84.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Técnicas diferenciadas coercitivas voltadas à efetivação da tutela antecipatória genérica: Aplicação de multa (“Astreintes”) e prisão por descumprimento à ordem judicial (“Contempt of court”).** Informativo Jurídico INCIJUR, pág. 3/5, Nov. 2000.

FUX, Luiz. **O descumprimento das decisões judiciais e a criminalização do processo civil (breves reflexões).** Revista de Direito Renovar, n. 26, p. 39-44, maio/ago. 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o contempt of court.** Revista de processo, ano 26, n. 102, p. 219-227, abr/jun. 2001.

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil.** São Paulo: RT, 2003.

LUGON, Luiz Carlos de Castro. **Obrigatoriedade de a Administração cumprir as decisões judiciais – instituição do crime de lesa-corte.** In: Fórum de Debate sobre Modernização do Direito. Santa Catarina: 2000, p. 85-88.

MACHADO, Agapito. **O aspecto penal do descumprimento às decisões judiciais de natureza mandamental.** Revista dos Tribunais, v. 84, n. 722. p. 389-394, São Paulo, dez. 1995.

MACHADO, Hugo de Brito. **Prisão por desobediência a ordem judicial.** Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados, v. 16, n. 96, p. 25-39, jan. 1992.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional do processo de conhecimento.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais.** Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/5281/o-direito-a-tutela-jurisdicional-efetiva-na-perspectiva-da-teoria-dos-direitos-fundamentais#ixzz21CT6KVu5> . Acesso em 20 jul. 2012.



MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

MONTEIRO, Júlio Cesar. **Classificação das ações. As tutelas mandamental e executiva “lato sensu” em busca do sincretismo processual**. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/5788/classificacao-das-aco-es> . Acesso em 19 jul. 2012.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, volume 4: parte especial: art. 289 a 359-H. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

SEVERINO, Renata Cortez Vieira. **Sanções processuais por ato atentatório ao exercício da jurisdição: instrumento de efetividade das decisões judiciais**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Pernambuco, Recife.

SILVA, Luiz Antônio Miranda Amorim. **O contempt of court no Direito Processual Civil Brasileiro**. Revista de processo, ano 36, n. 191, p. 83-123, jan. 2011.

SILVA, Osmar Vieira da. **O contempt of court (desacato à ordem judicial) no Brasil**. Revista jurídica da Unifil, ano IV, n.04, p. 91-111, 2007.

VARGAS, Jorge de Oliveira. **A pena de prisão para a desobediência da ordem do juiz cível**. Genesis: Revista de Direito Processual Civil, ano 1, n. 1, p. 797-799, set./dez., 1996.

VENTURI, Elton. **Da prisão como instrumento coercitivo para o cumprimento de provimentos judiciais: por uma releitura da prisão civil por inadimplemento de dever alimentar**. Disponível em: http://ufpr.academia.edu/eltonventuri/Papers/175361/da_prisao_como_instrumento_coercitivo_para_o_cumprimento_de_provimentos_judiciais_por_uma_releitura_da_prisao_civil_por_inadimplemento_de_dever_alimentar. Acesso em 10 mai. 2012.

VIEGAS, Carlos Athayde Valadares. **A cláusula geral do art. 461, § 5º, CPC e a polêmica sobre a legitimidade da prisão do réu que não cumpre a obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa diferente de pecúnia**. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20Athayde%20Valadares%20Viegas-formatado.pdf>. Acesso em 05 mai. 2012.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; MEDINA, José Miguel Garcia. **Sobre coerção, autoridade e efetividade do processo**. In: TESHEINER, José Maria Rosa; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto; SEVERO, Álvaro Vinícius Paranhos Severo...[et al.] (coord.). **Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil – estudos em homenagem aos 25 anos de docência do Professor Dr. Araken de Assis**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 385-394

A TUTELA ANTECIPADA E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Lúdio Rodrigues Bonfim⁴⁶

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 TUTELA JURISDICIONAL; 2.1 O TERMO LIMINAR NO ÂMBITO DO DIREITO POSITIVO; CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS; 2.2 TUTELA DEFINITIVA E TUTELA PROVISÓRIA. CONCEITOS E ESPÉCIES. 2.3 TUTELAS PROVISÓRIAS. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS; 2.4 TUTELA ANTECIPADA. PRESSUPOSTOS E HIPÓTESES LEGAIS; 3 O CABIMENTO DA TUTELA ANTECIPADA EM FACE DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO; 3.1 PRERROGATIVAS PROCESSUAIS DA FAZENDA PÚBLICA; 3.2 LIMITAÇÕES LEGAIS À ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA; 4 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E À TUTELA ANTECIPADA; 5 A EFETIVAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA NAS AÇÕES JUDICIAIS QUE TÊM POR OBJETO IMEDIATO COMPELIR A FAZENDA PÚBLICA À PRESTAÇÃO DE ALGUMA AÇÃO OU SERVIÇO PARA PROMOÇÃO, PROTEÇÃO OU RECUPERAÇÃO DA SAÚDE DE QUALQUER POVO; 5.1 PODER GERAL DE EFETIVAÇÃO; 5.2 A FIXAÇÃO DE MULTA DIÁRIA E A SUA EXECUÇÃO PROVISÓRIA; 5.3 O BLOQUEIO JUDICIAL DE VERBA PÚBLICA; 5.4 A RESPONSABILIZAÇÃO PESSOAL DO AGENTE PÚBLICO PELO INADIMPLEMENTO. A PRISÃO (PENAL) EM FLAGRANTE PELO COMETIMENTO DE CRIME (PREVARICAÇÃO). A PRISÃO POR DESACATO À ORDEM JUDICIAL – A *CONTEMPT OF COURT* DO DIREITO ANGLO-SAXÃO; 5.5 A CONVERSÃO EM PERDAS E DANOS; 6 CONCLUSÃO; 7 REFERÊNCIAS.

Resumo

O presente trabalho tem por escopo demonstrar a importância do instituto da tutela antecipada e dos meios diretos e indiretos de coerção para a sua realização material como mecanismos necessários para a efetivação do direito fundamental à saúde em demandas ajuizadas em face da Fazenda Pública, nas quais se busca obrigá-la à prestação de ações e serviços públicos destinados à promoção, proteção e recuperação da saúde em favor do indivíduo, bem como a posição que o Poder Judiciário deve assumir como um dos atores principais no processo de efetivação dos direitos fundamentais e concretização de ações e prestações que tenham por objetivo propiciar a todos, inde-

46 – Defensor Público de Classe Intermediária, Especialista em Direito do Estado pela Faculdade Baiana de Direito



pendentemente, de sua origem, raça, sexo ou condição econômica, um mínimo existencial intangível.

Palavras-chave: Tutela antecipada; Efetividade da Jurisdição; Direito Fundamental à Saúde; Efetivação.

Abstract

The scope of this paper is to demonstrate the importance of the institution of injunctive relief and the direct and indirect means of coercion for their achievement material as necessary mechanisms for ensuring the fundamental right to health claims filed in the face of the Treasury, in which seeks to compel her actions and the provision of public services for the promotion, protection and recovery of health for the individual as well as the position that the Judiciary should take over as one of the main actors in the process of realization of fundamental rights and achieving actions and services that aim to provide everyone, irrespective of their origin, race, sex or economic status, a minimum existential intangible.

Keywords: *Injunctive Relief; Effectiveness of Jurisdiction; Fundamental Right to Health; Effective.*

1 – INTRODUÇÃO

O direito fundamental à saúde, tal como ocorre com outros direitos sociais, econômicos e culturais, decorre do ideário democrático concretizador que inspirou o constituinte originário, quando da elaboração da Carta Constitucional de 1988.

A sua concepção histórica, enquanto direito social, portanto direito de segunda geração ou segunda dimensão, é fruto da prevalência da ideologia do Estado social, bem como da expansão do pensamento marxista no século passado em contraponto à ideologia liberal que predominou no século XIX e ao Estado do *laissez faire et laissez passer* (deixar fazer, deixar passar), estando atrelada ao reconhecimento da tese de que não basta ao Estado de direito que se afirma democrático, para atender às legítimas expectativas da coletividade, respeitar a esfera privativa de liberdades do indivíduo, sendo, também, obrigado a intervir na ordem social e econômica, mediante ações afirmativas, a fim de reduzir as desigualdades e, por derradeiro, permitir a todos o pleno exercício dos seus direitos fundamentais, inclusive os individuais.

Com isso, sedimentou-se o pensamento de que o acesso aos direitos sociais, econômicos e culturais é condição, inclusive, para a efetivação dos direitos de liberdade. Neste sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁴⁷ destaca:

O aparecimento dos “direitos econômicos e sociais” ao lado das “liberdades” nas Declarações é o fruto de uma evolução que se inicia com a crítica logo feita pelos socialistas ao caráter “formal” das liberdades consagradas nos documentos individualistas. Essas liberdades seriam iguais para todos, é certo; mas a maioria, porém, seriam sem sentido porque a ela faltariam os meios de exercê-los. De que adianta a liberdade de imprensa para todos aqueles que não têm os meios para fundar, imprimir e distribuir um jornal? Destarte, a atribuição em realidade para todos do direito de exercer esses direitos fundamentais implicaria uma reforma econômico-social, ou ao menos, uma intervenção do Estado para que o mínimo fosse assegurado à maioria.

O direito à saúde, por exemplo, é consequência direta da junção do direito à vida, que é direito fundamental individual, com o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado brasileiro e princípio de maior prevalência axiológica em nosso ordenamento, à medida que não se pode conceber que uma pessoa possa ter uma existência digna, se não lhe é assegurado o acesso pleno às ações e serviços de saúde necessários para eventual recobro ou manutenção, tanto quanto possível, da sua perfeita sanidade física e mental.

47 – FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional* – 13 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 1984 – p. 276-277.



Sucedee, como se verá adiante, que a efetivação do direito à saúde, desde os primórdios do seu reconhecimento como direito social até os dias de hoje, tal como ocorre com outros direitos de mesma estirpe, perpassa por uma dificuldade histórica e estrutural do Estado brasileiro em implementar, com êxito, políticas públicas eficientes e absolutamente necessárias para propiciar à coletividade o acesso gratuito, universal e igualitário às ações e serviços públicos necessários para a promoção, proteção e recuperação da saúde.

Tal problema, associado a uma crescente conscientização coletiva, além da ampliação do acesso à justiça, sem dúvida, é causa do aumento considerável de ações judiciais em que se busca compelir o Poder Público ao cumprimento de um dever basilar que lhe fora imposto pela Carta Magna e do qual não pode se subtrair, alegando mera omissão legislativa de ordem programática ou evasiva insuficiência de recursos.

Por outro lado, no âmbito do Poder Judiciário, onde cada vez mais o direito fundamental à jurisdição efetiva ganha corpo, o instituto da tutela antecipada tem se apresentado como mecanismo essencial para a garantia de que a tutela jurisdicional relacionada ao direito à saúde pública seja prestada de forma efetiva, principalmente, ante à urgência intrínseca que é característica das demandas judiciais que envolvem tal direito e a necessidade de prestação da tutela específica. Vislumbra-se, neste passo, a importância do instituto quando se trata de demanda judicial onde se busca compelir o Poder Público ao fornecimento de medicamentos, exames, insumos medicinais, consultas médicas e tratamentos cirúrgicos.

Entretanto, deve se ter em conta que a garantia de uma tutela jurisdicional efetiva relativa ao direito à saúde não se restringe apenas à simples prolação de provimentos antecipatórios, devendo o julgador lançar mão, sempre que necessário, de atos materiais executórios com vistas à realização fática dos efeitos da tutela jurisdicional concedida antecipadamente, de modo a garantir uma prestação jurisdicional célere, eficaz e satisfatória, apta, portanto, a justificar a própria existência do Poder Judiciário no âmbito do Estado social.

Dessarte, o presente trabalho tem por escopo, em um primeiro momento, discorrer sobre o instituto da tutela antecipada no nosso ordenamento jurídico, conceituando-o, distinguindo-o de outros tipos de tutela, descrevendo os seus fundamentos constitucionais, pressupostos legais e hipóteses de ocorrência. Posteriormente, será analisado o seu cabimento em face das pessoas jurídicas de direito público e as restrições legais ao seu uso em desfavor da Fazenda Pública. Ao final, aprofundando a sua especial utilidade nas demandas em que se busca a satisfação do direito à saúde pública e reconhecendo o seu importante papel enquanto instrumento para se evitar uma síndrome de inefetividade das decisões judiciais nesta seara, será feita uma abordagem de alguns meios de coerção direta e indireta que o julgador, não somente pode como deve fazer uso, no caso em concreto, de modo a se certificar de que as suas decisões sejam cumpridas, medidas estas que, muitas vezes, não são tomadas por magistrados que ainda se visualizam na era

do Estado liberal, época onde a conduta omissiva estatal, a intangibilidade da vontade humana e a limitação do exercício da atividade judicante predominavam.

Tal modo de proceder é, sem dúvida, um dos motivos que levam por diversas vezes em que a decisão judicial não é cumprida voluntariamente pelo agente público responsável, à própria perda do bem da vida que mais deveria ser tutelado pelo Estado, à sensação de impotência da parte postulante, bem como a uma indesejável descrença no papel do Poder Judiciário enquanto instância apta a dirimir conflitos e promover a pacificação social.

2 – TUTELA JURISDICIONAL

2.1 – O TERMO LIMINAR NO ÂMBITO DO DIREITO POSITIVO. CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS

O estudo da tutela antecipada demanda, a priori, a necessária análise do termo “liminar”, segundo o enfoque que lhe é dado no âmbito do direito positivo, seja em razão do próprio legislador, por vezes, atribuir à palavra “liminar” significados variados, o que tem levado a compreensões diversas do seu sentido, seja em função da usual correlação que se verifica entre os dois enunciados (liminar e tutela antecipada) na prática forense, resultado, sem dúvida, do caráter multifacetário atribuído ao vocábulo na legislação posta.

Freddie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira⁴⁸ lecionam com propriedade:

Por medida liminar deve-se entender medida concedida *in limine litis*, i. é., no início da lide, sem que tenha havido ainda a oitiva da parte contrária. Assim, tem-se por liminar um conceito tipicamente cronológico, caracterizado apenas por sua ocorrência em determinada fase do procedimento, qual seja, o seu início. Liminar não é substantivo – não se trata de um instituto jurídico. Liminar é qualidade daquilo que foi feito no início (*in limine*). Adjetivo, pois.

Já Teori Albino Zavascki⁴⁹, em obra de fôlego, esclarece que o termo liminar, no âmbito do Direito Positivo, não tem sentido unívoco, de modo que, seguindo um critério estritamente topográfico, efetivamente serviria para definir tudo aquilo que se faz no começo, sem mais tardança. Nada obstante, para o renomado autor, tal critério apanharia somente um aspecto pouco real e representativo da palavra, sendo insuficiente para expressar o seu significado real e completo. Dessa forma, sentencia:

Não é apenas em razão do momento de seu aparecimento que uma decisão do juiz é considerada uma “liminar.” Há liminares proferidas após a justificação

48 – DIDIER JR, Freddie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Santos de. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 6ª ed. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 487.

49 – ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 197-198.

ou após a citação do demandado, e nem por isso, apesar de já ultrapassada a porta de entrada, deixam de ser consideradas liminares. Na verdade, o sentido mais comum da palavra liminar é o que decorre da formulação elíptica da expressão “medida liminar.” Com esse sentido, a palavra não realça o momento da decisão, mas sim o seu conteúdo. Quando se requer uma liminar se está pedindo alguma coisa, e não apenas que a decisão seja proferida em dado momento. E quando se defere uma liminar se está expedindo um provimento com certo conteúdo, e não, simplesmente, decidindo *initio litis*.

É de se perguntar, pois, qual o conteúdo que caracteriza a decisão como “medida liminar”, ou, simplesmente, como uma “liminar”, distinguindo-a das demais decisões interlocutórias tomadas pelo juiz, ainda que no mesmo momento processual.

Atentar-se à etimologia da palavra “liminar”, que quer dizer “posto à frente” ou “que antecede”,⁵⁰ e, com isso, buscar compreendê-la segundo um critério estritamente espacial na prática processual, seria a postura mais apropriada e inequívoca que se poderia assumir como forma de interpretação do termo em questão, dotando-o, portanto, de precisão técnica e conformação à gramática. Neste sentido é o magistério de Leonardo José Carneiro da Cunha⁵¹ e de parte importante da doutrina, a exemplo de José Roberto dos Santos Bedaque⁵²:

Em síntese, liminar é decisão proferida no início do processo. Não importa o conteúdo da medida. Pode versar sobre o saneamento do processo, questões processuais cognoscíveis de ofício, conservações de bens, pessoas ou provas e antecipação de feitos da tutela final.

Nesta linha de pensamento, liminar pensada, não como instituto jurídico, mas sim como adjetivo, serviria para qualificar o ato judicial de conteúdo decisório proferido no início da lide, a exemplo do indeferimento da petição inicial, da decisão que concede a gratuidade judiciária, ou, ainda, embora não necessariamente, da decisão que antecipa, inaudita altera parte, os efeitos da tutela jurisdicional pretendida ao final. Em resumo, liminar e antecipação de tutela não são a mesma coisa, tampouco a primeira é gênero da qual a segunda é espécie, embora, em uma dada ação, seja perfeitamente possível que o adiamento dos efeitos da tutela jurisdicional pretendida ao final da lide possa ser concedido em caráter liminar, isto é, logo no início da ação, sem que a parte contrária tenha ainda se manifestado.

Apesar disso, é preciso que se diga ao legislador, pouco atento à técnica, quando trata da questão, tem significativa parcela de contribuição para a prática forense usual de se consi-

50 – FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Miniaurélio: o dicionário da língua portuguesa*. 6ª ed. rev. atual. Curitiba: Positivo, 2006, p. 517.

51 – CUNHA, Leonardo José Carneiro da Cunha. *A Fazenda Pública em Juízo*. 3ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Dialética, 2005, p.178.

52 – BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)*. 5ª ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 304.

derar as duas expressões em apreço como se fossem duas denominações possíveis de um mesmo instituto jurídico – ou de institutos jurídicos semelhantes, segundo o seu conteúdo ou o fim a que se destinam –, bem como para a vasta e persistente divergência doutrinária acerca do tema.

Com efeito, no próprio Código de Processo Civil em vigor, foram atribuídas significações diversas à palavra “liminar” e suas variações de classe gramatical, por vezes, observando-se rigorosamente a sua etimologia, isto é, como ato judicial de caráter decisório ou não, proferido no início da lide, por outras, tratando-a como se fosse a própria antecipação da tutela pretendida ao final, dando ênfase, assim, à definição do termo segundo um conteúdo seu propriamente dito:

Art. 461. (...) § 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela **liminarmente** ou mediante justificação prévia, citado o réu. A **medida liminar**⁵³ poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada. “(Incluído pela Lei nº 8.952, de 1994).”

(...)

Art. 739. O juiz rejeitará **liminarmente** os embargos:

(...)

Art. 928. Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado **liminar** de manutenção ou de reintegração; no caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada.

A falta de precisão conceitual persiste na legislação esparsa, a exemplo da Lei nº 8.437/1992 cujos arts. 1º 3º e 4º aplicam-se ao instituto da tutela antecipada, segundo o quanto disposto na Lei nº 9.494/1997, e onde a medida liminar ou liminar é tratada de forma generalizada:

Art. 1º Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.

§ 1º Não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal.

§ 2º O disposto no parágrafo anterior não se aplica aos processos de ação popular e de ação civil pública.

§ 3º Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação.

53 – A medida liminar aqui, por opção do legislador, se identifica com a própria tutela antecipada independentemente desta ter sido concedida ou não no início da lide.



§ 4º Nos casos em que cabível medida liminar, sem prejuízo da comunicação ao dirigente do órgão ou entidade, o respectivo representante judicial dela será imediatamente intimado. (Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)

§ 5º Não será cabível medida liminar que defira compensação de créditos tributários ou previdenciários. (Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)

decisão provisória e satisfativa, levando-se em conta, portanto, o seu grau de mutabilidade e conteúdo⁵⁴.

Na época em que a referida lei teve a sua vigência iniciada, como ainda não havia previsão, no procedimento comum⁵⁵, do instituto da antecipação de tutela, nos moldes da reforma operada no Código de Processo Civil pela Lei nº 8.952/1994, era bastante comum o ajuizamento de medidas cautelares inominadas, visando obter a antecipação do provimento jurisdicional pretendido ao final da demanda judicial, fato este que explica a mencionada lei se referir à medida liminar como uma medida de caráter satisfativo da tutela pretendida na ação principal e que é concedida no âmbito do próprio processo cautelar (o que não deixa de ser contraditório), visando resguardar o resultado útil daquela ação principal.

De qualquer sorte, atentando-se à preciosa lição de Teori Albino Zavascki, o que se recomenda ao operador do direito é que, quando em análise da legislação, reconhecendo a inerente diversidade conceitual do termo em estudo, busque investigar o sentido empregado aos vocábulos “liminar” e “liminarmente” ou à expressão “medida liminar” no contexto em que estão inseridos, de modo a compreender segura e plenamente o que estão a significar em cada caso.

2.2 – TUTELA DEFINITIVA E TUTELA PROVISÓRIA. CONCEITOS E ESPÉCIES

No modelo original do Código de Processo Civil, a tutela jurisdicional, – enquanto poder-dever do Estado-juiz de promover a justa composição dos conflitos, segundo o império da lei, substituindo a vontade dos envolvidos pela vontade estatal e utilizando, se preciso dos meios de coerção necessários para a imposição desta –, submetia-se a uma divisão em três classes distintas, a saber: tutela de cognição, tutela de execução e tutela de cautela. A cada uma destas espécies de tutelas correspondiam processos e ações distintos.

Naquela época, o direito processual civil pátrio, profundamente influenciado pela escola de direito processual civil italiana, com contribuição inestimável de Enrico Túlio Liebman, buscava afirmar a sua autonomia frente ao direito material, de sorte que a preocupação primordial dos seus precursores era estabelecer as suas bases fundantes, definir os seus princípios,

54 – Da mesma forma a Lei nº 12.016/2009, que dispõe acerca do mandado de segurança individual e coletivo.

55 – Embora alguns procedimentos especiais previstos no próprio código e leis esparsas já previssem medidas antecipatórias.

dotá-lo de rigor metodológico, além de sistematização, com grandes construções teóricas capazes de exaltar a técnica processual, privilegiando-se, sobretudo, o cientificismo, a segurança jurídica e a ideologia do Estado liberal. Ao discorrer sobre o pensamento que inspirou o Código de Processo Civil de 1973, Manoel de Souza Mendes Júnior⁵⁶ afirmou:

Nosso Código de Processo Civil, portanto, foi elaborado a partir das ideias desenvolvidas nessa escola, a qual tinha a preocupação de afirmar a autonomia do direito processual civil com relação ao direito material. A busca da autonomia levou a grandes elaborações teóricas, alcançando-se notável progresso da técnica e da dogmática processual.

Neste passo, voltando à tradicional classificação em tríade da tutela jurisdicional e seus processo correlatos, temos que:⁵⁷

Seguindo ainda o pensamento de Liebman, o que distingue cada uma dessas espécies de processo das demais é a sua finalidade. Assim, o processo de conhecimento tem por objetivo a formulação da regra jurídica concreta; o processo de execução, sua atuação prática; e o processo cautelar, assegurar o resultado útil daqueles outros dois processos.

A tutela cautelar, então, já no modelo clássico, porque destinada à salvaguarda dos bens e das provas, enquanto meios necessários ao processo, ou, ainda, à salvaguarda do próprio direito supostamente violado, quando ameaçados de prejuízo iminente, exhibia o seu caráter acessório em relação aos outros dois tipos de tutela definidos e, por derradeiro, a sua provisoriiedade inerente, ambas as características justificadas pela premissa, segundo o pensamento predominante à época, de que todo processo em si tem um tempo certo de duração necessário para se aferir com segurança se a tutela de certificação ou de efetivação do direito requerida pela parte deve ser concedida pelo Estado-juiz e que, durante este tempo, não se pode adiantar à parte requerente a tutela jurisdicional pretendida pena de violação ao direito à segurança jurídica.

Acontece que os tempos são outros, a pós-modernidade é marcada pela ênfase à desconstrução de princípios, conceitos e sistemas anteriores, sobretudo em face da ineficácia prática dos grandes discursos e da decadência de valores, ideias e instituições, antes tidos como supremos, na solução dos problemas do cotidiano. No plano jurídico-processual, considerando o contexto sociopolítico em que vivemos exsurge com todo o vigor a fase instrumentalista do direito processual civil e seu caráter utilitarista, no exato sentido de ter aptidão a produzir resultados relevantes e efetivos na realidade dos indivíduos – sob pena de perda da sua própria legitimidade, em detrimento de construções teóricas sagazes, porém ineficazes

56 – MENDES JUNIOR, Manoel de Souza. "Tutelas de Urgência no Código de Processo Civil Brasileiro." *Tutela de Urgência e Risco*. Francisco Carlos Duarte (coord.). Vol. 1, 1ª ed.. Curitiba: Juruá, 2010, p. 124-125.

57 – *Ibidem*, p. 125.



no plano dos fatos, por mais relevantes que outrora tenham sido para o aprimoramento da técnica processual.

Nesta conjuntura, a legislação processual civil foi submetida a uma série de reformas que tiveram por escopo torná-la efetivo instrumento de acesso e realização da Justiça, mas que, por via oblíqua, também serviram para que a classificação tripartite da tutela jurisdicional passasse a ser combatida com mais ênfase pela doutrina.

Com efeito, Teori Albino Zavascki⁵⁸ afirma que a tradicional classificação da tutela jurisdicional em três espécies de atividades distintas, cada uma com processos e ações correlatos, não é imposição de ordem natural ou científica, mas opção confiada à discricionariedade legislativa:

A segmentação das atividades cognitivas e executivas em ações e em processos distintos, que era a regra no sistema original do Código de Processo Civil, passou a ser exceção depois das supervenientes reformas processuais implementadas a partir de 1994. Atualmente, em se tratando de demanda sobre obrigações de fazer e de não fazer, cognição e execução se desenvolvem no âmbito de uma única relação processual, na qual também são requeridas e processadas as correspondentes medidas de urgência eventualmente necessárias (CPC, art. 461). O mesmo ocorre nas demandas sobre obrigações de entregar coisa (CPC, art. 461-A). Em se tratando de obrigação de pagar quantia, em que a atividade jurisdicional se desdobrava originalmente em várias “ações” (ação condenatória, ação de liquidação de sentença, ação de execução, ação de embargos do devedor), está hoje reunida numa relação processual única, no âmbito da qual se desenvolvem todas as atividades destinadas a certificar o direito, determinar a sua conformação e impor o seu cumprimento.

Ou seja, com a série de reformas do direito processual civil iniciada na década de 1990, restou evidenciada com mais clareza o que antes já era defendido com vigor por alguns estudiosos, isto é, em uma mesma relação processual é plenamente possível à prática de forma simultânea e/ou sucessiva de atividades jurisdicionais distintas.

Assim, posta em cheque a divisão clássica da tutela jurisdicional, o renomado jurista, com arrimo, sobretudo, no estudo da cognição no plano vertical realizado por Kazuo Watanabe⁵⁹, propõe a classificação da tutela jurisdicional em definitiva ou provisória, segundo a natureza e o conteúdo dos respectivos provimentos e independentemente do processo ou tipo de ação em que esteja sendo prestada⁶⁰.

58 – ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 11.

59 – WATANABE, Kazuo. *Cognição no Processo Civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

60 – ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 39-40.

A primeira, que privilegia o valor “segurança”, tem as seguintes características básicas: (a.1) é formada em procedimentos nos quais se propicia cognição exauriente da lide, ou seja, oferecem-se às partes meios adequados de contraditório e de ampla defesa de suas posições jurídicas, e (a.2) é marcada pela imutabilidade própria da coisa julgada material.

A segunda, que privilegia o valor “efetividade”, caracteriza-se: (b.1) por estar necessariamente referenciada a um pedido de tutela definitiva, à falta do qual não tem ou perde a sua razão de ser; (b.2) por ter como pressuposto uma situação de urgência, entendida em sentido amplo, compreendendo-se como tal a situação fática que, de alguma forma, compromete a regular prestação da tutela definitiva; (b.3) por ser formada à base de cognição sumária, assim considerada a cognição menos aprofundada, no seu nível vertical, que a cognição exauriente própria da tutela definitiva a que se acha referenciada; (b.4) por ter eficácia limitada no tempo, não perdurando por prazo maior que o da concretização de sua finalidade ou o da duração do processo no qual é buscada a tutela definitiva correspondente; (b.5) por ser precária, não submetida à imutabilidade da coisa julgada, podendo ser modificada ou revogada a qualquer tempo, desde que haja mudança no estado de fato (que acarrete o desaparecimento, o surgimento ou a modificação da situação de urgência que lhe serve de pressuposto) ou no estado da prova (que acarrete nova compreensão sobre os fatos e o direito afirmado).

Neste contexto, temos como espécies de tutelas provisórias a tutela cautelar, já referida anteriormente, e a tutela antecipada, objeto de estudo do presente trabalho, as quais embora tenham a mesma função constitucional de garantir a efetividade do processo e da jurisdição, assegurando o resultado útil do primeiro ao final, diferem quanto ao seu conteúdo e cabimento, de sorte que a tutela antecipada representa o próprio adiantamento dos efeitos que a futura tutela pretendida produzirá no plano dos fatos, ou seja, é satisfativa, enquanto a tutela cautelar tem conteúdo do seu provimento diverso em relação ao da tutela definitiva, ou seja, é simples medida de garantia ou conservação do direito que se afirma violado.

Destarte, ao deferir uma medida antecipatória, o magistrado estará invertendo entre as partes a distribuição do ônus do tempo do processo, já, ao deferir uma medida cautelar, estará repartindo-o de forma igual tanto quanto possível entre os litigantes.

Na tutela antecipada, embora a provisoriedade lhe seja inerente, é possível que os seus efeitos sejam perpetuados no tempo, pois está destinada, embora não necessariamente, a ser sucedida por outra medida de conteúdo semelhante, porém definitiva, no caso de confirmação do direito que se afirma violado. Na tutela cautelar, a sua duração é limitada, não podendo ser sucedida por outra tutela definitiva de mesmo conteúdo, eis que o provi-



mento cautelar necessariamente não coincide com o provimento definitivo pretendido ao final da lide.

Há ainda os que defendem que os referidos institutos submetem-se a regime processual e procedimental diversos, bem como demandam pressupostos peculiares para as respectivas concessões, notoriamente, mais rigorosos para a tutela antecipada (v.g.: prova inequívoca do alegado), o que é relativizado para parte da doutrina que professa a fungibilidade das tutelas de urgência⁶¹.

2.3 – TUTELAS PROVISÓRIAS. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS

O direito de acesso à Justiça está positivado no inc. XXXV, do art. 5º, da Constituição Federal⁶². Tal direito não deve ser visto como mera garantia de acesso formal ao Poder Judiciário, através da possibilidade do manejo da ação, pois, evidentemente, não se trata de simples norma de cunho processual de matriz constitucional. Com efeito, tendo mira o fato de que, no Estado de Direito, o sujeito de direitos, via de regra, não pode fazer valer a própria força e vontade, visando impor de forma deliberada a sua pretensão insatisfeita (proibição da autotutela) e que o Estado detém, com exclusividade, o monopólio da jurisdição, o direito de ação, consubstanciado na inafastabilidade do controle jurisdicional, e, comumente denominado, de direito à jurisdição efetiva ou direito à efetividade da jurisdição, dentre tantos outros que englobam o chamado devido processo legal, tem por escopo permitir que seja propiciado a todos, independentemente de sua condição econômica, origem, raça, sexo, cor, idade ou qualquer outro traço peculiar, a jurisdição efetiva, ou seja, a atuação eficaz do Estado que tenha verdadeira aptidão de produzir mecanismos eficientes de solução das controvérsias, oferecendo a real possibilidade do titular de um direito violado ou sob ameaça de violação, provando que a razão lhe assiste, obter, na prática, a tutela do seu direito ou, não demonstrando a procedência do que alega obter, ao menos, a resposta negativa do Estado-juiz, devendo aceitá-la, eis que vive sob o império da lei. Neste passo, o direito à jurisdição efetiva, portanto, é base da própria ordem jurídica e condição de legitimidade do Estado democrático de direito.

Por outro lado, é certo que todo processo deve ter um tempo de duração razoável, de modo que o julgador possa aferir com segurança, através da cognição exauriente, o pleno conhecimento dos fatos e fundamentos que envolvem a lide, e, por derradeiro, se o litigante demandado deverá ser privado ou não da sua liberdade ou de seus bens. Neste ínterim, é fundamental que seja assegurado o contraditório e a ampla defesa aos litigantes, garantias constitucionais que também são englobadas pelo devido processo legal, em respeito ao princípio da segurança jurídica igualmente extraído da Carta Magna.

61 – TARDIN, Luiz Gustavo. **Fungibilidade das Tutelas de Urgência**. São Paulo: RT, 2006.

62 – art. 5º (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Assim, tanto o direito à efetividade da jurisdição como o direito à segurança jurídica são princípios fundamentais constitucionais de mesma hierarquia normativa que, de forma abstrata, tal como os demais conjuntos de regras e princípios previstos na Constituição Federal, guarda perfeita consonância entre si e transcendem o caráter social-democrático da nossa Carta Política.

Ocorre que haverá situações na vida que é complexa por natureza, em que o direito à efetividade da jurisdição entrará em colisão direta com o direito à segurança jurídica, a exemplo do que acontece quando a espera do tempo necessário para que se possa perfectibilizar a cognição exauriente, durante a tramitação processual, poderá comprometer a própria existência do bem da vida que se procura resguardar, mediante a atividade jurisdicional postulada.

Neste caso, a primazia pela segurança jurídica, observando-se rigorosamente o direito ao contraditório e à ampla defesa do litigante demandado, poderá implicar em negação total ao direito à jurisdição efetiva, posto que o sucesso da demanda não levará a nenhum resultado prático ao litigante demandante que recorreu ao Estado-juiz para obter a tutela de um direito seu que, em face do decurso do tempo, não mais existe.

As tutelas provisórias de urgência, tanto a cautelar quanto a de natureza satisfativa, pois tem por escopo garantir que a jurisdição seja efetiva, evitando, porém, que a segurança jurídica seja refutada por completo. Sob este prisma, devem ser compreendidas enquanto mecanismos judiciais de efetivação de direitos fundamentais que, portanto, podem e devem ser manejados pelo Estado-juiz, independentemente de previsão legal⁶³, no intento de conferir eficácia às normas constitucionais, à medida que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º, § 1º, da CF). Ou podem ser adotadas ainda que existam leis ordinárias a restringir-lhes a aplicação, declarando, assim, no caso em concreto, mediante controle difuso, a inconstitucionalidade destas restrições ou promovendo a sua interpretação conforme a Constituição⁶⁴.

Noutro giro, a fim de que o manejo das tutelas provisórias em um dado caso concreto, objetivando a salvaguarda efetividade da jurisdição, não represente completa anulação do direito à segurança jurídica, cabe ao magistrado, mediante juízo de ponderação de interesses, respeitando, tanto quanto possível, a máxima efetividade das normas constitucionais, e visando manter a harmonia do sistema constitucional, analisar se tais medidas são efetivamente necessárias para a solução do conflito, somente aplicá-las no limite indispensável para a harmonização dos princípios em colisão (efetividade da jurisdição x segurança jurídica), devendo resguardar o núcleo essencial do princípio cuja aplicação teve que ser momentaneamente afastada, no caso o núcleo essencial do direito à segurança jurídica do litigante demandado.

63 – Tanto é assim, que, mesmo antes da reforma processual operada em 1994, quando inexistia a previsão da tutela antecipada no procedimento comum, era corriqueiro o manejo de ações cautelares inominadas, objetivando a obtenção de medidas provisórias de caráter satisfativo, com relativa aceitação de referida prática pelos tribunais.

64 – Com exceção, evidentemente, daquelas normas restritivas à concessão da tutela antecipada que já tenham sido objeto de controle concentrado de constitucionalidade e que tenham sido declaradas constitucionais pelo Pretório Excelso, tal como ocorreu com o art. 1º da Lei nº 9.494/1997.



2.4 – TUTELA ANTECIPADA. PRESSUPOSTOS E HIPÓTESES LEGAIS

No intento de regulamentar a tutela antecipada, procurando, sobretudo, garantir a efetividade da jurisdição, além de resguardar a segurança jurídica, o legislador, alterando o art. 273 do CPC, através da reforma operada pela Lei nº 8.952/94, positivou o instituto nas disposições gerais do procedimento ordinário, estabelecendo pressupostos para a sua concessão, os quais, evidentemente, devem ser observados, nos procedimentos especiais e no procedimento sumário, com as ressalvas das disposições específicas que regem estes procedimentos, bem como em necessária consonância com as normas constitucionais vigentes, de onde extraem o próprio fundamento de validade, bem como definindo as hipóteses legais em que a antecipação dos efeitos da tutela pretendida pode ser adiantada.

Tais pressupostos subdividem-se em: I – pressupostos genéricos e cumulativos, postos que essenciais para a concessão da tutela antecipada independentemente da situação fática alvo da atividade jurisdicional e; II – pressupostos específicos e alternativos, posto que a lei exige, ao menos, a configuração de um destes pressupostos em conjunto com todos os cumulativos para que o provimento pretendido ao final da lide possa ser antecipado. Os pressupostos específicos e alternativos, em razão das suas características, comumente costumam ser identificados como hipóteses legais para a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional pretendida.

Os pressupostos genéricos e cumulativos são a prova inequívoca capaz de convencer o julgador da verossimilhança das alegações e a reversibilidade do provimento antecipado.

A prova inequívoca do alegado não é mais uma nova espécie de prova, mas sim uma qualidade que caracteriza as provas já especificadas na lei processual. Portanto, a prova inequívoca tanto pode ser a prova documental anexada à petição inicial como também a prova testemunhal ou, ainda, a prova pericial, já que a antecipação da tutela pode ser deferida em qualquer fase do processo, ou seja, no seu início, de forma liminar, ou após uma audiência de justificação prévia ou até depois da instrução do feito, por exemplo.

A prova inequívoca não é aquela que conduz a uma verdade real e absoluta, dado o material intangível que se exauriu no passado⁶⁵, tampouco será aquela inquestionável ou incontestável, que aponte para a verdade idealizada processualmente com base na segurança jurídica, uma vez que o processo de cognição ainda não se exauriu de forma a permitir que ambas as partes exerçam plenamente o direito à ampla defesa e ao contraditório, com os meios e recursos que lhes são inerentes e que o julgado formule juízo de certeza sobre a existência ou não do direito invocado⁶⁶.

65 – DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Santos de. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 6ª ed. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 72-74.

66 – BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)*. 5ª ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 366/370.

Trata-se, na verdade, de uma prova robusta, consistente, apta, portanto a permitir que o julgador, mediante juízo de cognição sumária, não exauriente, pois vislumbre, a priori, a verossimilhança do alegado, de modo a estar convicto, com alto grau de probabilidade, de que os fatos ocorreram como especificados pelo postulante e que tais fatos se subsumem ao aparato legal suscitado na espécie.

Quanto ao pressuposto da exigência da reversibilidade do provimento antecipado (ao que parece, o legislador quis dizer reversibilidade da situação fática alcançada pelo provimento antecipado, já que o provimento jurisdicional que antecipa os efeitos da tutela pretendida ao final é sempre reversível, não estando marcado pela imutabilidade da coisa julgada), cremos tratar-se de efetiva restrição genérica ao instituto em apreço, que deve, por isso, ser interpretada com parcimônia.

Com efeito, o intento do legislado foi procurar resguardar o núcleo essencial do direito à segurança jurídica do litigante demandado, zelando pela reversibilidade dos efeitos da medida antecipatória porventura deferida em seu desfavor.

Sucede, como se verá de forma sucinta no capítulo adiante, que haverá litígios em que a concessão da tutela antecipada implicará em irreversibilidade da situação fática alcançada pelo provimento antecipatório, mas o seu indeferimento levará à perda do bem da vida que se procurou resguardar com o pleito de antecipação formulado, implicando, portanto em irreversibilidade da situação de fato que o litigante demandante quis evitar ao formular o pedido da antecipação.

Nestes casos, a interpretação do pressuposto mencionado deve se dar em conformidade com o texto constitucional, sob pena de colidir diretamente com o sistema de onde retira o seu próprio fundamento de validade. Deve, então, o magistrado conceder o provimento antecipatório, se entender necessário, sobretudo em razão da alta probabilidade do direito invocado e do fato deste não poder ser sacrificado no caso em concreto por ser axiologicamente prevalente, ainda que a decisão venha a gerar situação de fato irreversível ao litigante demandado, resolvendo, em perdas e danos, eventuais prejuízos a este inflingidos que no decorrer do processo reputarem-se indevidos⁶⁷.

Não se pode desprezar, porém, a possibilidade de situações extremas, em que se permite a satisfatividade irreversível da tutela antecipada, sob pena de perecimento do direito. Se a única forma de evitar essa consequência e assegurar a efetividade do processo for antecipar efeitos irreversíveis, não se pode excluir de plano a medida.

67 – BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)*. 5ª ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 373.



Já os pressupostos alternativos, que também podem ser identificados como hipóteses legais para que os efeitos da tutela pretendida possam ser antecipados, são o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação e o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

O risco de dano irreparável ou de difícil reparação, previsto no inc. I, do art. 273, do CPC, traduz a típica hipótese de tutela antecipada, vez que esta tem por escopo garantir o resultado útil do processo ou, em outros termos, garantir a efetividade da jurisdição. Ora, se o litigante demandante aduz a necessidade do provimento antecipatório, com base no fato de que o ônus do tempo do processo pode lhe causar danos irreparáveis ou de difícil reparação, o que se está afirmando é que a espera da tramitação regular do feito, observando-se a ampla defesa e o contraditório, com plena participação dos sujeitos processuais, poderá ocasionar uma jurisdição inefetiva, em face, por exemplo, do perecimento do objeto da demanda, que, portanto, não mais servirá ao litigante vitorioso, ou em razão de importante dano suportado por este cuja eventual decisão final favorável não terá mais o condão de reverter ou, ainda que tenha, dificilmente conseguirá. Por tal razão a medida é denominada de assecuratória, pois a antecipação provisória da tutela tem por desiderado assegurar que a tutela definitiva possa ser futuramente concedida, em sendo o caso. O risco do dano, no caso, deve ser certo e atual, e o dano potencial deve ser efetivo e grave, não se admitindo o hipotético e brando.

Quanto ao abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu (mais adequado seria denominar litigante demandado, eis que, embora raro, é possível que o réu formule e seja beneficiado por pleito antecipatório, o que ocorre, por exemplo, nas ações dúplices, nas ações em que se formulam pedidos contrapostos, quando há reconvenção etc.), a eventual concessão da tutela antecipada com base em tais pressupostos traduz-se em medida de natureza punitiva, em face da penalidade imposta ao litigante demandado, embora o seu fim efetivo seja o de garantir a prestação jurisdicional sem protelações indevidas. O abuso do direito de defesa consiste no manejo de expedientes processuais com o deliberado intento, não de se defender, mas sim de procrastinar o regular andamento do feito. Já o manifesto propósito protelatório (ressalte-se que não basta a mera intenção de protelar, exigindo-se a prática efetiva de atos protelatórios) consiste em atos diversos daqueles relacionados ao exercício da defesa, mas que igualmente tem por escopo atrasar o feito, esvaziando a tutela postulada e colidindo com a efetividade da jurisdição, em face do decurso desnecessário de tempo para a sua entrega.

Outra hipótese legal para a concessão da tutela antecipada foi instituída pela Lei nº 10.444/02 e decorre do direito à razoável duração do processo, previsto no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Trata-se da antecipa-

ção da tutela do pedido parcialmente incontroverso⁶⁸ e é cabível nas hipóteses em que o postulante formula um só pedido ou pedidos cumulados e parcela ou mais de um destes pedidos mostram-se incontroversos. Ora, como parte dos pedidos ou fração do pedido foi controvertida, não haveria, a priori, a possibilidade do julgamento antecipado, de sorte que a função da medida é tornar célere a jurisdição que pode ser parcialmente entregue, sem a necessidade injustificada de se exigir do beneficiário que aguarde todo o desenrolar da lide e a solução acerca da questão controvertida, para receber a prestação relativa a um pleito que se mostra evidente, posto que não refutado pela parte contrária. Aqui, diversamente do que ocorre em outras hipóteses previstas no art. 273, do CPC, não há conflito entre a efetividade da jurisdição e a segurança jurídica, segundo Zavascki⁶⁹:

... a nova espécie de antecipação, que ocorre em cenário onde não existe o citado conflito, representa simplesmente uma ação afirmativa em benefício do princípio constitucional da efetividade e, mais especificamente, do direito fundamental explicitado no art. 5º, LXXVIII, da Constituição introduzido pela EC n. 45/2004), segundo o qual “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

3 – O CABIMENTO DA TUTELA ANTECIPADA EM FACE DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO.

3.1 – PRERROGATIVAS PROCESSUAIS DA FAZENDA PÚBLICA

É comum a denominação “Fazenda Pública” para as pessoas jurídicas de direito público quando atuam em juízo nas demandas que repercutem de alguma forma no acervo patrimonial do Estado-administração, por certo, devido ao fato de que será, efetivamente, o erário público quem sofrerá o revés de uma eventual decisão judicial desfavorável ou a vantagem econômica de um processo vitorioso.

Ademais, a expressão é apropriada, por outro lado, tendo-se em conta que, se a indisponibilidade do interesse público e a supremacia do interesse público sobre o interesse particular são os princípios que sustentam o direito público e que, por isso mesmo, e se o magistrado, quando julga uma dada causa em que a Administração Pública esteja envolvida, deve levar em conta justamente a exaltação de tais princípios, não seria correto mencionar que este ou aquele pro-

68 – Para Didier, Braga e Oliveira o pedido parcialmente incontroverso autoriza a resolução parcial do mérito e não antecipação dos efeitos da tutela. Neste sentido conferir: DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Santos de. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 2. 6ª ed. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 533/544. Já Marinoni, esposando o mesmo entendimento, ainda acrescenta: Portanto, a interpretação do § 6º do art. 273 de acordo com o direito fundamental à duração razoável impõe a conclusão de que a tutela da parte incontroversa da demanda produz coisa julgada material. MARINONI, Luiz Guilherme. Antecipação da Tutela. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 292.

69 – ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da Tutela. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 109-110.



nunciamento judicial foi contrário ao interesse público, até porque a autoridade pública, investida na função administrativa e que irá cumprir a decisão judicial, independentemente do seu posicionamento pessoal, não detém o monopólio de tal interesse, sendo apenas a sua guardiã.

Nada obstante, presume-se que a Administração Pública, por tutelar o interesse público, por estar atrelada ao princípio da legalidade estrita e por, necessariamente, ter que atuar visando o bem da coletividade, – embora, infelizmente, nem sempre assim o faça –, age segundo os ditames da lei e de acordo com a vontade geral. Por outro lado, em virtude de sua importante missão, muitas vezes envolve-se em relações complexas com os particulares que demandam um certo aparelhamento burocrático-estatal de difícil gestão.

Tais circunstâncias, por si só, são suficientes para que o Estado-administração detenha prerrogativas necessárias ao cumprimento dos seus misteres em todos os campos de atuação. No âmbito do processo civil não é diferente, as vantagens processuais conferidas ao Poder Público fundam-se no fato de que, quando este é parte em um dado processo judicial, o interesse público está em jogo, e, considerando as dificuldades inerentes à atuação estatal, justifica-se plenamente que receba tratamento processual diferenciado, o que pode ser considerado verdadeira discriminação positiva, visando a realização do princípio da isonomia, na sua acepção material, bem como tentativa de se evitar eventuais condenações indevidas e excessivamente onerosas ao erário que, por derradeiro, serão suportadas pela própria coletividade.

Neste passo, são exemplos de prerrogativas processuais conferidas à Fazenda Pública, dentre outras, o critério diferenciado para fixação dos honorários quando for parte vencedora (art. 20, § 4º, do CPC), o estabelecimento de prazos diferenciados mais dilatados (arts. 188 e 277 do CPC), o reexame obrigatório (art. 475 do CPC), o regime de precatórios (art. 100 da CF), procedimento especial de execução por quantia certa quando for parte executada (art. 730 do CPC), vedação ao deferimento de manutenção ou reintegração liminar de posse sem a audiência prévia do representante judicial das pessoas jurídicas de direito público (art. 928, par. único, do CPC), procedimento especial de cobrança dos seus créditos tributários ou não tributários inscritos como dívidas ativas (Lei nº 6.830/1980) etc.

3.2 – LIMITAÇÕES LEGAIS À ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

Dentre as prerrogativas acima mencionadas, vale destacar que duas, durante certo tempo, foram citadas por parte da doutrina como verdadeiros óbices ao cabimento da tutela antecipada nas demandas ajuizadas contra as pessoas jurídicas de direito público. Com efeito, Leonardo José Carneiro da Cunha afirmou⁷⁰:

70 – CUNHA, Leonardo José Carneiro da Cunha. *A Fazenda Pública em Juízo*. 3º ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Dialética, 2005, p.178.

Questiona-se se esses provimentos de urgência podem ser concedidos contra o Poder Público, havendo quem se posicionasse contrário ao seu cabimento, sustentando não ser compatível a antecipação da tutela com a regra do reexame necessário (CPC, art. 475) nem com a sistemática do precatório (CF, art. 88). É que, se a sentença não produz efeitos enquanto não confirmada pelo tribunal, a tutela antecipada, a fortiori, não poderia ser concedida, senão depois de reexaminada pela instância superior. Ademais, as ordens de pagamento devem submeter-se, forçosamente, à disciplina dos precatórios, sendo questionável se a parte autora deva efetivamente obter, de logo, o valor respectivo.

Sucedo que a regra do reexame necessário ou duplo grau de jurisdição obrigatório, que em razão da alteração do art. 475 do CPC operada pela Lei nº 10.352/2001, não é absoluta, restringindo-se, assim, apenas às condenações proferidas em face da Fazenda Pública de valor certo e superior à 60 (sessenta) salários mínimos e aos casos de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor, refere-se a sentença, ou seja, a provimento jurisdicional definitivo, nada dispondo acerca de provimento jurisdicional urgente e provisório, a exemplo da tutela cautelar ou antecipada. Com efeito, no processo do mandado de segurança, regulado pela Lei nº 12.016/09, a sentença que concede a segurança está obrigatoriamente sujeita ao duplo grau (art. 14, § 1º) e nem por isso o diploma legal veda a concessão de medidas liminares substancialmente antecipatórias, pelo contrário, prevê a sua possibilidade⁷¹ (art. 7º).

Por outro norte, o regime de precatórios, que também não é absoluto (vide art. 100, § 3º, da CF), limita-se apenas às condenações definitivas em pecúnia proferidas em face da Fazenda Pública, não abrangendo, portanto, provimentos jurisdicionais de outra natureza ou, ainda, provimentos outros que, mesmo de natureza condenatória, tenham como prestação respectiva a obrigação de fazer ou deixar de fazer algo, bem como dar algo diverso de dinheiro. Neste passo, nada impede que o julgador, em um dado caso concreto, defira, a título de antecipação de tutela (que não é condenação definitiva), a obrigatoriedade da Fazenda Pública prestar continuamente, por exemplo, verba de caráter subsistencial que supere o valor definido pela legislação como de pequeno valor para fins de expedição de precatório, sobretudo quando, ao ponderar os interesses em conflito, submetendo-os a uma dimensão de peso, buscando a máxima efetividade possível das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, entenda que assim deve proceder. Com efeito, se o regime de precatórios tem sede na Carta Magna, também o instituto da antecipação da tutela está impregnado de estatura constitucional, já que o direito de acesso à justiça, insculpido no art. 5º, inc. XXXV, da CF, não informa apenas que a todos é dado o direito de acionar o Poder Judiciário, mas sim que a prestação jurisdicional deve se dar de forma efetiva, adequada e tempestiva⁷², e a função da tutela provisória em apreço é garantir que isto ocorra.

71 – Ao nosso modesto ver, a liminar referida pela mencionada lei é verdadeira medida satisfativa, portanto, tutela antecipada.

72 – MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 257-258.



Vê-se com clareza, portanto, que o reexame necessário e a sistemática dos precatórios não representam, tampouco representaram no passado, óbice à concessão de tutela antecipada em face da Fazenda Pública.

Ocorre que, já há algum tempo, algumas leis vêm sendo editadas com a finalidade de restringir, no ordenamento pátrio, a concessão da tutela antecipada em face das pessoas jurídicas de Direito Público. Ora, o advento desse mencionado acervo legal restritivo teve o condão de tornar clara a possibilidade do deferimento da tutela antecipada contra a Fazenda Pública nas hipóteses não alcançadas pelas vedações constantes em suas disposições, embora, como dito, a intenção primeira do legislador não tenha sido esta.

Já na década de 1960, entrou em vigor a Lei nº 4.348/1964, hoje revogada, que vedava expressamente a concessão de medida liminar em mandados de segurança impetrados visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens (art. 5º). Também a revogada Lei nº 5.021/1966 proibia a concessão de medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias a servidor público federal, da administração direta ou autárquica, e a servidor público estadual e municipal. Ambas as leis foram revogadas pela Lei 12.016/2009, mas as disposições restritivas mencionadas foram repetidas na lei revogadora (art. 7º, inc. III, § 2º).

Posteriormente, na década de 1990, quando, como visto acima, ainda não existia o instituto da antecipação de tutela no procedimento comum ordinário e sumário, foi sancionada a Lei nº 8.437/1992⁷³, restringindo a concessão de medida liminar de natureza satisfativa (tutela antecipada, portanto), no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva.

Já no final da referida década de 1990, após a reforma processual operada em 1994, que generalizou a tutela antecipada no processo civil, entrou em vigor a Lei nº 9.494/1997, disciplinando a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, estendendo, dessa forma, toda a disciplina restritiva até então existente com relação às tutelas de urgência no processo do mandado de segurança e no processo cautelar, ao instituto da antecipação de tutela previsto

73 – “Art. 1º Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.

§ 1º Não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal.

§ 2º O disposto no parágrafo anterior não se aplica aos processos de ação popular e de ação civil pública.

§ 3º Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação.

§ 4º Nos casos em que cabível medida liminar, sem prejuízo da comunicação ao dirigente do órgão ou entidade, o respectivo representante judicial dela será imediatamente intimado. (Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)

§ 5º Não será cabível medida liminar que defira compensação de créditos tributários ou previdenciários. (Incluído pela Medida Provisória nº 2,180-35, de 2001)

Art. 2º No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas (...).”

nos arts. 273 e 461 do CPC⁷⁴, o que, segundo Teori Albino Zavascki⁷⁵, seria desnecessário, no que concerne à Lei nº 8.437/1992:

Não há dúvida, à luz do exposto, de que as medidas cautelares a que se referiu a Lei n 8437, de 1992, são medidas de natureza antecipatória satisfativa, que à época eram pleiteadas, de um modo geral, por via de ação cautelar inominada, com base no art. 798 do Código de Processo Civil, e que atualmente podem ser obtidas no próprio processo de conhecimento, com fundamento no seu art. 273. Sendo assim, as limitações impostas pela referida lei se aplicam aos provimentos antecipatórios, o que veio a ser referendado, aliás, desnecessariamente, pela Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997.

Objeto de questionamento por parte da doutrina que o considerava inconstitucional, o art. 1º da Lei nº 9.494/1997 foi declarado constitucional pelo STF ao julgar o mérito da ADC nº 4, no ano de 2008. O Pretório Excelso, colocando fim à celeuma que se arrastou por mais de dez anos e invocando o seu posicionamento pela admissibilidade de leis restritivas ao poder de cautela do juiz, desde que fundadas no critério da razoabilidade, entendeu que a referida norma não violaria o princípio constitucional do livre acesso ao Judiciário, asseverando, ainda, que a tutela antecipada, bem como os critérios para a sua concessão, seriam criações legais, sujeitas, portanto, à revogação pelo legislador ordinário, bem assim à imposição de restrições outras para a sua concessão por parte do Parlamento⁷⁶.

Tem-se, portanto, como constitucionais as disposições restritivas à concessão de tutela antecipada em face da Fazenda Pública previstas no art. 1º da Lei nº 9.494/1997, que faz remissão às revogadas Leis nº 4.348/64 e nº 5.021/66 e à Lei nº 8.437/92.

Entretanto, esclarecida a constitucionalidade da mencionada norma, persiste, notadamente em função do presente estudo, a necessidade de pequena digressão acerca do § 3º, do art. 1º, da Lei nº 8.437/92, que proíbe a concessão de medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação. Afinal, quando uma medida antecipatória, ou seja, que é essencialmente satisfativa, não esgotaria o objeto da ação?

Certamente, quando o legislador proibiu, na Lei nº 8.437/92, a medida liminar que esgotasse o objeto da ação, estava na verdade se referindo à vedação de tutela provisória satisfativa que ocasionasse a irreversibilidade da situação fática por ela alcançada ou, em outros termos, que inviabilizasse o retorno ao *status quo* ante, se, porventura, fosse revogada.

74 – DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Santos de. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 6ª ed. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 549-553.

75 – ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 201.

76 – ADC 4/DF, rel. orig. Min. Sydney Sanches, rel. p/ o acórdão Min. Celso de Mello, julgado em 01.10.2008, publicado no DJ nº 195 em 15.10.2008. Disponível em <www.stfjus.br>. Acessado em 15.06.2012.



Aliás, o § 2º, do art. 273, do CPC, tentou tornar mais clara a particular vedação, embora, em igual arroubo de falta de técnica, tenha falado em “irreversibilidade do provimento” e não em “irreversibilidade da situação fática” por ele alcançada.

Deve o magistrado, então, averiguando o pedido de concessão de tutela antecipada, procurar resguardar o núcleo essencial do direito à segurança jurídica do réu, zelando pela reversibilidade dos efeitos da medida porventura deferida.

Sucedee, como se viu ao analisar os fundamentos constitucionais da tutela antecipada, que esta tem por premissa a necessidade de se preservar a jurisdição efetiva, bem como a segurança jurídica. Tanto a efetividade da jurisdição quanto a segurança jurídica são direitos fundamentais constitucionais. Seguindo esta linha de pensamento, deve-se ter em conta que haverá casos em concreto em que o deferimento da medida antecipatória importará na irreversibilidade da situação de fato por ela alcançada, mas, a não concessão da tutela antecipada, ocasionará a própria perda do bem da vida que se procura resguardar pela via da tutela provisória, importando, igualmente, em uma situação fática irreversível. Assim ocorre, por exemplo, em muitas das ações ajuizadas em face da Fazenda Pública, objetivando obrigá-la à prestação de ações e/ou serviços públicos de saúde, aduzindo suposta violação ao direito fundamental à saúde, onde há o risco de perecimento da vida humana ou de sua degradação irreversível, acaso seja aguardada a tramitação normal do feito.

Em situações como esta, caberá ao julgador, utilizando a lógica da ponderação de interesses e fazendo uso do princípio da razoabilidade, privilegiar o princípio que, no caso em particular, demonstre maior prevalência axiológica em detrimento do outro, embora ambos sejam de mesma hierarquia normativa, mas sem recusar, em nenhum caso, a validade da norma cuja aplicação foi afastada. José Roberto dos Santos Bedaque⁷⁷, esposando o mesmo entendimento, leciona:

Impossível traçar regras abstratas para resolver a questão. As circunstâncias concretas e a sensibilidade do juiz são os únicos dados para a busca do melhor resultado.

Somente o confronto dos interesses em conflito, realizado à luz do princípio da proporcionalidade, permitirá resolver o problema de forma adequada.

É difícil e até mesmo dramática a posição do juiz, que deve optar por um dos valores, sabendo do possível sacrifício do outro. Mas se não houver outra saída, terá ele de escolher um deles, mesmo com o risco de criar situação irreversível com sua decisão.

O que não se admite é a exclusão genérica pretendida pelo legislador, que pode mostrar-se inaplicável em situações de conflito de dois valores, sendo

77 – BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)*. 5ª ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 378-379.

aquele a ser protegido pela antecipação superior ao atingido pelo efeito irreversível. Não há como solucionar a questão senão mediante a opção pelo mal menor.

Havendo reversão do provimento antecipatório, mas irreversibilidade da situação fática por ela alcançada, eventual prejuízo decorrente deve ser resolvido em perdas e danos, o que, aliás, é previsto no anteprojeto do novo Código de Processo Civil⁷⁸.

4 – O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E A TUTELA ANTECIPADA

O direito à saúde é um desdobramento do direito à vida e consectário lógico do princípio da dignidade da pessoa humana, princípio este erigido pela Carta Magna como um dos fundamentos do Estado brasileiro, e reconhecido, juntamente com o direito à vida, pela doutrina e jurisprudência pátrias, como um dos valores jurídicos de maior prevalência axiológica em nosso ordenamento.

O direito à saúde é direito fundamental positivado no caput do art. 6º da Constituição Federal e, tal como outros direitos sociais, econômicos ou culturais (ou direitos de segunda geração), nasceu fruto do ideário democrático-concretizador que inspirou o legislador constitucional a estabelecer as bases do Estado social em que vivemos atualmente em contraponto à ideologia liberal que marcou o século XIX, estando umbilicalmente atrelado ao princípio da isonomia, no sentido de que não basta ao Estado, que se afirma democrático, se abster de violar a esfera privativa de liberdades do indivíduo, sendo, ainda, obrigado a intervir positivamente na ordem social, com ações afirmativas, a fim de reduzir as desigualdades, além de garantir a todos o pleno exercício dos seus direitos fundamentais.

Quanto à aplicabilidade dos direitos sociais, Paulo Bonavides⁷⁹ afirma que tais direitos, em um primeiro momento, passaram por um ciclo de baixa normatividade e de questionada eficácia por se tratarem de direitos cuja efetividade demanda prestação material estatal. Posteriormente, após terem sido taxados como programáticos, gerando uma crise de observância e execução, retomaram a força quando constituições recentes, inclusive a do Brasil, passaram a formular o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais:

De tal sorte que os direitos fundamentais de segunda geração tendem a tornar-se tão justiciáveis quanto os da primeira; pelo menos esta é a regra que já não poderá ser descumprida ou ter a sua eficácia recusada com aquela facilidade de argumentação arrimada no caráter programático da norma.

78 – Brasil. Senado Federal. Anteprojeto do Novo CPC. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2012.

79 – BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 27ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 583.



Com efeito, como já afirmado, o direito à vida digna, com saúde, decorre diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana e em face da primazia axiológica de tal princípio, não se admite que a escassez de recursos públicos e os gastos orçamentários sejam utilizados como dados obstativos à prestação positiva do Estado no sentido de garantir a qualquer do povo um mínimo existencial intangível⁸⁰.

Inadmissível, pois, o entendimento de que tal direito fundamental é simples norma programática. Muito pelo contrário, trata-se de norma autoaplicável que não dispensa obediência imediata. Portanto ao Poder Público cabe o dever de realizar as adequações orçamentárias indispensáveis ao pronto acesso às ações e serviços públicos de saúde de forma universal e igualitária (art. 196 da Constituição Federal), sendo obrigação comum da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal a sua promoção (art. 23, inc. II, da Constituição Federal), pena de, assim não procedendo, frustrar a legítima expectativa nele depositada pela coletividade, eximindo-se do cumprimento de um dever basilar, com argumentos teóricos flagrantemente contrários à orientação determinada pela Lei Maior⁸¹.

Ocorre que não são remotas às vezes em que os jurisdicionados recorrem ao Poder Judiciário, tencionando obter pela via judicial a prestação de serviço público relacionado à saúde, tal como fornecimento de medicamentos e submissão a procedimentos de diagnose e tratamentos cirúrgicos, o que, sem dúvida, resulta do fato do sistema público de saúde do nosso País estar longe de ser aquele idealizado na Carta Magna.

E, na maioria expressiva das ações judiciais em que se busca alguma prestação relacionada à saúde, existe a necessidade do manejo das tutelas de urgência, notadamente a antecipatória, em face do risco potencial, real e efetivo de dano grave e irreversível do interesse jurídico tutelado, a saber o direito à vida com saúde e, portanto, com dignidade, acaso seja observada a tramitação normal do feito com o decurso do tempo necessário para tanto.

Com efeito, as patologias geralmente se agravam com o decurso do tempo sem o adequado tratamento, podendo ocasionar danos irreversíveis, e, mesmo quando isto não ocorre, a expiação pela qual passa o doente, aguardando o tratamento médico efetivo, é potencialmente violadora da sua dignidade enquanto ser humano, se tal condição decorrer exclusivamente ou em parte por omissão do Poder Público.

80 – SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 305-326.

81 – Sobre o tema vale conferir o voto do Min. Celso de Mello quando do julgamento da STA 175-Agr/CE, no Pretório Excelso, em que trata, com absoluta maestria, o “estado de tensão dialética entre a necessidade estatal de tornar concretas e reais as ações e prestações de saúde em favor das pessoas, de um lado, e as dificuldades governamentais de viabilizar a alocação de recursos financeiros, sempre tão dramaticamente escassos, de outro”, para, ao final, entender que “a ineficiência administrativa, o descaso governamental com direitos básicos da pessoa (como o direito à saúde), a incapacidade de gerir os recursos públicos, a falta de visão política na justa percepção, pelo administrador, do enorme significado social de que se reveste a proteção à saúde, a inoperância funcional dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais não podem nem devem representar obstáculos à execução, pelo Poder Público, da norma inscrita no art. 196 da Constituição da República, que traduz e impõe, ao Estado um dever inafastável, sob pena de a ilegitimidade dessa inaceitável omissão governamental importar em grave vulneração a um direito fundamental e que é, no contexto ora examinado, o direito à saúde.” Disponível em <www.stf.jus.br>. Acessado em 20 de julho de 2012

Nestes casos, a fim de se assegurar a efetividade da jurisdição, quase sempre são requeridas e concedidas tutelas de urgência, sobretudo as de natureza satisfativas. Mas não basta apenas a concessão da antecipação da tutela, devendo o magistrado, se necessário, fazer uso dos meios de coerção direta ou indireta que lhe foram conferidos por lei, a fim de garantir que o cumprimento da medida ocorra ainda que contra a vontade do agente público estatal vinculado ao ente público demandado.

Vê-se, portanto, o papel crucial que o instituto da antecipação da tutela assume quando se trata de demanda judicial em que se busca obrigar a Fazenda Pública a prestar alguma ação ou serviço público relacionado à saúde, enquanto direito social, bem como garantir que a tutela jurisdicional pretendida seja alcançada de forma específica ou mediante resultado prático equivalente.

Porém, saber quais são as medidas que podem e devem ser manejadas no âmbito do poder geral de efetivação é questão tormentosa que merece estudo aprofundado, seja porque a efetividade da jurisdição pressupõe, não apenas a simples prolação de provimentos antecipatórios, mas também a prática autorizada de atos materiais executórios por parte do julgador com vistas à realização fática da tutela jurisdicional concedida, sob pena deste, corroborando com a eventual omissão do agente público em cumprir decisões judiciais, incidir em uma prestação jurisdicional ineficaz, contribuindo para uma crescente descrença no Poder Judiciário enquanto instância apta a dirimir conflitos de interesses.

5 – A EFETIVAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA NAS AÇÕES JUDICIAIS QUE TÊM POR OBJETO IMEDIATO COMPELIR A FAZENDA PÚBLICA À PRESTAÇÃO DE ALGUMA AÇÃO OU SERVIÇO PARA PROMOÇÃO, PROTEÇÃO OU RECUPERAÇÃO DA SAÚDE DE QUALQUER POVO.

5.1 – PODER GERAL DE EFETIVAÇÃO

Ao tratar da busca da tutela específica, Zavascki⁸² discorre:

O processo, instrumento que é para a realização de direitos, somente obtém êxito integral em sua finalidade quando for capaz de gerar, pragmaticamente, resultados idênticos aos que decorreriam do cumprimento natural e espontâneo das normas jurídicas. Daí dizer-se que o processo ideal é o que dispõe de mecanismos aptos a produzir ou a induzir a concretização do direito mediante a entrega da prestação efetivamente devida, da prestação in natura. E quando isso é obtido – ou seja, quando se propicia judicialmente, ao titular do direito, a obtenção de tudo aquilo e exatamente daquilo a que fazia jus –, há prestação de tutela jurisdicional específica.

82 – ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 165.



Entretanto, tal modo de pensar nem sempre prevaleceu, como advertem Didier Jr., Braga e Oliveira⁸³:

Historicamente, o grande problema para a obtenção da tutela específica sempre se verificava nos casos de obrigações que tinham por objeto um fazer, não fazer ou a entrega de coisa distinta de dinheiro. Elas tinham um sistema de tutela bastante deficiente, em virtude do estímulo que se dava à sua conversão em dinheiro no caso de inadimplemento (...).

Isto se dava basicamente porque o ordenamento jurídico do fim do século XIX e da primeira metade do século XX era amplamente influenciado pelo pensamento do chamado Estado liberal, que partia de duas premissas: (a) a de que não se podia obrigar ninguém a fazer o que não quer, preservando-se ao máximo a liberdade do indivíduo (era a chamada incoercibilidade ou intangibilidade da vontade humana, *nemo praecise potest cogi ad factum*) e (b) a de que toda prestação poderia ser convertida em dinheiro.

Felizmente, a prestação da tutela específica passou a ser vista como prioridade no ordenamento pátrio nos dias atuais, tanto é assim que, no Código de Processo Civil, após passar por uma série de reformas capitaneadas pela Lei nº 8.952/1994, foi generalizada no procedimento comum a tutela específica nas ações que tem por objeto o cumprimento de obrigação de fazer, não fazer e dar coisa distinta de dinheiro, bem como aperfeiçoados os mecanismos à disposição do julgador para garantia da sua efetivação, de sorte que a obrigação somente se converterá em perdas e danos a requerimento do autor ou no caso de impossibilidade de obtenção da tutela específica ou do resultado prático correspondente (art. 461, § 1º, do CPC). Antes da referida reforma, apenas alguns procedimentos e o próprio Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 84, observavam a primazia da tutela específica.

A postura atual assumida pelo legislador, por exemplo, é extremamente justa e adequada no caso das ações em que se busca a prestação de algum serviço público de saúde, tais como fornecimento de medicamentos, exames, insumos medicinais e cirurgias, onde a tutela correlata, ante às peculiaridades do bem da vida em litígio, independentemente de ter sido provida em definitivo ou a título de antecipação, deve ser invariavelmente prestada *in natura*.

Por outro lado Marinoni⁸⁴, ressaltando a sumariedade do provimento antecipatório, destaca que a sua realização material não pode se submeter às regras procedimentais da execução de sentença condenatória, tampouco se confunde com a execução provisória. Tanto é assim que o § 3º do art. 273 do CPC foi alterado, havendo a substituição do termo “execução” pelo vocábulo “efetivação”:

83 – DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Santos de. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 317.
84 – MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 208.

O juiz, no provimento sumário, deve desde logo estabelecer os meios executivos que poderão ser utilizados para que a decisão seja observada, caso não seja voluntariamente adimplida. Justamente porque a atuação da tutela sumária não se subordina às regras próprias da execução de sentença é que atribui ao juiz um amplo poder destinado à determinação dos meios executivos.

Este amplo poder atribuído ao juiz é conhecido como “poder geral de efetivação” e consiste na possibilidade que o magistrado tem, independentemente de requerimento expresso do litigante-demandante, de valer-se dos meios executivos, sejam típicos ou atípicos, sejam de coerção direta ou indireta, que julgar mais adequados em cada caso, no intento de obter a satisfação da tutela específica ou obtenção de resultado prático equivalente ao do seu adimplemento.

O poder geral de efetivação encontra-se positivado no § 5º do art. 461 do CPC que se aplica ao instituto da tutela antecipada no que couber e conforme a natureza deste instituto (inteligência do art. 273, § 3º c/c o art. 461, § 3º, ambos do CPC). Os meios de execução ali exemplificados, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, não excluem outros que podem ser manejados pelo magistrado independentemente de previsão legal.

Logo, claro está que a execução da tutela antecipada deve ser feita de forma sumária, nos próprios autos em que foi deferida, lançando mão o magistrado de um amplo leque de medidas para impor ao litigante-demandado o seu cumprimento ou a sua substituição por resultado prático equivalente e, por conseguinte, garantir a prestação jurisdicional efetiva.

Pois bem, considerando a delimitação deste estudo, adiante serão pormenorizados alguns destes principais meios de coerção direta e indireta, notadamente no que concerne ao cabimento de cada um e a sua real utilidade como instrumento para a satisfação do direito do autor, através de provimento antecipatório, em demandas judiciais que tem como fundamento o direito à saúde ajuizadas em face da Fazenda Pública.

5.2 – A FIXAÇÃO DE MULTA DIÁRIA E A SUA EXECUÇÃO PROVISÓRIA

A possibilidade de imposição de multa diária como meio indireto de coerção para que a Fazenda Pública cumpra a obrigação que lhe compete está autorizada tanto pelo § 4º quanto pelo § 5º do art. 461 c/c o art. 273, § 3º, ambos do CPC.

A multa diária ou astreintes é instrumento largamente utilizado pelos magistrados, podendo-se afirmar que notoriamente é a medida de maior predileção na prática judiciária com vistas a garantir a efetivação da tutela antecipada nas ações que tenham por objeto o cum-

primento de obrigação de fazer, não fazer e entrega de coisa distinta de dinheiro, sendo bastante comum que o requerimento de antecipação de tutela contenha em seu bojo também o pedido de fixação de multa diária para o caso de descumprimento de eventual medida antecipatória deferida.

Ocorre que a imposição de multa diária, em face da Fazenda Pública, embora perfeitamente cabível, tem se revelado inerte como mecanismo de coerção, eis que a responsabilidade pelo seu eventual pagamento, no caso de descumprimento da medida, será do ente público demandado, ou seja, de toda a coletividade e não do agente público culpado pelo não atendimento da ordem judicial que, por tal razão, não se sente compelido ao cumprimento da obrigação. Benucci⁸⁵, citando Marcelo Lima Guerra, discorre:

Quando se fala em efetivação de tutela das obrigações de fazer em face da Fazenda Pública, as dificuldades são maiores. A multa diária, grandemente aplicável nas obrigações (naquelas em que apenas o devedor poderá praticar o ato objeto da obrigação inadimplida), mas também aplicada nas obrigações fungíveis, em decorrência da nossa falta de criatividade para a aplicação de medidas sub-rogatórias – e que não constitui, em realidade, meio para reparação dos danos decorrentes do inadimplemento, mas um meio de coação psicológica – quando imposta contra o Poder Público, revela pouca eficácia, pois embora seja eficaz quando atinge uma vontade humano, exerce pouca pressão psicológica quando é o patrimônio de pessoa jurídica de direito público atingido imediatamente pela decisão judicial.

Para se evitar este problema, é possível impor a multa, não à pessoa jurídica de direito público demandada, mas sim ao terceiro que, mesmo não figurando como parte no feito, tenha efetivo poder para determinar o cumprimento da obrigação, ou seja, a autoridade pública que, na hierarquia administrativa, determina o cumprimento da obrigação. Será esta, então, quem arcará com o ônus do inadimplemento, salvo se demonstrar que não foi o responsável pelo descumprimento da ordem judicial ou que a demora em torná-la efetiva se deu por circunstâncias alheias à sua vontade. Segundo Marinoni⁸⁶, citando julgado do STF:

Não há procedência no argumento que a autoridade pública não pode ser obrigada a pagar a multa porque parte no processo é a pessoa jurídica de direito público. É que essa multa somente poderá ser exigida se a autoridade pública, que exterioriza a vontade da pessoa jurídica, não der atendimento à decisão. Note-se que a multa somente pode ser exigida da própria autoridade que tinha capacidade para atender à decisão – e não a cumpriu. A tese que sustenta que a multa não pode recair sobre o agente somente poderia ser aceita se partisse

85 – BENUCCI, Renato Luís. *Antecipação da tutela em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 72.

86 – MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 264.

da premissa – completamente absurda – de que a autoridade pública pode descumprir decisão jurisdicional em nome do interesse público.

Questão intrigante é a discussão da possibilidade ou não do manejo da execução provisória da multa diária como meio coercitivo indireto. De qualquer sorte, em que pese haver posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários nos dois sentidos, quando se trata de compelir a Fazenda Pública a dispensar medicamentos ou fornecer procedimentos de diagnose, insumos medicinais, consultas e cirurgias, a execução provisória das astreintes, por questão de utilidade processual, é completamente inadequada aos interesses da parte postulante.

Com efeito, se o processo é meio para a satisfação do direito material, não faz sentido que, no curso da ação, sejam manejadas medidas absolutamente impróprias para a realização material do direito certificado ou dos efeitos antecipados da tutela jurisdicional pretendida ao final da lide.

No caso das astreintes, poder-se-ia sustentar que a sua execução provisória teria o condão de coagir mais ainda o agente público ao cumprimento da ordem judicial, ante a ameaça latente de constrição do patrimônio público ou do seu próprio patrimônio pessoal. Ora, se o aumento contínuo do valor da multa imposta a cada dia de descumprimento da obrigação não representou sério temor ao inadimplente, não será a execução provisória desta, com todas as suas limitações, que o fará.

Ademais, ainda que se admitisse este “efeito psicológico” da execução provisória da multa diária, existem outros tantos meios diretos e indiretos de coerção mais efetivos para a satisfação da tutela antecipatória sob análise e menos questionados que a execução provisória de quantia certa em face da Fazenda Pública, como se verá adiante.

Ora, mesmo que provisória, a execução da multa diária em face da Fazenda Pública submeter-se-ia ao demorado procedimento inculcado no art. 730 do CPC, inclusive com a possibilidade do manejo de embargos à execução e de interposição de recursos pela pessoa jurídica de direito público acionada, além da necessária observância da prerrogativa da impenhorabilidade do patrimônio público e da sistemática dos precatórios, o que, a toda evidência, não se coaduna com a sumariedade que deve ser observada no exercício do poder geral de efetivação conferido ao magistrado para a satisfação da tutela de urgência.

5.3 – O BLOQUEIO JUDICIAL DE VERBA PÚBLICA

O julgador, vislumbrando a colisão de direitos fundamentais no caso em concreto e no exercício do poder geral de efetivação que lhe foi conferido, pode perfeitamente deter-

minar o bloqueio judicial de verba pública, como meio coercitivo direto necessário para que se alcance o resultado equivalente ao da obrigação de fazer inadimplida pela Fazenda Pública, resguardando, assim, não somente a efetividade da jurisdição, mas, principalmente, regras e princípios constitucionais de maior prevalência axiológica, visando garantir a máxima efetividade possível ao texto constitucional e conferir harmonia ao sistema constitucional.

Dessa forma, é plenamente possível que o magistrado determine, por exemplo, o sequestro de numerário pertencente à Fazenda Pública demandada, suficiente para cobrir os custos com aquisição direta de medicamento absolutamente necessário para manutenção da vida da parte postulante. Neste sentido, já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça⁸⁷.

87 – PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO. DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. MEDIDA EXECUTIVA.

POSSIBILIDADE, IN CASU. PEQUENO VALOR. ART. 461, § 5.º, DO CPC. ROL EXEMPLIFICATIVO DE MEDIDAS. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À SAÚDE, À VIDA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRIMAZIA SOBRE PRINCÍPIOS DE DIREITO FINANCEIRO E ADMINISTRATIVO. NOVEL ENTENDIMENTO DA E. PRIMEIRA TURMA.

1. O art. 461, §5º do CPC, faz pressupor que o legislador, ao possibilitar ao juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas assecuratórias como a “imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial”, não o fez de forma taxativa, mas sim exemplificativa, pelo que, in casu, o sequestro ou bloqueio da verba necessária ao fornecimento de medicamento, objeto da tutela deferida, providência excepcional adotada em face da urgência e imprescindibilidade da prestação dos mesmos, revela-se medida legítima, válida e razoável.

2. Recurso especial que encerra questão referente à possibilidade de o julgador determinar, em ação que tenha por objeto o fornecimento do medicamento RI-TUXIMAB (MABTHERA) na dose de 700 mg por dose, no total de 04 (quatro) doses, medidas executivas assecuratórias ao cumprimento de decisão judicial antecipatória dos efeitos da tutela proferida em desfavor da recorrente, que resultem no bloqueio ou sequestro de verbas do ora recorrido, depositadas em conta corrente.

3. Deveras, é lícito ao julgador, à vista das circunstâncias do caso concreto, aferir o modo mais adequado para tornar efetiva a tutela, tendo em vista o fim da norma e a impossibilidade de previsão legal de todas as hipóteses fáticas. Máxime diante de situação fática, na qual a desídia do ente estatal, frente ao comando judicial emitido, pode resultar em grave lesão à saúde ou mesmo por em risco a vida do demandante.

4. Os direitos fundamentais à vida e à saúde são direitos subjetivos inalienáveis, constitucionalmente consagrados, cujo primado, em um Estado Democrático de Direito como o nosso, que reserva especial proteção à dignidade da pessoa humana, há de superar quaisquer espécies de restrições legais. Não obstante o fundamento constitucional, in casu, merece destaque a Lei Estadual n.º 9.908/93, do Estado do Rio Grande do Sul, que assim dispõe em seu art. 1.º: “Art. 1.º. O Estado deve fornecer, de forma gratuita, medicamentos excepcionais para pessoas que não puderem prover as despesas com os referidos medicamentos, sem privarem-se dos recursos indispensáveis ao próprio sustento e de sua família.

Parágrafo único. Consideram-se medicamentos excepcionais aqueles que devem ser usados com frequência e de forma permanente, sendo indispensáveis à vida do paciente.” 5. A Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideal; reclama efetividade real de suas normas. Destarte, na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E, sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção à dignidade da pessoa humana.

6. Outrossim, a tutela jurisdicional para ser efetiva deve dar ao lesado resultado prático equivalente ao que obteria se a prestação fosse cumprida voluntariamente. O meio de coerção tem validade quando capaz de subjugar a recalcitrância do devedor. O Poder Judiciário não deve compactuar com o proceder do Estado, que condenado pela urgência da situação a entregar medicamentos imprescindíveis proteção da saúde e da vida de cidadão necessitado, revela-se indiferente à tutela judicial deferida e aos valores fundamentais por ele eclipsados.

7. In casu, a decisão ora hostilizada importa concessão do bloqueio de verba pública diante da recusa do ora recorrido em fornecer o medicamento necessário à recorrente.

8. Por fim, sob o ângulo analógico, as quantias de pequeno valor podem ser pagas independentemente de precatório e a fortiori serem, também, entregues, por ato de império do Poder Judiciário.

9. Agravo Regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1002335/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/08/2008, DJe 22/09/2008). Disponível em <www.stj.us.br>. Acessado em 23 de agosto de 2012.

5.4 – A RESPONSABILIZAÇÃO PESSOAL DO AGENTE PÚBLICO PELO INADIMPLEMENTO. A PRISÃO (PENAL) EM FLAGRANTE PELO COMETIMENTO DE CRIME (PREVARICAÇÃO). A PRISÃO POR DESACATO À ORDEM JUDICIAL - A CONTEMPT OF COURT DO DIREITO ANGLO-SAXÃO.

Além da própria imposição da multa diária, o agente público investido de poderes para o cumprimento da tutela antecipatória deve ser advertido de que o inadimplemento injustificado poderá ensejar a sua responsabilização pessoal, com a imposição de sanção administrativa (art. 14, parágrafo único, do CPC), processual (arts. 17 e 18 do CPC), criminal (art. 319 do Código Penal), por ato de improbidade administrativa (art. 11, inc. II, da Lei nº 8.429/92) e por crime de responsabilidade⁸⁸(art. 85, VII, da CF e art. 1º, inc. XIV, Decreto-Lei nº 201/1967 e Lei nº 1.079/1950).

Outrossim, considerando que a infração penal pode ser de natureza permanente, o agente público que descumprir a ordem judicial sujeita-se a ser preso em flagrante, acaso seja conduzido perante a autoridade policial responsável e se recuse a cumprir a disposição do art. 69, parágrafo único, da Lei nº 9.099/1995, ou outra medida cautelar diversa da prisão fixada de forma associada à liberdade provisória que lhe for concedida, na forma da Lei nº 12.403/2011.

No que concerne à decretação da prisão do agente público inadimplente ao cumprimento de uma obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa distinta de dinheiro, por desacato às ordens do tribunal ou ofensa à dignidade da justiça – à semelhança do que ocorre no direito anglo-saxão, com a *contempt of court* –, é certo que a legislação atual não a prevê expressamente, mas também não a excepciona.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inc. LXVII, veda expressamente a prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel. Esta última (prisão civil do depositário infiel) restou abolida do nosso ordenamento pelo Pretório Excelso que editou a Súmula Vinculante nº 25⁸⁹. Já o art. 7º do Pacto de São José da Costa Rica, promulgado através do Decreto nº 678/1992, igualmente impede a prisão civil por dívida, mas ambos os diplomas nada discorrem no que concerne à prisão em decorrência de descumprimento da ordem judicial referente à obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa distinta de dinheiro, ou seja, não há vedação legal em nosso ordenamento à prisão civil de forma genérica, mas apenas à prisão civil em decorrência de descumprimento de obrigação pecuniária, salvo a do devedor de alimentos, e a do depositário infiel.

Dessarte, seria possível, então, que o julgador, no exercício do poder geral de efetivação, determinasse, a título de medida coercitiva indireta, a prisão do agente público que se recusasse a fornecer medicamento essencial à manutenção da vida humana, mesmo havendo

88 – A jurisprudência do STF vem se posicionando no sentido de não admitir a cumulação de sanções por crimes de responsabilidade e por atos de improbidade administrativa referentes a uma mesma conduta do agente.

89 – BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 25. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acessado em 23 de agosto de 2012.



ordem judicial para tanto prolatada a título de antecipação dos efeitos da tutela no âmbito de uma ação obrigacional?

Para Marinoni⁹⁰, remetendo a Pontes de Miranda, Sérgio Arenhart, Marcelo Lima Guerra e Joaquim Felipe Spadoni, a resposta é afirmativa:

Caso a sua intenção fosse a de proibir toda e qualquer prisão, com exceção dos casos do devedor de alimentos e do depositário infiel, não haveria como explicar a razão pela qual deu conteúdo à prisão civil, afirmando que “não haverá prisão por dívida.” O entendimento de que toda e qualquer prisão está proibida, implica em retirar qualquer significado da expressão dívida (...).

A interpretação do art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, deve ser alçada a um nível que considere os direitos fundamentais. Se é necessário vedar a prisão do devedor que não possui patrimônio – e assim considerar um direito fundamental –, é absolutamente indispensável permitir o seu uso para a efetividade da tutela de outros direitos fundamentais (...).

Não admitir a prisão como forma de coerção indireta é aceitar que, em determinadas situações, o processo não terá efetividade e, assim, que nessas hipóteses o ordenamento jurídico estará apenas proclamando os direitos. Soará absolutamente falsa e demagógica – por exemplo – a afirmação da Constituição Federal no sentido de que “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” (art. 225, caput), se não for possível quando outro meio executivo não se mostrar adequado – a utilização da prisão como meio de coerção indireta para tutelá-lo. Seria o mesmo que interpretar tal norma constitucional como se ela dissesse que o meio ambiente, embora fundamental para a sadia qualidade de vida e para as futuras gerações, infelizmente não pode ser efetivamente tutelado em face de um réu que não se importa com os efeitos da multa. Ora, essa interpretação seria, para dizer o mínimo, incoerente.

A doutrina contemporânea, consciente da relevância de certos direitos de natureza não patrimonial, não pode ver na norma constitucional que proíbe a prisão por dívida uma porta aberta para a expropriação de direitos fundamentais para o homem.

De acordo com Araken de Assis⁹¹, no direito brasileiro, existem duas sanções previstas na legislação e aplicáveis na hipótese sob estudo que guardam semelhança com a *contemp of court* do direito anglo-saxão. A primeira, de natureza civil, é a multa prevista no parágrafo único do

90 – MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 212-213.

91 – Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Araken%20de%20Assis\(4\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Araken%20de%20Assis(4)%20-%20formatado.pdf) acesso em 24.08.2012.

art. 14 do CPC. A segunda, de natureza criminal, seriam as penas pela possível prática do crime de desobediência pelo particular ou de prevaricação por parte do agente público. Entretanto, aponta o renomado processualista dois entraves com relação ao potencial coercitivo de referidas sanções. A primeira não tem nenhum efeito sobre o devedor destituído de posses, a segunda vem acompanhada por penas em abstrato absolutamente inexpressivas, se considerados os efeitos sociais negativos advindos com a conduta de descumprir deliberadamente, desrespeitar, menosprezar, fazer pouco caso das decisões judiciais.

Evidentemente, mostra-se possível criar tipo penal particular, cominando pena elevada, quiçá tornando-o inafiançável. Não parece impossível, de resto, atribuir competência ao juiz civil para decretar a prisão por desobediência, repassando o processo à jurisdição penal posteriormente. Essas providências respaldarão o órgão judiciário na hipótese de descumprimento às ordens legitimamente emitidas. Elas se ressentirão, no entanto, da cultura inerente à esfera penal, inclinada a rejeitar maior potencial ofensivo a crimes dessa espécie.

Em que pese os argumentos acima delineados favoráveis à medida, enquanto não houver legislação expressa a subsidiar a adoção de uma modalidade especial de prisão (poderia ser, por exemplo, uma prisão domiciliar, não fosse essencialmente onerosa) como meio indireto coercitivo para o cumprimento de decisões judiciais relacionadas a ações de obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa distinta de dinheiro, não se acredita que a constrição da liberdade será largamente adotada como alternativa nos nossos tribunais, visando garantir a efetividade da jurisdição e a satisfação material de outros direitos de mesma hierarquia, sobretudo em face do ranço liberalista que povoa as nossas cortes de justiça ou das masmorras que são as nossas prisões, cuja estadia, ainda que provisória, não deve ser desejada nem ao pior dos nossos inimigos.

5.5 – A CONVERSÃO EM PERDAS E DANOS

Como já discorrido, a tutela quando se trata de ação judicial em que se busca a satisfação material do direito à saúde, deve ser prestada *in natura*, ou seja, de forma específica e se preciso, como deve ocorrer na imensa maioria das vezes, de forma urgente, através do instituto da tutela antecipada, pena de restar ao jurisdicionado a sensação de descrença na Justiça, o que mina a própria legitimidade do Poder Judiciário enquanto instância apta a solucionar os conflitos de interesses instaurados na sociedade.

Entretanto, a impossibilidade material de obtenção da tutela específica, no particular, o que ocorre, por exemplo, quando o litigante demandante for acometido por sequela irreversível, decorrente da demora da prestação jurisdicional, cabe à conversão da obrigação originária em perdas e danos na forma do § 1º, do art. 461, do CPC. No caso de morte do postulante, por se tratar o direito à saúde de direito personalíssimo, a ação obrigacional deve ser extinta, restando aos entes



queridos do extinto a possibilidade de ajuizar demanda reparatória em face da Fazenda Pública, desde que restem preenchidos os pressupostos para o nascimento do dever de indenizar.

6 – CONCLUSÃO

O Estado brasileiro, historicamente, não tem conseguido implementar, com êxito, políticas públicas eficientes e absolutamente necessárias para propiciar à coletividade o acesso gratuito, universal e igualitário às ações e serviços públicos necessários para a promoção, proteção e recuperação da saúde, como reza a Carta Magna, tal como vem ocorrendo com outros direitos fundamentais insculpidos na Lei Maior.

Neste passo, para que a Constituição Federal não se transforme apenas em um arcabouço de regras e princípios fundamentais sem aplicação prática, o Poder Judiciário surge como um dos atores principais no processo de efetivação dos direitos fundamentais e concretização de ações e prestações que tenham por objetivo propiciar a todos, independentemente de sua origem, raça, sexo ou condição econômica, um mínimo existencial intangível, compelindo, assim, o Poder Público ao cumprimento de um dever impregnado de estatura constitucional, dever este do qual não pode se subtrair.

No que concerne às demandas judiciais em que se busca obrigar a Fazenda Pública à prestação de alguma ação ou serviço público de saúde, a exemplo da dispensação de medicamentos, fornecimento de insumos medicinais, procedimentos de diagnose ou tratamentos cirúrgicos, o instituto da tutela antecipada tem se apresentado como absolutamente essencial para a garantia de que a tutela seja prestada in natura, de forma célere e eficaz, garantindo, assim, a efetividade da jurisdição.

Nada obstante, cabe ao julgador perceber que a simples prolação de decisões judiciais interlocutórias, que antecipam os efeitos da tutela pretendida ao final da lide, não basta à garantia de uma prestação jurisdicional efetiva, devendo fazer uso adequado do poder geral de efetivação que lhe foi conferido por lei para a imposição de medidas diretas e indiretas de coerção às quais, na realidade forense, têm-se mostrado como importante mecanismo de efetivação do direito fundamental à saúde.

7 – REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. *O contempt of court no Direito Brasileiro*. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Araken%20de%20Assis\(4\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Araken%20de%20Assis(4)%20-%20formatado.pdf)>. Acessado em 24.08.2012.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência (tentativa de sistematização)**. 5ª ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2009.

BENUCCI, Renato Luís. **Antecipação da tutela em face da Fazenda Pública**. São Paulo: Dialética, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acessado em 12 de junho de 2012.

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm>. Acessado em 12 de junho de 2012.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acessado em 12 de junho de 2012.

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acessado em 12 de junho de 2012.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acessado em 12 de junho de 2012.

BRASIL. **Decreto nº. 678/1972**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acessado em 23 de agosto de 2012.

BRASIL. **Decreto-Lei nº. 201/1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0201.htm>. Acessado em 23 de agosto de 2012.

BRASIL. **Lei nº. 1.070/1950**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1079.htm>. Acessado em 23 de agosto de 2012.

BRASIL. **Lei nº. 12.016/2009**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm>. Acessado em 12 de junho de 2012.

BRASIL. **Lei nº. 4.348/1964**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4348.htm>. Acessado em 12 de junho de 2012.



BRASIL. **Lei nº. 5.021/1966**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5021.htm>. Acessado em 12 de junho de 2012.

BRASIL. **Lei nº. 8.429/1992**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acessado em 23 de agosto de 2012.

BRASIL. **Lei nº. 8.437/1992**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8437.htm>. Acessado em 12 de junho de 2012.

BRASIL. **Lei nº. 9.099/1995**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acessado em 23 de agosto de 2012.

BRASIL. **Lei nº. 9.494/1997**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9494.htm>. Acessado em 12 de junho de 2012.

BRASIL. Senado Federal. Anteprojeto do Novo CPC. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acessado em: 25 de julho de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Resp 1002335/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 21/08/2008, DJe 22/09/2008. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acessado em 23 de agosto de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 4/DF, rel. orig. Min. Sydney Sanches, rel. p/ o acórdão Min. Celso de Mello, julgado em 01.10.2008, publicado no DJ nº 195 em 15.10.2008. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acessado em 15 de junho de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 175 AgR/CE, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 17.3.2010, publicado no DJ em 30.04.2010. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acessado em 20 de julho de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 25**. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acessado em 23 de agosto de 2012.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da Cunha. **A Fazenda Pública em Juízo**. 3º ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Dialética, 2005.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Santos de. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 2. 6ª ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional** – 13 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 1984.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio: o dicionário da língua portuguesa**. 6ª ed. rev. atual.. Curitiba: Positivo, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da Tutela**. 12º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES JUNIOR, Manoel de Souza. "Tutelas de Urgência no Código de Processo Civil Brasileiro." **Tutela de Urgência e Risco**. Francisco Carlos Duarte (coord.). Vol. I, 1ª ed.. Curitiba: Juruá, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TARDIN, Luiz Gustavo. **Fungibilidade das Tutelas de Urgência**. São Paulo: RT, 2006.

WATANABE, Kazuo. **Cognição no Processo Civil**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da Tutela**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

A PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS FRENTE O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Maria Auxiliadora Santana Bispo Teixeira⁹²

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL; 2.1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NA INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO CDC; 3 O USUÁRIO DE SERVIÇO PÚBLICO COMO CONSUMIDOR NA LEI 8.078/90; 4 IMPOSIÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA; 5 A APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR ÀS RELAÇÕES ENTRE PODER PÚBLICO E CIDADÃO/CONSUMIDOR; 6 O ESTADO COMO FORNECEDOR DE SERVIÇOS E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR; 7 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR OMISSÃO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR; 8 AS CONSEQUÊNCIAS DA APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NOS CONTRATOS DE FORNECIMENTO DE SERVIÇOS PÚBLICOS; 8.1 A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA; 9 CONTRATOS DE FORNECIMENTO DE SERVIÇO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA E O CONSUMIDOR; 9.1 O CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE DO ESTADO DA BAHIA – PLANSEV; 9.2 CONTRATO DE TRANSPORTE COLETIVO MUNICIPAL; 9.3 COELBA; 10 CONCLUSÃO; 11 REFERÊNCIAS.

Resumo:

O presente artigo trata de uma pequena discussão a respeito da prestação dos serviços públicos, frente o Código de Defesa do Consumidor com especial atenção para os principais contratos que envolvem o Estado da Bahia, na condição de fornecedor e, portanto, subordinado às normas consumeristas. Assim, para se chegar à análise do plano de saúde dos servidores públicos, o contrato da COELBA e o de transporte urbano foi preciso fazer uma explanação a respeito do fundamento, especificamente no que diz respeito à Constituição Federal na interpretação e aplicação do CDC; na caracterização do usuário do serviço público como consumidor; a imposição do princípio da boa-fé; a inversão do ônus da prova; a aplicação do CDC às relações entre o poder público e o consumidor; e a responsabilidade do Estado por omissão na prestação de serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor.

Palavras-chave: Consumidor; Fornecedor; Usuário; Serviço Público; PLANSEV; COELBA.

92 – Defensora Pública de Instância Superior, Conselheira eleita titular do Conselho Superior da Defensoria Pública, membro do Corpo Docente da Escola Superior da Defensoria Pública e do Conselho Editorial da Revista Jurídica; Especialista em Direito do Estado pela Faculdade Baiana de Direito

1 – INTRODUÇÃO

A iniciativa de escrever sobre o tema surgiu da necessidade à aplicação nas atividades finalísticas dos defensores públicos na defesa dos direitos do consumidor hipossuficientes e vulneráveis assistidos da instituição. O tema, portanto, está intimamente ligado às atividades diárias dos defensores públicos que enfrentam a falta da qualidade do Poder Público na condição de fornecedor aos usuários dos serviços públicos/consumidores, seja através do plano de saúde PLANSERV nos contratos de concessões de transporte urbano ou no fornecimento de energia elétrica, entre outros.

A importância da Defensoria nesta área surge da observação de que nas relações jurídicas de consumo, o consumidor hipossuficiente apresenta-se ainda mais vulnerável e sujeito a ataques dos fornecedores do que aqueles que têm maior nível de instrução e cultura, melhor condição financeira e, portanto, com maior possibilidade de inclusão social.

No Brasil, o Poder Público municipal, estadual e federal são responsáveis em regra pelo fornecimento de energia elétrica, água e saneamento, transporte coletivo e plano de saúde.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 o Direito do Consumidor foi colocado como direito fundamental, tendo recebido maior proteção, tornando-se cláusula pétrea prevista no inciso XXXII de seu artigo 5º, art. 170, inciso V e o art. 173 todos da Constituição Federal. Portanto a prestação de serviços do poder público caracterizado como relação de consumo passou a ser regido pelas normas consumeristas.

Antes do texto constitucional haviam leis esparsas, como o Decreto-Lei 22.626⁹³ de 1933 – Lei de Usura (ainda em vigor) – que muitos atribuem à característica de inauguração do Direito Consumerista brasileiro. A Lei Delegada 04 de 1962,⁹⁴ cuja relevância repousa no fato de ter positivado a intervenção estatal no domínio econômico para que fosse assegurada a livre distribuição de produtos de primeira necessidade à população como um todo; também a Lei 4.137/1962⁹⁵ conhecida como Lei de Repressão do Poder Econômico resultou em muitas conquistas aos consumidores, dentre as quais o ainda atuante Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

Em 11 de setembro de 1990 com a entrada em vigor da Lei 8.078, o Direito do Consumidor ganhou uma nova perspectiva, não apenas porque foram normatizados, mas porque a relação de consumo passou a ser orientada por novos princípios fundamentais.

O escopo do Código de Defesa do Consumidor foi, primordialmente, o de compilar as normas esparsas e “enraizar” referidos princípios, a partir dos quais se busca propiciar o efetivo

93 – Dispõe sobre os juros nos contratos e da outras providências

94 – Dispõe sobre a intervenção no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo

95 – Criação do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica)



exercício da cidadania, definindo e sistematizando muitos aspectos do direito público e privado, significando muitas conquistas aos consumidores que deixaram de ser – ao menos sob o aspecto de proteção legal – hipossuficientes e vulneráveis.

É importante destacar a criação de órgãos de proteção ao consumidor, todos com papel muito importante na garantia dos direitos e preservação da tutela contra o abuso do poder econômico. A exemplo do Ministério Público do Consumidor, o Núcleo do Consumidor da Defensoria Pública⁹⁶ e do PROCON; tais organismos desempenham funções de extrema relevância na defesa de interesses individuais e transindividuais, coletivos e difusos.

Mais recentemente, em 20 de julho de 2010, a Lei 12.291 fixou a obrigação dos estabelecimentos comerciais e/ou de prestação de serviços disponibilizarem ao público em geral um exemplar do Código de Defesa do Consumidor.

Enfim, a história do Direito do Consumidor é repleta de conquistas, todavia conquista maior é a nova consciência por parte de fornecedores de produtos/serviços e consumidores, estabelecendo uma relação de consumo mais segura e equilibrada, impondo-se além das prerrogativas de cada uma das partes as suas obrigações e responsabilidades.

Registre-se que a sociedade da qual fazemos parte é essencialmente de consumo, onde a dialética fornecedor versus consumidor é mais complexa que a dialética capital versus trabalho, sendo que os papéis vivenciados pelos agentes econômicos nem sempre encontram-se definidos de forma absoluta e imutável. Ao contrário, em verdade, verifica-se que nós todos somos consumidores – os indivíduos, as empresas, o Estado, os órgãos nacionais e internacionais.

O presente artigo tem como finalidade comentar a respeito da prestação dos serviços públicos frente o Código de Defesa do Consumidor: abrangência do conceito de fornecedor; o papel da Constituição Federal na interpretação do CDC; a imposição do princípio da boa-fé objetiva; as concessões de serviços públicos e sua norma regulamentadora: a aplicação do CDC às relações entre o poder público e o cidadão/consumidor; o Estado como fornecedor de serviços e o CDC; ferramenta à disposição do consumidor de serviços públicos lesado pela omissão do Estado; as consequências da aplicação do Código de Defesa do Consumidor nos Contratos de Fornecimento de Serviços Públicos; a inversão do ônus da prova, contrato de transporte urbano, contrato de fornecimento de energia elétrica, e principalmente, o contrato de plano de saúde do Estado – PLANSERV.

Sendo certo que o tema é polêmico face às várias peculiaridades que circundam o tema, bem como pela discussão doutrinária que vem sendo enfrentada em torno da matéria, bus-

96 – Sensível a esta realidade, o legislador consumerista indica no artigo 5º da Lei n. 8078/90 a necessidade de especialização de órgãos para possibilitar a efetiva defesa do consumidor, não apenas no âmbito das Defensorias Públicas, mas também do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Polícia Judiciária, além de prescrever a concessão de estímulos à criação e ao desenvolvimento de Associações de Defesa do Consumidor.

ca-se, neste breve trabalho, não analisar a fundo o poder público como fornecedor de serviço público regido pelas normas do CDC, mas evidenciar a necessidade da especialização da Defensoria Pública para a completa e efetiva Defesa do Consumidor contra as abusividades praticadas nas relações de consumo, no sentido de conferir maior eficiência ao serviço prestado e demonstrar que o atuar institucional, nesta vertente, terá o condão de fortalecer cada vez mais a democracia e o respeito à dignidade das pessoas pouco abastadas e sujeitas a toda espécie de arbitrariedades e ilegalidades.

2 – FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

2.1 – A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NA INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO CDC

O Código de Defesa do Consumidor tem fundamento constitucional nos seguintes artigos: art. 5º, XXXII⁹⁷; art. 170, caput⁹⁸ e inciso IV e V⁹⁹; art. 173, § 4º¹⁰⁰, todos da Constituição Federal.”

A Constituição Federal coloca a proteção ao consumidor como direito fundamental da pessoa, e viabiliza a realização da proteção mediante as ações individuais, da previsão de impetração de mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX), ação civil pública pelo Ministério Público e Defensoria Pública – como instrumentos para a defesa dos direitos dos consumidores vulneráveis e hipossuficientes.

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor foi promulgado em obediência ao art. 5º, inciso XXXII e no art. 48¹⁰¹ do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Assim, o legislador constitucional ao adotar uma codificação, e não apenas uma lei para disciplinar as relações de consumo, conferiu sistematização e autonomia a este novo Direito, em sintonia e coerência com os princípios presentes na Constituição Federal.

Frise-se que a Lei do Consumidor prevê que a Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos, entre outros princípios, o da melhoria dos serviços públicos.

97 – Inc. XXXII - O Estado promoverá na forma da lei a defesa do consumidor.

98 – Art. 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios;

99 – Inc. IV- Livre concorrência; V – Defesa do Consumidor;

100 – Art. 173. § 4º A lei punirá o abuso do poder econômico que visa à dominação dos mercados, eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros;

101 – Art. 48 O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará o Código de Defesa do Consumidor.

3 – O USUÁRIO DE SERVIÇO PÚBLICO COMO CONSUMIDOR NA LEI Nº 8.078/90

O Código de Defesa do Consumidor no artigo 3º, ao conceituar fornecedor e definir serviço, deixa nítida a inclusão das pessoas jurídicas de direito público. São várias as disposições legais que demonstram de modo inequívoco a intenção do legislador de englobar o maior número possível de entidades, a fim de garantir da forma mais ampla possível a defesa dos interesses dos consumidores.

O art. 4º¹⁰² que trata da Política Nacional de Relações de Consumo determina, no inciso VII, a racionalização e a melhoria dos serviços públicos como princípios a serem atendidos no intuito de se efetivar as regras consumeristas.

As relações de consumo que se estabelecem entre o Estado e os seus cidadãos é estabelecida pelo artigo 2º¹⁰³ e 3º do aludido diploma legal.

Assim, nos termos dos dispositivos referidos às Pessoas Jurídicas de Direito Público, podem figurar no polo ativo da relação de consumo, como fornecedoras de serviços.

Como consequência, possuem o dever de quando na posição de fornecedores de serviços públicos fazê-lo em conformidade com as determinações previstas tanto no CDC quanto às contidas na Constituição Federal que o norteia.

Repita-se a finalidade precípua que motivou a criação do CDC, e que o acompanha em todos os seus dispositivos, qual seja a proteção dos consumidores. Claramente conclui-se que tal preceito aplica-se igualmente no campo das prestações de serviços públicos, seja pelos princípios que abrange, pelas obrigações que impõe exclusivamente aos fornecedores dos serviços ou pelo modelo de responsabilidade civil que adota, sem nunca fugir de seu objetivo.

O CDC, em seu artigo 22, impôs inúmeras obrigações tanto ao Poder Público quanto às concessionárias na prestação dos serviços públicos à comunidade, exigindo adequação, eficiência e segurança, quando da sua execução.

Entretanto, conforme prevê o artigo, retrata nos casos de descumprimento total ou parcial de tais obrigações, serão as pessoas jurídicas e privada, bem como as concessionárias, obrigadas a cumpri-las e a reparar os danos causados na forma prevista no CDC.

102 – A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmônica das relações de consumo atendidos.

103 – Art.2º - Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo Único: Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art.3º – Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Nesse sentido, manifestou-se Toshio Mukai¹⁰⁴, em *Concessões, Permissões e Privatizações de Serviços Públicos*:

A forma prevista pelo CDC é a da responsabilidade sem culpa, conforme disposto no seu artigo, mas se aplica acima de tudo, no caso, o disposto no artigo 37, §6º, da Constituição Federal, que estabelece a responsabilidade objetiva (sem culpa) do Poder Público e das pessoas jurídicas de direito privado (portanto concessionárias e permissionárias de serviços públicos) pela teoria do risco administrativo.

Dentro dessa filosofia, foi concebido o Código de Defesa do Consumidor, expressando no seu artigo 12 a responsabilidade do fabricante independente de culpa, o que se estende ao Poder Público, quando da prestação de serviços defeituosos, conforme prevê o artigo 14 da Lei do Consumidor adotando, igualmente, a Responsabilidade Objetiva.

Dessa forma, resta claro que o Poder Público, bem como as suas concessionárias, enquanto fornecedores de serviços públicos, estão sujeitos à reparação dos danos que vierem a causar aos seus usuários, na execução de seus serviços, independentemente da aferição de culpa, adotando, assim, a Teoria do Risco Administrativo.

4 – IMPOSIÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA.

O Código de Defesa do Consumidor prevê expressamente a boa-fé objetiva como cláusula geral contratual, conforme se extrai da leitura dos artigos 4º, inciso 1¹⁰⁵, e 51, inciso IV.

O dever de informar é visto nos artigos 30, 31, 36 e 37 – inclusive na fase de tratativas, o que impõe considerar ter a boa-fé objetiva eficácia précontratual, assim como no art. 10, § 1º, com o qual está combinado com o dever de cuidado ou de proteção. Também está previsto no artigo 42, tendo esses dois últimos preceitos a eficácia após a conclusão da relação de consumo.

As obrigações que surgem do contrato são várias, iniciando-se no despertar do interesse na contratação, passando pelo momento da conclusão e da execução do contrato, repercutindo ainda após o seu cumprimento.

Com efeito, o contrato deve ser considerado não só em relação à obrigação de prestar, mas também em função das diversas obrigações de conduta que o envolvem em cada uma de suas várias fases.

104 – MUKAI Toshio. *Concessões, Permissões e Privatizações de Serviços Públicos*, Ed 5a. São Paulo. Saraiva. 2007

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



É o contrato visto como processo, pondo em relevo, conseqüentemente, os modelos de conduta que pautam a boa-fé objetiva, e são firmados em face das legítimas expectativas despertadas por um contratante diante do negócio entabulado.

A boa fé objetiva pode se dar de três formas:

Pela primeira, a boa-fé objetiva – à moda do artigo 4º da LICC – atua integrando o contrato, nos casos em que houver omissão sobre os deveres de conduta, por exemplo, determinando um compromisso de compra e venda à devolução de parte das parcelas pagas ao promissário comprador inadimplente.

A segunda forma seria nulificando as disposições contratuais que a contrariem como, por exemplo, no caso de cláusula em que as administradoras de cartão de crédito se eximem de responsabilidade por atos, como cotejo de assinaturas, de fornecedores de bens e serviços que elas inserem na relação com o consumidor.

A última forma, servindo como vetor de interpretação do negócio, como ocorre no artigo 47 do CDC e no artigo 423 da Lei nº 10.406/02.

Segundo os autores do anteprojeto do código, a verificação da presença de boa-fé na conclusão do negócio jurídico cabe ao magistrado, no intuito de constatar se determinada cláusula contratual é ou não válida.

No que diz respeito à equidade, esta constitui regra de julgamento apenas nos casos prescritos em lei, consoante prescrição do art. 127 do Código de Processo Civil. Sendo assim, nesses casos o juiz não julgará com base na equidade, mas tão-somente observará o que está de acordo com a equidade e a boa-fé.

A operabilidade da boa fé objetiva tanto pode se dar por órgãos administrativos como no caso das várias agências governamentais, ou pelo Ministério Público e ainda especialmente pelo juiz.

Frise-se que à luz das formas de atuação da boa-fé objetiva – os provimentos jurisdicionais poderão ser de ordem variada, como declaratórios, constitutivos, condenatórios, executivos ou mandamentais. O contrato deve ser considerado não só quanto à obrigação de prestar, mas, também, em função das obrigações de conduta que o envolvem em cada uma de suas fases.

A boa-fé objetiva veio, na Lei Consumerista brasileira, como cláusula geral, regra padrão de conduta, um princípio ao qual se pode socorrer na falta da lei, porquanto é ele maior que a norma, é um princípio, um mandamento nuclear, cujo respectivo desrespeito colocará todo um sistema em xeque, posto que lhe é o norteador.

Observa-se que nos contratos é que se torna ainda mais evidente a aplicação do princípio ora comentado, pois a cláusula geral de boa-fé foi adotada pelo Código do Consumidor, implicitamente, devendo reputar-se incluída e existente em todas as relações jurídicas de consumo, mesmo que não inserida de forma expressa no contrato.

Ressalte-se que a questão da boa-fé objetiva é normalmente de fato, e dificilmente ela será examinada em última instância recursal, isto é, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, ressalvado a hipótese em que haja problema de qualificação jurídica acerca da matéria decidida em instância inferior.

5 – A APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR ÀS RELAÇÕES ENTRE PODER PÚBLICO E CIDADÃO/CONSUMIDOR

Na primeira metade do século passado, os serviços considerados de ordem pública foram transferidos à iniciativa privada, porém a falta de interesse por parte dos concessionários em modernizá-las, bem como a ausência de normatização dos mesmos, os tornariam ineficazes, e nada mais restou ao Estado senão retomar o exercício destes serviços.

Não obstante o início desenvolvimentista que as empresas estatais apresentaram na execução de tais serviços, logo, em seguida, estes passaram a onerar cada vez mais o Estado, que não possuía mais condições de mantê-las sob sua responsabilidade, tamanha necessidade de uma administração presente e investimentos financeiros que a manutenção de tais serviços públicos exigia, tornando a sua execução inviável para o Estado, que, não raramente, disponibilizava-os à sua população de forma totalmente ineficaz.

Nesse ínterim, foi no final da década passada, e seguindo uma tendência mundial de modernização, que o Estado brasileiro preparou-se legislativamente para voltar a conceder à iniciativa privada a gestão ou execução de serviços públicos.

Dessa forma, a continuidade dos antes serviços públicos concedidos passou a ser realizada pelas empresas estatais, criadas com o intuito de fazê-los eficientes e úteis à população brasileira.

Desde o advento da Lei 8.078/90, vários temas polêmicos vêm sendo abordados e discutidos pela doutrina e jurisprudência nacional. Um dos mais instigantes desses temas versa sobre a aplicação das suas normas quando a parte demandada for o Poder Público.

O Estado deve sempre ter em vista o interesse geral dos cidadãos, para tanto deve sempre proteger os interesses tanto dos indivíduos como dos grupos particulares. No campo das relações de consumo, o grupo a ser protegido e tutelado é o dos consumidores.



Particularmente sobre a responsabilidade civil do Estado, prevista no art. 37, parágrafo 6º da Constituição Federal, existe um consenso na doutrina que ela pode ser concebida tanto em razão do risco da atividade pública quanto em virtude da culpa constatada no desempenho dessas atividades por parte dos agentes públicos. Na esfera consumerista, porém a responsabilidade civil do Estado ganha vertente própria, pois tratando-se de reparação dos danos (restauração do estado anterior à lesão) o Estado deverá ser responsabilizado na forma prevista no código, ou seja, independentemente da existência de culpa, conforme preceitua o art. 14 do CDC. Fica clara, portanto, a escolha da chamada Teoria do Risco Administrativo por parte do legislador nas relações de consumo.

O art. 3º da lei 8.078/90 é bastante didático ao conceituar o termo “Fornecedor” como sendo toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, também entes despersonalizados que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. O CDC, portanto, equipara as pessoas jurídicas de direito público como espécies de Fornecedores, podendo, conseqüentemente, figurar no polo ativo da relação de consumo na qualidade de fornecedor de serviços e, logicamente, podendo figurar no polo passivo na eventual relação de responsabilidade.

O Código de Defesa do Consumidor adota duas modalidades de responsabilidades: a responsabilidade por vícios do produto ou do serviço e a responsabilidade pelo fato do produto ou serviço. Ambas as modalidades de responsabilidade são de natureza objetiva, sendo dispensável o elemento culpa para que exista a obrigação de indenizar por parte do fornecedor. O CDC distingue dois modelos claros de responsabilidade: por danos causados aos consumidores e por vícios de qualidade ou quantidade dos produtos ou dos serviços prestados aos consumidores.

O Código trata com especial atenção os chamados “serviços essenciais”. Tais serviços são aqueles em que estão alicerçados os pontos cruciais para o desenvolvimento de uma sociedade, aqueles cuja ausência ou interrupção resultaria em grandes prejuízos.

É, portanto, direito inegável de todo e qualquer consumidor demandar contra o Estado quando a prestação dos serviços esteja sendo inadequada e inoperante ou ainda que não esteja sendo observada e respeitada a devida proteção à integridade física e moral do consumidor.

É pacífico, portanto, o entendimento que o Estado é responsável por suas condutas, comissivas ou omissivas, que vierem a causar quaisquer espécies de danos aos consumidores, porém deve sempre haver o verdadeiro nexó de causalidade entre a conduta estatal e o dano.

Através de um processo de desestatização, o Estado reduziu sua participação na atividade empresarial, e voltou-se com mais eficiência à prestação dos chamados serviços essenciais e indelegáveis, inserindo-se, assim, no contexto mundial de privatizações de serviços públicos.

Destarte, reconhecendo-se a fragilidade da posição em que se encontra o consumidor, o legislador constitucional incluiu a sua defesa entre os direitos e garantias fundamentais. Logo em seguida, a defesa do consumidor foi elevada à categoria de “princípio geral da atividade econômica” e, por fim, estabeleceu-se o prazo de 120 (cento e vinte) dias contados da promulgação da Constituição para que o Congresso Nacional elaborasse o Código de Defesa do Consumidor.

A preocupação também abrangia o consumidor de serviços públicos, que, talvez mais que outros, estavam – e ainda está – necessitados de proteção. O Código de Defesa do Consumidor refletiu bem essa necessidade. Em diversos dos seus dispositivos há clara menção à sua aplicação, sem restrições às relações de consumo de serviços que são travadas entre poder público e cidadão.

O artigo 22 do CDC aborda expressamente a responsabilidade do poder público nas relações de consumo. O referido artigo fala ser obrigação do Estado (...) fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e quanto aos essenciais, contínuos. (...).”

Ora, o Estado é nosso maior fornecedor de serviços e, conseqüentemente, o que mais vezes nos causa lesões em nossos direitos enquanto consumidores. Uma visão, por mais superficial que seja no nosso cotidiano, demonstra o quanto somos prejudicados por parte do Poder Público.

Basta apenas observarmos a situação dos transportes, da saúde e da segurança pública em nosso país para que se verifique o real tamanho do descaso, por parte do Estado no que tange à prestação dos serviços públicos.

Se alguma dúvida ainda restasse da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor à relação Estado-fornecedor de serviços e cidadão/consumidor, o art. 22 vem, com o mesmo propósito, afirmar que os órgãos públicos, por si ou seus delegados, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos, devendo as pessoas jurídicas reparar os danos na forma prevista no Código, se houver descumprimento das obrigações.

6 – O ESTADO COMO FORNECEDOR DE SERVIÇOS E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor constitui a base da ordem econômica, engloba quase todas as relações de consumo presentes no dia a dia do brasileiro, isto porque os artigos 2º e



3º do referido dispositivo são claros ao expressar que as Pessoas Jurídicas de Direito Público, podem figurar no polo ativo da relação de consumo, como fornecedoras de serviços.

Dessa forma, o Estado, ao atuar como fornecedor de serviços públicos, deve fazê-lo em conformidade com as determinações previstas tanto no CDC especificamente no art. 22 caput e seu parágrafo único quanto nas contidas na Constituição Federal que o norteia.

A finalidade precípua que motivou a criação do CDC, e que acompanha todos os seus dispositivos qual seja a proteção dos consumidores, claramente conclui-se que tal preceito aplica-se igualmente no campo das prestações de serviços públicos, seja pelos princípios que abrange, pelas obrigações que impõe exclusivamente aos fornecedores dos serviços ou pelo modelo de responsabilidade civil que adota, sem nunca fugir de seu objetivo primeiro.

O citado artigo 22 impõe inúmeras obrigações tanto ao Poder Público quanto às concessionárias na prestação dos serviços públicos à comunidade, exigindo adequação, eficiência e segurança quando da sua execução.

Tais obrigações encontram-se reunidas no Princípio da Adequação do Serviço Público, o qual pressupõe que a prestação destes serviços deve atender plenamente às necessidades dos usuários, satisfazendo, assim, as condições de regularidade, continuidade, eficiência (serviço satisfatório qualitativa e quantitativamente), segurança, atualidade, generalidade (serviço para todos os usuários), cortesia na sua prestação (bem tratamento aos usuários) e modicidade das tarifas (tarifas razoáveis), reunindo-se aí todos os princípios que dominam a execução dos serviços públicos, e que constituem as obrigações a serem cumpridas pelos seus fornecedores.

Portanto, com base no artigo retro mencionado, nos casos de descumprimento total ou parcial de tais obrigações, serão as pessoas jurídicas de direito público ou privado, bem como as concessionárias, obrigadas a cumpri-las e a reparar os danos causados na forma prevista no CDC.

Nesse sentido, manifestou-se Toshio Mukai, em Concessões, Permissões e Privatizações de Serviços Públicos:

A forma prevista pelo COC é a da responsabilidade sem culpa, conforme disposto no seu artigo, mas se aplica acima de tudo, no caso, o disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, que estabelece a responsabilidade objetiva (sem culpa) do Poder Público e das pessoas jurídicas de direito privado (portanto concessionárias e penionárias de serviços públicos), pela teoria do risco administrativo.

Dentro dessa filosofia, foi concebido o Código de Defesa do Consumidor, expressando no seu artigo 12 a responsabilidade do fabricante independentemente de culpa, o que se estende ao Poder Público, quando da prestação de serviços defeituosos, conforme prevê o artigo 14 da Lei do Consumidor, adotando, igualmente, a Responsabilidade Objetiva.

Dessa forma, resta claro que o Poder Público, bem como as suas concessionárias, enquanto fornecedores de serviços públicos, estão sujeitos à reparação dos danos que vierem a causar aos seus usuários, na execução de seus serviços, independentemente da aferição de culpa, adotando, assim, a Teoria do Risco Administrativo.

7 – A RESPONSABILIDADE DO ESTADO POR OMISSÃO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Seguindo orientação constitucional, o Estado responde de forma objetiva por omissão na prestação de serviços públicos.

Quando o serviço público funciona de forma precária ou não funciona, estamos diante de uma omissão do poder público ou de seus delegados.

Dúvidas não há quanto à previsão legal do artigo 22 do CDC que é taxativo ao prever que os órgãos públicos estão obrigados a fornecer os serviços públicos. Portanto, o não fornecimento é violação de dever. Também não basta o fornecimento, mas o serviço público de qualidade, adequado, eficiente, seguro e, se essencial, contínuo. Portanto, a omissão é expressamente vedada em todas as suas formas.

Havendo a omissão e dela resultando prejuízo, as pessoas jurídicas (e não os órgãos públicos, pois estes não têm personalidade) serão responsáveis por reparar os danos na forma prevista no art. 14 do Código.

No CDC, para que seja caracterizado o dever do fornecedor em indenizar, não é preciso demonstrar que houve culpa. Mesmo que se tenha empregado todas as cautelas e os meios ao seu alcance, havendo dano que se atribua ao serviço haverá responsabilidade.

Registre por fim a observação que nas muitas vezes que o CDC expressamente se refere a serviço público, não faz qualquer distinção entre serviço público com remuneração direta e serviço público recebido sem prestação pecuniária direta. Quando não distingue a lei, não cabe ao intérprete fazê-lo. Ou são aplicadas as disposições do Código a todas as atividades que se enquadram no conceito de serviço público, apresentado no início deste trabalho, ou não são aplicadas a nenhuma.

Entendemos a preocupação de não erigir o Estado à categoria de segurador universal, mas tal não poderá ser feito ao arropio da lei e do direito do cidadão consumidor. Além disso, no atual estágio de evolução do Direito, não é o Estado que precisa ser protegido e sim o cidadão. O Estado já tem a seu favor toda a estrutura legal, que lhe permite criar tributação nova, aumentá-la quando bem entender, utilizar a força contra o cidadão que não se encontra em dia com os seus débitos etc. Será mesmo necessário ampliar a responsabilidade do poder público para que se dê conta de que é seu dever prestar serviços de qualidade. Não há nisso qualquer favor. E se assim não ocorrer, desnatura-se a própria ideia de Estado e perde o sentido as altas cargas de tributação com as quais são afligidos os cidadãos.

8 – AS CONSEQUÊNCIAS DA APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NOS CONTRATOS DE FORNECIMENTO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

8.1 – A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Inovador, o CDC traz no art. 6^o¹⁰⁶, VIII, a inversão do ônus da prova nas relações de consumo como princípio basilar, quando o juiz considera verossímeis as alegações do consumidor ou quando este for hipossuficiente.¹⁰⁷

Evidente a toda prova que o objetivo do artigo é facilitar a defesa jurídica do consumidor, diante das desigualdades provenientes de uma relação jurídica de consumo e da vulnerabilidade processual.

Tratando-se de plano de saúde atua os usuários na condição de destinatário final, o que implica que cabe ao poder público, na condição de fornecedor, provar a inexistência ou irregularidade que deu causa ao litígio. Esta inversão poderá ser realizada pelo magistrado *ex officio* ou mediante requerimento do consumidor, contudo, de acordo com o art. 51, VI, do CDC, restaria eivada de nulidade a cláusula contratual que estipular a perda ou a restrição a este direito.

Quanto ao momento, é certo que em obediência aos princípios do contraditório e da ampla defesa, deve o magistrado decretar em etapa do procedimento que comporte a produção de prova. Portanto a inversão deve ser decretada antes do início da fase instrutória, determinando os fatos que o fornecedor deverá provar.

106 – Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VIII – a facilitação da defesa de seus direitos inclusive com a inversão do ônus da prova a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência;

107 – A doutrina faz distinção entre os conceitos de vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor, afirmando James Marins que a “vulnerabilidade do consumidor não se confunde com a hipossuficiência que é característica restrita aos consumidores que, além de presumivelmente vulneráveis, veem-se agravados nesta situação por sua individual condição de carência cultural, material ou, como ocorre com frequência, ambas (in Responsabilidades da Empresa pelo Fato do Produto. São Paulo: Ed. Ver. Dos Tribunais, 1993, p. 39, nota 46).

Saliente-se que com a inversão do ônus da prova, somado à “culpa objetiva”, não há necessidade de provar-se dolo ou culpa, valendo dizer-se que o simples fato do poder público colocar o plano de saúde no mercado, sem a devida qualidade da prestação de serviço, já enseja uma indenização, ou procedimento cautelar para evitar os referidos danos, tudo independentemente de se indagar de quem foi a negligência ou imperícia por exemplo.

Em síntese, o usuário dos serviços públicos, além de não precisar demonstrar a culpa do Estado para se ressarcir de um eventual dano sofrido, tem a seu favor todo o sistema delineado pelo CDC, construído especialmente para que o consumidor goze de mecanismos que efetivem seus direitos.

Dessa forma, o Poder Público da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios é inserido como fornecedores com atividades regidas pelo CDC. Na execução de um serviço público ou na venda de produtos (pelas empresas estatais principalmente), se aquelas pessoas de direito público interno causarem qualquer prejuízo ao consumidor, terá de ressarcir-lo nos termos da Lei.

9 – CONTRATOS DE FORNECIMENTO DE SERVIÇO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA E O CONSUMIDOR

Um dos grandes avanços do CDC foi incluir as pessoas jurídicas de direito público entre os fornecedores, estipulando o dever legal dos órgãos públicos fornecer serviços adequados, eficientes e quando essenciais contínuos.

Os contratos firmados entre os consumidores (destinatários finais) e os órgãos públicos podem ser considerados de consumo, sendo que as normas do CDC equilibram os contratos firmados pelos concessionários enquanto fornecedores de serviços. Estes contratos devem conciliar as imposições do Direito Constitucional, com a proteção do consumidor e as prerrogativas administrativas.

Portanto, aplica-se o CDC, sempre que presente um consumidor, aos serviços públicos referentes ao fornecimento de plano de saúde, de luz, transportes públicos, entre outros.

Assim, os entes públicos inseridos como prestadores de serviços públicos em regime de concessão/permissão – devem ser exemplo na defesa dos direitos garantidos aos consumidores.

9.1 – O CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE DO ESTADO DA BAHIA - PLANSESV

Inicialmente, é salutar destacar alguns aspectos gerais a respeito dos contratos de plano de saúde sujeito às regras do Código de Defesa do Consumidor, não importando o nome ou a natureza jurídica.



É evidente que a prestação de serviços de assistência médico-hospitalar, por entidades privadas, somente ganhou importância e relevância como negócio rentável pelos seguintes motivos: aumento da população; melhoria do padrão econômico e má qualidade dos serviços públicos de saúde.

Quanto ao enquadramento dos planos privados sujeitarem-se às relações de consumo não há mais qualquer discussão. Contudo, em relação ao poder público na prestação de serviços de saúde para os seus servidores, ainda existem divergências de interpretação entre os magistrados, visto que alguns insistem em acatar os fundamentos da Procuradoria do Estado quanto à não aplicabilidade.

O Poder Judiciário do Estado da Bahia através dos juízes da Fazenda Pública e do Tribunal de Justiça vêm pacificando o entendimento da aplicação das regras consumeristas ao plano de saúde dos servidores públicos com as seguintes disposições: adequação do serviço ao fim desejado pelo consumidor, garantia legal da segurança do serviço, vedação de cláusulas abusivas e interpretação do contrato sempre favorável ao consumidor.

Devido à má qualidade do serviço aliado à negligência em seguir os dispositivos do CDC no tocante à autorização para cirurgias de urgência e emergência, carência, tratamento de alto custo e outros serviços de saúde, cresce dia a dia o número de litígios entre os aderentes do PLANSEV e o Estado, assoberbando o Poder Judiciário.

A título de exemplificação, citamos a decisão inédita do TJBA que define a aplicação do CDC aos fornecedores e concessionários de serviço público e no caso específico do Plano de Saúde PLANSEV.

Agravo de Instrumento nº 25.797-3/2007

Agravante: Estado da Bahia

Agravada: Katiane Reis Pereira

Relator: Desembargador Paulo Furtado

Julgamento: 13/08/2008

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PLANSEV. PLANO DE SAÚDE. COBERTURA DE CIRURGIA PLÁSTICA NÃO ESTÉTICA, RECUSA. CABIMENTO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. APLICAÇÃO DO CDC. CLÁUSULA ABUSIVA. RECURSO

IMPROVIDO. É cabível a antecipação da tutela contra a Fazenda Pública, em casos excepcionais, quando se trata de bem constitucionalmente assegurado, como a saúde. O CDC é aplicável às pessoas jurídicas de direito público, que prestam serviços remunerados. É abusiva a cláusula contratual que exclui da cobertura do plano de saúde determinados tratamentos e procedimentos médicos-cirúrgicos, pois viola a boa-fé objetiva que está ínsita nos contratos de relação

de consumo. No que concerne à relação de consumo, o Código de Defesa do Consumidor incluiu as pessoas jurídicas de direito público entre os fornecedores, no caso de serviços públicos que a elas competem, prevendo expressamente, no art. 22, um dever dos órgãos públicos, de suas empresas, concessionárias ou permissionárias de fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e quando aos essenciais, contínuos." Ademais, o art. 3º do CDC define como qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza securitária, incluindo nesta os planos e seguros de saúde. Pelo que os associados do PLANSERV pagam pela prestação do plano de saúde, sendo tipificada relação de consumo a que presa serviços de saúde a seus associados. Em face do CDC, as cláusulas contratuais abusivas e que violem a boa-fé contratual devem ser declaradas nulas, restando configurado o *fumus boni juri*, pois a agravada precisa de tratamento médico especializado tem contrato de plano de saúde, que se recusa a cobrir tratamento que ele precisa, quando tem por finalidade prestar todos os serviços de que necessita o segurado. A relação contratual básica é uma obrigação de resultado, um serviço que deve possuir a qualidade e a adequação imposta pela nova doutrina contratual. É obrigação de resultado porque o que se espera do segurador ou prestador é um 'fato', um ato preciso, um prestar serviços médicos, um reembolsar quantias, um fornecer exames, alimentação, medicamentos, um resultado independente dos esforços para obter os fatos e atos contratualmente esperados. Se o consumidor irá curar-se (ou não) é incerto, mas que a vinculação contratual entre consumidor e fornecedor de serviços o obriga a intemá-la, tratá-lo e propiciar serviços de assistência médica ou hospitalar na sua rede, ou simplesmente reembolsar a quantia despendida, isto é certo." O *periculum in mora* também resta configurado, pois a agravada encontra-se necessitando de procedimentos médicos-cirúrgicos urgentes, razão pela qual não merece reforma a decisão hostilizada. Por essas razões, nega-se provimento ao Agravo.

Ademais, Claudia Lima Marques¹⁰⁸ dirime a dúvida acaso existente sobre a aplicação do COC nos serviços públicos nos seguintes termos:

"Relembre-se que, pela definição de serviços do art. 3º do CDC somente àqueles serviços pagos, isto é, como afirma o § 2º, 'mediante remuneração', serão aplicadas as normas do CDC. Os serviços públicos '*uti universi*', isto é, aqueles prestados a todos os cidadãos, com os recursos arrecadados em impostos, ficariam excluídos da obrigação de adequação e eficiência previsto pelo CDC."

108 – MARQUES, Cláudia Lima, *Contratos DO Código de Defesa do Consumidor*, Ed 43, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, p. 138/139
16 Idem p.484/485



Neste mesmo sentido posicionou-se o professor e Ministro Carlos Alberto Menezes Direito:

“Dúvida não pode haver quanto à aplicação do Código de Defesa do Consumidor sobre os serviços prestados pelas empresas de medicina de grupo, de prestação especializada em seguro saúde. A forma jurídica que pode revestir esta categoria de serviço ao consumidor, portanto, não desqualifica a incidência do Código do Consumidor implica subordinar os contratos aos direitos básicos do consumidor, previstos no art. 6º do Código”¹⁰⁹

O plano de saúde dos servidores públicos do Estado da Bahia cobre quatrocentos e sessenta e oito mil servidores do Estado e possui base legal os decretos nº 7.634 de 16 de julho de 1999¹¹⁰ e suas alterações Lei 19.394/2011¹¹¹ que regulamentam o Sistema de Assistência à Saúde dos Servidores Públicos Estadual.

O PLANSEV tem como beneficiários os servidores públicos do Estado da Bahia, cuja inclusão é feita mediante declaração em contrato de adesão expressa, podendo ser incluído como dependentes o cônjuge, companheiro(a), os filho(a), enteado(as) e netos(as), desde que solteiros e não emancipados.

Sendo o contrato de adesão celebrado com o servidor, tem como objetivo proporcionar cobertura para o tratamento de doenças e das consequências de acidentes sofridos pelos beneficiários, o que caracteriza a atividade própria das empresas e compõe a sua denominação social. O alcance central do contrato é a concretização da atividade a que se propõe o fornecedor, sendo assegurada através da correta aplicação da lei, considerando-se a vontade contratual como subsidiária, a ser efetivada quando não colidir com a vontade legal expressa no sistema jurídico no qual está inserida a contratação.

Quanto à natureza jurídica do PLANSEV é considerado Autarquia Estadual criado por lei específica para a execução da Política Previdenciária e Assistencial dos servidores públicos do Estado da Bahia, tendo sucedido o extinto IAPSEB, possuindo personalidade jurídica de direito público interno, com patrimônio e receita própria.

109 – DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *O Consumidor e os planos de saúde*, Revista Forense, 328, out/dez, p. 312-316

110 – O Decreto nº 7634 de 16 de julho de 1999 que aprova o Regulamento do Plano de Saúde dos Servidores Públicos Estaduais PLANSEV e da outras providências determina:

Art. 1º: O Plano de Saúde dos Servidores Públicos Estaduais – PLANSEV, previsto no art. 27, da Lei 7.249, de 07 de janeiro de 1998, compreende ações preventivas e curativas necessárias à proteção e à manutenção da saúde dos servidores e seus dependentes do Sistema de Seguridade Social dos Servidores Públicos Estaduais, e serão prestadas através de assistência médico-ambulatorial, hospitalar e laboratorial, de caráter geral e especializado, incluindo consultas, cirurgias e exames complementares de diagnósticos e tratamento, prestados pelo Estado, diretamente, através de instituições credenciadas ou mediante contratação de seguro de assistência médica e hospitalar, sob o regime de empreitada global, na forma da legislação em vigor.

111 – Decreto 9.552 de 21 de setembro de 2005. Aprova o Regulamento do Sistema de Assistência à Saúde dos Servidores Públicos Estaduais - PLANSEV e dá outras providências.

Com as alterações realizadas, foi modificada a natureza jurídica do contrato de adesão supracitado para coparticipação, sendo estabelecidos limites de atendimentos, consultas e exames, definidos na lei estadual, mas que ainda não entrou em vigor em razão de uma Ação Civil Pública ingressada pelo PMDB, onde foi suscitada a inconstitucionalidade dos artigos 10 e 20 da Lei 12.351/2011, que teve liminar deferida no sentido de suspender a aplicação imediata.

Com a nova alteração, o sistema de coparticipação tem a mesma lógica dos planos privados, sendo cobrados 40% sobre o valor cobrado para os cônjuges e dependentes do valor descontado para os segurados e prevê um limite de cota anual de procedimentos.

O beneficiário terá o direito apenas a 12 (doze) consultas, 20 (vinte) atendimentos de emergência, 30 (trinta) exames e 08 (oito) exames de alta complexidade por ano. Caso o servidor precise ultrapassar essa cota, terá que pagar um valor adicional de 20% do custo do procedimento. Se a pessoa estiver internada em urgência ou emergência, não há limite de procedimentos.

O Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, apreciando o pedido liminar, julgou inconstitucional os artigos 10 e 20 da citada lei, que limitava o número de atendimentos em emergências e consideraram a coparticipação, cobrança de parte do valor da consulta ou exame, precisa ser considerada segundo os direitos adquiridos de cada segurado.¹¹²

Segundo informações colhidas da Secretaria de Administração, o PLANSERV contempla três em cada quatro servidores do Estado, e constitui na atualidade o maior plano do Nordeste.

O patamar de qualidade da administração do plano resultou na conquista, pelo segundo ano consecutivo, do Prêmio Benchmarking Saúde como a melhor operadora de autogestão da Bahia pelas qualidades apresentadas nos seguintes aspectos: melhor remuneração dos prestadores de serviço e ampliação da rede de atendimento com credenciamento de clínicas e hospitais em todo o Estado, o que gerou a ampliação da rede em mais de 05 (cinco); a regularidade e a pontualidade no pagamento de todos os prestadores; a criação de valores referenciais para diversos procedimentos; a implantação do sistema de auditoria, que vem permitindo identificar e combater fraudes na prestação dos serviços; a adoção da identificação biométrica; e o investimento intenso em tecnologia no intuito de aperfeiçoar os mecanismos de controle e oferecer serviços cada vez mais ágeis aos beneficiários. A autorização 100% via web reduziu o tempo de espera para exame ou cirurgia.¹¹³

112 – <http://globo-com.jusbrasil.com.br/noticias/00039794/justica-proibe-planserv-de-limitar-atendimento-de-servidores-baianos> consultado em 22 de janeiro de 2013 às 17h

113 – <http://www.portaldoservidor.ba.gov.br/consultado> em 18 de janeiro de 2012 às 15 h



9.2 – CONTRATO DE TRANSPORTE COLETIVO MUNICIPAL

Indiscutível a falta de responsabilidade do Estado e do município em relação aos contratos realizados com as empresas concessionárias de serviço público no que diz respeito à organização e fiscalização da competitividade do serviço público de transporte coletivo de maneira que o consumidor/usuário seja beneficiado em sua plenitude no atendimento diário.

Apesar dos requisitos legais exigidos para o contratante/concedente e mesmo sendo serviço essencial sofre com greves sindicais, paralisações de advertência e péssimo estado de conservação dos veículos, além da prestação deficitária ao consumidor, acarretando prejuízos, descaso e onerosidade social aos consumidores.

Sendo certo o crescimento do número da população e a migração da população rural para as grandes cidades, com o conseqüente aumento do uso do transporte para sua locomoção, seja ela urbana ou semiurbana. Portanto de forma desproporcional a responsabilidade, organização e fiscalização dos órgãos estatais no sentido de aperfeiçoar tal serviço. O serviço ofertado deve observar o perfil do usuário, quais suas necessidades, segurança, conforto e regularidade.

Devido à falta de estrutura, os consumidores/usuários sofrem as mazelas no tempo de espera nos terminais, na segurança, conforto, falta de informações, estrutura e manutenção dos terminais e paradas, cuidados na condução veicular, acessibilidade do serviço ofertado, segurança nas paradas no trajeto do serviço ofertado, educação dos motoristas e cobradores, limpeza das paradas e terminais rodoviários, limpeza e conservação dos veículos, ocupação dos veículos (quantidade de passageiros sentados e em pé) e conforto interno dos veículos.

A Constituição Federal no artigo 175 estabelece: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”

No mesmo sentido é expressa a CF no que diz respeito ao transporte público municipal.

Art. 30 Compete aos Municípios:

(...)

v – organizar e prestar, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;

Por sua vez o art. 2º¹¹⁴, I e 4º da Lei 8.987, é expresso em declarar que a delegação do serviço público seja na modalidade de concorrência ou consórcio de empresa, desde que seja demonstrada a capacidade para seu desempenho.

De referência aos permissionários de transporte coletivo no município de Salvador, apesar de ter estabelecido vínculo com a Administração Municipal antes do advento da já citada lei, passou ser a norma geral em matéria de concessão e permissão de serviços públicos a ser observada pelos entes federados, em virtude do inciso XXVII, do art. 22, da Constituição Federal.

José dos Santos Carvalho Filho define o contrato de concessão de serviço público nos seguintes termos:

“Concessão de serviço público é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública transfere à pessoa jurídica ou a consórcio de empresas a execução de certas atividades de interesse coletivo, remunerada através do sistema de tarifas pagas pelos usuários. Nessa relação jurídica a Administração Pública é denominada de concedente, e, o executor do serviço, de concessionário”

O transporte público de Salvador é perceptível à precariedade da prestação do serviço de transporte coletivo. Havendo notícias que o serviço é prestado pelas empresas vinculadas sem qualquer vínculo formal com o município, devido ao fato da expiração do prazo dos Termos de Permissão que respaldava a prestação de tal serviço.

O grau de insatisfação da população soteropolitana com a qualidade do serviço de transporte coletivo atenta, inclusive, contra o princípio da dignidade da pessoa humana, pela total inadequação do serviço¹¹⁵.

Registre-se ainda, que o vínculo existente entre as empresas que prestam serviços de transporte coletivo em Salvador e o município é mantido em virtude de decisão judicial, proferida pela 4ª Vara da Fazenda Pública, em 19 de dezembro de 2007, já transitada em julgado.

Assim, o serviço de transporte coletivo necessita ser licitado, encontrando-se no momento em processo de regulamentação na Secretaria Municipal dos Transportes e Infraestrutura.

Entre os critérios no edital de licitação, a SETIN diz que as empresas ou consórcios devem ter como parâmetro as linhas urbanas existentes e priorizar, em seus projetos, questões como taxa de ocupação, intervalo das viagens, distância dos pontos de embarque e acessibilidade.

114 – Art. 2º, I/ – Concessão de serviço público é a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado. Art. 4º A concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será formalizada mediante contrato, que deverá observar os termos desta lei, das normas pertinentes e do edital de licitação. 2006, pp. 306)

115 – <http://gl.globo.com/bahia/noticia/2012/10/5/transporte-publico-e-salvador> consultado em 08 de janeiro de 2013 às 15:00 h



Segundo dados da Transalvador, a capital baiana possui sete terminais rodoviários urbanos, sendo a Estação da Lapa a que possui maior número de tráfego de pessoas, 460 mil por dia. Em seguida, está a estação Pirajá, com 130 mil usuários por dia. As demais são a Iguatemi (65 mil/dia) e da Rodoviária (65 mil/dia), da Barroquinha (15, 500 mil/dia) e Aquidabã (5 mil/dia).

A Lei Orgânica do Município determina no seu art. 238, que:

Art. 238: O transporte coletivo deverá ter uma tarifa condizente com o poder aquisitivo da população e que assegure a justa remuneração do capital, permitindo o melhoramento, a expansão e a qualidade dos serviços e propicie o equilíbrio econômico financeiro do contrato respectivo.

Portanto pela LOM temos que a mesma está em consonância com os princípios que norteiam a política tarifária. Assim, além da função voltada a propiciar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, assegurando a justa remuneração do capital, a mesma também deve atentar ao poder aquisitivo da população, permitindo melhoramento, expansão e melhor qualidade do serviço.

Ocorre que na prática o município de Salvador, quando contrata o serviço de transporte coletivo, visa apenas propiciar a remuneração do prestador, não atentando ao poder aquisitivo da população e não apresentando qualquer expectativa de melhoria da qualidade da prestação em virtude da mencionada majoração, desrespeitando não somente as regras do Direito Administrativo, mas, principalmente, as normas das relações de consumo.

9.3 – COELBA

Apesar da privatização, a Companhia de Eletricidade da Bahia (COELBA), concessionária da distribuição de energia elétrica, merece comentário especial a respeito das suas peculiaridades na forma de distribuição e também por constituir um fornecimento de serviços com preços controlados pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, que tem atribuições de regulamentar e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização da energia elétrica. Tem poderes para fixar tarifas e padrões de qualidade e evitar abusos na estrutura de custos do sistema. Em adição, o Estado, como poder concedente, define uma série de parâmetros operacionais, econômicos e financeiros vinculados ao contrato de concessão e firmado por ocasião da privatização da COELBA (adquirida pelo grupo espanhol Iberdrola S.A.). Portanto tem natureza jurídica especial que na sua essência não deixa de ser fornecedora de serviço público. Mas em qualquer situação regida pelo Código de Defesa do Consumidor.

Desde 1995 a COELBA deixou de ser monopólio regional. O Programa Nacional de Desestatização (PND) alterou as bases do sistema Eletrobrás, criando um novo modelo institucional, permitindo

que as empresas privadas explorem a produção e fornecimento de energia elétrica, delimitadas por região, e que também os consumidores optem o fornecedor de energia elétrica de quem comprarão dentre os diversos distribuidores. Criou-se um Mercado Atacadista de Energia – MAE, onde os preços de energia são negociados livremente, como uma bolsa de mercadorias. Por enquanto, somente os grandes consumidores podem fazer esta opção de fornecedor. Gradativamente, os pequenos consumidores poderão exercer escolha de concessionária de energia elétrica.

Assim sendo, percebe-se que, mesmo sendo a COELBA uma empresa privada, ela opera sob especial atenção do Estado. A empresa não é livre para fixar as tarifas no patamar que julgar correto, tendo que antes obter permissão da ANEEL. Ainda, a empresa é obrigada a seguir diretrizes extraordinárias do Estado, mesmo que estas signifiquem redução de faturamento e mesmo prejuízos, a exemplo do acontecido em 2001 durante o Plano Nacional de Racionamento de energia elétrica. Tal plano, instituído pelo governo brasileiro como prevenção contra uma possível falta de energia elétrica nacional devido à perda de produção da malha hidrelétrica, instituiu como meta uma redução de 20% no consumo de energia elétrica para os consumidores de baixa tensão e uma redução de 15% a 25% para os consumidores de média e alta tensão. Ou seja, a empresa enfrenta uma redução forçosa de iguais percentuais em seu faturamento, na melhor das hipóteses.

A COELBA adquire mais de 98% da energia elétrica que distribui da Companhia Hidroelétrica do São Francisco – CHESF, geradora que atende oito estados brasileiros. A CHESF possui capacidade de geração de cerca de 10.705 MW, dos quais mais de 95% são de origem hidráulica. A COELBA mantém ainda duas pequenas centrais hidrelétricas (PCHs), com capacidade de geração de 18 MW, e oito unidades de geração térmica (UTES) móveis.¹¹⁶

A concessionária citada dispõe de praticamente um único fornecedor de seu serviço principal, o que limita seu poder de barganha de preços e condições. Entretanto, os preços da CHESF também são monitorados e regulados pela ANEEL, o que também limita sua liberdade de flexibilização dos preços.

Ela opera no varejo, atendendo a cerca de 3 milhões de unidades consumidoras de energia elétrica. Sua área de concessão e atuação abrange, aproximadamente, 560 mil km². Está presente em 415 de 417 municípios do Estado da Bahia. Ela fornece diretamente 59,6% de energia elétrica no Estado; a CHESF fornece 31,5% aos dez maiores consumidores industriais da Bahia, e a Companhia Petroquímica do Nordeste – COPENE – fornece 8,9%, suprindo 27 consumidores industriais localizados no Polo Petroquímico de Camaçari.

A estrutura de mercado da COELBA está centrada na classe residencial, que responde por 87% dos contratos de prestação de serviço de fornecimento de energia elétrica. A classe comercial significa 8% e a industrial 1 % dos contratos. As demais classes detêm 4% dos contratos.

116 - <http://www.eecis.udel.edu/portnoilacademic/academic-files/coelba-estrutura-mercado.html> consultado em 10 de janeiro de 2013 às 15 h



A carteira de clientes da COELBA é, portanto, bastante pulverizada, o que lhe dá independência em relação aos grandes consumidores (e também dá independência aos grandes consumidores em relação à COELBA). O consumidor médio e pequeno, por força de lei, tem como única opção contratar energia elétrica da COELBA, no Estado da Bahia. Ela detém, pois, o monopólio de distribuição de energia elétrica para pequenos e médios consumidores na Bahia.

A COELBA não é livre para praticar os preços a consumidor. Estes preços são ainda controlados pelo Governo Federal.

A energia elétrica, produto de venda da COELBA, não possui substitutos. Apesar de haver uma grande variedade em formas de geração da energia elétrica, toda a energia gerada deve passar antes pela COELBA para poder chegar a seus consumidores. Apenas os grandes consumidores são independentes a ponto de escolher e até gerar de forma independente a energia utilizada. Energia eólica, solar ou pequenas geradoras podem suprir localidades específicas, como fazendas ou hotéis, mas ainda assim esses tipos de geração ainda não permitem total autonomia, e é preciso comprar energia elétrica de um distribuidor convencional como a COELBA.

No Estado da Bahia, a COELBA não possui concorrentes em se tratando de pequenos e médios consumidores. Os grandes consumidores, porém, têm a opção de escolher entre alguns fornecedores, como a CHESF, a própria COELBA e ainda têm a opção de possuir suas próprias fontes de geração de energia.

Estes grandes consumidores que possuem suas próprias fontes de geração – em sua maioria indústrias – são os únicos concorrentes que a COELBA atualmente possui, pois na maioria das vezes elas vendem o excedente da energia produzida para outras indústrias próximas.

A maior ameaça em termos de novos entrantes no segmento de atuação da COELBA ocorrerá quando for permitido aos médios e pequenos consumidores contratar o fornecimento de energia elétrica de qualquer distribuidor. Isso significará a entrada no mercado de atuação da empresa dos demais distribuidores de energia elétrica atuantes no Brasil. Por outro lado, a COELBA também poderá atuar em outros estados, expandindo sua base de clientes nas regiões hoje monopolizadas pelos mesmos entrantes futuros.

É possível ainda que indústrias que gerem sua própria energia elétrica possam vender seus excedentes de produção para mais clientes e que queiram expandir esse negócio, concorrendo diretamente com a COELBA, se permitidos pelo controlador governamental do sistema elétrico.

Além disso, o governo pode liberar que os pequenos consumidores tenham pequenas usinas de geração e possam vender a energia para outros consumidores, ou até obrigando a própria COELBA a comprá-la, como já ocorre em alguns países.

10 – CONCLUSÃO

Na realização do presente trabalho, procurou-se enfatizar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nos serviços públicos de forma ampla quando atua na condição de fornecedores/concessionárias, de modo que a relação estabelecida entre eles deve ser tutelada pelas normas consumeristas, tendo como base os princípios constitucionais previstos no art. 5º, inc. XXXII (o Estado promoverá, na forma da lei, a Defesa do Consumidor), o art. 170, inc. V (a Defesa do Consumidor), art. 173 inc. V, § 4º (A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise a dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros) todos da Constituição Federal.

Em verdade buscou-se principalmente esclarecer as relações de consumo nos contratos de serviço público prestados pelo Estado da Bahia, dedicando-se especial atenção ao PLAN-SERV (plano de saúde dos servidores público do Estado da Bahia), e em linhas gerais o fornecimento de energia elétrica e de transporte urbano.

Outrossim, a aplicação do CDC às relações entre usuários na condição de consumidores destinatários finais e o serviço público contratado traz diversas e importantes consequências jurídicas, dentre elas a inversão do ônus da prova, a responsabilidade objetiva, a proibição do meios austeros de cobrança e a pluralidade de ações protetivas, a aplicação do princípio da boa-fé objetiva, representando um flagrante avanço na tutela dos hipossuficientes prevista pelo ordenamento jurídico nacional.

Foi pesquisado o Estado na condição de fornecedor de serviços públicos, prestados tanto diretamente pelo Ente Público como indiretamente pelos Organismos Concessionários, abordando os aspectos norteadores do instituto da concessão, bem como demonstrando os diplomas jurídicos que delineiam o alcance político-administrativo da relação que se estabelece entre Estado-Concessionárias-Coletividade.

O Brasil é um dos precursores na sistematização e codificação do Direito à Proteção ao Consumidor. A Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, dispõe sobre a proteção do consumidor e estabelece os vetores informativos dos direitos e das obrigações para os fornecedores e consumidores – indubitavelmente uma legislação avançada no cenário nacional e internacional.

A legislação do consumidor orienta-se pela necessidade de estabelecer o equilíbrio na relação de consumo, visando primordialmente o atendimento das necessidades do consumidor, o respeito à sua dignidade, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a harmonia das relações de consumo.

Conclui-se, portanto, que, desde o advento do Código de Defesa do Consumidor, não é mais preciso demonstrar a existência de culpa para se responsabilizar o poder público por



sua omissão na prestação do serviço público. O modelo adotado pelo Código, que amplia e facilita a defesa dos direitos do consumidor, está integralmente a favor do cidadão usuário de serviços públicos, na sua luta por uma proteção mais efetiva frente aos danos que podem ser imputados à atividade do poder público.

De todo o exposto, verifica-se que os princípios previstos no CDC e aqueles da administração pública e privada são compatíveis entre si, e devem orientar consumidores/fornecedores para uma conduta que privilegie o desenvolvimento equilibrado e a justiça social. Por conseguinte, o poder público na condição de fornecedor de serviço remunerado terá de atuar em harmonia com os princípios e normas que regem a administração pública, enquanto o administrador privado terá de, fundamentalmente, conciliar os princípios da livre iniciativa e da equidade.

11 – REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [HTTP://www.planalto.gov.br/ccivil03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acessado em 20 de julho de 2012.

BENJAMIN, Antônio Herman V. **Manual de direito do consumidor** / Antônio Herman B, Benjamin, Cláudia Lima Marques, Leonardo Roscoe Bessa. - 3a Ed, ver., atual. E ampl.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. 2a Ed. Editora Atlas S.A. 2010

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.v.1 e 2.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Rafael, e outros. **COELBA Análise de Estrutura de Mercado**, <http://www.eecis.udel.edu/~portnoi/academic/academic-frles/coelba-estrutura-mercado.html> consultado em 15/01/2013

GRINOVER, Ada Pellegrini, BENJAMIN, Antonio Herman de, FINK, Daniel Roberto. **Fi/omeno. Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentário pelos autores do anteprojeto.** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais.** 5a Ed. São Paulo: RT, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discrecionalidade e controle jurisdicional.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor.** 2a Ed. Ver., atual e ampl., - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MUKAI, Toshio. **Concessões, Permissões e Privatizações de Serviços Públicos.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

NETO, Egberto Miranda Silva. **Plano Privados de Assistência à Saúde.** Editora Lumem Juris, Rio de Janeiro. 2005

NUNES, Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor.** 7a Ed. Ed. Saraiva. 2012

PELEGRINI, Ada Grinover e outros. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto,** 53 Ed. Rio de Janeiro; Forense Universitária, 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil.** 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PORTER, Michael E. **Estratégia competitiva.** 16. edição, 25. tiragem. Rio de Janeiro, Editora Campos, 1986. p. 13 a 48.

Revista do CEPEJ, n. 1 - 1988/1990-1999. Salvador, Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas – CEPEJ, 1999, N. 6 semestral

SOUZA, João Batista de. **A proteção Jurídica do Consumidor,** 7a Ed. Revista, Atualizada, Editora Saraiva, 2009.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: com comentários ao código civil de 2002.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos.** 5. ed. 2 val. São Paulo: Atlas, 2005.



VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. S. ed. 4 val. São Paulo: Atlas, 2005

A responsabilidade do Estado enquanto fornecedor no CDC e sua omissão na prestação dos serviços públicos. <http://blogdoscheinman.bloqspot.com.br/2009/09/responsabilidade-do-estado-enquanto.html> consultado em 12 de janeiro de 2013

O Código de Defesa do Consumidor e o Administrador disponível em: <http://www.egov.usfc.br/portallsites/default>. Acessado em 13 de janeiro de 2013.

_____. Comercialização. Informações anuais. Documento para publicação para Comissão de Valores Mobiliários (CVM), data-base 31.12.2001.

_____. Posicionamento no processo competitivo. Informações anuais. Documento para publicação para Comissão de Valores Mobiliários (CVM), data-base 31.12.2001.

RESPONSABILIDADE CIVIL PELA TUTELA CAUTELAR DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA CASSADA

Maúrcio Garcia Saporito ¹¹⁷

Resumo

O presente artigo procura demonstrar a superação dos esquemas individuais do Código de Processo Civil na análise das ações de improbidade administrativa. Trata especificamente da natureza jurídica da responsabilidade pela tutela cautelar de improbidade cassada. Após discorrer sobre as medidas de urgência constantes na Lei 8429/92, inserindo a ação de improbidade administrativa como uma espécie de direito coletivo, serão apresentados os dois esquemas de responsabilidade existentes para tratar da natureza jurídica das tutelas de urgência cassadas, concluindo que os entes legitimados para a propositura da ação de improbidade somente respondem por má-fé, em função do dever legal de agir para velar a probidade e moralidade administrativas.

Palavras-chave: Patrimônio público; Improbidade administrativa; Cautelar; Responsabilidade civil.

Abstract

This article seeks to demonstrate overcome the individual plans of the code of Civil Procedure analysis of the actions of administrative misconduct. Specifically addresses the legal responsibility for the prudential supervision of misconduct revoked. After discuss the emergency measure in nature contained in the Law 8429/92, inserting the action of improper conduct as a sort of collective right, will present the two schemes to handle existing responsibilities of the legal guardianship of emergency stripped, concluding that the entities legitimized to the filing of misconduct only account for bad faith, depending on the legal duty to act to ensure probity and administrative morality.

Keywords: Public equity, Administrative misconduct; Measure; Liability.



1 – INTRODUÇÃO

A preocupação do Constituinte de 1988 com o patrimônio público, diante do histórico de dilapidação dos bens coletivos que o Brasil vinha passando, fez com que o legislador inaugural previsse, além de punições severas para quem agisse contra a coisa pública, mecanismos para a atuação dos órgãos de controle. Nesta esteira, a Lei n. 8429 de 2/6/1992, instrumentalizando um desses mecanismos de controle, previu diversos atos que por si só configurariam atos contra a probidade devida à administração pública.

Indiscutivelmente após a promulgação da Constituição Federal agravado em 1992 com a referida lei, restou indefinido o conceito de improbidade administrativa, cabendo à doutrina, já que o legislador infraconstitucional apenas enumerou quais atos configurariam a improbidade propriamente dita, definir o que esse novo conceito significa.

Ninguém ignora a importância da lei de improbidade administrativa na apuração e condenação de agentes públicos que, agindo desonestamente, dilapidam o patrimônio do Estado. A adequada severidade das penas ali existentes chegou a fazer com que parte da doutrina duvidasse inclusive da natureza exclusivamente civil de suas sanções.

Por outro lado, não se pode ovildar que ser demandado em qualquer processo representa um dano ao indivíduo, seja pelos custos e danos materiais que podem daí advir, seja pelo constrangimento de ser processado. Quando se trata de autoridade pública, tal constrangimento é potencializado pela repercussão social decorrente de ser réu em uma ação que visa tutelar a probidade da Administração Pública e investigar atos de corrupção.¹¹⁸

Esse risco é ainda incrementado quando se tratam de medidas urgentes, tomadas em cognição não exauriente, cujo provimento cautelar, não raras vezes, é considerado pela opinião pública em geral e pela imprensa em particular com ares de decisão definitiva, expondo todos os corréus como corruptos.

Ao lado da necessária severidade com que as ações contrárias à probidade são tuteladas pelo ordenamento jurídico¹¹⁹, o julgamento definitivo de improcedência da ação de impro-

118 – DALLARI, A. A. (Limitações à atuação do Ministério Público na Ação Civil Pública, in BUENO, Cássio Scarpinella e PORTO FILHO, Pedro Paulo de R. (coord.). *Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais*, São Paulo, Malheiros, 2003, p. 25) assim retrata essa repercussão social: “esse risco, bastante concreto, desestimula gente decente, honesta correta, a ousar trabalhar na Administração Pública.”

119 – Os atos de corrupção atentam contra o próprio Estado Democrático de Direito, uma vez que minam a administrativa³, cuja tutela urgente concedida seja cassada, pode originar direito à recomposição do dano, seja ele econômico ou mesmo moral.

bilidade administrativa¹²⁰, cuja tutela urgente concedida seja cassada, pode originar direito à recomposição do dano, seja ele econômico ou mesmo moral.

Neste contexto, a responsabilidade do ente que propôs a ação de improbidade administrativa, sendo deferida a tutela de urgência pleiteada, é objetiva em relação aos danos causados em caso de posterior improcedência do pedido ou apenas responde subjetivamente, nos casos de culpa ou dolo, quando então estaria caracterizada a má-fé do autor da demanda.

O presente trabalho, portanto, tem como escopo delimitar o conceito de probidade administrativa e suas garantias instrumentais, bem como definir bem a efetividade dos mecanismos criados ou agregados pela legislação. Por outro lado, já que o agente público acusado dos atos previstos na lei de improbidade também merece proteção especial contra pressões em sua atuação pública, não é possível deixar de discutir a responsabilidade pela cassação da tutela provisória quando do julgamento definitivo da lide e a responsabilidade pelos eventuais danos causados.

2 – PROBIDADE, MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Abordar a questão da moralidade na Administração é um tanto tormentoso. Não se pode imaginar um administrador regido apenas pelas regras morais. Direito é uma coisa, moral é outra. A moral pode até ser mais flexível que o Direito, mas, também é mais insegura. É verdade que o Direito não é tão estável, mas não é nem um pouco tão volúvel quanto a moral. Por isso que muitos autores propõe o abandono do conceito de moral comum para a adoção de um conceito de moral jurídica.¹²¹

Neste aspecto está a diferença gritante entre moralidade e probidade na administração. Antes enquadrada como crime de responsabilidade à improbidade administrativa vem sendo prevista no Direito brasileiro de longa data. A legislação não utilizava o termo improbidade quando previa o sequestro e perda de bens daquele que agia contra a fazenda pública, mas sugeria o ato ímprobo ao falar em enriquecimento ilícito no exercício da atividade pública.

120 – O advento de sentença de mérito em sentido contrário à tutela de urgência concedida pode gerar uma das seguintes situações: Caso a sentença seja expressa ao revogar a tutela provisória, seus efeitos cessam imediatamente; caso a decisão nada diga sobre a tutela de urgência anteriormente concedida, parte da doutrina entende, com base nos interesses coletivos em jogo que a eficácia da medida liminar subsistiria mesmo existindo decisão de cognição exauriente em sentido contrário. Nesse sentido, YOSHIDA, C.Y.M. (*Eficácia das tutelas urgentes nas ações coletivas*, in MAZZEI, R. e NOLASCO, R. D. *Processo Civil Coletivo*, Quartier Latin, São Paulo, 2005, p. 378): “Em nosso entender, a eficácia da liminar, dependendo do caso concreto e da situação objetiva de perigo, poderá subsistir até, pelo menos, o julgamento dos recursos ordinários, quando então a sentença já terá sido examinada uma vez, por uma instância superior, ficando mantida ou não.” No presente trabalho ficaremos apenas com a questão da revogação da medida de urgência em função de decisão transitada em julgado em sentido contrário.

121 – Nesse sentido conferir Mazzilli, Hugo Nigro (*Processo civil e interesse público : o processo como instrumento de defesa social / organizador Carlos Alberto de Salles. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2003*).



Dessa forma o legislador confundiu por muito tempo o conceito de moralidade administrativa com o de probidade administrativa. Achava-se que ao falar em um dos conceitos necessariamente o legislador se referia ao outro. Entretanto esse engano terminológico não tinha razão de ser, já que a improbidade aparecia como um conceito tipificado em lei e a moralidade como um conceito jurídico indeterminado, um princípio para salvaguardar a coisa pública.

“Quando se fala em improbidade como ato ilícito, como infração sancionada pelo ordenamento jurídico, deixa de haver sintonia entre as expressões improbidade e imoralidade, porque aquela tem um sentido muito mais amplo e muito mais preciso, que abrange não só atos desonestos ou imorais, mas também e principalmente atos ilegais.”¹²²

A moralidade administrativa por sua vez, apesar de contida na improbidade, refere-se muito mais a um agir com honestidade e lisura com a instituição que o agente apresenta. Tem que separar, além do bem do mal, legal do ilegal, justo do injusto, conveniente do inconveniente, também o honesto do desonesto. A partir do momento em que o interesse público está em xeque, não se pode deixar os limites de ação a cargo somente e tão-somente da consciência individual; indispensável é a proporcionalidade entre os meios e os fins a serem atingidos, entre os sacrifícios impostos à coletividade e os benefícios que por ela serão auferidos, a razoabilidade entre o possível jurídica e faticamente.

A probidade administrativa, por sua vez, por estar tipificada na legislação ficou muito mais fácil de definir e de se cobrar, sendo inclusive de controle mais efetivo. Daí porque a lei conferiu maior efetividade na sua proteção, sem entretanto discutir as consequências de quem usa esse mecanismo indevidamente.

Por fim, as duas noções, tanto de probidade mais ampla quanto de moralidade mais restrita, estão intimamente ligados à proteção do patrimônio público, ou até mesmo do interesse público primário e secundário, como será tratado no próximo tópico.

3 – PATRIMÔNIO PÚBLICO E SUA PROTEÇÃO

No Direito Romano se fazia referência a bens públicos, falava-se em *res publicae* pertencente ao povo. Entretanto o patrimônio público abrange muito mais do que era considerado pelos romanos.

A expressão domínio público utilizada por muito tempo como sinônimo de patrimônio público não serve mais, como outrora para conceituá-lo. Domínio público em sua acepção

122 – Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, *Direito administrativo* / Maria Sylvia Zanella di Pietro. – 23.ª Ed. – São Paulo: Atlas, 2010, (pg. 818)

mais ampla é utilizada para designar o conjunto de bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno.¹²³ Patrimônio público como está utilizada atualmente aproxima-se muito mais do interesse público. Ou seja, o aspecto puramente material não é tão mais importante que o aspecto imaterial dos bens coletivos, dos bens utilizados para a satisfação do maior número possível de pessoas.

Assim, o patrimônio público na dicção da lei da ação popular passou a abranger um conjunto de bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico, pertencentes aos entes da administração pública direta e indireta, não sendo mais uma abstração teórica ou uma coletividade de bens corpóreos do Estado. Em resumo, é o conjunto de bens (pode incluir direitos e obrigações) que pertencem ao domínio do estado e que se institui para atender a seus próprios objetivos ou para servir à produção de utilidades indispensáveis às necessidades coletivas.

Obviamente que se atingido o patrimônio público haverá uma violação à moralidade ou mesmo improbidade administrativa, cabendo ao legitimado utilizar dos meios necessários para a cessação à agressão e reposição do quanto lesado. A isso podemos chamar de controle da administração.

Essa proteção ou mesmo esse controle pode se dar tanto em âmbito patrimonial quanto em âmbito principiológico. Por tratar especificamente da efetivação da lei de improbidade administrativa e suas repercussões se cassada a cautelar, trataremos apenas do controle nela mencionado.

Pensar em patrimônio público afetado para a busca do bem comum sem pensar em proteção é o mesmo que as garantias constitucionais sem os remédios para corrigir sua violação.

Cometido um dos atos de improbidade administrativa previstos nos arts. 9 e 10 da Lei 8429/92, a própria lei presume que houve dano ao erário cabendo ao autor da lesão ressarcir os prejuízos causados. No art. 11 da mesma lei não há tal presunção, mas pode haver a lesão.

Nada mais correto, portanto o estado por meio dos legitimados para propor essa espécie de ação civil pública – para alguns autores como será tratado abaixo – possuir mecanismos para a efetivação da proteção de seu patrimônio. Obviamente que a demora processual não pode deixar nenhum bem desprotegido, motivo pelo qual a efetivação da proteção pode e deve se dar por intermédio de cautelares.

Obviamente que se mal utilizada essa ação deve gerar responsabilidade para que a manejou mal. O Judiciário não pode ser palco de guerra de vaidades, de desavenças desfundamentadas.

123 – Neste sentido Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, *Direito administrativo* / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 23.ª Ed. – São Paulo: Atlas, 2010

4 – A EFETIVIDADE DO PROCESSO E A TUTELA JURISDICIONAL

Sabe-se que para o bom funcionamento das regras de direito material, garantindo-se as situações de vantagem conferidas pelo ordenamento jurídico, depende da adequada atuação das técnicas de direito processual, cujos mecanismos oferecem proteção ao direito material e garantem a promessa estatal de solução pacífica dos conflitos.

As diversas formas de tutela jurisdicional existentes são instrumentos estatais concebidos em função do direito material a ser protegido, constituindo-se meios adequados para resolver os inúmeros problemas surgidos no plano do direito material.

O tema da tutela jurisdicional liga-se diretamente ao tema da efetividade do processo, uma vez que a promessa estatal de resolução de conflitos apenas será cumprida se feita no tempo adequado, garantindo-se à parte que tem razão a fruição do direito material perseguido.

O tempo e a efetividade constituem valores conflitantes e seu equacionamento é um dos pontos nevrálgicos dos estudos do direito processual. Já se disse há muito tempo que o sistema processual ideal seria aquele no qual não houvesse diapasão entre o pedido e a tutela jurisdicional concedida, de modo a eliminar completamente o fator tempo da prestação jurisdicional¹²⁴.

Na vida real há situações, porém, em que é necessário garantir que as situações de urgência ou mesmo de evidência, sejam elas advindas da demora justificável ou injustificável, sejam tuteladas pelo sistema processual, garantindo-se a utilidade do processo.

Nesses casos, o próprio instrumento processual precisa ser protegido contra os males da ineficiência, a fim de resguardar o perecimento do direito material subjacente, que se tornaria inútil se deferido em momento posterior.

Acerca do debate doutrinário existente sobre o conceito de cautelar acima referido, atualmente prevalece a tese de que a tutela cautelar não abrange os atos antecipatórios do provimento final decorrentes da antecipação de tutela, possuindo o instituto da antecipação requisitos e finalidades distintas daqueles provimentos tipicamente cautelares.¹²⁵

124 – Desde os clássicos processualistas italianos afirma-se que o sistema jurídico ideal seria aquele no qual a tutela jurisdicional fosse prestada de modo imediato, sem qualquer espaço de tempo entre o pedido e o provimento jurisdicional. Trata-se de ideal que, obviamente, é impossível de ser alcançado. A esse respeito, conferir CALAMANDREI, P. (Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares, Campinas, Servanda, 2000).

125 – A maioria da doutrina se posiciona no sentido de considerar cautelar, apenas aquelas tutelas nas quais se visa proteger o provimento jurisdicional final, não sendo cautelar a tutela que visa realizar o próprio direito, ainda que provisoriamente (cf. MARINONI, L. G. Antecipação da Tutela, 11ª ed., São Paulo, RT, 2009). Anoto posição minoritária, no sentido de conferir a tutela cautelar maior abrangência, conferindo a essa espécie de tutela jurisdicional caráter cautelar e antecipatório (cf. BEDAQUE, J.R.S. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009).

Como consequência desse entendimento, considera-se o provimento antecipatório satisfativo da pretensão de direito material deduzida, necessitando de prova inequívoca para ser deferido, enquanto o provimento cautelar necessita da plausibilidade do direito alegado, visando apenas à proteção do próprio processo judicial. Ambas, porém, podem ser consideradas tutelas de urgência, haja vista que o perigo da demora deve ser demonstrado.

Mais recentemente a doutrina vem dando destaque à tutela da evidência, destinada também a garantir a efetividade do processo contra os males do tempo. Desde que prevista expressamente, uma vez que não existe genericamente no sistema processual, a tutela da evidência é baseada exclusivamente na plausibilidade do direito alegado.

Nas situações que o legislador considera suficiente o direito alegado para conceder o bem da vida pretendido pela parte, seja de maneira provisória, seja definitivamente, mas sempre em cognição sumária, verifica-se o fenômeno da tutela da evidência¹²⁶.

Para evitar esses riscos de inefetividade há previsão no CPC em geral e nas legislações especiais em particular de diversos provimentos jurisdicionais a disposição dos operadores jurídicos.

No que toca aos direitos difusos e coletivos a Lei da Ação Civil Pública (art. 4º) limita-se a autorizar a concessão de medidas cautelares para a proteção de direitos coletivos, remetendo-se à disciplina do CPC. A Lei de Improbidade Administrativa, ao contrário, previu expressamente medidas cautelares, como a seguir se verificará.

De se notar que ambos os diplomas legislativos foram promulgados em momento anterior à previsão genérica de antecipação de tutela no sistema processual, que só veio a lume com a reforma da Lei 8.952/94, fato que já indica alguma impropriedade de se considerar literalmente às disposições referentes às medidas urgentes constantes nesses diplomas legislativos, especialmente porque a antecipação de tutela era exceção no sistema.

Registre-se também que é tranquila a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil às lacunas constantes nos diplomas que visam tutelar direitos coletivos, como a Lei da Ação Civil Pública, a Lei de Ação Popular e a Lei de Improbidade Administrativa. Embora haja discussão a respeito de inserir a improbidade administrativa no rol dos direitos difusos e coletivos.

126 – Nesse sentido conferir FUX, L. (Tutela da Segurança e Tutela da Evidência, Saraiva, São Paulo, 1996, p. 333), que encontra o fundamento da tutela da evidência na garantia constitucional do acesso à justiça, “mediante tutela adequada e processo devido, mercê do dever de o juiz prestar uma rápida solução dos litígios.” O fenômeno da tutela da evidência não é novo, basta lembrar as possessórias de força nova, mas atualmente possui grande destaque, especialmente em função de sua inegável eficácia para acelerar a entrega jurisdicional prometida.



5 – MEDIDAS DE URGÊNCIA EM ESPÉCIE NA LEI DE IMPROBIDADE

Verificado o ato improprio, deverá a parte legitimada promover a respectiva ação de natureza condenatória¹²⁷, visando o integral ressarcimento do Erário lesado (art. 5º) ou coibindo o enriquecimento ilícito do agente público, o que também levará a uma decisão condenatória.

A natureza condenatória da tutela jurisdicional, pleiteada para o ressarcimento do dano, gera a consequente necessidade de execução da decisão, na fase subsequente do procedimento, induz a questão do tempo para a prestação da tutela jurisdicional e a efetiva satisfação do interesse do Poder Público lesado.

Agravando ainda mais a demora na entrega da prestação jurisdicional, o legislador determina a aplicação do procedimento ordinário para a apuração das responsabilidades e ressarcimento ao Erário na Lei de Improbidade, consoante o art. 17 da Lei 8.429/92.

A escolha por este procedimento parece proteger os interesses do réu na ação de improbidade, dando-lhe ampla oportunidade de defesa, em função da gravidade das penas impostas e a repercussão social que os atos de corrupção têm na sociedade.¹²⁸ O que não poderia ser diferente, haja vista a repercussão enorme que as penas de (art. 12 da Lei 8429/92) perda da função pública e suspensão dos direitos políticos têm na vida do agente público.

Para minimizar o tempo para a prestação da tutela jurisdicional, garantindo um equilíbrio entre a efetividade e o direito de defesa, a lei de improbidade enumera medidas cautelares específicas para o bom andamento do processo, cuja necessidade de assegurar ampla defesa ao réu poderia levar a provimentos jurisdicionais que não garantissem satisfatoriamente o ressarcimento ao Erário, na medida do enriquecimento ilícito do agente público, como determina a lei.

Essas medidas cautelares, que podem ser agrupadas na denominação de cautelares típicas ou próprias¹²⁹, são o afastamento cautelar do agente público do exercício de seu cargo, a

127 – BEDAQUE, J.R.S. (Tutela jurisdicional cautelar e atos de improbidade, ob. cit., p. 301). Nesse sentido também COSTA, S.H. (O Processo Coletivo na Tutela do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa, São Paulo, Quartier Latin, 2009, p.174) para quem “não há que se falar em sentenças mandamentais e executivas lato sensu em processos de improbidade administrativa, não por qualquer vedação à aplicação subsidiária do CPC, mas simplesmente pelas características próprias do direito substantivo.”

128 – YARSHHELL, F.L. (Ação Cautelar sem correspondente “ação principal”?, ob. cit., p. 230/231) enumera três preocupações na aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, a primeira delas refere-se “a uma espécie de cultura de improbidade ‘presumida’ dos administradores públicos.” A segunda preocupação que sugeriria cuidado no emprego da Lei 8.429/92 é a ampla noção de agente público constante do art. 2º da Lei, que poderia acarretar a inclusão indevida de pessoas no polo passivo da ação de improbidade. Finalmente, a terceira preocupação apontada pelo doutrinador é a severidade das medidas e sanções por ela autorizadas: sequestro, exame e bloqueio de bens, quebra de sigilo bancário e fiscal (art. 16), condenação ao pagamento de valores, perda de bens, perda da função pública, suspensão de direitos políticos, proibição de contratar com o Poder Público. 129 – É pacífico o entendimento segundo o qual são cabíveis as demais medidas cautelares constantes do CPC para assegurar a utilidade do provimento jurisdicional final. Nesse sentido, ver por todos, MARTINS JUNIOR, W.P. (Probidade Administrativa, 3ª ed., Saraiva, São Paulo, 2006, p. 430), para quem “são admissíveis a concessão de liminar na própria ação civil pública ou em cautelar dependente ou preparatória ou a aplicação de tutela antecipatória genérica nos casos de suspensão da eficácia do ato. Correta a construção jurisprudencial que, a lareira das medidas constritivas de bens cautelares típicas ou próprias da Lei 8.429/92, concede provimentos cautelares atípicos ou impróprios (em relação à Lei n. 8.429/92).” GARCIA, E. e ALVES, P.R. (Improbidade administrativa, 2ª Ed., Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2006. p. 838) dá exemplos de medidas cautelares atípicas que podem ser requeridas: “nada impede que o juiz da causa decreta, por exemplo, a busca e apreensão de coisas ou documentos, o arrolamento de bens, a requisição de força policial para a efetividade da instrução, a restrição ao exercício de determinadas atribuições funcionais etc.”

indisponibilidade de bens e o sequestro. Próprias, aquelas previstas explicitamente na lei de improbidade administrativa e impróprias as previstas em outros diplomas legais, como o próprio Código de Processo Civil.

O afastamento cautelar do agente público tem nítido escopo de garantir a utilidade do processo, para uma adequada instrução probatória, as duas cautelares restantes são eminentemente patrimoniais, visando garantir o ressarcimento ao Erário ou a perda do proveito ilícito. Por outro lado, este mesmo afastamento cautelar pode gerar por si só a presunção de culpa do agente afastado sem o devido desenrolar processual.

Considerando que o afastamento cautelar do agente público não possui repercussões diretas na esfera patrimonial do acusado do ato de improbidade, uma vez que visa apenas à garantia da instrução probatória eficaz e sequer pode ocasionar a suspensão da remuneração recebida, interessa ao presente trabalho apenas as medidas cautelares patrimoniais, suscetíveis de causar prejuízo patrimonial em caso de sua posterior cassação em processo principal.¹³⁰

A primeira tutela de urgência prevista na Lei de Improbidade está disciplinada no art. 7º da Lei 8.429/92, e refere-se à indisponibilidade de bens do acusado, cujo objetivo é assegurar a eficácia dos provimentos condenatórios patrimoniais, evitando-se práticas ostensivas, fraudulentas ou simuladas de dissipação patrimonial, com o fim de redução do ímprobo a estado de insolvência para frustrar a reversão aludida no art. 18 da Lei 8.429/92 (perda do proveito ilícito ou ressarcimento do dano).

O Superior Tribunal de Justiça admite, inclusive, o deferimento das cautelares previstas nesta lei antes do recebimento da inicial:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DOS BENS. ART. 7º DA LEI 8.429/92. DECRETÇÃO. REQUISITOS. ENTENDIMENTO DO STJ DE QUE É POSSÍVEL ANTES DO RECEBIMENTO DA INICIAL. SUFICIÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE DANO AO ERÁRIO OU DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO (FUMAÇA DO BOM DIREITO). PERIGO DA DEMORA IMPLÍCITO. INDEPENDÊNCIA DE DILAPIDAÇÃO PATRIMONIAL. INCIDÊNCIA TAMBÉM SOBRE BENS ADQUIRIDOS ANTES DA CONDUTA. TRIBUNAL DE ORIGEM QUE INDIVIDUALIZA AS CONDUTAS E INDICA DANO AO ERÁRIO EM MAIS DE QUINHENTOS MIL REAIS. SÚMULA Nº 83/STJ. 1. Hipótese na qual se discute cabimento da decretação de indisponibilidade de bens em ação civil pública por ato de improbidade administrativa.

130 – Cf. GARCIA, E. e ALVES, P. R. (ob. cit., p. 813): "Note-se que, de *lege lata*, o afastamento do agente público não importará em prejuízo de sua remuneração, que sequer poderá ser reduzida pelo Poder Judiciário ou mesmo por determinação judicial. Incide mais uma vez o princípio constitucional da presunção de não-culpabilidade"



2. O acórdão recorrido consignou expressamente “haver prejuízo ao erário municipal”, bem como que “estariam presentes os requisitos necessários (*fumus boni iuris e o periculum in mora*) (...) limitado ao valor total de R\$ 535.367.50.”

3. O entendimento conjugado de ambas as Turmas de Direito Público desta Corte é de que, a indisponibilidade de bens em ação de improbidade administrativa: a) é possível antes do recebimento da petição inicial; b) suficiente a demonstração, em tese, do dano ao Erário e/ou do enriquecimento ilícito do agente, caracterizador do *fumus boni iuris*; c) independe da comprovação de início de dilapidação patrimonial, tendo em vista que o *periculum in mora* está implícito no comando legal; d) pode recair sobre bens adquiridos anteriormente à conduta reputada ímproba; e e) deve recair sobre tantos bens quantos forem suficientes a assegurar as conseqüências financeiras da suposta improbidade, inclusive a multa civil.

Precedentes: Resp 1115452/MA; Resp 1194045/SE e Resp 1135548/PR.

4. Ademais, 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, afere receio a que os bens sejam desviados dificultando eventual ressarcimento. (AgRg na MC 11.139/SP).

5. Destarte, para reformar a convicção do julgador pela necessidade da medida em favor da integridade de futura indenização, faz-se impositivo revolver os elementos utilizados para atingir o convencimento demonstrado, o que é insuscetível no âmbito do recurso especial, tendo em vista o óbice da Súmula n. 7/STJ.

6. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 20.853/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/06/2012, DJe 29/06/2012)

Ainda sobre a cautelar de indisponibilidade de bens, pode-se dizer que ela deve ser proporcional ao ilícito verificado pelo dano ou pelo acréscimo patrimonial indevido, incidindo sobre tantos bens quanto forem necessários para a recomposição patrimonial do Estado ao estado anterior ao ato de improbidade.

Com relação ao alcance da medida no tempo, prevalece o entendimento de que a medida não atinge bens adquiridos anteriormente à prática do ato de improbidade.¹³¹

Quanto aos requisitos para a concessão dessa medida cautelar, parte da doutrina entende ser desnecessário o preenchimento dos requisitos das cautelares clássicas, concluindo que:

131 – Em sentido contrário, ver MARTINS JUNIOR, W.P. (ob. cit., p. 447), para quem em alguns casos é possível vislumbrar a retroatividade da indisponibilidade de bens adquiridos anteriormente à prática do ato de improbidade, concluindo que a cautelar é medida de segurança para garantir o ressarcimento do erário, evitando a insolvência do réu.

ao admitir a indisponibilidade de bens tão-somente com fundamento na probabilidade do direito ao ressarcimento, o legislador regulamentou a tutela provisória da evidência, o que não constitui novidade no sistema processual.¹³²

E desse modo vêm decidindo os Tribunais, cujo entendimento me parece acertado, uma vez que a cautelar de indisponibilidade efetivamente se trata de medida de segurança, desprovida de cunho cautelar, na qual a lei presume a existência do *periculum in mora*, tornando desnecessária sua demonstração em juízo¹³³.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535, II, DO CPC. INOCORRÊNCIA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ALEGADO PREJUÍZO AO ERÁRIO. INDISPONIBILIDADE DE BENS. PERICULUM IN MORA PRESUMIDO NO ART. 7º DA LEI Nº 8.429/92.

1. Cuida-se de recurso especial contra acórdão que deu provimento ao agravo de instrumento interposto por Roberto Grando contra a decisão proferida em ação cautelar inominada, conexa à ação civil pública de improbidade administrativa, na parte em que manteve a decretação da indisponibilidade de bens do ora recorrido, que havia sido deferida na Justiça Estadual, a qual foi ratificada pela decisão agravada, emanada da Justiça Federal.

2. Inicialmente, é necessário que os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coherentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inc. IX, da Lei Maior. Isso não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. Precedentes.

3. Por outro lado, esta Corte Superior tem posição pacífica no sentido de que não existe norma vigente que desqualifique os agentes políticos – incluindo secretário municipal, para doutrina e jurisprudência que assim os consideram – como parte legítima a figurar no pólo passivo de ações de improbidade administrativa. Precedentes.

4. Os secretários municipais se enquadram no conceito de “agente público” (político ou não) formulado pelo art. 2º da Lei n. 8.429/92 e, mesmo que seus atos pudessem eventualmente se subsumirem a Lei n. 1.079/50,

132 – Cf. BEDAQUE, J.R.S. (Tutela jurisdicional cautelar e atos de improbidade, ob. cit., p. 305). Essa também é a posição de MARTINS JUNIOR, W.P. (ob. cit., p. 441), que considera razoável o argumento de que a cautelar de indisponibilidade de bens é uma tutela de evidência autorizada pelo ordenamento jurídico. Essa também é a posição de COSTA, S.H. (O Poder Judiciário e a tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa no Estado Democrático de Direito, tese de doutorado apresentada perante a Universidade de São Paulo, 2006, p. 281) para quem “a indisponibilidade de bens para a lei de Improbidade Administrativa é tutela provisória da evidência e pode ser concedida sem prova do perigo de dano.” Em sentido contrário, VELLOSO FILHO, C.M. (A indisponibilidade de bens na Lei 8.429, de 1992, ob. cit., p. 122), argumentando que a presença dos requisitos autorizadores das cautelares, inclusive aquelas típicas dos atos de improbidade, é postulado do devido processo legal. FIGUEIREDO, M. (Probidade Administrativa, 6ª ed., Malheiros, São Paulo, 2009, p. 69) também entende que a medida cautelar de indisponibilidade de bens deve ter presente o requisito do *periculum in mora*, uma vez que se refere ao poder geral de cautela do juiz na ação de improbidade.

133 – FUX, L. (ob. cit. p. 61) informa que “hodiernamente pode-se afirmar que a doutrina vem reconhecendo a tutela sumária de direitos materiais, entreando-a inclusive quanto a medidas tidas pelo legislador como cautelares.”

a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que existe perfeita compatibilidade entre o regime especial de responsabilização política e o regime de improbidade administrativa previsto na Lei n. 8.429/92, cabendo, apenas e tão somente, restrições em relação ao órgão competente para impor as sanções quando houver previsão de foro privilegiado *ratione personae* na Constituição da República vigente.

5. Sobre a aludida violação dos arts. 7º, 10 e 16 da Lei 8.429/92, esta Corte Superior já apontou pelo entendimento segundo o qual o *periculum in mora* em casos de indisponibilidade patrimonial por imputação de conduta ímproba lesiva ao erário é implícito ao comando normativo do art. 7º da Lei n. 8.429/92, de modo que ficava limitado o deferimento dessa medida acautelatória à verificação da verossimilhança das alegações formuladas na inicial. Precedentes.

6. Com efeito, se por um lado exige-se, no tocante ao *fumus boni iuris*, a demonstração de possível dano ao erário, ou enriquecimento ilícito do agente, por outro, no presente caso, a instância ordinária também destacou a verossimilhança das alegações do Parquet quanto à ocorrência de lesão ao patrimônio público, sobretudo diante do que se depreende da decisão que deferiu a liminar.

7. Dessa forma, caracterizados os requisitos ensejadores da medida assecuratória de indisponibilidade patrimonial dos bens dos recorridos, é plenamente regular a imposição dessa medida.

8. Recurso especial provido.

(Resp 1244028/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/05/2011, DJe 02/09/2011)

Quanto ao sequestro, outra medida cautelar patrimonial típica da lei de improbidade administrativa, sua previsão encontra-se no artigo 16 da Lei 8.429/92. Muitos doutrinadores consideram que aqui a lei cometeu uma impropriedade técnica, uma vez que o sequestro lá disciplinado, na verdade, é modalidade de arresto, uma vez que pode recair sobre bens incertos do agente público acusado.¹³⁴ Seja como for, diferença marcante entre o sequestro e a medida de indisponibilidade de bens é a exigência do requisito do *periculum in mora* para a concessão do sequestro, demonstrando-se os riscos de danificação ou alienação do bem, o que o torna uma medida tipicamente cautelar. Além disso é claro, a indisponibilidade de bens impede a livre disposição dos bens pelo processado, vedando qualquer tipo de ato que implique a transferência destes. O sequestro, por sua vez, incide sobre bens específicos quantos sejam necessários para assegurar o êxito de uma futura execução.

134 – Cf. MARTINS JUNIOR, W.P. (ob. cit., p. 454), citando diversos autores que entendem a medida como arresto e criticam a impropriedade da lei. Em sentido contrário GARCIA, E. e ALVES, P.R. (ob. cit., p. 833 e 823) que entendem ser semelhante ao arresto a medida cautelar de indisponibilidade de bens, permanecendo o sequestro como medida cabível nos casos de “conservação dos valores e bens ilícitamente auferidos pelo agente no exercício da função pública.” Para esses autores, “no que se refere ao recebimento de vantagem patrimonial pelo agente com vistas a prática de improbidade, recebimento de determinada quantia ou de determinado bem imóvel, a medida cautelar adequada é a do sequestro, na forma do art. 16 da Lei 8.429/92, resultando da condenação o perdimento de tais bens (art. 18 da Lei 8.429/92)”

Além disso, na indisponibilidade de bens, a constrição patrimonial deve se restringir aos bens adquiridos durante o exercício da função pública, uma vez que recai sobre bem certo e determinado; o sequestro importa na apreensão dos bens, suspendendo o seu uso e fruição pelo proprietário, enquanto, na indisponibilidade, o proprietário mantém a posse dos bens embora proibido de aliená-lo. Obviamente que se mal manejados os prejuízos serão enormes.

Neste diapasão, afirma-se que:

Há evidente diferença entre o sequestro e a indisponibilidade ventilados na mesma lei, podendo as medidas concorrer, atendidos os pressupostos legais respectivos. O alcance da indisponibilidade é muito maior que o do sequestro, tendo como referência o patrimônio do réu e não somente aquela específica quantia ou determinado bem ilicitamente acrescido.¹³⁵

Registre-se, finalmente, que o sequestro pode retirar o próprio bem da posse do demandado, o que não se verifica com a indisponibilidade de bens. Embora muitas vezes a medida é tomada de modo que coincidam o proprietário-demandado e o depositário da coisa sequestrada, nada impede que o depositário seja pessoa diferente¹³⁶.

6 – A LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA COMO DIREITO COLETIVO

A improbidade administrativa insere-se no sistema legal de proteção ao patrimônio público e à moralidade administrativa. Tal como a Lei da Ação Popular e a Lei da Ação Civil Pública, é inegável que a Lei da Improbidade Administrativa tem cunho supraindividual, não tutelando apenas o ato do servidor improbo, mas representando a garantia da própria higidez do patrimônio público e da moralidade administrativa, cuja titularidade é de uma coletividade de indivíduos.

No entanto, existe controvérsia na doutrina no que tange classificar os atos de improbidade administrativa como espécie de ação civil pública e mesmo como inseridas no conceito de direitos difusos e coletivos.

Para a maioria dos autores se trata de um evidente direito coletivo, no qual se tutela o patrimônio público e a moralidade administrativa qualificada, cujo desrespeito pode acarretar a lesão de um universo indefinido de pessoas, o que justifica a inserção da improbidade administrativa no rol dos direitos coletivos.

O qualificativo público está intimamente ligado à ideia de coisa pública, de tanta relevância em todos os ramos do direito ou da disciplina jurídica. Destarte está ligado à noção de or-

135 – MARTINS JUNIOR, W.P. (ob. cit., p. 456)

136 – Essa observação foi feita por COSTA, S.H. (ob. cit. p. 283).

dem pública, que sabidamente sobrepõe a particular por corresponder a valores supremos de toda a sociedade, envolvendo necessidades comuns, número indeterminado e indeterminável de sujeitos de direito, além de bens física e/ou juridicamente indivisíveis.¹³⁷

A introdução da Lei de Improbidade Administrativa não representaria novidade no sistema coletivo de tutela do patrimônio público, em função da existência da Ação Popular e da Lei da Ação Civil Pública, apenas complementando o arcabouço jurídico dessa proteção, com o incremento em relação à forma de tutela jurisdicional¹³⁸.

Para outros¹³⁹, a improbidade administrativa não pode ser considerada um direito coletivo, haja vista seu caráter eminentemente repressivo, direcionado à punição do servidor ímprobo, apenas reflexamente atingindo a coletividade, o que preservaria seu caráter metaindividual de demanda coletiva. Para esses autores, a Ação Civil Pública e a Ação Popular têm objeto mais amplo que a Lei de Improbidade e suas disposições legais não se comunicam.

Não obstante a falta de comunicação entre esses diplomas legislativos, todos eles fazem parte do sistema de proteção ao patrimônio público e, nesse sentido, se sujeitam à teoria geral do processo coletivo¹⁴⁰.

De todo modo, é firme o entendimento de que a ação judicial cabível para apurar e punir os atos de improbidade tem a natureza de ação civil pública, sendo-lhe cabível, no que não contrariar disposições específicas da lei de improbidade, a Lei 7.347/95 e a Lei 4.717/65.

É sob essa forma que o Ministério Público tem proposto as ações de improbidade administrativa com aceitação pela jurisprudência¹⁴¹.

Entendo que a comunicação entre esses diplomas legislativos não é tão simples quanto parece. Embora elas pertençam à categoria dos direitos coletivos que visam a proteção ao patrimônio público, diferenciam-se pelos seus objetos legitimados e pelas severas sanções previstas na lei de improbidade.

137 – Neste sentido conferir Sanseverino, Milton (Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social / organizador Carlos Alberto de Salles. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2003, pg 175).

138 – Essa é a posição de LEONEL, R.B. (Manual do Processo Coletivo, RT, São Paulo, 2002, p. 142), que argumenta no sentido de que “a grande inovação consiste no escopo repressivo e preventivo – fundado no princípio da exemplariedade da pena, tal como ocorre no direito criminal –, em decorrência da aplicação das sanções previstas em lei.” Para este autor, a lei de improbidade pertence ao sistema de direito difuso e os respectivos diplomas legislativos se comunicam, no que as leis específicas não forem contrárias.

139 – Nesse sentido COSTA, S.H. (O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa, Quartier latin, São Paulo, 2009, p. 133/137): “A Lei de Improbidade Administrativa, entretanto, não compõe esse subsistema. Não configura ela uma espécie de ação civil pública, para fins de interação e complementariedade com as demais leis acima mencionadas. Primeiramente, porque não há qualquer dispositivo em seu texto a permitir tal conclusão, como ocorre nos casos acima analisados. Além disso, a Lei de Improbidade, ao contrário da Lei de Ação Civil Pública e afins, não tutela interesses difusos e coletivos. Como se verá a seguir, aquela lei somente busca proteger a probidade administrativa e o patrimônio público em seu aspecto puramente pecuniário, interesses que, como visto acima, apesar de metaindividuais, não são difusos, nem coletivos, mas sim verdadeiros interesses gerais de toda uma comunidade política”

140 – COSTA, S.H. (ob. cit. p. 131)

141 – É o que informa DI PIETRO, M.S.Z. (Direito Administrativo, 17a ed., São Paulo, Atlas, 2004 p. 718)

Isso tudo indica que as ações de improbidade não se amoldam perfeitamente aos esquemas de proteção do patrimônio público previstos na Ação Popular e na Lei da Ação Civil Pública, e as medidas cautelares presentes na Lei 8.429/92 não podem ser utilizadas para tutelar outros bens jurídicos além daqueles previstos nos artigos 9 a 11 da Lei de Improbidade.

Mas esse entendimento é minoritário, já que para diversos autores o sistema é perfeito e hermético, passando inclusive pelas normas processuais do Código de Defesa do Consumidor. Vale dizer que pela permissão do art. 21 da Lei 7347/85 a doutrina entende o sistema da ação civil publica como um sistema fechado de proteção dos interesses coletivos.

Mazzili¹⁴² acredita que, porque grande parte dos interesses de que cuida a Lei 7347/85 coincide com a defesa do patrimônio público, logo as leis 8429/92 e 8625/93, por tratarem de proteção a este mesmo patrimônio, integra este sistema da ACP. O mesmo autor argumenta que a defesa do patrimônio público consiste na defesa de interesses difusos ou coletivos, e, portanto, estaria inserido no objeto da ACP.

O próprio STJ entende desta forma:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FALTAS INJUSTIFICADAS DE VEREADORES ÀS SESSÕES PLENÁRIAS POSTERIORMENTE ABONADAS PELO PRESIDENTE DA CASA. ART. 11 DA LEI Nº 8.429/92. TRIBUNAL DE ORIGEM QUE CONSIGNOU A INEXISTÊNCIA DE DOLO OU CULPA POR PARTE DOS AGENTES PÚBLICOS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. PRECEDENTES.

1. O caso em exame, relativo à improbidade administrativa decorrente de falta injustificada dos vereadores em sessões plenárias, sendo essas abonadas, posteriormente, pelo presidente da casa, amoldaria-se aos atos de improbidade censurados pelo art. 11 da Lei 8.429/1992. Nesse passo, o elemento subjetivo necessário à configuração de improbidade seria o dolo eventual ou genérico de realizar conduta que atente contra os princípios da Administração Pública.

2. *In casu*, do excerto do acórdão recorrido, extrai-se que o Tribunal de origem, soberano em matéria de fatos e provas, com suporte em análise circunstancial do acervo fático-probatório, consignou que (fls. 621-624): i) "o argumento de infidelidade do dever de ofício, consistente na ausência de comparecimento dos vereadores às sessões plenárias, sem as devidas desculpas, por si só não gera má-fé, mormente se essas faltas restaram abonadas por quem detinha

142 – Conferir esse posicionamento em Mazzilli, Hugo Nigro (Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social / organizador Carlos Alberto de Salles. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003).



o dever de exigir-lhes as justificativas”; e ii) “se os vereadores ausentavam-se da sessão plenária sem justificar suas faltas e, posteriormente, tais ausências eram abonadas pelo Presidente da Casa Legislativa, essa permissibilidade por certo afasta o aspecto dolo e retira do cenário qualquer situação de ofensa a princípio administrativo, vez que o retardo e/ou a inércia da prática de ato de ofício era, no todo, tolerado, suportado pelo dirigente da Casa.”

3. Uma vez tendo a instância ordinária asseverado que não houve a existência de dolo (má-fé) e tampouco de culpa por parte dos Agentes Públicos que levassem a caracterização do ato de improbidade com arrimo no art. 11 da Lei n. 8.429/1992, rever esta conclusão esbarra no óbice da Súmula n. 7 desta Corte Superior. Precedentes: AgRg no Resp 1177579/PR, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 19/08/2011; Resp 912.448/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 14/12/2010; Resp 1.130.198/RR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 15/12/2010; AgRg no Resp 1.125.634/MA, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 02/02/2011.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 51.633/GO, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 22/06/2012)

7 – ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE PELA TUTELA CAUTELAR CASSADA NO SISTEMA PROCESSUAL CIVIL

Nota característica da medida de natureza cautelar e antecipatória é a sua provisoriidade ou referibilidade, uma vez que tomada em cognição sumária sempre será substituída por outra decisão tomada em cognição exauriente, tendente a resolver o litígio com força de coisa julgada. Não é diferente com a medida deferida em ação de improbidade administrativa, seja ela típica ou atípica, pois sempre será substituída no fim do procedimento.

Existem dois modelos pelos quais se dá a responsabilização do autor que efetivou a medida de urgência posteriormente cassada. O primeiro deles atribui a natureza de responsabilidade objetiva aos fatos que decorrem da execução de tutelas de urgência posteriormente cassadas por outra decisão. O segundo modelo de responsabilização apenas autoriza a reparação do dano em caso de culpa ou dolo do autor que efetivou a medida.

A tese da responsabilidade objetiva é originalmente atribuída a CHIOVENDA, trazida para o nosso ordenamento jurídico por LOPES DA COSTA¹⁴³. Segundo essa tese existe no direito processual responsabilidade diversa daquela existente no direito material, semelhante

143 – CHIAVASSA, T. (*Tutela de Urgência Cassadas*, São Paulo, Quartier Latin, 2004, p. 145), monografista da matéria, em análise sobre as consequências da tutela de urgência cassada no regime do Código de Processo Civil.

àquela decorrente do pagamento de custas processuais, na qual a intenção da parte não é levada em consideração para sua condenação nos ditos consectários de sucumbência.

Em síntese, para os adeptos dessa teoria, a responsabilidade pela recomposição dos danos é processual, objetiva e decorrente do risco assumido pelo autor ao propor a demanda, já que o processo não pode trazer dano à parte que possui razão.¹⁴⁴ Por outro lado há que se pensar que um legitimado a proteção do patrimônio público por atos ímprobos não pode ter sua atuação pautada no risco.

O Código de Processo Civil atual consagrou a responsabilidade objetiva pela cassação das medidas de urgência cassadas ou substituídas, como se depreende do inciso I do art. 811 do diploma legal. Essa também é a opinião da esmagadora maioria da doutrina.

O outro esquema de responsabilização pela efetivação das cautelares, posteriormente cassadas, é aquele da responsabilidade subjetiva, na qual o eventual dano causado a quem sofreu a medida somente é indenizável se a efetivação ocorreu com dolo ou culpa do requerente.

O Código de Processo Civil de 1939 optou pela responsabilidade subjetiva, ao prever que a responsabilidade do requerente dependia da prova de que a medida cautelar tivesse sido requerida maliciosamente ou por erro grosseiro.¹⁴⁵

Há quem defenda atualmente a teoria da responsabilidade subjetiva na cassação das tutelas cautelares, não obstante o que dispõe a legislação processual civil. Trata-se da conhecida posição de BAPTISTA DA SILVA, que critica a adoção da tese da responsabilidade objetiva fundada na sucumbência, sob o argumento de que é de duvidosa constitucionalidade imputar o dever de indenizar a quem se valeu de uma faculdade legítima, constante no ordenamento jurídico e com a finalidade de resguardar a própria atuação eficaz da jurisdição.

Só seria possível responsabilizar objetivamente o requerente da medida cautelar caso também fosse possível responsabilizar objetivamente o réu pelo dano marginal do processo, identificando aí uma quebra de isonomia entre as partes, o que levaria a inconstitucionalidade do inc. I do art. 811 do CPC¹⁴⁶.

Para defender seu ponto de vista, o processualista gaúcho questiona a validade dos esquemas individuais nos quais se baseia ideologicamente o Código de Processo Civil atual, que não se prestam mais a dirimir conflitos da sociedade atual.

Em que pese tal posicionamento, pode-se concluir que, ao menos na tutela dos interesses

144 – Essas são as palavras de CHIAVASSA, T. (ob. cit, p. 177)

145 – Estava assim redigido o texto do CPC de 1939: “art. 688. A responsabilidade do vencido regular-se-á pelos arts. 63 e 64. Parágrafo único. A parte que, maliciosamente ou por erro grosseiro, promover medida preventiva, responderá também pelos prejuízos que causar.”

146 – Cf. BAPTISTA DA SILVA, O.A. (in Antecipação de tutela e responsabilidade objetiva, Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 87, n.748, fev. 1998). Nesse sentido também GOMES, F. L., (Responsabilidade objetiva e antecipação de tutela, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006).



individuais, a responsabilidade pela recomposição do dano deriva exclusivamente do fato de sua revogação por outra decisão em cognição exauriente e, portanto, a responsabilidade é objetiva em caso de cassação da medida de urgência.

Como já foi dito:

a tutela jurisdicional coletiva exige uma superação do modelo tradicional do processo com a adoção de novas técnicas que permitam a proteção adequada de interesses metaindividuais¹⁴⁷.

O mesmo se daria em relação às tutelas sumárias cassadas nas ações de improbidade administrativa, especialmente em função da inexistência de previsão expressa? Da decisão que julgar improcedente à demanda de improbidade, revogando expressa ou tacitamente a cautelar de indisponibilidade de bens ou de sequestro, surgiria a responsabilidade objetiva do autor da demanda ou se trata de uma responsabilidade subjetiva, na qual há necessidade de comprovação de culpa ou dolo?

Ainda que existam posições e muitas neste sentido, sempre é temerário o legislador permitir que o propositor da ação, legitimado extraordinário, responda objetivamente pela cassação da tutela provisória.

REQUISITOS PARA A CARACTERIZAÇÃO DA MÁ-FÉ: má-fé é a mesma coisa que culpa e dolo na cassação de medidas urgentes na jurisdição coletiva?

A má-fé refere-se à intenção do autor em imputar ao agente ato de improbidade que sabe ser inexistente, verificado o dano, porém, é necessário investigar se o autor que efetiva a medida sumária responde objetivamente por este dano ou apenas nos casos de dolo e culpa.

Vamos a um exemplo. Propõe-se ação de improbidade administrativa contra um indivíduo e em medida de sequestro se apreende um automóvel de sua propriedade. O autor é absolvido do ato de improbidade e devolve-se o veículo ao seu dono em estado de conservação deteriorado, uma vez que ficou no pátio a céu aberto. Aqui, qual a resp. dos autores de improbidade?

8 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ideia de recomposição do dano em função da tutela de urgência cassada deve ser buscada no direito processual e não no direito material, uma vez que a parte autora utilizou-se de

147 – GRINOVER, A.P. (O processo em evolução, Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 97)

procedimento lícito, previsto no ordenamento jurídico, para alcançar o bem da vida almejado, não fazendo qualquer sentido utilizar-se das teorias da responsabilidade do direito civil ou administrativo para justificar a recomposição do dano.

Dessa forma, os esquemas de responsabilidade civil presentes no direito material foram substituídos corretamente pelo fato da sucumbência, ou seja, apenas o fato objetivo da derrota implicaria na indenização do autor que tem razão, contra o qual foi deferida a medida sumária.

A ação de improbidade administrativa, no entanto, seja ela considerada um direito coletivo estrito senso ou não, possui dimensão supraindividual, uma vez que inserida na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa, não se sujeitando adequadamente aos esquemas individualistas do Código de Processo Civil.

Embora tanto as “cautelares” de improbidade analisadas quanto às tutelas de urgência do Código de Processo Civil sejam de cunho eminentemente patrimonial, visando, sobretudo, o patrimônio do indivíduo suspeito de lesar o Erário Público, elas se distanciam quando observamos o direito material e os interesses em jogo e, por isso, necessitam de tratamento diferenciado para garantir a efetividade do processo.

É necessário, portanto, que a técnica adotada, sem voltar ao sincretismo da regra de direito material, represente uma efetiva tutela do direito em jogo, que escapa ao esquema chiovidiano pensado para a recomposição do dano nas tutelas provisórias cassadas¹⁴⁸.

Para aqueles que entendem que as ações de improbidade administrativa são uma espécie do gênero ações civis públicas, a argumentação para se afastar da regra da responsabilidade objetiva prevista no CPC decorre da previsão dos art. 17 e 18 da Lei 7.347/85 (LACP), que prevê indenização da associação autora por perdas e danos apenas em caso de litigância de má-fé. Assim, existindo lei especial que prevê a condenação do autor da ação civil pública apenas em caso de má-fé, não incide a regra geral do fato da sucumbência prevista como regra geral para as ações individuais julgadas improcedentes.

A mesma ideia pode ser utilizada no que tange às tutelas de urgência cassadas, uma vez que a responsabilidade dali decorrente também deriva do fato objetivo da sucumbência, sendo necessária a comprovação de má-fé para que o ente que propôs a demanda coletiva, incluindo a improbidade administrativa para aqueles que assim entendem, seja condenado à recomposição dos danos¹⁴⁹.

148 – Nesse sentido se manifesta BEDAQUE, J.R.S. (Efetividade do Processo e Técnica Processual, 3 ed., São Paulo, Malheiros, 2010, p. 23): Não podem ser ignoradas, ainda, as profundas alterações ocorridas no plano do direito material. Nos últimos anos a grande preocupação deixou de ser o direito individual, concentrando-se nos denominados interesses difusos e coletivos. Essa evolução exigiu alterações em institutos de direito processual, que não estavam preparados para os processos coletivos.”

149 – Nesse sentido GARCIA, E. e ALVES, P.R. (ob. cit. p. 861): “fica claro, assim, que o só fato da sucumbência nas ações coletivas, em razão das regras específicas da Lei 7.347/85, não acarreta para o autor a condenação em honorários advocatícios e nas despesas processuais.”



Há quem defenda posição intermediária, no sentido de que apenas alguns entes estariam isentos dos custos pelo fato da sucumbência, o que indicaria também a possibilidade de recomposição objetiva dos danos causados pela cassação da tutela de urgência¹⁵⁰. Argumenta-se que o MP e a Administração Pública seriam objetivamente responsáveis pela cassação de medida cautelar cassada, com o devido respeito, discorda-se dessa opinião.

Entendo correta a doutrina que confere máxima efetividade aos direitos difusos e coletivos, em homenagem à regra constitucional do acesso à Justiça. O ônus da sucumbência pelo fato objetivo da derrota deve ter interpretação restritiva, sendo aplicado apenas nos casos em que fique comprovada a má-fé.

Tanto o MP quanto os Entes Políticos têm como dever institucional velar pelo patrimônio público e pela moralidade administrativa. Ora, se a própria Constituição impõe tal dever a esses legitimados, não faz sentido serem punidos objetivamente por isso.

Há muito já se tentou responsabilizar os entes que tentam proteger o patrimônio público, permitindo reconvenção contra o presentante do parquet, ou mesmo o absurdo de se propor redução do orçamento da instituição que ousasse permitir a atuação de seu membro.

Quanto aos Entes Políticos, estes devem observar os princípios da Administração Pública e, verificado indício de improbidade, devem tomar as medidas legais cabíveis para a correta observância da moralidade e da probidade administrativa, que vão desde a instauração de processo administrativo até a propositura de ações de improbidade.

Assim, a tutela de urgência cassada na lei de improbidade administrativa não acarreta a responsabilidade objetiva pelo fato da derrota aos entes legitimados para sua propositura, uma vez que a propositura de ações representam deveres desses entes e não mera liberalidade, como ocorre com os particulares vinculados ao sistema do CPC, que podem optar pela não propositura de qualquer demanda judicial, ou mesmo pela efetivação da medida cautelar judicialmente deferida, sem incorrer em nenhuma ilegalidade.

O raciocínio não se altera se concluirmos que as ações de improbidade não se comunicam com outros sistemas de defesa do patrimônio público. Em um primeiro momento poderia se argumentar que a não aplicação da Lei da Ação Civil Pública afastaria a regra especial da condenação apenas em caso de litigância de má-fé dos artigos 17 e 18 da LACP, que não incluem as medidas cautelares.

150 – MANCUSO, R. C. (Ação Civil Pública, 10ªed., São Paulo, RT, 2007, p. 376): Apenas a associação e o cidadão-eleitor estariam a salvo do ônus da sucumbência, quanto ao Ministério Público e os entes políticos, a Fazenda Pública seria responsável por suportar tais encargos em função da derrota. Esse mesmo autor informa que o STJ entende no sentido contrário, pois apenas em caso de litigância de má-fé haveria responsabilização pelo fato objetivo da sucumbência.

Contudo, conforme visto acima, o dever institucional dos entes legitimados a propositura da ação de improbidade é de envergadura constitucional. A Lei 8.429/92 apenas confere o instrumento para que esses fins sejam alcançados. Dessa forma, embora ela seja omissa quanto aos efeitos da tutela cautelar cassada, uma análise mais acurada leva à conclusão de que é necessária a comprovação de má-fé para a responsabilização autor da ação de improbidade.

Em reforço a essa argumentação, observe-se que a própria Lei de Improbidade determina a aplicação, no que couber, da Lei da Ação Popular, consoante o §3º do art. 17 da Lei 8.429/92. Na ação popular é tranquilo o entendimento de que apenas em caso de má-fé responde o autor-cidadão pelo fato objetivo da derrota (art. 13).

Por outro lado, para coibir a propositura de lides de improbidade temerárias e minimizar possíveis estragos de uma acusação que, ao final, se conclui improcedente, a própria Lei de Improbidade criminaliza a representação por improbidade de autor que se sabe inocente (art. 19).

Além disso, existem outros mecanismos no próprio procedimento da Lei de Improbidade, como a notificação prévia do réu para que se manifeste por escrito antes do recebimento da ação e improbidade, que indica o cuidado do legislador para evitar ações sem qualquer indício lesão ao patrimônio público ou à moralidade administrativa.

Independentemente da caracterização ou não das condutas de improbidade administrativa como integrantes do sistema de direitos difusos e coletivos, a cassação de medida cautelar, constante na Lei de Improbidade, não leva à conclusão de que o autor responderá objetivamente pelos danos causados ao réu, nos moldes estabelecidos no CPC. Também é indiferente qual o ente legitimado para a propositura da ação de improbidade, pois em todos os casos conclui-se que apenas em caso de má-fé o autor responde pela tutela provisória cassada.

9 – REFERÊNCIAS

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio de Araújo. Antecipação de tutela e responsabilidade objetiva. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. v. 87. n. 748. fev./1998

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização), São Paulo, Malheiros, 5ª edição, 2009.

_____. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2010.



BUENO, Cássio Scarpinella e PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coordenadores). **Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais.** 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2003.

CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao Estudo Sistemático dos Procedimentos Cautelares.** Tradução de Carla Roberta Andreasi Bassi, Campinas, Servanda, 2000.

CHIAVASSA, Tercio. **Tutelas de Urgência Cassadas (a recomposição do dano).** Quartier Latin, São Paulo, 2004

COSTA, Susana Henriques da. **O Processo Coletivo na Tutela do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa.** São Paulo, Quartier Latin, 2009

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 17ª ed., São Paulo, Atlas, 2004.

_____. **Direito administrativo.** 23.ª Ed., São Paulo: Atlas, 2010

FIGUEIREDO, Marcelo. **Proibidade Administrativa.** 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009

FUX, Luiz. **Tutela de segurança e Tutela da Evidência (fundamentos da tutela antecipada).** Saraiva, São Paulo, 1996.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa.** 2ª Ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

GOMES, Fabio Luiz. **Responsabilidade objetiva e antecipação de tutela.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução.** Rio de Janeiro, Forense, 1998.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo.** São Paulo, RT, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores.** 10ªed., São Paulo, RT, 2007.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Proibidade Administrativa,** 3ª ed., Saraiva, São Paulo, 2006.

MAZZEI, Rodrigo & NOLASCO, Rita Dias (coordenadores), **Processo Civil Coletivo,** Quartier Latin, São Paulo, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet . **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 2008;

SALLES, Carlos Alberto de (organizador), **Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social**. São Paulo, Coedição, Editora Revista dos Tribunais, 2003.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DA AGÊNCIA REGULADORA DE TELECOMUNICAÇÕES NA DEFESA DOS DIREITOS DOS USUÁRIOS DE TELEFONIA MÓVEL.

Nelson Alves De Sant'anna Filho¹⁵¹

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 ASPECTOS GERAIS SOBRE SERVIÇOS PÚBLICOS; 2.1 BREVE HISTÓRICO SOBRE A REFORMA DO ESTADO BRASILEIRO; 2.2 ELEMENTOS DEFINIDORES DO CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO; 2.3 OS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AOS SERVIÇOS PÚBLICOS; 2.4 AS FORMAS DE DELEGAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO; 2.4.1 A CONCESSÃO COMUM DO SERVIÇO PÚBLICO; 2.4.2 A PERMISSÃO DO SERVIÇO PÚBLICO; 2.4.3 AUTORIZAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO; 3 A AGÊNCIA REGULADORA DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES – ANATEL; 3.1 AUTONOMIA FINANCEIRA, ADMINISTRATIVA E TÉCNICA; 3.2 PODER DE SOLUCIONAR AS DEMANDAS ADMINISTRATIVAS; 3.3 ESPECIALIDADE; 3.4 ESTABILIDADE DOS DIRIGENTES; 3.5 PODER NORMATIVO; 3.6 COMPETÊNCIAS E ESTRUTURA; 3.7 NATUREZA JURÍDICA; 3.8 REGULAÇÃO X REGULAMENTAÇÃO; 4 A FISCALIZAÇÃO DO SERVIÇO DE TELEFONIA MÓVEL (SMP); 4.1 PODER DE POLÍCIA; 4.2 ATRIBUTOS DO PODER DE POLÍCIA; 4.3 POLÍCIA ADMINISTRATIVA X POLÍCIA JUDICIÁRIA; 4.4 A FUNÇÃO FISCALIZATÓRIA; 4.5 CONCEITO DE TELEFONIA MÓVEL; 4.6 REGULAMENTO DO SERVIÇO MÓVEL PESSOAL (SMP); 4.7 DIREITOS E DEVERES ASSEGURADOS AO USUÁRIO / CONSUMIDOR; 5 A RESPONSABILIDADE CIVIL; 5.1 A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA; 6 CONCLUSÃO; 7 REFERÊNCIAS

Resumo

Este trabalho tem como objetivo abordar a questão da responsabilidade da Agência Reguladora dos Serviços de Telecomunicações na falha da defesa dos Direitos dos Usuários de Telefonia Móvel, os quais têm sofrido múltiplas violações nos dias atuais, bem como fazer uma apreciação acerca da sua atuação enquanto autarquia especial protetora e fiscalizadora, frente às prestadoras de serviço móvel pessoal. Para tanto, discorrerá sobre aspectos conceituais so-

¹⁵¹ – Defensor Público de Classe Especial, Advogado e Especialista em Direito do Estado pela Faculdade Baiana de Direito.

bre serviços públicos, os princípios regentes da administração pública e, por fim, não tendo a pretensão de esgotar o assunto, discorrer sob um crivo analítico os pontos mais relevantes sob um enfoque global sistematizado, a responsabilidade civil da administração pública.

Palavras-chave: Telefonia móvel; Responsabilidade; Serviço Público.

Abstract

This work aims to address the issue of responsibility of the Regulatory Agency for Telecommunications Services in the failure of the defense of the Rights of Users of Mobile, who have suffered multiple violations today and make an assessment about their performance while local authority special protective and supervisory, in the face of personal mobile service providers. To do so, will discuss conceptual aspects of public services, the governing principles of public administration and, finally, having no claim to exhaust the subject, talk in an analytical sieve the most relevant points in a systematic global approach, the liability of public administration.

Keywords: Mobile; Responsibility; Public Service.



1 – INTRODUÇÃO

O Estado Brasileiro, nos últimos dez anos, passou por diversas alterações estruturais as quais ocorreram de forma mais concentrada nas áreas econômica e legislativa. Dentro desse contexto, a Emenda Constitucional nº 8/95 modificou as regras de concessão dos serviços de telecomunicações, de radiodifusão sonora e de sons e imagens.

Como consequência direta houve uma flexibilização dos monopólios estatais e o surgimento das privatizações, alterando assim o papel do Estado de protagonista e executor dos serviços públicos, revestindo-se com uma nova roupagem atuando por delegação dos serviços públicos, operacionalizados por meio da concessão, autorização e permissão. Há de se pontuar que a natureza do serviço não sofreu nenhuma alteração, ou seja, continua sendo pública.

A mudança no papel do Estado para o papel de Estado Regulador foi concentrando suas atribuições em outras esferas como na regulamentação, planejamento e fiscalização das empresas concessionárias.

Nesse novo cenário surgiram as agências reguladoras, e o Estado Regulador com uma nova perspectiva de atuação. Essas agências reguladoras, as quais são criadas por Lei, receberam a competência normativa de expedir normas e leis abstratas, pertinentes ao ramo de suas atribuições, com legitimidade e limites que se tornaram foco de análises e apreciações doutrinárias.

O tema a ser desenvolvido “A Responsabilidade Civil da agência reguladora de telecomunicações na defesa dos direitos dos usuários de telefonia móvel”, além de atual, é de suma importância para a sociedade e operadores do Direito que desenvolvem seu mister junto ao direito consumerista e das telecomunicações cuja área vem paulatinamente crescendo e demandando estudo e aprofundamento.

De forma não aprofundada, destacaremos como a evolução socioeconômica e legislativa exerceu influências no que se refere à desestatização dos serviços públicos, o conceito de serviços públicos, sua previsão e classificação.

Enfatizamos alguns aspectos históricos que ensejaram o seu surgimento, evidenciando assim as peculiaridades próprias do modelo regulatório nacional implantado, e a forma como controlam as atividades que se constituem objeto de concessão, permissão ou autorização de serviço público ou de concessão para exploração de bem público.

Importante destacar que com a quebra do monopólio das telecomunicações, a Reforma do Estado e a aprovação da Lei Geral das Telecomunicações – LGT (Lei nº 9.472) houve uma

remodelação das obrigações dos serviços de telecomunicações, criando assim um novo referencial de mercado, mais competitivo e de qualidade, que conseqüentemente contribuiu para a criação do órgão regulador dos serviços de telecomunicações.

Ainda nesse contexto, o Código Brasileiro de Telecomunicações, datado de 1962, foi parcialmente revogado, apenas mantendo-se somente aquilo a que se refere aos serviços de radiodifusão e o papel de regulação foi destinado à Anatel, como objetivo de primar pela qualidade dos serviços de telecomunicações e o cumprimento dos contratos firmados com as prestadoras.

Com o intuito de entender melhor o papel da agência reguladora, analisaremos o perfil da Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel e o seu surgimento, a natureza jurídica, a competência e os instrumentos normativos que dão o supedâneo, para que ela exerça o seu papel de órgão fiscalizador e regulador dos serviços de telecomunicações do país.

Destacaremos algumas particularidades do exercício do poder de polícia administrativa, especialmente no que diz respeito à atuação do órgão regulador na forma de combate, e os meios materiais, legais e necessários para que se atinja plenamente a sua missão.

Ressaltaremos também as competências do órgão regulador e as medidas adotadas para que se impeça a monopolização do mercado, reprimindo as infrações à ordem econômica, por meio de aplicação de sanções administrativas apuradas por meio dos processos administrativos.

Por fim, adentraremos e examinaremos a proteção legal do consumidor/usuário e a responsabilidade civil no que tange as falhas no tocante à regulação e fiscalização, apontando as principais controvérsias sobre este assunto, os meios materiais, legais e necessários para a que o órgão regulador atinja plenamente a sua missão, sobretudo quanto aos casos de violação dos direitos dos usuários de telefonia móvel.

2 – ASPECTOS GERAIS SOBRE SERVIÇOS PÚBLICOS

2.1 – BREVE HISTÓRICO SOBRE A REFORMA DO ESTADO BRASILEIRO

Em 1995 foi encaminhado ao Congresso Nacional o Projeto de Emenda Constitucional nº 173 que versava sobre a Reforma do Estado Brasileiro, o qual se transformou na Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/1998, modificando o regime que dispunha sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores, agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal.



Em nível federal, a Reforma foi implementada pelo MARE – Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado e, com a extinção do MARE, a gestão passou a ser exercida pelo Ministério do Planejamento e Gestão.

Dentre os fins propostos, ficou evidente a intenção de se estabelecer um Estado com maior eficiência e autonomia, compreendendo em dimensões que englobavam tanto a descentralização da estrutura organizacional e a criação de agências executivas e regulatórias, além da responsabilização dos gestores públicos.

Verifica-se que a Reforma de 1995 visava delimitar as tarefas exclusivas do Estado, principalmente no que tange à centralização, formulação e controle de políticas públicas. Desta forma, as tarefas de execução seriam descentralizadas e os serviços que a sociedade delibera com os recursos oriundos dos impostos não deveriam ser operacionalizados no âmbito da organização do Estado, por servidores públicos, mas deveriam ser contratados por terceiros e, quanto aos serviços tidos como sociais e científicos, estes deveriam ser executados pelas organizações sociais. Assim, ocorre uma mudança expressiva no papel do Estado de **executor** para **controle e regulador** gerenciando as atividades.

Em consonância com o douto Marçal Justen Filho (2002, p. 27),

O Estado Regulador atenua a relevância das propostas de intervenção direta e material, traduzindo sua atuação na edição de normas e regras orientadoras por meio de controle sobre as atividades privadas, ou seja, explora diretamente somente atividades econômicas essenciais a garantir a soberania nacional e a manutenção das atividades precípua do Estado.

Como esse novo modelo regulatório, o Estado acumula a característica de exploração direta de atividade econômica, quanto daquele que delega a iniciativa privada a exploração da atividade econômica prestador de serviço público. Ainda nas lições de Marçal Justen Filho (2002, p. 24):

Todos os serviços públicos que puderem ser organizados segundo padrões de estrita racionalidade econômica deverão ser remetidos à iniciativa privada. Somente incumbe ao Estado desempenhar atividades diretas nos setores em que a organização econômica, modelada pelos parâmetros de acumulação privada de riqueza, colocar em risco valores coletivos ou for insuficiente para propiciar sua plena realização.

É nesse contexto que surgem as agências reguladoras desenvolvendo o papel de poder concedente na concessão, permissão e autorização de serviços, com respaldo legal previsto no art. 2º, da Lei nº 8.978/95, exercendo também o controle de atividades econômicas

monopolizadas, distribuídas no art. 177, da Constituição Federal, alterado pelas Emendas Constitucional 9/1995 e 49/2006.

2.2 – ELEMENTOS DEFINIDORES DO CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO

O entendimento sobre o conceito de Serviço Público não é estático, vem, ao longo dos anos, em decorrência das transformações sociais, sofrendo alterações sempre em consonância com o momento histórico, político, econômico e cultural.

Historicamente, registra-se que na França foi, primeiramente, onde surgiram os apontamentos iniciais sobre o serviço público desenvolvido pela Escola de Serviço Público, onde algumas atividades inerentes ao Estado foram debatidas.

Dentre os doutos doutrinadores, não há concordância sobre o conceito de serviço público, alguns preferem um conceito mais abrangente, enquanto outros adotam um conceito mais restrito; alguns adotam critérios onde relacionam elementos para a identificação de um serviço público como o substrato material, elemento subjetivo e elemento formal, todavia vale ressaltar que a combinação desses três elementos ocorreu já no período do Estado Liberal.

Importante salientar a diferença entre **serviço público** e **serviço de utilidade pública**. Os serviços de utilidade pública reveste-se de outra roupagem, a Administração, de acordo com a sua conveniência (não essencialidade, nem necessidade), oferece diretamente ou permite que sejam prestados por terceiros (concessionários, permissionários ou autorizatários), entretanto a Administração é quem regulamenta as condições e controla, e a remuneração é feita pelos usuários do serviço. Como exemplo, o fornecimento de água, telecomunicações, energia elétrica.

Já o conceito de serviço público, para Hely Lopes Meirelles (2000, p. 37), é concebido como "todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado."

No sentido mais restrito entende-se que o serviço público perpassa com a exclusão das funções legislativa e jurisdicional, limitando-se entre as atividades que são desempenhadas pela Administração Pública.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, p. 634), serviço público é:

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível



singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça às vezes, sob um Regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituídos em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.

Para Fernanda de Sousa Santos Marinela (2009, p. 407), serviço público se configura como:

Toda atividade de oferecimento de utilidade e comodidade material, destinada à satisfação da coletividade, mas que pode ser utilizada singularmente pelos administrados, e que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta-a por si mesmo ou por quem lhe faça às vezes, sob um regime de direito público, total ou parcialmente.

Vale observar que os serviços públicos são instituídos por lei, sendo o Estado que define quais são as atividades consideradas serviços públicos.

Diante do exposto, coadunaremos na apresentação deste ensaio o conceito utilizado pela douta Maria Sylvia Zanella di Pietro (1991, p. 99), que em seu apurado magistério professa serviço público como “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.” Apesar de não termos a pretensão de esgotar o estudo do conceito de serviço público, este apenas será um norteador e balizador do caminho a ser percorrido.

2.3 – OS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Mister se faz expor, *ab initio*, o entendimento do que sejam princípios. Estes são a base, o alicerce, os parâmetros, as proposições fundamentais que condicionam todas as estruturas e institutos de uma disciplina, o mandamento nuclear de um sistema.

Verifica-se na doutrina que não existe concordância sobre os princípios basilares dos serviços públicos, entretanto todos os princípios constitucionais aplicados para a Administração Pública, dispostos no artigo 37, caput, da Constituição Federal, serão sempre aplicáveis.

Cabe-nos ressaltar o conteúdo normativo emoldurado no art. 5º, II, que retrata o princípio da reserva legal, na forma de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, premissa indispensável ao Estado de Direito.

Especificamente, podemos citar os mais relevantes, a saber: princípio da legalidade, princípio do dever inescusável do Estado de promover a prestação dos serviços públicos, supremacia do interesse público, o da continuidade, o da mutabilidade do regime jurídico, igualdade dos usuários, os quais sintetizaremos adiante.

Pelo princípio da legalidade, constata-se que a atividade da Administração Pública é sublegal, infralegal, restringindo-se na expedição de comandos complementares à lei, quedando-se e atuando em consonância com as suas prescrições. Deste modo, o desempenho do administrador público está restrito, limitado aos ditames legais, não podendo agir nem contra *legem nem praeter legem*, sendo totalmente submisso à vontade do legislador, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de seu autor.

O princípio do dever inescusável do Estado de promover a prestação dos serviços públicos significa que o Estado não pode se furtar a promover a prestação dos serviços rotulados como públicos e, caso isso ocorra, será alvo de ação judicial por omissão, inclusive com direito à indenização, quando a ausência da atividade causar danos.

O princípio da supremacia do interesse público, considerado o princípio basilar da Administração Pública, a viga do regime jurídico-administrativo, como não poderia deixar de ser, se faz presente em qualquer atuação do Estado. O interesse coletivo deve sempre ser preservado em detrimento do interesse do particular, inclusive quando este obsta a prestação de um serviço público. Havendo um conflito entre o interesse público e o particular há sempre de prevalecer o interesse público.

O princípio da continuidade diz respeito ao fornecimento dos serviços públicos essenciais à população, ou seja, indispensáveis à coletividade. Assim, devem ser prestados de forma contínua, não podem cessar e, caso venham a ser interrompido, o desrespeito atinge não só a este princípio, mas também o Código de Defesa do Consumidor e a Carta Magna, pois este princípio é que garante ao cidadão a prestação dos serviços essenciais. Somente em casos especiais é que ele pode ser interrompido. Assim, entende-se que a atividade da Administração Pública é ininterrupta.

O princípio da mutabilidade do regime jurídico é aquele que garante a flexibilização dos meios e fins dos serviços. Uma forma de adequação de acordo com a necessidade premente do interesse público. Desta forma, a Administração Pública competente está autorizada a promover alterações na forma de prestação do serviço público, com o objetivo de adequá-lo ao interesse da coletividade.

O princípio da igualdade dos usuários ressalva que aqueles que satisfaçam as condições legais fazem jus à prestação do serviço, sem qualquer distinção de caráter pessoal. É um princípio que



também pode ser entendido como o tratamento isonômico, igualitário e impessoal, evitando-se assim algum tipo de privilégio, entretanto não deve ser entendido de uma forma absoluta, para que não se torne um entrave no bom e eficaz desempenho da atividade administrativa.

2.4 – AS FORMAS DE DELEGAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO

Neste tópico é imperioso fazer a diferenciação entre a titularidade do serviço e a titularidade de sua prestação. A titularidade do serviço, conforme assevera Fernanda de Souza Santos Marinela (2010, p. 427), “pode pertencer à Administração ou, excepcionalmente, ao particular, naqueles casos em que a Constituição Federal não atribui ao Poder Público a exclusividade.”

Observa-se que nesse aspecto pode ocorrer a transferência da titularidade de sua prestação dos entes da Administração Indireta para os particulares, entretanto a titularidade do serviço continua com o Estado, somente é transferida a prestação que se dá pela delegação do serviço, a qual pode ser cumprida por meio da concessão, permissão ou autorização os quais serão tratados, de forma breve, nos tópicos seguintes.

2.4.1 – A concessão comum do Serviço Público

A concessão de serviço público está consubstanciada no art. 175, da Carta Magna, bem como na Lei 8.987/95, alterada pela Lei 9.074/95, com as atualizações realizadas pela Lei 11.196/05. Imperativo instar que os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens não estão submetidos ao crivo da Lei 8.987/95.

A concessão é uma forma de delegação e baseia-se na transferência da titularidade para a prestação de serviço público, feita pelo poder concedente (que são os entes políticos, respeitando a competência definida no texto constitucional) à pessoa jurídica ou consórcio de empresas, por meio de um contrato administrativo por prazo determinado, antecedido de licitação na modalidade concorrência.

A delegação difere da outorga, pois nesta o poder concedente transfere não apenas a execução, mas também a titularidade.

A Lei 9.472/97, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento do órgão regulador, autorizou a Anatel a celebrar contrato de concessão, atuando assim como poder concedente, com poderes de controlar e fiscalizar as atividades de telecomunicações, adotando todas as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras.

2.4.2 – A permissão do Serviço Público

O conceito de permissão de serviço público encontra-se disposto na Lei nº 8.987/95, artigo 2º, inciso IV, ou seja: é “a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.”

Vale ressaltar que sua formalização é feita por intermédio de contrato de adesão, precedido de licitação, entretanto não existe uma modalidade licitatória definida, sendo determinada pela variação do valor contratual.

Como atributos da permissão, podemos citar a unilateralidade, a discricionariedade e a precariedade as quais são asseveradas por grande parte da doutrina que trata do assunto.

Na Lei 9.472/97 está disposto no art. 118, *in verbis*:

Será outorgada permissão, pela Agência, para prestação de serviço de telecomunicações em face de situação excepcional comprometedora do funcionamento do serviço que, em virtude de suas peculiaridades, não possa ser atendida, de forma conveniente ou em prazo adequado, mediante intervenção na empresa concessionária ou mediante outorga de nova concessão.

Parágrafo único. Permissão de serviço de telecomunicações é o ato administrativo pelo qual se atribui a alguém o dever de prestar serviço de telecomunicações no regime público e em caráter transitório, até que seja normalizada a situação excepcional que a tenha ensejado.

2.4.3 – Autorização do Serviço Público

Verifica-se que este instituto é tratado de forma diferente entre os doutrinadores. Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1999, p.132), a autorização é, “ato unilateral e discricionário pelo qual a Administração faculta ao particular o desempenho de atividade material ou a prática de ato que, sem esse consentimento, seriam legalmente proibidos. Trata-se de autorização como ato praticado no exercício do poder de polícia.”

Já para José Cretella Júnior, (2005, p. 221), “autorização é o ato unilateral do Poder Público, mediante o qual, por provocação do interessado, a administração remove o obstáculo legal para facultar-lhe o exercício de uma atividade, de outro modo, proibida.”



Evidencia-se que a autorização de um serviço público é efetivada na realização de um interesse particular, porém de forma alguma poderá vir a se sobrepujar sobre o interesse coletivo.

Para os serviços de telecomunicações vem se admitindo o uso de autorização com fundamento no art. 131, § 1º, da Lei nº 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), contudo existem algumas ressalvas, pois não é permitida a transferência propriamente dita do serviço público em relação ao serviço de radioamador ou de interligação de empresas por cabos de fibra ótica.

Como explicita Fernanda Marinela de Sousa Santos (2010, p. 451), “o fato de ser um ato unilateral e precário permite que a Administração tenha total domínio da situação, podendo conceder e revogar a autorização, quando for conveniente para o interesse público, sem necessidade de indenizar qualquer prejuízo.”

Impende assinalar que a concessão, permissão ou autorização para a exploração de serviços de telecomunicações e de uso de radiofrequência, para qualquer serviço, será sempre feita a título oneroso.

Todavia, a autorização de serviço de telecomunicações não terá sua vigência sujeita a termo final, extinguindo-se somente por cassação, caducidade, decaimento, renúncia ou anulação.

3 – A AGÊNCIA REGULADORA DOS SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES

O surgimento das agências reguladoras está intimamente ligado com o Programa Nacional de Desestatização (PND), criado pela Lei 8.031/90 de 12.04.1990, revogada pela Lei nº 9.491 de 09/09/1997.

Dentre os objetivos a serem alcançados com o programa de desestatização, cita-se a redução do déficit público, sendo competência do Tribunal de Contas da União, no exercício do controle externo, fiscalizar o processo de privatização das empresas que estavam incluídas no PND, bem como as concessões, permissões e autorizações para a exploração de bens e serviços públicos. Essa modalidade de fiscalização e acompanhamento foi definida nas Instruções Normativas nº 7/94 e nº 10/95 do TCU, respectivamente.

O afastamento do Estado, de forma progressiva da prestação direta dos serviços públicos e das atividades econômicas, fez surgir à correlata necessidade de acompanhamento do setor por intermédio da regulamentação, controle e fiscalização, dando embasamento para o aparecimento de entes especificamente criados para tal fim: os órgãos reguladores.

A previsão legal encontra-se consubstanciada na Constituição Federal no art. 21, XI com redação dada pela EC nº 8/95 e do art. 177, § 2º, III com redação dada pela EC nº 09/95, marco este das agências reguladoras as quais foram sendo criadas por meio de leis esparsas, não existindo uma lei geral que as disciplinasse como autarquias de regime especial.

O conceito de autarquia foi definido pelo Decreto-lei nº 200, no art. 5º, I, o qual define Autarquia como “um serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita própria, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.”

Assim, autarquia é uma pessoa jurídica de direito público possuindo todas as prerrogativas e sujeições da Administração Direta com autonomia administrativa.

Apenas a título elucidativo, pontuaremos, tomando como base o conceito definido, suas principais características.

3.1 – AUTONOMIA FINANCEIRA, ADMINISTRATIVA E TÉCNICA

A independência e autonomia das agências reguladoras surgem como corolário do alto grau de discricionariedade técnica dos seus atos regulamentares.

Dentre os inúmeros conceitos de autonomia perfilhamos o de Vital Moreira, cuja definição atende aos objetivos do presente estudo:

“(...) o termo autonomia era (e é) utilizado no âmbito do direito administrativo com dois sentidos distintos: primeiro, no sentido de capacidade dos organismos administrativos infra-estaduais para editar normas da sua própria organização e actuação (falando-se a propósito, tautologicamente, em ‘autonomia normativa’ para designar esse poder regulamentar); segundo, num sentido genérico de margem de independência ou de livre actuação de um órgão ou organismo administrativo face aos órgãos da administração directa do Estado, autonomia cuja importância é aferida pela dimensão dos poderes próprios que aquele exerce e pela maior ou menor subordinação em relação ao Estado, assim se falando em autonomia, financeira, disciplinar, tributária, etc.”¹⁵².

Destaca-se que quando da criação das agências reguladoras, os legisladores não trouxeram as necessárias alterações constitucionais, para o ideal desempenho das características que lhes são inerentes.

152 – Vital Moreira, *Administração Autónoma e Associações Públicas*. p. 100 [grifos nossos].



Como autarquias especiais estão vinculadas aos respectivos ministérios, o que gera alguns questionamentos e dúvidas quanto à neutralidade e imparcialidade das decisões tomadas pelos dirigentes, se são estritamente técnicas ou politizadas, apesar de possuírem estabilidade.

Vale acrescentar que a questão da autonomia está intrinsecamente atrelada à possibilidade do estabelecimento de normas para a sua própria conduta, com liberdade de atuação.

3.2 – PODER DE SOLUCIONAR AS DEMANDAS ADMINISTRATIVAS

São dotadas de funções quase judiciais, porque resolvem, em última instância administrativa, os conflitos que lhes são apresentados. Significa dizer que as agências possuem, na esfera administrativa, além do poder concedente, também figuram no polo de uma controvérsia e sendo o ente julgador, o que leva questionamentos acerca da isenção e equanimidade no julgamento.

3.3 – ESPECIALIDADE

Para atuação e desenvolvimento da função, as agências reguladoras necessitam de um tipo de conhecimento técnico, especializado, de forma que promova um embasamento para uma melhor atuação na solução das questões e nuances que lhes forem apresentadas, não cabendo conhecimentos genéricos. Suas competências atribuídas pelas leis instituidoras são restritivas em função do princípio da especialidade ao conhecimento da matéria regulada, de modo que os dirigentes sejam técnicos naquele serviço específico.

3.4 – ESTABILIDADE DOS DIRIGENTES

A estabilidade dos mandatos dos dirigentes é uma decorrência do princípio da independência no desempenho das agências reguladoras. Visa, acima de tudo, que os dirigentes exerçam suas funções de maneira técnica, imparcial e independente, sem a influência de critérios políticos, ideológicos ou partidários.

Esta estabilidade garante que sua eventual exoneração somente ocorrerá por renúncia, condenação judicial transitada em julgado ou o reconhecimento da impossibilidade de exercício da função após o trâmite de processo administrativo disciplinar, como, por exemplo, crimes de improbidade administrativa, descumprimento do contrato de gestão e violação grave dos deveres funcionais. Assim, os dirigentes não podem ser simplesmente demitidos ao bel prazer do Ministro ou do Presidente da República, sendo vedada assim a exoneração *ad nutum*.

A direção das agências reguladoras federais é feita por um colegiado cujos mandatos não são coincidentes e estão sujeitos ao período de quarentena após o término.

Em consonância com o ilustre Carlos Ari Sunfeld, *in verbis*:

Na verdade, o fator fundamental para garantir a autonomia da agência parece estar na estabilidade dos dirigentes. Na maior parte das agências atuais o modelo vem sendo o de estabelecer mandatos. O Presidente da República, no caso das agências federais, escolhe os dirigentes e os indica ao Senado Federal, que os sabatina e aprova (o mesmo sistema usado para os Ministros do Supremo Tribunal Federal); uma vez nomeados, eles exercem mandato, não podendo ser exonerados *ad nutum*; isso é o que garante efetivamente a autonomia. Esse esquema vem sendo seguido, com maior ou menor rigidez, nas diferentes agências. No CADE e na ANATEL esta norma é muito rígida, mas para outras agências ela é mais flexível, existindo um poder mais aberto para o Presidente da República decidir pela exoneração¹⁵³.

3.5 – PODER NORMATIVO

Prima facie, há que se distinguir o que seria poder regulamentar e poder normativo. Enquanto o primeiro reporta-se à regulamentação das leis, o outro possui uma abrangência maior. O poder regulamentar possui sede constitucional no artigo 49, V e sendo estabelecido no artigo 84, incisos IV e VI, ou seja, está voltado para a regulamentação das leis.

Há que se pontuar que as agências reguladoras exercem três funções: função administrativa – porque resolvem as questões e controvérsias no âmbito administrativo; função executiva – pois cabe a elas a concretização das políticas públicas elaboradas para o setor específico, e função reguladora, devido à necessidade de regulamentar as demandas específicas e complexas próprias da esfera de regulação.

Neste lastro das funções desempenhadas pelas agências, vejamos que se configura uma descentralização normativa, uma flexibilização na produção normativa, a qual possui respaldo constitucional respeitando o princípio da legalidade e, como bem explicita Gabriel Galvão:

“a remissão da Constituição à regulamentação pelo legislador – e regulamentação significa concretização dos desígnios constitucionais – demons-

153 – Carlos Ari Sunfeld, *Serviços Públicos e Regulação Estatal: introdução às agências reguladoras*, In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*, p. 24-25.

tra que o atual quadro normativo foi estruturado para abranger um grande número de matérias e “pede” uma extensa regulação por parte do Estado¹⁵⁴.”

Nesse contexto sobre o poder regulamentar das agências, vale destacar o posicionamento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

“Esta competência normativa atribuída às agências reguladoras é a chave de uma desejada atuação célere e flexível para a solução, em abstrato e concreto, de questões em que predomine a escolha técnica, distanciada e isolada das disputas partidarizadas e dos complexos debates congressuais em que preponderam as escolhas abstratas político-administrativas, que são a arena de ação dos Parlamentos, e que depois se prolongam nas escolhas administrativas discricionárias, concretas e abstratas, que prevalecem na ação dos órgãos burocráticos da Administração direta.”¹⁵⁵

Em consonância com o discurso do Ministro Eros Roberto Grau:

“o poder normativo abarca o poder legislativo, o poder regulamentar e o poder regimentar. A função normativa regulamentar da Administração Pública adviria de um poder derivado, mas poderia instituir normas primárias, sem que isso viesse a caracterizar derrogação ao princípio da separação de poderes. A ausência de uma moldura legislativa não impediria a Administração Pública de dispor de direitos e impor obrigações aos particulares, inovando na ordem jurídica, porque é próprio da Administração o poder regulamentar, inserido na função normativa.”¹⁵⁶

Cumpre ressaltar com o intuito esclarecedor o insculpido na Lei 9.472/97, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e o funcionamento de um órgão regulador, pois em alguns incisos fica evidenciada a competência normativa da ANATEL. Dentre eles, citamos o Art. 19, nos incisos IV, VIII, X, XII, XIV abaixo transcritos, *in verbis*:

“Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

(...)

IV - expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público;

154 – Gabriel Galvão, Fundamentos e limites da atribuição do poder normativo às autarquias autônomas federais. p. 57

155 – Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Natureza jurídica competência normativa limites de atuação, p. 74-75.

156 – GRAU, Eros Roberto. O Direito Posto e o Direito Pressuposto. p. 187.

(...)

VIII – administrar o espectro de radiofrequências e o uso de órbitas, expedindo as respectivas normas;

(...)

X – expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado;

(...)

XII – expedir normas e padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos equipamentos que utilizarem;

(...)

XIV – expedir normas e padrões que assegurem a compatibilidade, a operação integrada e a interconexão entre as redes, abrangendo inclusive os equipamentos terminais;

(...)"

Desta forma, verifica-se que a função normativa da agência estabelece obrigações e direitos, tendo como parâmetro o exercício da competência discricionária e não abrange o poder de regulamentar lei, tendo em vista que não inova na ordem jurídica ou mesmo contraria, uma vez que assim agiria contra *legem* e feriria inevitavelmente o princípio da legalidade previsto no artigo 5º, III, CF, bem como o da separação dos poderes (artigo 2º, CF), porquanto apesar da autonomia e independência que são revestidas, as agências possuem como parâmetro as disposições legais existentes.

Cabe destacar que no nosso sistema constitucional é vedada a delegação de poderes, em virtude da interpretação conjugada do artigo 60, § 4º da Constituição Federal, conhecida como cláusulas pétreas. Diante disso, caso constata-se que a lei, efetivamente, tenha delegado poder normativo ao Executivo, estará vulnerando a própria Constituição.

Observa-se que para as agências reguladoras aplica-se o fundamento do poder normativo genérico da Administração cuja extensão das suas competências é emanada da lei que as instituiu e, no caso a ANATEL, foi instituída pela Lei 9.472/97, a qual confere legitimidade normativa para a emissão de normas específicas para o setor de telecomunicações.

Assevera Paulo Magalhães da Costa Coelho que “as agências reguladoras têm inspiração no direito americano, e neste ordenamento se identificam como qualquer autoridade pública. No ambiente estadunidense, as agências reguladoras têm competência para editar normas jurídicas, como também atos administrativos, se o Estado, por meio do Poder Legislativo, lhes der essa competência.”¹⁵⁷

157 – Paulo Magalhães de Costa Coelho, Manual de Direito Administrativo, p. 89.



Assim, pode-se concluir que o poder normativo das agências é legítimo, desde que possua algum limite e que possa estar sujeito a controle, principalmente do Poder Judiciário.

3.6 – COMPETÊNCIAS E ESTRUTURA

A competência do órgão regulador das telecomunicações foi instituída pelo Decreto nº 2.338, de 7 de outubro de 1997, que aprovou o Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações, no capítulo II. Destarte, compete à ANATEL adotar todas as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras.

Nesse diapasão, sua atuação deve ser com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, além de respeitar todos os princípios norteadores da Administração Pública.

Dentre as atribuições da agência, há aquelas que extrapolam as funções próprias do Executivo, como, por exemplo, outorga de concessões, fiscalização dos serviços etc.: tratam-se das funções quase-judiciais e quase-legislativas.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, essas funções quase-judiciais cuja competência atribuída à agência tem como objetivo dirimir os possíveis conflitos entre as prestadoras de serviço ou entre esses prestadores e os usuários, tendo em vista que cada um tem interesses contrapostos ao do outro. Essas atribuições estão inseridas na Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97), art. 19, incisos XVII e XVIII.

As funções quase-legislativas referem-se ao poder normativo da agência – entenda-se, poder regulamentar, com discricionariedade técnica, assim a ANATEL possui atribuição de expedir normas gerais de caráter técnico próprias ao setor de telecomunicações vinculados.¹⁵⁸

3.7 – NATUREZA JURÍDICA

Como já citado, a natureza jurídica da ANATEL é de uma autarquia em regime especial, assim possui algumas características e nuances que a diferem das autarquias comuns como, por exemplo, a autonomia administrativa e financeira e a não subordinação jurídica em relação ao Ministério ao qual ela está vinculada e, no caso da ANATEL, ao Ministério das Comunicações.

Essas características permitem à agência maior autonomia e independência para que ela possa agir com mais eficiência e eficácia no setor que ela regula e fiscaliza – Setor de Tele-

158 – Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97), art. 19, incisos IV e X.

comunicações –, desta forma sua atuação pode ser mais eficaz e eficiente dando respostas rápidas a questões administrativas, estruturais e também operacionais.

3.8 – REGULAÇÃO X REGULAMENTAÇÃO

A questão da regulação possui entendimentos, sentidos diferenciados e permeia por diversas áreas do conhecimento, dentre elas temos a ciência política, ciência da administração e as ciências sociais. O surgimento do vocábulo regulação, aplicado ao Direito brasileiro, passou a existir com o movimento de Reforma do Estado, em especial com a consequente privatização das empresas estatais e da introdução da ideia de competição entre concessionárias na prestação de serviços públicos.

Este objetivo surgiu da necessidade de regular as atividades, objeto de concessão a empresas privadas, com o intuito de assegurar a regularidade na prestação dos serviços e também o funcionamento de forma equilibrada da concorrência.

Diante disso, podemos entender que o conceito de regulação perpassa tanto pelo estabelecimento e implementação de regras e normas quanto como uma forma de atuação do Estado para que se mantenha uma estabilização do sistema.

Assim, percebe-se que não existe um consenso na definição do vocábulo regulação, todavia existe a presença de alguns elementos pertinentes para a compreensão adequada do conceito como o estabelecimento de regras de conduta, o controle da atividade privada pelo Estado e pela finalidade pública.

No âmbito jurídico existe uma abrangência maior, pois atinge os serviços públicos exclusivos e não exclusivos do Estado. Como menciona Maria Sylvania Zanella Di Pietro, dentre os serviços públicos exclusivos “são objeto de regulação os comerciais e industriais do Estado, quando objeto de concessão, permissão ou autorização a empresa privadas”¹⁵⁹.

Maria Sylvania Zanella Di Pietro faz a seguinte diferenciação em relação aos termos regulação e regulamentação. Para a doutra:

“Regular significa estabelecer regras, independentemente de quem as dite, seja o Legislativo ou o Executivo, ainda que por meio e órgãos da Administração direta ou entidades da Administração indireta. Trata-se de vocábulo de sentido amplo, que abrange, inclusive, a regulamentação, que tem um sentido mais estrito. Regulamentar significa também ditar regras jurídicas,

159 – Maria Sylvania Zanella Di Pietro, *Direito regulatório*, p. 22.



porém, no direito brasileiro, como competência exclusiva do Poder Executivo. Perante a atual Constituição, o poder regulamentar é exclusivo do Chefe do Poder Executivo (art. 84,IV), não sendo incluído, no parágrafo único do mesmo dispositivo, entre as competências delegáveis.¹⁶⁰

Cabe ressaltar que nos casos de empresas privadas a regulação visa à garantia da competição, bem como regular a atividade prestada pelas concessionárias e permissionárias, e, se necessário, modificar ou alterar as regras de execução dos serviços, atingindo também a fixação e reajuste das tarifas.

Em relação aos serviços públicos não exclusivos do Estado, devem-se pontuar aqueles que são prestados na área social, como, por exemplo, a saúde, a cultura e a assistência social. Assim, tais serviços também são objeto de regulação, sendo exercida pelo Estado por intermédio de atos do poder Executivo e do poder Legislativo, ou através de entidades públicas criadas para esse fim específico.

Diante desses aspectos citados, podemos entender que a regulação, na esfera jurídica, engloba além de uma regulação econômica, uma regulação social. Isto posto, conclui-se que sua abrangência é instituída como um conjunto de regras, tanto de conduta como de controle da atividade econômica privada e pública e, também, das atividades sociais não exclusivas do Estado, sempre com a função precípua de fazer prevalecer e assegurar o interesse da coletividade.

Importa destacar que existe diferenciação entre regulação e regulamentação, e com esta finalidade esclareceremos a seguir, de forma sucinta, suas diferenças e especificações, para que não se confundam no decorrer deste trabalho.

A regulamentação tem o objetivo de desempenhar uma função normativa, com uma aplicação mais restrita e limitada, uma vez que se manifesta na execução ou aplicação de uma norma. O poder regulamentar é uma atribuição da Administração Pública, sendo que alguns agentes públicos possuem competência para editar atos normativos – os regulamentos – os quais são compatíveis com a lei e objetivam desenvolvê-la. Já a regulação possui uma aplicação muito mais ampla e irrestrita. É possível, portanto, que a mesma se manifeste em atos de regulamentação.

A regulação é uma atividade desempenhada pelo Estado, sendo exercida nas suas várias esferas federativas (Município, Distrito Federal, Estado e União) para o desenvolvimento de funções administrativas, legislativas, jurisdicionais e de controle. Tem como pressuposto a produção ordenada e adoção de normas e atos estatais, de natureza repressiva e promocional, com o intuito de disciplinar a conduta tanto dos agentes particulares quanto também dos agentes públicos, sendo este um caráter peculiar do modelo regulatório.

160 – Idem, *Parcerias na administração pública*, p.150.

Em consonância com a explanação e entendimento de Marçal Justen Filho, a regulação “consiste na atividade estatal de intervenção indireta sobre a conduta dos sujeitos públicos e privados, de modo permanente e sistemático para implementar as políticas de governo e a realização dos direitos fundamentais.”¹⁶¹. Assim, a regulação exercida pelas agências reguladoras tem o papel fundamental na sociedade para que se faça cumprir as políticas adotadas pelo Estado impondo normas de conduta, e esta função foi de extrema importância para a eficiência do processo de desestatização.

O poder regulamentar é entendido como uma competência destinada a alguns agentes públicos, para que se edite ato normativo, com a finalidade de desenvolver normas complementares à lei, permitindo assim o seu cumprimento. Se expressa por intermédio de resoluções, portarias, deliberações, instruções e os regimentos, editados por diversas autoridades. Há de se destacar que esses atos possuem limites e alcance restrito a esfera de atuação do órgão expedidor, não possuindo a abrangência do regulamento.

Faz-se necessário, nesse contexto de diferenciação, acrescentar que o regulamento, como ato administrativo normativo unilateralmente imposto, visa dar o fiel cumprimento à lei cuja competência privativa é do Chefe do Poder Executivo, sendo indelegável, excetuando-se a hipótese do artigo 84, inciso VI, alínea “a”, da Constituição Federal.

4 – A FISCALIZAÇÃO DO SERVIÇO DE TELEFONIA MÓVEL

4.1 – PODER DE POLÍCIA

Para abordarmos a fiscalização do serviço de telefonia móvel indispensável o entendimento do conceito de Poder de Polícia. Assim, discorreremos a seguir sobre este importante tópico.

Dentre as atribuições da Administração Pública, o poder regulamentar e o poder de polícia são os que merecem destaque, devido a sua importância no exercício da função pública. Revestem-se de um dever-poder do agente público o qual não pode se furtar do agir, é uma obrigação, com o intuito de atingir o resultado previsto pela norma jurídica investido, logicamente, da competência para tal ato.

Verifica-se que não existe nenhum direito absoluto desta forma, até o exercício da liberdade não é ilimitado, bem como o uso, gozo e a disposição da propriedade, os quais estão consignados na Constituição Federal da República no artigo 5º.

O interesse Poder do Público e o coletivo devem ser preservados quando em conflito com o interesse do particular. Este não pode ser um entrave no desempenho, na efetivação dos

161 – Marçal Justen Filho, Curso de direito administrativo, p. 447.



fins do Estado ou mesmo da sociedade, portanto esse condicionamento, esta limitação da liberdade e da propriedade, em prol dos interesses públicos e sociais, é alcançado pela atribuição de Polícia Administrativa, sendo uma prerrogativa da Administração Pública.

No Código Tributário Nacional, no artigo 78, pode-se encontrar o conceito legal de Polícia Administrativa *in verbis*:

a atividade da Administração Pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos demais direitos individuais e coletivos.

Para Fernanda Marinela de Sousa Santos, Poder de Polícia é:

a atividade da Administração Pública que se expressa por meio de atos normativos ou concretos, com fundamento na supremacia geral e, na forma da lei, de condicionar a liberdade e a propriedade dos indivíduos mediante ações fiscalizadoras, preventivas e repressivas, impondo aos administrados comportamentos compatíveis com os interesses sociais sedimentados no sistema normativo¹⁶².

Em detrimento deste conceito, a expressão do Poder de Polícia pode ser exercida tanto por atos preventivos quanto fiscalizadores e repressivos. Cita-se, como preventivos, a expedição de licenças e autorizações para os quais a Administração tem a competência de conceder ou não. Os repressivos são aqueles atos como a produção de multa, intervenção de uma atividade, apreensões e embargo. Já os atos fiscalizadores são aqueles resultantes de vistorias, inspeções e exames realizados pela Administração.

Hely Lopes Meireles aborda o conceito de Poder de Polícia como “faculdade que dispõe a Administração Pública para condicionar, e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado”¹⁶³.

Para Marçal Justen Filho, “o Poder de Polícia Administrativa é a competência administrativa de disciplinar o exercício da autonomia privada para a realização de direitos fundamentais e da democracia, segundo princípios da legalidade e da proporcionalidade”¹⁶⁴.

162 – Fernanda Marinela de Sousa Santos, *op. cit.*, p. 151.

163 – Hely Lopes Meireles, *op. cit.*, p. 122.

164 – Marçal Justen Filho, *op. cit.*, p.57.

Quanto às suas características, em consonância com Diógenes Gasparini, o ato de polícia possui alguns elementos ensejadores e indispensáveis para a sua caracterização, sem os quais o descaracterizam.

Destarte, elenca-se: ser editado pela Administração Pública ou por quem de competência deve estar fundamentado em um liame geral de atender ao interesse público e social e, também, incidir sobre a propriedade ou sobre a liberdade.

A fundamentação para o exercício do Poder de Polícia está atrelada ao princípio da predominância, supremacia do interesse público sobre o particular, o que não se confunde com a atuação do Poder Público, já que estes são decorrentes de vínculos específicos. Assim, desta forma destina-se a prevenir o surgimento de atividades particulares nocivas aos interesses sociais ou públicos ou mesmo impedir o seu desenvolvimento.

4.2 – ATRIBUTOS DO PODER DE POLÍCIA

Com o objetivo de manter a ordem e o bem-estar social, a administração pública utiliza-se do Poder de Polícia, o que auxilia nesse controle da sociedade como um todo.

Constata-se na doutrina que não existe uma consonância em relação ao melhor termo a ser utilizado. Alguns entendem como características, outros como qualidades ou até mesmo como classes. No entanto a maioria enumera as seguintes características do Poder de Polícia: a coercibilidade, a discricionariedade e a autoexecutoriedade, o que se coaduna com a proposta deste trabalho monográfico.

A coercibilidade é um atributo que pode ser entendido como uma forma de obrigatoriedade, ou seja, o administrado se curva a este atributo não possuindo nenhuma independência, portanto a Administração pode recorrer à força pública para impor o cumprimento de uma norma (força coercitiva) e esta é indissociável da autoexecutoriedade.

A discricionariedade acontece quando a própria lei permite uma margem de liberdade de atuação, cabendo ao agente público analisar o caso concreto, de forma individualizada. Isso ocorre porque o legislador não tem o condão de prever todas as hipóteses ou situações em que deverá atuar.

Assim, nestes casos, numa situação onde ocorra uma lacuna jurídica deixada pelo legislador, a Administração possui certa liberdade de atuação, após análise, de decidir qual o melhor meio, momento e sanção aplicável para a situação.



A autoexecutoriedade é a possibilidade que a Administração Pública tem de tomar decisões executórias com os próprios meios, na forma de pôr em execução as suas decisões, sem precisar recorrer previamente ao Poder Judiciário, sem ferir a legalidade.

O Poder de Polícia Administrativa da agência se manifesta por atos normativos e concretos, que são os regulamentos, as intervenções de atividades, a fiscalização, a expedição de alvarás, licenças e autorizações, bem como também com a aplicação de sanção ou penalidade administrativa a qual resulta de um procedimento administrativo que apurou a realização de infração administrativa por parte do administrado, sendo aplicada na proporção do dano causado à coletividade ou ao Estado, desde que haja uma previsão legal.

Há que se destacar que sendo dispensável a conduta individual seja caracterizada como crime, basta que ela trouxesse inconveniência ou nocividade à sociedade, conforme disposições legais prévias.

Diante do exposto, pode-se concluir o quanto expressivo é o Poder de Polícia para a Administração Pública, tendo em vista que é diante deste instituto que a Administração consegue estabelecer, organizar e manter a sociedade num estado de cooperação, com a finalidade de preservar o interesse da coletividade.

4.3 – POLÍCIA ADMINISTRATIVA X POLÍCIA JUDICIÁRIA

Cumprir realizar a diferenciação entre esses dois institutos, já que o Poder de Polícia pode ser exercido em duas áreas de atuação estatal: na área administrativa e na área judiciária, as quais não se confundem.

A Polícia Administrativa possui um caráter preventivo, ou seja, visa evitar que uma conduta inadequada cause algum prejuízo à sociedade, impedindo assim às ações consideradas contrárias às regras sociais e pode incidir sobre direitos, atividades de particulares e também sobre bens. Esta atividade pode ser exercida por vários órgãos e agentes da Administração cujo objeto é a propriedade e a liberdade, sendo regida por normas administrativas.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o Poder de Polícia administrativa é:

“A atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção (*non facere*) a fim de

conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo.”¹⁶⁵

Já a Polícia Judiciária possui um carácter repressivo e está atrelada ao ilícito penal, sendo assim regida pelo Direito Penal e Processo Penal. Tem como objetivo a manutenção e proteção da ordem jurídica pública cuja atividade é exercida por órgãos especializados privativos (Polícia Militar e Civil), tendo como objeto a pessoa.

Cabe ressaltar que ambas, tanto a Polícia Administrativa quanto a Judiciária, possuem a mesma finalidade, ou seja, o interesse público cujo fundamento é a predominância, a supremacia do interesse público sobre o particular.

4.4 – A FUNÇÃO FISCALIZATÓRIA DA AGÊNCIA REGULADORA

Na execução da atividade de fiscalização da ANATEL, que é a capacidade de agir, em cumprimento à sua obrigação institucional, estabelece algumas medidas necessárias para delimitar ou disciplinar direitos, deveres e interesses, regulando as práticas ou abstenções de atos concernentes à organização das telecomunicações, sempre em favor do interesse público.

4.5 – CONCEITO DE TELEFONIA MÓVEL

O Serviço Móvel Pessoal ou simplesmente SMP – é o serviço que permite a comunicação entre celulares ou entre um celular e um telefone fixo. Tecnicamente, é definido como o serviço de telecomunicações móvel terrestre de interesse coletivo que possibilita a comunicação entre estações móveis e de estações móveis para outras estações.

4.6 – REGULAMENTO DO SERVIÇO MÓVEL PESSOAL

Antes de adentrarmos no regulamento do serviço móvel pessoal, abordaremos o entendimento de regulamento e os tipos de regulamento.

A doutrina apresenta diversas classificações, entretanto nos ateremos à classificação exposta por Diógenes Gasparini com a qual nos coadunamos e que apresenta da seguinte forma: regulamentos executivos, regulamentos delegados e regulamentos autônomos.

165 – Celso Antônio Bandeira de Mello, op. cit., p. 643.



Os regulamentos executivos também chamados de execução ou subordinado, com previsão no art. 84, IV, da Constituição Federal, segundo Diógenes Gasparini:

(...) “é o que se preordena ao desenvolvimento de determinada lei. Presta-se, pois, a efetivar a exequibilidade da lei, particularizando-a de modo a torná-la praticável no que respeita à sua generalidade e abstração ou no que concerne ao procedimento a ser observado na sua aplicação”¹⁶⁶.

Ele não inova a ordem jurídica, pois está adstrito ao princípio da legalidade.

Já os regulamentos delegados, também chamados de autorizados ou habilitados, para Diógenes Gasparini, “são editados pelas autoridades competentes, em atendimento a uma norma legal, para prover matéria reservada à lei”¹⁶⁷. Vale ressaltar que este tipo de regulamento está reservado para tratar sobre a matéria específica e, caso extrapole o limite imposto, ele se torna ilegal.

Como o regulamento não é lei no sentido formal, ele não cria direito novo, assim há de se pontuar que no nosso ordenamento jurídico não acolhe o regulamento delegado, uma vez que não se pode delegar atribuições delegadas.

Os regulamentos autônomos, também conhecidos como independentes, ainda conforme Diógenes Gasparini, “são aqueles editados pela autoridade competente para dispor sobre matérias constitucionalmente reservadas ao Executivo”¹⁶⁸.

Há de se pontuar que a doutrina diverge sobre a aplicação deste regulamento no nosso ordenamento jurídico, tendo em vista que ele tem a faculdade de inovar a ordem jurídica.

Diante do exposto, o regulamento do serviço móvel pessoal aprovado pela Resolução nº 477, de 7 de agosto de 2000, classifica-se como executivo; nele estão dispostas todas as regras, as características, definições, abrangência e objetivos pertinentes ao serviço.

4.7 – DIREITOS E DEVERES ASSEGURADOS AO USUÁRIO/CONSUMIDOR

Verifica-se que os direitos e deveres dos usuários estão elencados na Resolução nº 477 a partir do artigo 6º até o 9º, elencados abaixo *in verbis*:

166 – Diógenes Gasparini, *Direito administrativo*, p. 124

167 – *Ibid.*, p. 125

168 – *Ibid.*, mesma página.

Art. 6º Respeitadas às disposições constantes deste Regulamento bem como as disposições constantes do Termo de Autorização, os Usuários do SMP têm direito a:

I - liberdade de escolha de sua prestadora;

II - tratamento não discriminatório quanto às condições de acesso e fruição do serviço e das facilidades e comodidades adicionais;

III - informação adequada sobre condições de prestação do serviço, facilidades e comodidades adicionais e seus preços;

IV - inviolabilidade e sigilo de sua comunicação, respeitadas as hipóteses e condições constitucionais e legais de quebra de sigilo de telecomunicações;

V - conhecimento prévio de toda e qualquer alteração nas condições de prestação do serviço que lhe atinja;

VI - obter mediante solicitação, a suspensão do serviço prestado;

VII - não suspensão do serviço sem sua solicitação, ressalvada a hipótese de débito diretamente decorrente de sua utilização ou por descumprimento de condições contratuais ou de deveres constantes do art. 4º da LGT;

VIII - prévio conhecimento das condições de suspensão do serviço;

IX - privacidade nos documentos de cobrança e na utilização de seus dados pessoais pela prestadora;

X - resposta eficiente e pronta, pela prestadora, às suas reclamações, solicitações de serviços, pedidos de informação, consultas e correspondências;

XI - encaminhamento de reclamações ou representações contra a prestadora junto à ANATEL, outras entidades governamentais ou aos organismos de defesa do consumidor;

XII - reparação pelos danos causados pela violação dos seus direitos;

XIII - obter, gratuitamente, mediante solicitação, a não divulgação ou informação do seu Código de Acesso para a estação de telecomunicações chamada, respeitadas as restrições técnicas;

XIV - não divulgação de seu nome associado a seu Código de Acesso, salvo expressa autorização;

XV - substituição do seu Código de Acesso, desde que haja viabilidade técnica, sendo facultado à prestadora a cobrança pela alteração;

XVI - portabilidade de Código de Acesso, observadas as disposições da regulamentação;

XVII - manutenção, quando de seu interesse, do seu Código de Acesso quando a prestadora promover mudança de padrões de tecnologia ou quando da mudança entre Planos de Serviços de uma mesma prestadora;

XVIII - não ser obrigado a consumir serviços ou a adquirir bens ou equipamentos que não sejam de seu interesse;



XIX - ter restabelecida a integridade dos direitos relativos à prestação dos serviços, a partir da purgação da mora, nos termos previstos no art. 52;

XX - bloqueio da utilização de quaisquer comodidades ou facilidades não previstas no Plano de Serviço ao qual está vinculado, bem como de serviços de valor adicionado, com a correspondente redução no valor devido pelo Usuário, independentemente de prazo de carência ou multa, ressalvados os débitos já constituídos junto à prestadora;

XXI - obter, gratuitamente, em até 24 horas da solicitação, a interceptação pela prestadora das chamadas dirigidas ao antigo Código de Acesso do SMP e a informação de seu novo código do SMP, inclusive quando este for de outra prestadora do SMP, pelo prazo de 60 (sessenta) dias, a contar da data da rescisão do contrato de prestação dos serviços;

XXII - livre escolha e opção do Plano de Serviço ao qual estará vinculado dentre os oferecidos pela prestadora;

XXIII - transferência de titularidade de seu Contrato de Prestação do SMP;

XXIV - não recebimento de mensagem de cunho publicitário da prestadora em sua Estação Móvel, salvo na hipótese de consentimento prévio.

Art. 7º. O Usuário do SMP, em todos os Planos de Serviço oferecidos pela prestadora, tem direito ainda ao recebimento, sem ônus, de relatório detalhado dos serviços dele cobrados incluindo, no mínimo, para cada chamada, as seguintes informações:

I - a Área de Registro de origem e Área de Registro ou localidade de destino da chamada;

II - o Código de Acesso chamado;

III - a data e horário (hora, minuto e segundo) do início da chamada;

IV - a duração da chamada (hora, minuto e segundo);

V - valor da chamada, explicitando os casos de variação horária.

§1º O Usuário pode exigir da prestadora o relatório detalhado relativo aos 90 (noventa) dias imediatamente anteriores a seu pedido.

§2º O Usuário pode requerer que lhe seja enviado periodicamente o relatório detalhado previsto neste artigo com frequência igual ou superior a um mês.

§3º Na hipótese do §1º, a prestadora deve tornar disponível ao Usuário, em até 48 (quarenta e oito) horas, o relatório detalhado.

Art. 8º Constituem deveres dos Usuários do SMP:

I - levar ao conhecimento do Poder Público e da prestadora as irregularidades de que tenha conhecimentos referentes ao SMP;

II - utilizar adequadamente o SMP, respeitadas as limitações tecnológicas;

III - cumprir as obrigações fixadas no Contrato de Prestação do SMP, em especial efetuar pontualmente o pagamento referente à prestação do serviço, observada as disposições deste Regulamento;

IV - somente fazer uso de Estação Móvel que possua certificação expedida ou aceita pela ANATEL;

V - manter a Estação Móvel dentro das especificações técnicas segundo as quais foi certificada;

VI - indenizar a prestadora por todo e qualquer dano ou prejuízo a que der causa, por infringência de disposição legal, regulamentar ou contratual, independentemente de qualquer outra sanção;

VII - comunicar imediatamente à sua prestadora:

a) o roubo, furto ou extravio de aparelhos;

b) a transferência de titularidade do aparelho;

c) qualquer alteração das informações cadastrais.

Art. 9º Os direitos e deveres previstos neste Regulamento não excluem outros previstos na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, na regulamentação aplicável e nos contratos de prestação firmados com os Usuários do SMP.

Visa destacar que nossa Carta Magna trouxe no título sobre os Direitos e Garantias fundamentais, questões inerentes à proteção ao consumidor, assegurando que os seus direitos não fossem violados e, em caso de descumprimento, sanções devem ser aplicadas.

No artigo 5º, inciso XXXII, o constituinte determinou ao Estado que este deve promover a Defesa do Consumidor e que a competência para legislar sobre o assunto é concorrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal.

Foi nesse contexto que surgiu o Código de Defesa do Consumidor, dispondo normas de ordem pública e de interesse social, inaugurando uma nova ordem jurídica revolucionando o direito privado.

O Código de Defesa do Consumidor surgiu de uma necessidade da sociedade em proteger o hipossuficiente: o consumidor e, através dele, estabeleceu normas e princípios com o objetivo de proteger os direitos do consumidor bem como disciplinar as relações e as responsabilidades entre o fornecedor (fabricante de produtos ou o prestador de serviços) com o consumidor final, estabelecendo padrões de conduta, prazos e penalidades dispostos em 119 artigos.

A proteção administrativa do consumidor se dá através do funcionamento do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), instituído pelo art. 105 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) e regulamentado pelo Decreto nº 2.181/97. É composto por órgãos federais, estaduais, municipais e do Distrito Federal, além das entidades privadas de Defesa do Consumidor. Tem como objetivos a defesa, no âmbito administrativo, do consumidor e a aplicação da Política Nacional de Relações de Consumo.



Sua coordenação política cabe ao Departamento Nacional de Defesa do Consumidor (DPDC), órgão integrante da Secretaria de Direito Econômico (SDE) e do Ministério da Justiça (MJ), cujas atribuições estão insertas no art. 106 do CDC.

Cumpra-se destacar que a ANATEL integra o SNDC, portanto com deveres claros de implementar mecanismos de equilíbrio na assimetria informacional existente entre os sujeitos da relação jurídica estabelecida na relação de consumo.

Com base no Código de Defesa do Consumidor, o usuário de serviço de telecomunicações é consumidor, pois segundo a definição de consumidor disposto no artigo 2º, consumidor é “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Equipara-se a consumidor, a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.”

As prestadoras de serviço móvel pessoal se enquadram como fornecedoras de serviço, cujo conceito está expresso no artigo 3º *in verbis*: “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.”

Diante desta relação de consumo estabelecida pelo usuário X prestadora – o Código de Defesa do Consumidor também é aplicável quando da existência de violação dos direitos do consumidor.

A ANATEL como órgão regulador e fiscalizador do serviço de telecomunicações protege os direitos dos usuários, tendo como base o regulamento do serviço móvel pessoal, já citado (Resolução nº 477, 07/08/2007), utiliza-se também o Código de Defesa do Consumidor subsidiariamente para que os direitos dos usuários sejam assegurados.

Vale ressaltar que não exclui a atuação dos demais órgãos de proteção do consumidor, como Ministério Público, o Judiciário, PROCON (Superintendência de Proteção e Defesa do Consumidor), DPDC (Departamento Nacional de Defesa do Consumidor) e os demais integrantes do SNDC (Sistema Nacional de Defesa do Consumidor).

Dentre os principais ofensores, constata-se a ocorrência de cobranças indevidas, serviços adicionais, atendimento, planos de serviços, cancelamento, reparo, habilitação, bloqueio, promoções e código de acesso.

O índice que merece destaque é o de cobrança indevida, o que é um afronte e desrespeito tanto ao Código de Defesa do Consumidor quanto aos ditames do regulamento do serviço (Resolução nº 477/2007).

5 – A RESPONSABILIDADE CIVIL

Há vários conceitos desenvolvidos pelos doutrinadores sobre o que é responsabilidade civil, entretanto nos assemelhamos ao entendimento utilizado pelo grande jurista Sérgio Cavalieri Filho que define como: “um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário.”¹⁶⁹

Já o doutrinador Caio Mário da Silva Pereira entende como “a obrigação de reparar o dano que uma pessoa causa a outra.”¹⁷⁰

Desta forma, fica claro que havendo uma violação de um dever jurídico configura a prática de um ato ilícito, o que, quase sempre, pode acarretar um dano, surgindo daí um novo dever jurídico, um encargo, uma obrigação, a responsabilidade civil, e, como bem conclui Sérgio Cavalieri “toda conduta humana que, violando dever jurídico originário, causa prejuízo a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil.”¹⁷¹

Nessa seara, vejamos que existe uma distinção entre obrigação e responsabilidade, pois enquanto a obrigação “é sempre um dever jurídico originário; a responsabilidade é um dever jurídico sucessivo consequente à violação do primeiro.”¹⁷²

No Código Civil, a responsabilidade civil está disposta na forma no Título IX, nos artigos 927 a 943, entretanto podemos verificar a existência de ditames em outros pontos do mesmo mandamento legal.

A responsabilidade civil, a depender da natureza jurídica da norma violada, pode ser de duas espécies: a contratual, que tem como base no adimplemento da obrigação e pressupõe uma relação jurídica obrigacional preexistente, ou seja, um dever oriundo de um contrato cuja referência encontra-se nos artigos 389 e 395 do Código Civil; já a extracontratual ou também conhecida como aquiliana, que possui procedência no descumprimento direto da lei, ou seja, surge o dever em virtude de lesão a direito subjetivo sem que exista uma relação jurídica preexistente e há previsão nos artigos 168 e 927 do Código Civil. Em suma, o dever jurídico de indenizar pode ser oriundo da lei ou da vontade dos indivíduos.

Desta forma, nos contratos de adesão firmados entre os usuários e as prestadoras há existência de uma responsabilidade civil contratual gerando o dever jurídico de indenizar, caso ocorra o descumprimento obrigacional ou a violação de um dever jurídico criado pelas partes no contrato, havendo uma relação jurídica preexistente entre as partes.

169 – Sérgio Cavalieri Filho, Programa de responsabilidade civil, p. 2.

170 – Caio Mário da Silva Pereira, Responsabilidade civil, p. 7.

171 – Sérgio Cavalieri Filho, op. cit., p. 2

172 – Ibid., mesma página.



Há doutrinadores que não são adeptos desta dicotomia, entendendo que os aspectos não possuem tanta relevância e sim as consequências da violação do dever jurídico.

Outra classificação se dá no que tange à apuração mediante a culpa. Nesse entendimento e em consonância com o artigo 186 do Código Civil, a culpa entra como fundamento da responsabilidade subjetiva. Desta forma, a pessoa lesada só obterá a reparação do dano se conseguir provar a culpa do agente causador.

A responsabilidade objetiva encontra-se respaldada no artigo 187 e 927 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Imprescindível pontuar que a responsabilidade objetiva tem supedâneo na teoria do risco, a qual pauta-se em princípios e valores sociais, como a boa-fé e equidade, tendo respaldo na Constituição Federal/88, onde a proteção à dignidade da pessoa humana está entre os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Assim explicita Sílvio Rodrigues que:

“Na responsabilidade objetiva a atitude culposa ou dolosa do agente causador do dano é de menor relevância, pois, desde que exista relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente, surge o dever de indenizar, quer tenha este último agido ou não culposamente.

A teoria do risco é a da responsabilidade objetiva. Segundo essa teoria, aquele que, através de sua atividade, cria risco de dano para terceiros deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua atividade e seu comportamento sejam isentos de culpa. Examina-se a situação, e, se for verificada, objetivamente, a relação de causa e efeito entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima, esta tem direito de ser indenizada por aquele.”¹⁷³

173 – Sílvio Rodrigues, Direito civil, p.10

5.1 – RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A responsabilidade no âmbito do Estado é sempre civil de ordem pecuniária. Assim, toda vez que há um dano ocasionado a terceiro, por um comportamento omissivo ou comissivo de um agente do Estado, a responsabilidade patrimonial poderá ser acionada e independe se o ato tenha sido lícito ou ilícito.

Como bem explicita Maria Sylvania Zanella Di Pietro:

A responsabilidade extracontratual do Estado corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídico, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos.¹⁷⁴

A responsabilidade de indenizar da Administração Pública está prevista no artigo 37, § 6º da Constituição Federal que assim estatui: “as pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado, prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

Assim, em consonância com os ditames constitucionais, existem duas regras: a da responsabilidade objetiva do Estado e a da responsabilidade subjetiva do agente público. Vale destacar que o responsável é a pessoa jurídica pública ou privada a qual faz parte da Administração Pública, assim, independentemente de culpa ou falta, responde o Estado porque causou dano ao seu administrado.

Em harmonia com o doutrinador Celso Antônio Bandeira de Melo o qual explicita que:

O fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. De consequente, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito¹⁷⁵

Como podemos verificar, o Estado pratica ato ilícito não só por omissão, ou seja, quando deixa de fazer o que tinha o dever de fazer; como também por comissão quando faz o que não devia fazer, portanto a responsabilidade da Administração Pública é objetiva.

174 – Maria Sylvania Zanella Di Pietro, op. cit., p. 548

175 – Celso Antônio Bandeira de Melo, op. cit., p. 866



Sua fundamentação está sediada no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, o qual explicita sobre a responsabilidade objetiva do Estado, desde, é claro, que haja nexos de causalidade entre o serviço prestado e a ocorrência do dano.

O grande jurista Yussef Said Cahali ao abordar a questão da responsabilidade das autarquias pontua:

“Reconhecemos que seria extremado imputar-se às autarquias a responsabilidade objetiva da regra constitucional em função exclusiva da sua natureza de pessoa jurídica de direito público sem qualquer consideração a respeito de suas finalidades ou de seu campo de atuação; embora, a rigor, fosse defensável esse entendimento, por enquadrável a entidade autárquica na primeira parte do art. 37, § 6º (pessoa jurídica de direito público), de modo que, distorcida aquela em suas finalidades, o particular lesado teria de ser indenizado com base na responsabilidade civil objetiva. Parece-nos, porém, mais razoável, especialmente considerando a falta de estrutura científica que vem caracterizando a descentralização do Estado, que as atividades tipicamente de natureza privada desempenhadas pelas autarquias, como sendo aquelas despidas de qualquer conotação de serviço público no seu sentido técnico, melhor identificadas como atividade empresarial, privada, como atividade econômica de finalidade especulativa, devem ser examinadas da perspectiva da responsabilidade civil do direito comum, e não da responsabilidade objetiva da regra constitucional. Em tais casos, para definição da responsabilidade indenizatória, prevalece a definição quanto ao conteúdo da atividade ou do serviço prestado, o que, de alguma forma, não é incompatível com o texto constitucional, que, na segunda parte, deslocou o eixo da responsabilidade objetiva para a prestação do serviço público.”¹⁷⁶

Assim, no exercício da fiscalização exercido pela agência reguladora, tem como pilar básico, ao lado da regulamentação e da outorga de serviços, a responsabilidade por falha que gera dano tanto à sociedade quanto ao usuário de serviço de telecomunicações.

Visa destacar que a atividade de fiscalização da ANATEL objetiva priorizar a garantia dos direitos dos usuários de serviços de telecomunicações e a qualidade destes serviços prestados em regime público e privado de interesse coletivo, entretanto mesmo com o exercício da fiscalização as prestadoras continuam a cometer abusos e irregularidades.

No ano de 2011 a Superintendência de Radiofrequência e Fiscalização (SRF) apresentou relatório gerencial sobre a fiscalização, quanto ao cumprimento do Plano Geral de Metas de

176 – Yussef Said Cahali, Responsabilidade civil do Estado, p. 127

Qualidade (PGMQ), onde foram identificados vários indícios de irregularidades praticadas pelas prestadoras de serviço móvel pessoal, dentre os quais, destacamos:

- Erro na contabilização do tempo de espera em lojas ou método de coleta do tempo inválido ou inexistente;
- Chamadas atendidas pelo centro de atendimento em tempo superior a 60 segundos;
- Tratamento discriminatório da prestadora, impedindo a adesão ao pré-pago em determinados municípios;
- Não atualização do cadastro dos usuários;
- Comercialização e ativação de aparelhos não homologados/certificados;
- Não cumprimento do prazo para resposta às contestações de débito;
- Prestadora não mantém a gravação das chamadas dos usuários aos centros de atendimento ou não fornece acesso à gravação;
- Prestadora não oferece o prazo mínimo para o usuário optar por outro plano de serviço;
- Não realização de transferência de titularidade;
- Não notificação ao usuário sobre o bloqueio da estação móvel;
- Relatório detalhado de serviços não conforme com a regulamentação;
- Envio do relatório detalhado de serviços após o prazo estabelecido ou não envio;
- Entrega do documento de cobrança em menos de cinco dias para a data do vencimento;
- A prestadora não devolve em dobro, acrescido de correção monetária e juros legais, os valores cobrados e pagos indevidamente ou devolve após o prazo;
- Suspensão do serviço por inadimplência em prazo inferior ao estabelecido e restabelecimento do serviço em prazo superior ao regulamentado;
- Bloqueio indevido do serviço;
- Fornecimento de informação incorreta ao usuário;
- Retenção indevida de solicitação de cancelamento;
- Cobrança de serviços após 24 horas da solicitação de rescisão;
- Contratos de fidelização com prazo de permanência superior a 12 meses;
- O contrato de prestação do serviço não contém todas as cláusulas obrigatórias;
- A prestadora não disponibiliza cartões com prazo de validade de 180 dias em todas as lojas próprias;
- A prestadora não fornece ao consumidor cópia do contrato de prestação de serviço, do contrato de adesão ou do plano de serviço contratado;
- Não disponibilização de planos na internet ou em setores de atendimento e não fornecimento de comparação entre os planos;
- Não disponibilização dos endereços dos setores de atendimento no site da prestadora;
- Alteração do plano de serviço ou de titularidade sem solicitação do usuário;
- Cobrança de multa rescisória não proporcional;
- Indisponibilidade de crédito pré-pago ou cancelamento de linha pré-paga antes do prazo;
- Não encaminhamento de chamadas aos serviços de emergência ou em casos de *roaming*;



- Não informação ao público em casos de interrupção ou indisponibilidade de serviços;
- Não é apresentado claramente o valor do benefício concedido;
- Inserção de usuário em sistema de proteção de crédito antes do prazo;
- Cobrança na fatura do consumidor de serviços não solicitados.

Diante desta realidade, o que se pode concluir é que a agência reguladora ainda não consegue coibir de forma incisiva e eficiente, evitando assim que as prestadoras cometam irregularidades e práticas abusivas contra os usuários de telefonia móvel e as medidas ainda não são suficientes para preservar e assegurar os direitos dos usuários de telefonia móvel.

6 – CONCLUSÃO

Diante do exposto, constatamos que a agência reguladora possui alguns entraves no fiel desempenho das suas atribuições, dentre os quais citamos as implicações políticas que terminam a afetar os interesses da coletividade.

Além desses entraves, podemos citar também a questão dos limites normativos, pois existe a prevalência, em tese, do Poder Legislativo na competência de editar e criar as leis, função típica reconhecidamente no lastro constitucional e, quanto ao Poder Executivo, por intermédio dos atos administrativos, sempre respaldados pelos limites legais, e regulamentar as leis em seus aspectos técnicos pelo poder normativo da agência reguladora.

Os limites impostos ao poder normativo da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL encontra-se nos próprios parâmetros legais, prestando um serviço de interesse público, utilizando-se de instrumentos normativos e do seu Poder de Polícia para coibir as possíveis irregularidades que possam acontecer, evitando e reparando algum eventual desequilíbrio, preservando o interesse coletivo.

Dentre as atribuições da agência, na atividade reguladora do Estado, compete a agência “adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade.”¹⁷⁷, entretanto como já citado há obstáculos políticos.

Apesar dessa atribuição, os direitos dos usuários continuam a ser violados pelas prestadoras e a Agência Reguladora, no desenvolvimento da sua atividade fiscalizatória, não consegue coibir em sua plenitude, fazendo com que os que se sentem prejudicados busquem a tutela jurisdicional assegurando assim os seus direitos.

177 – <http://anatelnet/Portal/exibirPortal.do#> acessado em 23 de maio de 2012

No dia 23/07/2012 a agência adotou medidas protetivas suspendendo a comercialização de novas linhas pelas prestadoras OI, TIM e CLARO por apresentarem um alto índice de reclamações de usuários no que tange à prestação do serviço, cuja repercussão foi em nível nacional.

Na Bahia, pontualmente a prestadora TIM ficou impedida de novas vendas, sendo condicionada a apresentar um Plano Nacional de Ação de Melhoria da Prestação do Serviço Móvel Pessoal (SMP), no prazo de até 30 dias, contendo medidas capazes de garantir a qualidade do serviço e das redes de telecomunicações, em especial quanto ao completamento e à interrupção de chamadas e ao atendimento aos usuários.

A medida foi louvável, entretanto o efeito esperado de imediato para os usuários ainda não foram objetivados, pois o usuário continua a sofrer com a má prestação do serviço.

As prestadoras buscaram a tutela jurisdicional para reverter à situação, porém, conforme decisão judicial, a medida da agência foi considerada regular, com supedâneo na Constituição Federal e na legislação setorial, preservando a autonomia, a qual não causou nenhum prejuízo ao consumidor.

No dia 03/08/2012, após a apresentação do plano de melhoria por Estado, a agência autorizou novamente que as prestadoras pudessem comercializar e ativar novos acessos.

Há que se considerar, no cenário atual, que, independentemente das medidas adotadas pela agência para proteger os direitos dos usuários, a Administração Pública possui responsabilidade objetiva pela ineficácia e ineficiência na defesa dos direitos dos usuários de telefonia móvel, e tendo em vista que no nosso ordenamento jurídico constitucional ficou consagrado a Teoria do Risco Administrativo.

Já existem precedentes no Supremo Tribunal Federal no intuito de aceitar a Teoria da Culpa Administrativa, responsabilizando a Administração Pública e seus agentes por suas omissões. (RE 172.025/RJ, Relator Ministro Ilmar Galvão, DJ de 19/12/1996; RE 130.764/PR, Relator Ministro Moreira Alves, RTJ 143/270; RE 369820/RS, Relator Ministro Carlos Velloso, DJ de 27/02/2004).

Responsabilizar apenas as prestadoras de forma indiscriminada e absoluta pela prática de irregularidades na prestação do serviço só com base no Código de Defesa do Consumidor e não responsabilizar a Administração Pública é uma forma injusta. Ambos devem ser responsabilizados, tendo em vista que os usuários precisam ser protegidos, já que remuneram mediante pagamento a utilização do serviço, eis que este continua sendo público apesar da concessão ou permissão.



7 – REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de Direito.** *In* Revista de Informação Legislativa. Brasília, v. 37, n. 148, out-dez/2000.

Aragão, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**, 16ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003; 18ª ed. 2005.

_____. **Discricionariedade e controle jurisdicional**, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade; por uma teoria geral da política.** Tradução de Marco Aurélio Nogueira, 8ª ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas.** Tese de doutorado. Orientadora Professora Doutora Maria Sylvia Zanella di Pietro. São Paulo, 2000.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do estado.** 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Direito administrativo.** 3. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2004.

CRETELLA JR, José. **Tratado de direito administrativo.** Vol. V 2. ed. São Paulo: Ed. Forense Jurídica, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado.** 19ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988.** São Paulo: Atlas, 1991.

_____. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 1999.

_____. **Participação popular na administração pública**, *in* Revista Trimestral de Direito Público, n. 1, São Paulo, Malheiros, 1993.

- _____. **Direito administrativo**. 15ª. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- _____. **Direito regulatório** – temas polêmicos. 2ª ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999.
- _____, GRINOVER, Ada Pellegrini, e WATANABE, Kazuo. **Participação e processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988.
- FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. **Eficácia jurídica e violência simbólica – o direito como instrumento de transformação social**. São Paulo, Editora Universidade de São Paulo, 1988.
- _____. (organizador). **Regulação, direito e democracia**. José Eduardo Campos de Oliveira Faria (organizador), São Paulo, Fundação Perseu Abramo, 2002.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Agências reguladoras: legalidade e constitucionalidade**, in Revista Tributária e de Finanças Públicas, vol. 8, n. 35, nov./dez., 2000.
- _____. **Introdução ao estudo do direito**, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 1994.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**, 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001.
- FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de direito administrativo**. 23ª ed., revista, ampliada e atualizada, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.
- FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público**, São Paulo: Max Limonad, 2000.
- GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Agências reguladoras: a metamorfose do Estado e da Democracia – uma reflexão de direito constitucional e comparado**. [on-line] Disponível via WWW. URL: <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto027.htm>
- GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.
- MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**, 3. ed. rev. e atualizada. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**, São Paulo: Malheiros, 2000.



MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MORAES, Alexandre. **As agências reguladoras**, in Revista dos Tribunais, vol. 90, n. 791.

MOREIRA, Vital. **Administração Autônoma e Associações Públicas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

NUNES, Rizzatto. **Manual da monografia jurídica**. 7ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2009.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito administrativo descomplicado**. 17 ed. ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PEREZ, Marcos Augusto. **As agências reguladoras no direito brasileiro: origem, natureza e função**, in Revista Trimestral de Direito Público, n. 23, julho/ 1998.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Fernanda Marinela de Sousa. **Direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Impetus, 2010.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 20. ed. São Paulo: Cortez, 1996.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 16ª ed., revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda Constitucional n. 20 de 15.12.1998), São Paulo, Malheiros, 1999.

O TRANSEXUAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Walmary Dias Pimentel¹⁷⁸

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 BREVE PERSPECTIVA PARA MELHOR COMPREENSÃO DO DESENVOLVIMENTO DO TEMA; 2.1 A EVOLUÇÃO DA SITUAÇÃO JURÍDICA DO TRANSEXUAL E DA CIRURGIA DE TRANSEXUALIZAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO EM UMA ANÁLISE COMPARADA; 3 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA; 3.1 BREVES CONSIDERAÇÕES; 4 O PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA IGUALDADE ENTRE AS PESSOAS E A VEDAÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO; 5 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE: O NOME E SUA NATUREZA JURÍDICA; 5.1 POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL; 6 CONCLUSÃO; 7 REFERÊNCIAS.

Resumo

O presente estudo tem como objetivo primordial trazer à discussão, sob a ótica dos princípios e direitos constitucionais, permeando pelos conceitos da medicina e da psicologia, numa abordagem interdisciplinar, e à luz do Direito Civil, a realidade jurídica dos transexuais, o exercício dos direitos inerentes à sua personalidade, tais quais a possibilidade de realizar a cirurgia de adequação sexual física à psíquica, como já devidamente autorizada pela lei, a fim de moldar o corpo ao psique e a modificação do prenome e sexo civil, visando a adaptação de elementos caracterizadores fundamentais da pessoa no âmbito coletivo compreendendo as realidades necessárias para um ajuste integral do transexual e consequente inclusão social. Uma realidade até então posta e que refletem princípios que prestigiam a dignidade humana como centro de todo o sistema instaurado. O percurso dos interessados na mudança de sexo é difícil, repleto de obstáculos de diversas ordens, onde muitas vezes o Judiciário representa a consolidação do sofrimento e da exclusão social. O exercício pleno da cidadania num estado democrático de direito exige o reconhecimento à redesignação sexual e retificação do nome e do sexo no registro civil, além do direito à família, especificamente, ao casamento e à filiação. Direitos constitucionalmente garantidos a todos brasileiros, independentemente de sua orientação sexual. Que Brasil queremos afirmar? Toda intolerância seja ela por motivo religioso, étnico, racista, sexista, de orientação sexual tem o mesmo genes. E a intolerância ganha dimensões de tragédia

178 – Defensora Pública de Classe Especial, Especialista em Direito do Estado pela Faculdade Baiana de Direito



quando é incrementada pelos aparelhos do Estado. Mas, por outro lado, também a leniência ou mesmo a abstinência do Estado em relação a essa matéria permite o esfacelamento do projeto democrático. Visando diminuir e/ou erradicar a discriminação sexual no Brasil, está em estudo o Estatuto da Diversidade Sexual, buscando dar visibilidade e impor respeito às diferenças de caráter sexual, bem como inserir os direitos das pessoas lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis e transgêneros no sistema jurídico. A educação é o fator que rege um país civilizado. O combate à discriminação sexual é apenas mais uma das formas de educar a sociedade para aprender o que é, de fato, humanidade.

Palavras-chave: Transexual; Direitos Constitucionais do Transexual; Transexualidade e os Princípios Fundamentais.

Abstract

The present study aims to bring primary discussion from the perspective of constitutional principles and rights, permeating the concepts of medicine and psychology, with an interdisciplinary approach, and concerning the Civil Law, the legal reality of transsexuals, the exercise of rights inherent in his personality, as well as the possibility of surgery to physical sexual adequacy psychic, as authorized by law in order to shape the psyche and the body modification, also the first name and sex civil, aiming at adapting fundamental elements that characterize person under the collective understanding of the necessary realities for a full set of transsexual and consequent social inclusion. A reality so far existed which bring us to reflect principles that honor the human dignity at the center of the whole system already set up. Pathways of interest in sex change is difficult, fraught with obstacles of various orders, in which the judiciary often represents the consolidation of suffering and social exclusion. The full exercise of citizenship in a democratic state of law requires the recognition of sex reassignment and rectification of name and sex in the civil registry, and the right to family, specifically, to marriage and parentage. Constitutionally guaranteed rights to all Brazilians, regardless of their sexual orientation. Every intolerance whether by religious, ethnic, racist, sexist, sexual orientation reasons have the same genes. And intolerance wins dimensions of tragedy when is incremented by the State apparatus. But on the other hand, also the leniency or even the withdrawal of the state in relation to this matter allows the breakdown of the democratic project. Aiming to reduce and / or eliminate sex discrimination in Brazil, the study of the Status of Sexual Diversity, seeking visibility impose respect for differences of a sexual nature, as well as inserting the rights of lesbian, gay, bisexual, transgender, transvestites and transgenders in the legal system. Education is the factor that governs a civilized country. The fight against sexual discrimination is just one of the ways to educate society to learn what is in fact humanity.

Keywords: Transexual; Constitutional Rights of Transgender; Transsexuality; Fundamental Principles.

1 – INTRODUÇÃO

“**I**nteressa-nos, enquanto profissionais do Direito, pensar e repensar a melhor a liberdade dos sujeitos, acima de conceitos estigmatizantes e moralizantes que servem de instrumento de expropriação da cidadania.”
(Rodrigo da Cunha Pereira)

Inserir os direitos dos transexuais no ordenamento jurídico brasileiro é um dos mais novos desafios dos operadores de Direito, em consonância com a nova realidade social e frente à necessidade de romper barreiras e fronteiras do tabu e preconceitos.

Nem sempre o *fato jurídico* se mostra capaz de acompanhar o *fato social* com a mesma velocidade com que este é produzido. Por vezes, a mobilização e luta se fazem necessárias para adequar à situação jurídica de determinado contexto à sua *situação de fato*. O Direito é uma construção social e o meio de atingi-lo é a luta. A comprovação de tal teoria se torna especialmente visível na análise das lutas de minorias sociais pela plena efetivação de seus direitos em qualquer âmbito.

A problemática do *sexo dos indivíduos* é um questionamento latente e discutido no Brasil há algum tempo até com sérias divergências jurisprudenciais. Durante longo tempo, tratado sob os aspectos anatômicos, parecia não apresentar problemas. Atualmente, a medicina considera outros aspectos, devendo-se ao sexo anatômico acrescer o sexo genético ou cromossômico, o sexo hormonal e o sexo psicológico ou psicossocial, que é a consciência do sujeito de pertencer a um sexo que é seu e determinar seu comportamento social.

O *transexualismo* se caracteriza por uma contradição entre o sexo físico aparente, determinado geneticamente, e o sexo psicológico. Não se confunde, portanto, com o intersexualismo – constituído por anomalias físicas, hormonais ou genéticas que conduzem a um sexo falso – ou com o homossexualismo. Nesse sentido, esclarece Antônio Chaves que:

a definição do sexo de um indivíduo obedece a critérios estabelecidos, que inclui o sexo genético que irá informar a constituição cromossômica, mas que, além disso, há influências psicológicas, socioculturais e ambientais que da mesma forma são responsáveis não só pelo estabelecimento do seu sexo de criação, como pelo seu comportamento e identificação sexuais, concluindo que a formação e a determinação do sexo de um indivíduo normal é fruto de inúmeros fatores e determinantes que constituem um universo inexplorado. (Direito à vida e ao próprio corpo. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 128)



Assim, a transexualidade caracteriza-se pelo imenso desejo de viver e de ser aceito como membro do sexo oposto e, ainda, pela vontade de se submeter a um tratamento hormonal e a uma cirurgia a qual torne o corpo compatível com a opção sexual desejada.

Diante do avanço científico, tornou-se possível a mudança do órgão genital externo através da realização do procedimento cirúrgico de transgenitalização para redesignação do estado sexual, a fim de promover a adequação da aparência da pessoa com o sexo ao qual ela se identifica.

Constatar-se-á, então, que o transexualismo permeia concepções históricas, sociológicas e médicas e, conseqüentemente, esbarra na esfera jurídica para a regulamentação de tema tão complexo, uma vez que o Direito há de acompanhar os fatos e acontecimentos do seu tempo, com o intuito de evitar e coibir injustiças sociais.

Em especial, as graduais e perceptíveis conquistas dos direitos das minorias transexuais têm se evidenciado no mundo jurídico nas últimas décadas. Desde a década de 70, os brasileiros têm acesso aos meios cirúrgicos para adequar sua situação física à sua situação mental e emocional como alguém do sexo oposto através da cirurgia de redesignação sexual. Contudo, o reconhecimento jurídico dessa prerrogativa não veio de imediato. Pelo contrário. Inicialmente, chegou a ser considerada uma prática criminosa em nosso ordenamento.

Ainda que atualmente não mais se considere tal ato como criminoso, o mero reconhecimento do Direito à mudança física não é suficiente para a plena efetivação dos direitos da personalidade para esses indivíduos. É necessário que a situação jurídica dos indivíduos que buscam esse tipo de alteração corresponda à sua situação de fato. E essa necessidade de concretização manifesta-se, por exemplo, através do registro civil.

Mais especificamente, o direito à adequação do nome, prenome e sexo no registro civil, de modo a garantir que tais pessoas usufruam plenamente de seus direitos em sua nova condição como alguém do sexo oposto, o que hoje ainda é extremamente polêmico.

Contemporaneamente, se questiona se a resposta oferecida pelo Direito vem obtendo sucesso em atender às necessidades e expectativas desse fato social. Estariam tais respostas caminhando na direção de corresponder aos anseios desses indivíduos em obter a plena efetivação de seus direitos? É o que se procura questionar na breve análise a seguir.

2 – BREVE PERSPECTIVA HISTÓRICA PARA MELHOR COMPREENSÃO DO DESENVOLVIMENTO DO TEMA

Convém que se faça um retrocesso histórico para melhor compreensão do transexualismo que, atualmente, nas diversas teorias que abordam essa questão o consideram um “transtorno de identidade”, dado a não conformidade entre sexo biológico e gênero.

O século XVII introduziu a possibilidade das teorias biológicas da sexualidade, que prescindiu de condições jurídicas impostas aos indivíduos. Surge paulatinamente a construção do pensamento no qual se viabilizava a ideia da mistura de dois sexos em um só corpo e restringia a “livre escolha dos indivíduos incertos.” (Foucault, 1993, p.116)

Na Segunda Guerra Mundial, com o Tribunal de Nuremberg, os direitos humanos ganharam força, visto que aconteceram horrores que não poderiam mais ser admitidos.

Tornou-se então necessário que o tema passasse a ser uma preocupação mundial e com a Declaração de Direitos Humanos de 1948, instaurou-se um novo modo de pensar os direitos humanos, construindo-se um mecanismo internacional de proteção e reconhecimento desses direitos, pautado em um novo referencial ético.

Consequentemente inicia-se o caminho no sentido da formalização e procedimentalização desses direitos, na esperança da efetivação das expectativas de cidadãos, que não viam suas angústias sequer mencionadas pela sociedade e tampouco por algum arcabouço jurídico que os protegesse e os amparasse. Certamente uma longa trilha há de ser percorrida.

Na construção desses direitos, foram elaborados diversos tratados e constituições, a saber:

- Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789;
- Constituição Mexicana de 1917;
- Constituição de Weimar de 1919;
- Carta das Nações Unidas de 1945 – instaura a concepção contemporânea dos direitos humanos;
- Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 – objetivo precípua de proteger a dignidade humana;
- Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966;
- Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966;
- Declaração de Viena de 1993 – reafirmação da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 – concebe um novo modo de pensar os direitos humanos. A denominada concepção contemporânea dos direitos humanos, onde eles são aplicados a todas as pessoas, universalmente.



2.1 – A EVOLUÇÃO DA SITUAÇÃO JURÍDICA DO TRANSEXUAL E DA CIRURGIA DE TRANSEXUALIZAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO EM UMA ANÁLISE COMPARADA

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 consolida a proteção dos direitos humanos. Princípios e normas que regem a matéria encontram-se nos seguintes artigos:

- Art. 1º, inc. III, que traz o Princípio da dignidade humana;
- Art. 3º, inc. IV, o Princípio da Igualdade.

Outrossim, necessário o avanço de legislação que possibilite esse novo olhar. Nesse sentido, BUTLER (2002:18) esclarece que é “importante pensar por meio de normas reguladoras se materializam os sistemas sexo-gênero.”

Em nosso país, o procedimento cirúrgico que permite a transexualização foi recentemente adotado. Segundo GUIMARÃES (2007: 37)

Tal procedimento cirúrgico [...] está regulado pela Resolução nº 1.482/1997, do Conselho Federal de Medicina, que admite a cirurgia de transgenitalização, a título experimental, desde que cumpridos determinados requisitos, como a maioria, acompanhamento de uma equipe médica multidisciplinar, ausência de transtornos mentais e outros.

Dessa forma, a transexualidade no Brasil, após o advento recente da permissão da cirurgia, suscita o aprofundamento na matéria, bem como a necessidade de normatização própria. O Código Civil, em seu artigo 13, dispõe que:

Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único – O ato previsto nesse artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Por sua vez, o Enunciado nº 276, da IV Jornada de Direito Civil do CEJ do STJ, reforça tal dispositivo legal:

O art. 13 do Código Civil, ao permitir a disposição do próprio corpo por exigência médica, autoriza as cirurgias de transgenitalização, em conformidade com os procedimentos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina, e a conseqüente alteração do prenome e do sexo no Registro Civil.

Hodiernamente, se faz necessário conceituar a característica que define um indivíduo como transexual. Maria Helena Diniz¹⁷⁹ apresenta, de forma clara, as definições de diversos autores:

“Transexualidade é a condição sexual da pessoa que rejeita sua identidade genética e a própria anatomia de seu gênero, identificando-se psicologicamente com o gênero oposto. Trata-se de um drama jurídico-existencial por haver uma cisão entre a identidade sexual física e psíquica. É a inversão da identidade psicossocial, que leva a uma neurose racional obsessivo compulsiva, manifestada pelo desejo de reversão sexual integral. Constitui, por fim, uma síndrome caracterizada pelo fato de um pessoa que pertence, genotípica e fenotipicamente, a um determinado sexo ter consciência de pertencer ao oposto. O transexual é portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência a automutilação ou auto extermínio. Sente que nasceu com o corpo errado.”

O transexualismo é considerado, pela medicina, uma “síndrome de disforia de gênero.” Essa síndrome engloba e determina um estado emocional de constante ansiedade e depressão do indivíduo.

Segundo a Classificação Internacional de Doenças (CID – 10 – F.64.0), o transexual caracteriza-se por: um desejo de viver e ser aceito como um membro do sexo oposto, usualmente acompanhado por uma sensação de desconforto ou impropriedade de seu próprio sexo anatômico e um desejo de se submeter a tratamento hormonal e cirurgia para seu corpo tão congruente quanto possível com o seu sexo preferido.

Historicamente, o primeiro paciente a ser submetido a uma cirurgia de mudança de sexo foi o soldado norte-americano George Jorgensen, alterando fisicamente seu sexo (de masculino para feminino) que passou a adotar, em 1952, o nome de Christine Jorgensen.

Já no Brasil, a primeira cirurgia de transexualização registrada oficialmente foi datada em 1971, quase duas décadas após o caso Jorgensen. O procedimento foi realizado no (a época) senhor Waldir Nogueira pelo Dr. Roberto Farina.

Tendo sido denegado o pedido feito à Justiça Estadual por Waldir Nogueira para retificação de seu nome e sexo no âmbito do registro civil, houve a instauração de inquérito policial para averiguação dos fatos. Ao tomar ciência, o Ministério Público Estadual ofe-

179 – DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. 6ª ed. Revisada, aumentada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 280-281.



receu denúncia em face do médico. Ao réu foi imputado o crime previsto no art. 129, § 2º, inciso III do Código Penal: “Lesão Corporal de Natureza Grave por ter resultado na perda ou inutilização de função.” Em primeira instância, o juízo da 17ª Vara Criminal de São Paulo (Processo nº 779/76) condenou o réu a pena de dois anos de reclusão, julgando procedente a denúncia, tendo sido o Dr. Roberto Farina beneficiado por *sursis*, visto se tratar de réu primário.

No entanto, a segunda instância foi favorável ao réu. Após longo julgamento, foi dado provimento ao recurso e o réu absolvido pela 5ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo. Dentre as razões que motivaram a decisão, houve o reconhecimento do Tribunal de que a suposta “vítima” do ato realizado pelo médico apresentava uma personalidade totalmente feminina. Não apenas pensava como uma mulher, mas também agia como uma, e, ao apresentar seu depoimento, demonstrou-se extremamente satisfeita com o resultado dos procedimentos médicos. Dessa forma, a adequação do seu estado físico ao seu estado psicológico se deu como uma maneira de melhorar a qualidade de vida do indivíduo, uma solução terapêutica. Dentre muitos especialistas contemporâneos ao caso¹⁸⁰, cujos pareceres constaram nos autos do processo, deu seu parecer à Associação Paulista de Medicina:¹⁸¹

Esse precedente da justiça paulista constituiu-se como um passo inicial para que o ordenamento jurídico caminhasse na direção de reconhecer tal prática como legítima. É evidente que tal processo de aceitação não tem se dado sem controvérsias ou oposições.

Provavelmente, motivado pela comoção causada pelo processo, foi aprovado pelo Congresso Nacional o Projeto de Lei nº. 1909-A de 1979, que acrescentaria um parágrafo 9º ao art. 129 do Código Penal, com a seguinte redação: “Não constitui fato punível a ablação de órgãos e partes do corpo humano, quando considerada necessária em parecer unânime de Junta médica e precedida de consentimento expresso de paciente maior e capaz.”

180 – “Reconhecemos que o senso comum de nossa população ainda não está suficientemente informado, ao contrário de outros países, onde já existe inclusive jurisprudência formada sobre a ação médica nessas alterações e cuja experiência não podemos deixar de reconhecer”⁶⁴ Especialmente elucidativo quanto a essa situação foi o parecer de 1978 do jurista Heleno Cláudio Fragoso, que proferiu parecer onde entendeu que o cirurgião condenado pelo crime de lesão corporal grave havia atuado estritamente dentro dos limites do exercício do direito, não tendo praticado crime algum. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Transexualismo – Cirurgia. Lesão Corporal*. Revista de Direito Penal, nº 25, Rio de Janeiro: Forense, 1979. P. 25-34.

181 – Ainda que no âmbito da Associação Paulista de Medicina houvesse consenso quanto ao caráter terapêutico de tais cirurgias, o próprio Conselho Federal de Medicina levou algum tempo antes de se manifestar de forma concreta sobre o tema. Em 1991, o Conselho emitiu dois pareceres específicos onde condenava a prática da cirurgia de mudança de sexo em transexuais, por entender tratar-se de uma forma de mutilação grave, bem como ofensa à integridade corporal do indivíduo. Em 1997, o próprio Conselho aprova a Resolução nº 1482/97 que autoriza os hospitais públicos ligados à pesquisa a realizarem de forma gratuita a cirurgia de mudança de sexo. No ano 2002, o Conselho edita a Resolução nº 1.652, dispondo acerca da cirurgia de transexualização, revogando a Resolução nº 1.482/97. Ambas as resoluções podem ser encontradas na íntegra em <http://www.gendecare.com/library/cfmtrans.html>

Contudo, a polêmica social, em especial no âmbito religioso, motivou o então Presidente, General João Batista Figueiredo, a vetar o referido projeto de lei.

Outros projetos de lei, ainda não aprovados, dispõem sobre o tema. Por exemplo, o Projeto de Lei nº 70 de 1995 visa acrescentar parágrafo ao artigo 129 do Código Penal com a redação de que “não constitui crime a intervenção cirúrgica realizada para fins de ablação de órgãos e partes do corpo humano quando, destinada a alterar o sexo de paciente maior e capaz, tenha ela sido efetuada a pedido deste e precedida de todos os exames necessários e de parecer unânime de junta médica”, bem como acrescentar na Lei 6.015 de 1973, a Lei de Registros Públicos, a hipótese adicional na mudança de prenome nos casos em que tenha havido intervenção cirúrgica para mudança de sexo.

A atuação do Poder Legislativo ainda não conseguiu apresentar resposta a esse fato social. Em sua busca pela cidadania plena, o transexual se depara com a falta de dispositivo legal que regulamente tanto a mudança cirúrgica de gênero quanto a alteração no registro civil que adequaria sua situação jurídica à sua situação fática.

Devido ao desacordo moral que permeia a sociedade brasileira, as majorias não têm aprovado lei regulamentando o tema. O Direito, então, tem encontrado na jurisprudência, na construção do entendimento consolidado dos tribunais da república, a forma de lidar com tais conflitos. A jurisprudência tem desempenhado, a esse respeito, um importante papel contra majoritário.

Um exemplo bastante controverso foi o caso Roberta Close, que em 1989 realizou a cirurgia de redesignação sexual na Inglaterra e, após a realização da cirurgia, ingressou em juízo postulando a retificação do registro civil, obtendo êxito em 1992. Contudo o Ministério Público recorreu da decisão, que foi reformada pelo Supremo Tribunal Federal em 1997, indeferindo o pedido da autora.

Em 1997, a produção doutrinária sobre o tema ainda era vaga. As informações das quais os magistrados dispunham eram em muito fundadas em preconceito e desconhecimento. Assim, em 2001, já dispondo de pareceres e vasta produção doutrinária sobre o tema, bem como diversas resoluções do Conselho Federal de Medicina, a autora obteve sucesso em uma nova ação, cabendo a ressalva de que não houve o desrespeito a coisa julgada material por se tratar de jurisdição voluntária e pelos novos fundamentos técnico-doutrinários da ação.

Já no âmbito do direito comparado, é expressiva a corrente favorável ao reconhecimento do transexualismo e dos direitos inerentes a tal circunstância, tanto pela via



judicial quanto pela legislativa¹⁸². A legislação sueca¹⁸³, italiana¹⁸⁴, holandesa¹⁸⁵, alemã¹⁸⁶, canadense¹⁸⁷, espanhola¹⁸⁸, mexicana¹⁸⁹ e norte-americana (em alguns estados¹⁹⁰) consagram os direitos dos transexuais de forma plena em seus respectivos ordenamentos.

Já no Direito Comunitário, a característica jurídica da primazia deste sobre o Direito Interno dos países integrantes da União Europeia¹⁹¹ possibilita às cortes internacionais competentes exercerem um controle sobre a compatibilidade das disposições de Direito Interno aos tratados de Direito Comunitário. Essa peculiaridade do Direito Comunitário possibilitou o surgimento de uma controvérsia jurídica que, mais tarde, se consolidaria como uma decisão paradigmática para o reconhecimento dos direitos dos transexuais europeus. Trata-se do caso *Goodwin vs. United Kingdom*¹⁹², onde a Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu que, no caso concreto, o Reino Unido agiu de forma incompatível com a Convenção Europeia de Direitos Humanos ao falhar em garantir as prerrogativas a que a autora teria direito como alguém do sexo oposto. A autora, transexual que havia modificado cirurgicamente seu sexo de masculino para feminino, alegava que a falha em reconhecê-la juridicamente como mulher lhe causava inúmeros constrangimentos, tais quais não poder se aposentar na idade mínima exigida para mulheres (60 anos no Reino Unido) e ter sua privacidade violada pelos colegas de trabalho, que através de seu Número de Seguro Nacional descobriam que Goodwin era transexual. Felizmente, a Corte Europeia de Direitos Humanos reconheceu a violação das disposições a respeito da privacidade do indivíduo, contida da

182 – Para uma análise mais densa da legislação comparada, recomenda-se VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Nome e Sexo – Mudanças no Registro Civil*. 1ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. P. 233-240.

183 – A legislação sueca foi pioneira na Europa ao estabelecer pela primeira vez uma lei para regular a matéria, conhecida como “Lagonfastallandeavronstilhohighet i vissafall”, de 1972. Tal diploma normativo permite ao indivíduo insatisfeito com seu estado sexual original recorrerem à autoridade administrativa competente, para que esta reconheça seus direitos de forma plena, admitindo ainda a possibilidade de recurso no caso de decisão denegatória.

184 – No direito italiano, a primeira tentativa de criação de uma lei que reconhecesse os direitos dos transexuais tramitou em 1980 na Câmara dos Deputados, visando modificar o artigo 454 do Código Civil. O projeto não obteve êxito em sua tramitação, cabendo a uma lei posterior, de 1982, garantir de forma plena o direito à adequação sexual.

185 – Na Holanda, a entrada em vigor da lei que atualmente dispõe da mudança de nome e sexo no Registro Civil dos transexuais se deu em 1985, alterando e adaptando as disposições do Código Civil com a inserção dos artigos 29-A e 29-D e adaptação do artigo 21-A do mesmo diploma normativo.

186 – Na forma da lei conhecida como “transsexuellengesetz” de 1980, vigorando a partir de 1981.

187 – O Código Civil de Quebec dispõe sobre as alterações de nome e sexo no registro civil em seus artigos 57 a 74.

188 – A Espanha aprovou em 2007 a Lei de Identidade de Gênero, que permite aos transexuais adequarem seu nome e sexo no registro civil, com ou sem cirurgia de redesignação sexual, bastando que um médico constate a necessidade dessas alterações para aquele indivíduo.

189 – No México, em 2008, uma reforma do Código Civil passou a prever a alteração de nome e sexo dos transexuais em seus documentos oficiais.

190 – Nos Estados Unidos, vários estados possuem meios jurídicos de reconhecimento aos direitos dos transexuais. Na Louisiana, por exemplo, há norma que diz que “any person born in Louisiana who, after having been diagnosed as a transsexual or as a pseudohermaphrodite, has sustained sex reassignment or corrective surgery which has changed the anatomical structure of the sex of the individual to that of a sex other than that which appears on their original birth certificate of that individual, may petition a Court of competent jurisdiction to obtain a new certificate of birth”. O mesmo ocorre no estado de Illinois, onde uma lei de 1962 permite a retificação no registro civil.

191 – Tal princípio passou a ser reconhecido de forma expressa após a decisão do Tribunal de Justiça das Comunidades no paradigmático caso *Costa vs. ENEL*, onde se firmou o entendimento de que o ordenamento jurídico interno dos países integrantes da Comunidade Europeia não possuiriam legitimidade para contrariar disposições contidas nos tratados comunitários. Sobre o tema, Cf. LEGALE FERREIRA, Siddharta. O direito público no século XXI: Da constitucionalização à internacionalização do direito, mimeo, 2009.

192 – Caso *Christine Goodwin vs. United Kingdom*. Disponível no site da Corte Europeia de Direitos Humanos, em www.echr.coe.int.

Convenção Europeia de Direitos Humanos, o que impediu que a informação que se tratava de indivíduo transexual fosse revelada. Reconheceu também o direito de Goodwin (e, conseqüentemente, qualquer transexual que houvesse se tornado mulher) de se aposentar com 60 anos.

Um diploma internacional, em especial, merece destaque. A Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos estabelece que todos possuem direito ao respeito por sua dignidade e direitos humanos, independentemente de suas características genéticas. Essa dignidade faz com que seja imperativo não reduzir os indivíduos às suas características genéticas e respeitar sua singularidade e diversidade¹⁹³. O sexo é justamente uma característica determinada geneticamente, de tal forma que o transexual encontra nessa declaração mais um fundamento para pleitear seu direito de ser reconhecido da forma que realmente é.

3 – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

3.1 – BREVES CONSIDERAÇÕES

No entendimento de GUNTHER (2009:108), “Dignidade é indissociável de autonomia, de liberdade. [...]”. Já para SANTOS (2000:63), “[...] O conceito de dignidade é supra individual e remete ao gênero humano ou à espécie.”

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, previsto no artigo 5º e incisos da Constituição Federal, põe por terra todos os argumentos que existem e que venham surgir, tais como a insegurança jurídica, sob o fundamento de que outrem poderia ser ludibriado a se casar com alguém sem saber que, de fato, trata-se de um transexual; que o aspecto cromossômico é que deve prevalecer; e da ausência de previsão legal, uma vez que tudo em matéria de registro público aplica-se o princípio da legalidade restrita, e a Lei 6.015/73 é omissa quanto a essa possibilidade, sendo *numerus clausus*.

Como bem manifestou SARLET, *apud* Apelação Cível nº 70013909874, Relatora Desembargadora Maria Berenice Dias “A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que leva consigo a pretensão ao respeito por parte dos demais.”

Na ideia da dignidade da pessoa humana, um dos objetivos da sociedade é tornar o homem mais feliz, e se aquele nome masculino ligado a uma pessoa feminina, ou o inverso, está colocando a pessoa em uma situação de vexame, expondo-a ao ridículo, o ordenamento

193 – Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos. Disponível em http://www.ghente.org/doc_juridicos/dechumana.htm. Acesso em 10/10/2009.



jurídico, ainda que não faça previsão, permitiria sim, bastando para isso a interpretação da Lei de Registros Públicos, conforme a Constituição Federal de 1988.

Discorrendo brevemente sobre princípios e para que se compreenda a sua preponderância sobre as normas, é de suma relevância ressaltar que eles, até então, encontravam-se esparsos em legislações, vindo a ganhar importância e a serem positivados pelas magnas cartas surgidas após a I Guerra Mundial, com a precípua função de estabelecer valores, de serem utilizados na interpretação, integração, conhecimento e aplicação do Direito Positivo e, ainda, de impor limites à atuação do Estado.

Os princípios são dotados de generalidade, estendendo-se a diversas situações, e de um elevado grau de abstração, o que não inviabiliza a sua aplicação imediata. Ao contrário das normas, têm a peculiaridade de se adaptar a diversas situações, o que o torna capaz de evoluir e acompanhar as mudanças dos sistemas e da evolução social.

Acreditam os autores que princípios devem reger a matéria, visando à construção de novos rumos a serem adotados em nosso País, com o intuito de proteger e amparar os transexuais e aqueles que com eles se relacionam.

Corroborando esse pensamento, esclarece Canotillo:

(...) os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos (...) convivência dos princípios é conflitual (...) os princípios coexistem; as regras antinômicas excluem-se; (...) ao constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à 'lógica do tudo ou nada'), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes (...) em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objecto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas 'exigências' ou 'standards' que, em 'primeira linha (*prima facie*), devem ser realizados(...) suscitam problemas de validade e peso. (CANOTILLO, *apud* ESPÍNDOLA, 1999, p. 66.)

Também nesse sentido, afirma GUNTHER (2009: 107): "Dignidade da pessoa humana não indica só um dever do Estado, um conteúdo social-programático, mas um norte interpretativo de todo o sistema jurídico constitucional ou infraconstitucional!"

Diante disso, o que deve prevalecer: a boa-fé dos particulares e a segurança jurídica ou a felicidade do ser humano, que apresenta uma doença que pode gerar graves consequências pela sua não aceitação?

4 – O PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA IGUALDADE ENTRE AS PESSOAS E A VEDAÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO.

Para Hannah Arendt, “a igualdade não é um dado, mas um construído” (Entre o passado e o futuro: o conceito de história antigo e moderno. 2ª ed. São Paulo: Perspectiva, 1979, p. 123), de forma que a todos cabe enfatizar a busca da aplicação e da concretização dos direitos humanos, notadamente quando alçados ao status constitucional que, num regime democrático de direito, impõe, possibilita e conta com a participação ativa e efetiva de todos.

É absolutamente atual a lição de Rousseau, quando perquire, no prefácio do “Discurso sobre a desigualdade dos homens”: “Como conhecer, pois, a origem da desigualdade entre os homens, a não ser começando por conhecer o próprio homem?” (*apud* DELBOSIN, Victor. A filosofia prática de Kant. Rio de Janeiro: Zahar, 1989, p. 99).

Há um sem número de conceitos propostos por doutrinadores pátrios e estrangeiros para o que possa vir a ser direitos humanos. Mas é possível concluir que são aqueles inerentes à pessoa, que visam resguardar a sua integridade física e psicológica perante seus semelhantes e perante o Estado em geral, de forma a limitar os poderes das autoridades. Assim, garante-se o bem-estar social pela igualdade, fraternidade e proibição de qualquer espécie de discriminação.

Como ressaltou Flávia Piovesan, “[Discriminação] significa toda distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e liberdades fundamentais, nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo. Logo, a discriminação significa sempre desigualdade.” (PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 206)

Uma análise, ainda que por demais sucinta da nossa conformação constitucional, revelará que o sistema difuso é um mecanismo de controle de constitucionalidade que já fixou firmes raízes na prática institucional brasileira.

Na atualidade, ele se densificou essencialmente por meio do recurso extraordinário (art. 102, III, CRFB) e demonstrou ser um valioso instrumento processual de dinâmica constitucional, por meio do qual os cidadãos podem levantar as suas pretensões e seus questionamentos. Ele contribui para a formação do que Häberle chamou de uma “sociedade aberta de intérpretes da Constituição” (Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997, p. 55), sendo possível afirmar que:



“Assim, no País, nosso controle de constitucionalidade pode dar-se como preliminar de mérito em qualquer processo, cível ou penal, de tal forma que todo cidadão tem o direito de se opor ou de argüir uma inconstitucionalidade e todo juiz ou tribunal, da primeira à última instância, não só pode, mas deve, como atividade típica e função intrínseca à jurisdição brasileira, apreciar a constitucionalidade de lei ou ato normativo de qualquer espécie, negando a aplicação de ‘comando’ evadido de inconstitucionalidade.” (CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 208)

No sentido inverso, uma forte corrente capitaneada por Gilmar Ferreira Mendes pugna pela ampliação e predomínio do controle concentrado. Para tanto, emprega um sofisticado arsenal teórico para restringir o controle difuso e pretende demonstrar que o modelo concentrado propicia maior segurança jurídica, pois é mais célere e uniforme em termos processuais.

Afirma Gilmar Mendes que a Constituição Federal de 1988, ao aumentar o número dos que possuem legitimidade ativa para a propositura de ações diretas de inconstitucionalidade, como exposto anteriormente, reduziu sensivelmente o alcance do controle incidental/difuso, “permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas” (MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. *O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 134, abr./jun., 1997, p. 17).

As abordagens jurídicas que fortalecem demasiadamente o controle jurisdicional concentrado, em detrimento do tipo difuso ou incidental, se revelam discriminatórias. Essa última espécie de sistema de controle de constitucionalidade, em razão de sua maior abertura e proximidade com a coletividade, permitem uma constante e salutar atualização interpretativa do texto constitucional, que, em um paradigma democrático de direito, como o consubstanciado na Constituição de 1988, deve estar sempre apto a ser relido e tematizado por todos os seus interessados e destinatários.

A inserção dessa forma de controle, inserida no campo paradigmático do Estado democrático de direito na Constituição “cidadã” de 1988, marca uma profunda ruptura com as concepções jurídicas anteriores, já que, à luz dos princípios consagrados constitucionalmente, tomam enorme vulto garantias fundamentais e, por isso mesmo, inafastáveis de participação dos cidadãos, na esfera política ou jurisdicional, revelando que todos estão autorizados a sermos intérpretes do texto constitucional, respaldando a nossa tradição de controle difuso.

Em outros termos, como ensina Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, “há muito tempo questões jurídicas deixaram de ser tão-somente um problema de *experts* para se tornarem questões de cidadania” (*Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 165).

Verifica-se a dificuldade em se admitir que a sociedade civil, como um todo, seja intérprete necessária do texto maior, além da crença iluminista em que um método ou racionalidade infalível, no caso em questão, a Ação Direita de Constitucionalidade, seria capaz de produzir, ontologicamente, certeza e segurança jurídicas, na ilusão de que uma decisão, por si só, apenas por se fundamentar no argumento da “autoridade qualificada, se impusesse, em uma inútil tentativa de se exorcizar o risco da divergência, não reconhecendo que a democracia requer esse potencial dissenso em um consenso.”

Como disse Peter Häberle:

“Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição.” (Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997, p. 15)

Assim, a possibilidade de uma participação/interpretação o mais difusa possível é considerada requisito essencial para se ter um sujeito constitucional democrático.

Salienta-se que todas essas afirmações possuem, como pano de fundo, o paradigma do Estado democrático de direito, no qual se deve buscar o reforço constante da tolerância com a diferença, com o outro, aferindo que a democracia é um projeto em contínua construção.

Na democracia, a sociedade civil organizada é compreendida, em si mesma, como esfera pública, possuindo, dessa maneira, a tarefa de estar em vigília contra essa reiterada possibilidade de privatização.

Em outras palavras, em um Estado democrático de direito plural, no qual convivem projetos de vida os mais diversos possíveis, uma saída possível para se lidar com a complexidade que a modernidade impõe é ampliar e reforçar o modelo de controle de constitucionalidade difuso, tornando plausível que quaisquer temas ou interesses sejam nele levantados e discutidos e visualizando a democracia como um processo interminável, sem exigir uma segurança definitiva, no qual os membros desse mesmo Estado democrático de direito consigam se reconhecer como autores do ordenamento jurídico ao qual se submetem, em uma efetiva autolegislação.



Na esteira de tais ensinamentos, faz-se vivo o tecido jurídico social, composto por pessoas, instituições e representatividades das mais diversas ordens, na busca constante do aperfeiçoamento, otimização e humanização do Direito como instrumento hábil e eficaz à concretização e tutela plena dos direitos humanos e fundamentais.

Mas, de qualquer forma, mudanças não haveria nunca, não fossem os obstinados. É necessário continuar aprendendo, desfrutar os desafios e tolerar a ambiguidade, pois, em definitivo, não existem certezas. E o que estiver sendo feito com convicção, com dedicação, com seriedade, ética e desprendimento será muito mais importante do que aquilo que efetivamente for conseguido. Pelo simples fato de está-lo fazendo, já será suficiente para a sensação de se estar participando do desenvolvimento do direito, visto como ciência da humanidade, voltada a atender às necessidades e expectativas do ser humano.

Basta, por ora, a certeza da necessidade do caminhar, do descobrir, do porvir.

Manter-se em vigília, permitir-se ser invadido por novas ideias e novos ideais, dar-se o direito de refletir, pensar, questionar e eventualmente mudar de opinião – esse parece o papel do jurista da modernidade, despido de conceitos preconcebidos, de feições imodificáveis, de verdades absolutas.

Não há qualquer valor científico, cultural e humano em manter-se alienado, alheio e de olhos vendados para as significativas mudanças que vêm sendo verificadas em todo o mundo e, principalmente, nas relações familiares, afetivas e sociais.

A sociedade como um todo está ansiando por um Judiciário forte o suficiente para não se deixar corromper pelas forças financeira e política, altaneiro o necessário para não se rebair ou se deixar levar pela vontade de agradar ou se pautar por interesses e valores outros, que não seja a busca de sua função precípua de distribuição de justiça de forma equitativa, equilibrada e isonômica, realizadora da Constituição Federal e dos projetos nela inseridos.

E este Poder Judiciário sequer está cada vez mais distante daquele que foi herdado dos tempos de força, de épocas em que representava nada mais do que o “braço armado” do Poder Executivo, servil, submisso, dependente e sem a estatura moral que o caracterizasse como verdadeiro poder.

É deste Judiciário frágil, estigmatizado pelo privilégio, vergado pela decadência de escândalos envolvendo seus membros, em episódios, felizmente, minoritários, que o cidadão já está por demais enfasiados. O cidadão, agora, pugna veementemente por reforma, até para que possa ver o resultado final de seus processos ainda durante sua vida, ao contrário do que ocorre atualmente.

Nesse ambiente fragilizado, correntes menos interessadas na justiça se aproveitam para lançar teses que, no fundo, representam o engessamento do Poder Judiciário, transformando-o em mera instituição ou órgão como são a súmula vinculante, o controle externo e outros. É certo que:

Muitos países estão colocando as reformas legais e judiciais como parte de seus programas de desenvolvimento. Isso é resultado do crescente reconhecimento de que o progresso econômico e social não é atingível de forma sustentável sem respeito às regras fixadas nas leis e à consolidação democrática, e sem uma efetiva proteção dos direitos humanos amplamente definidos; cada um desses pontos requer um bom funcionamento do Judiciário, que interprete e dê força às leis, equânime e eficientemente. Um Judiciário efetivo é previsível, resolve casos em um tempo razoável e é acessível ao público. (BANCO MUNDIAL. Court performance around the world: a comparative perspective. 1999. (World Bank Technical Paper, n. 430).

Assim, não parece restar dúvidas de que a justiça se alcança por meio da tutela dos direitos constitucionalmente amparados e da legitimidade de suas decisões.

A legitimidade (ou legitimação) se alcança pela justificação, necessariamente ligada aos fundamentos dos direitos que, na lição de Ricardo Lobo Torres, é um tema geral que se abre a diferentes respostas, inclusive positivistas (A Legitimação dos Direitos Humanos e os Princípios da Ponderação e da Razoabilidade. *In*: (Org.). Legitimação dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 400) e, mencionando Luis Roberto Barroso – para quem parece derivar do Estudo do fundamento para o da legitimação: “A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos supra positivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central” (Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 54, 2001) –, afirma que a legitimidade do Estado moderno tem que ser vista, sobretudo, a partir do equilíbrio e harmonia entre valores e princípios jurídicos afirmados por consenso.

Ricardo Lobo Torres menciona Miguel Reale, para quem a questão da legitimidade está vinculada à própria validade ética, a qual é entendida como a “adequação do direito a valores e ideias aceitos pela comunidade.” Citando Habermas (Para a reconstrução do materialismo histórico. São Paulo: Brasiliense, 1983, p. 223-224), conclui que “a distinção entre legitimidade e legitimação, em síntese, está em que aquela se apoia no consenso sobre a adequação entre o ordenamento positivo e os valores, enquanto a legitimação consiste no próprio processo de justificação da Constituição e de seus princípios fundamentais.”



Após analisar os modelos de legitimação teológico, teleológico e contratual, este vinculando à liberdade, igualdade e fraternidade, Ricardo Lobo Torres explica que o Estado legitima-se por intermédio da manifestação da vontade geral e do contrato social, desde que prevaleça a tríade da Revolução Francesa. O autor informa que a legitimação do Estado advém, ainda, da liberdade, da justiça e da segurança dos direitos e que a doutrina da legitimação do Estado é desenvolvida por Hobbes, Locke, Rousseau e Kant da seguinte forma:

Na teoria de Hobbes [Leviathan] a ideia central é a segurança dos direitos." O homem no Estado de Natureza era inimigo do homem e vivia permanentemente em guerra. Pelo contrato social abdica de uma parte de sua liberdade em favor do Estado, que, por seu turno, lhe garante a preservação dos direitos. [...]

Com Locke há mudança de argumentação, e a liberdade ganha espaço na legitimação do Estado. A finalidade da união dos homens sob o Estado é a preservação da propriedade, que deve ser obtida pela legislação promulgada e conhecida pelo povo e dirigida à garantia da paz, segurança e bem público das pessoas.

Rousseau assenta a ideia de contrato social na liberdade com afirmar que "o que o homem perde pelo contrato social é a sua liberdade natural e um direito limitado a tudo que almeja e pode obter; o que ganha é a liberdade civil e a propriedade de tudo que possui."

Na Filosofia de Kant a liberdade ocupa também lugar de destaque... É fruto do dever ser em que se constitui a máxima de que cada qual deve transformar o seu agir em regra universal de conduta. A partir daí há certa concordância entre liberdade e lei, o que se faz com que o Estado se legitime através de suas leis obtidas em liberdade." (TORRES, 2002, p. 42.)

A segurança jurídica fundamentada apenas na força da lei acabou por perder sua credibilidade quando se realizou o Estado social, no qual preponderava a segurança social, e não a individual. Lobo Torres informa:

A liberdade já se confunde com a só legalidade, senão que vai se abrir também para o diálogo com a justiça e a segurança. A justiça perde o conteúdo que se acreditou ter por intermédio de regras de ouro e passa a ser procedimental, aberta a regras que fundamentam a democracia. A segurança jurídica compreende também a segurança social que, através de princípios como os da dignidade humana e da cidadania, vai ganhar seu lugar na Constituição. (2002, p. 445)

Nesse ponto, o autor propõe que mesmo os princípios da dignidade, da liberdade e da justiça devam sofrer a influência da ponderação, da razoabilidade, da transparência e da igualdade. Invocando Robert Alexy, diz que a legitimação da decisão judicial só pode derivar da “argumentação jurídica racional, que a ideia de racionalidade discursiva apenas se realiza em um Estado Democrático Constitucional e que é impossível um Estado Democrático Constitucional sem discurso.” (2002, p. 446).

Assim, as decisões emanadas do Poder Judiciário devem ser suficientemente justificadas, segundo os princípios da ponderação e da razoabilidade, para que possam ser consideradas legítimas – situação que se antagoniza com a simples técnica da subsunção, eminentemente positivista e despreocupada com os direitos fundamentais da pessoa humana.

Há de se manter conexão do caso em julgamento com a realidade fática e histórica, sujeitando-o ao teste de razoabilidade que procura a adequação entre meios e fins, sopesando as situações particulares diante de princípios constitucionais.

De que justiça se fala, que justiça se quer, quais são os instrumentos para buscá-la? A essas indagações responde o magistrado Antônio Ventura de forma absolutamente poética, mas pessimista:

Um dia, minha bela, te disse que falaria da justiça. Olha que bela, com os cabelos desgrenhados que bem conhecemos. Mulher desfalecida, dos desalentos. Deveria ser dos ventos. Dos justos. Dos injustos. Mandar em todos. E não ser servil nem ao maltrapilho, nem ao Príncipe. A voz que diria, como acalanto, à criança nascida: criança, posso não lhe oferecer sempre o vento e os caminhos, mas acredita. Não darei para ti o direito dos poderosos. Por isso, fechei os meus olhos. Me deram uma venda para que não se corrompessem meus olhos. Mas estou cega. Me deram balanças bem pesadas, confundiram minha cabeça. A balança está desgovernada, pobre criança assustada por balas perdidas, assustada com o terror maior, num estado democrático, já não terás teu direito adquirido. Portanto, esqueças, ó criança, da justiça dos falíveis, homens das cavernas. Busque apenas o arco-íris, o pôr-do-sol. O mar, e se jogue no mar. Longe, no arco-íris, na areia... Porque a justiça foi dormir com os animais selvagens... Porque o resto, além do arco-íris e do mar e da areia, é o denso silêncio.

Tal justiça certamente se faz com uma série de qualidades e valores, até com o respeito ao processo dialético argumentativo que permite ao julgador manter-se equidistante em relação às partes.



Conforme acentua Otto Bachoff (Normas constitucionais inconstitucionais? Tradução e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994, p. 39-41), os direitos fundamentais deixaram de ser vazios ou outorgados por concessão do Estado, tornando-se direitos diretamente aplicáveis. Antes, os direitos fundamentais só valiam no âmbito da lei; hoje, as leis só valem no âmbito dos direitos fundamentais.

Como a ordem jurídica é formada de modo lento e gradual, encontrando-se na evolução histórica influência de correntes axiológicas diversas e conflitantes, os princípios básicos do ordenamento jurídico podem entrar em conflito quando analisados perante uma situação concreta.

5 – OS DIREITOS DA PERSONALIDADE: O NOME E SUA NATUREZA JURÍDICA

Conforme ensina Elimar Szaniawski, os direitos da personalidade representam o conjunto de caracteres do próprio indivíduo; consiste na parte intrínseca da pessoa humana¹⁹⁴, tornando-se, assim, o conteúdo mínimo imprescindível da esfera jurídica de cada pessoa.

Consagrando as determinações contidas na Constituição Federal, tem-se que o novo Código Civil, inovando em relação à codificação civil pretérita, trouxe capítulo específico consagrado aos direitos da personalidade, deixando, de lado, a característica predominantemente patrimonial de outrora, dando fiel cumprimento ao postulado fundamental de dignificação do homem.

Assim, no Capítulo II, do Livro I, de sua Parte Geral (artigos 11 a 21), a nova legislação material civil estabeleceu acerca dos Direitos da Personalidade, definindo-os como sendo direitos irrenunciáveis e intransmissíveis, sendo direito de todo indivíduo gozar do uso de seu corpo, nome, imagem, aparência e todos os demais aspectos constitutivos de sua identidade.

A personalidade, com estes predicados, assenta-se como direito fundamental, vinculando-se, indissociavelmente, ao reconhecimento da dignidade humana, emergindo daí que sua negativa de exercício ao cidadão transexual atinge, ilicitamente, “o direito da identidade pessoal, familiar e social”¹⁹⁵, não se olvidando que a qualquer pessoa é garantido o direito identidade apta e idônea, que o qualifique perante a sociedade, como, aliás, dispõe o art. 16 do Código Civil, *in verbis*: “Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.”

Quando se nasce, é através do nome que se estabelece a primeira forma de identificação de uma pessoa e esta identificação faz parte da personalidade e da formação da visão que esta pessoa terá, perante terceiros na sociedade, considerado o homem um ser social.

194 – SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Ed. RT, 1993, p. 35.

195 – VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Nome e Sexo. Mudanças no Registro Civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2009. p. 226

A infundada posição que coloca a segurança como fundamento especial para a não concessão desses direitos aos transexuais, não encontra proteção na teoria dos direitos fundamentais, pois, não obstante inexistir expressa disposição normativa, ao se recorrer à interpretação sistemática, pode-se encontrar guarida constitucional a este tema, no art.5º, inciso X, que preconiza:

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

[...]

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Nesse contexto, o direito à mudança de nome pelo cidadão transexual é agasalhado por meio de interpretação conjugada dos artigos 5º, caput, e, inciso X, do Pacto Social de 1988, não se perdendo o alerta feito por Vidal Serrano, no sentido de que “a colisão entre dois direitos fundamentais deve ser equacionada de uma maneira distinta daquela que antepõe um direito fundamental a outro valor constitucional. (...) Os direitos fundamentais, por sua apontada natureza devem ser maximizados. Em outras palavras, o operador do direito deve sempre buscar a máxima efetividade dos direitos fundamentais.”¹⁹⁶

No caso presente, e uma vez já comprovado, cientificamente, que os transexuais sentem-se pessoas integralmente inerentes ao sexo psicológico que lhes é inerente, nada mais coerente que a permissão à alteração de seu nome, a fim de se permitir a correta correlação entre referido estado psíquico e suas características físicas, com o objetivo de desrespeitar sua dignidade enquanto ser humano que é, mesmo porque sequer existe impedimento legal para tanto, sendo de relevo destacar-se que “todo indivíduo tem o direito à proteção psicossomática da sua identidade sexual, adequando à identidade física à identidade psíquica. O sexo psíquico é imutável, ou seja, aquele sexo em que a pessoa sente verdadeiramente pertencer. Assim deve o Registro Civil expressar esta adequação, pois a sexualidade e a identidade residem principalmente no cérebro. Fortes correntes doutrinárias asseveram que não nascemos com uma identidade definida, visto que esta é construída, portanto é um processo.”¹⁹⁷

As pessoas transexuais têm, então, direito de usufruir à correta identidade, sobretudo porque o Direito, em sendo a ciência que tem como finalidade regular o convívio social, pacificando as controvérsias, não pode admitir que tais pessoas continuem usando um nome

196 – NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social e a constituição de 1988. Estratégias de posituação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: editora Verbantim, 2009. p. 40.

197 – VIEIRA, Tereza Rodrigues. *In: identidade sexual: aspectos éticos e jurídicos da adequação de prenome e sexo no registro civil*. VIEIRA, Tereza Rodrigues; PAIVA, Luiz Aírton Saavedra de. (orgs.). *Identidade Sexual e Transexualidade*. São Paulo: Rocca, 2009. p. 187



que não corresponda ao seu estado psicológico e que, por vezes, as submetem a situações vexatórias, a tratamento jocoso, como, por exemplo, quando do preenchimento de uma ficha, de um cadastro, dentre outras inúmeras e reais situações.

5.1 – POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL

O que se extrai da correta compreensão do princípio da dignidade da pessoa humana, incluindo-se aí, por óbvio, a questão atinente à orientação sexual, é o Direito Constitucional à felicidade, como bem verbera Luiz Alberto David Araújo:

“Ao arrolar e assegurar princípios como o do Estado Democrático, o da dignidade da pessoa humana e o da necessidade de promoção de bem de todos, sem qualquer preconceito, o constituinte garantiu o direito à felicidade. Não o escreveu de forma expressa, mas deixou claro que o Estado, dentro do sistema nacional, tem a função de promover a felicidade, pois a dignidade, o bem de todos, pressupõe o direito de ser feliz. Ninguém pode conceber que um Estado que tenha como objetivo a promoção do bem de todos possa colaborar para a infelicidade do indivíduo. Portanto, a interpretação constitucional leva à busca da felicidade do indivíduo, não de sua infelicidade. E, como veremos adiante, felicidade pressupõe atenção aos valores da minoria.¹⁹⁸

Noutro giro verbal, ou a Constituição Federal reflete seus efeitos para todas as pessoas que compõem a sociedade em que promulgada, ou estar-se-ia diante de um mero e ineficaz ‘calhamaço de papel’ sem qualquer valor efetivo que possa tutelar seus jurisdicionados.

Em verdade, a discussão ao redor dos direitos e deveres relativos aos transexuais quase sempre vem revestida de um colorido preconceituoso e pelo medo do diferente e do desconhecido, não sendo apresentadas, muitas das vezes, razões jurídicas plausíveis para a sua parcial exclusão do meio social em que vive, estuda, trabalha e produz.

Assim, e sempre se pautando pela observância do princípio da dignidade da pessoa humana, mostra-se oportuna a aplicação do sistema de adequação integral do transexual, composto esse por atos que visam à sua completa inclusão social, emergindo daí que não há como desvincular sua qualidade de cidadão brasileiro, bem como seu direito a alteração do nome em casos tais, como ainda hoje, infelizmente, se observa.

Dispõe o Código Civil, em seu art. 16 que “toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.”

198 – ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional do transexual**. São Paulo: Saraiva, 2000.

No entendimento de GUIMARÃES (2007: 38):

A proteção ao nome vem tratada nos arts. 16 a 19 do Código, sendo conceituado como o sinal exterior pelo qual se individualiza a pessoa, identificando-a na família e no meio social, sendo, pois, atributo individual do homem. Através dele, o ordenamento jurídico tutela a identidade pessoal.

Esclarecendo ainda que (2007: 39):

Compõe-se o nome do prenome (nome próprio) – que designa a pessoa no grupo formado pela família e indica o sexo – e do sobrenome, que indica a família específica a qual pertence seu titular.

O Código Civil, em seu art. 1604, determina que “ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro.” (BRASIL, 2007, p. 341)

Já o artigo 226 da Constituição Federal menciona que:

A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
Parágrafo 5º – Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. (BRASIL, 2007, p. 159)

Importante ressaltar a Lei 6.015/73 que, em seu artigo 55, disciplina que:

Quando o declarante não indicar o nome completo, o oficial lançará adiante do prenome escolhido o nome do pai, e, na falta, o da mãe, se forem conhecidos e não o impedir a condição de ilegitimidade, salvo e conhecimento no ato.

Parágrafo único – Os oficiais do registro civil não registrarão prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores. Quando os pais não se conformarem com a recusa do oficial, independente da cobrança de quaisquer emolumentos, à decisão do juiz competente.

Continua o mesmo dispositivo legal, em seu art. 58:

O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios.

Parágrafo único – A substituição do prenome será ainda admitida em razão de fundada coação ou ameaça decorrente da colaboração com a apuração



de crime, por determinação, em sentença, de juiz competente, ouvido o Ministério Público.

Assim sendo, o nome pode ser alterado quando expõe a pessoa ao ridículo.

A seguir, citam-se algumas jurisprudências referentes ao tema.

REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO. NOME. RETIFICAÇÃO. MUDANÇA DE SEXO. IMPOSSIBILIDADE. Retificação no Registro Civil .Mudança de nome de sexo. Impossibilidade. Sentença mantida. O homem que almeja transmutar-se em mulher, submetendo-se à cirurgia plástica reparadora, extirpando os órgãos genitais, adquire uma "genitália" com similitude externa ao órgão feminino, não faz jus "a retificação de nome e de sexo porque não é a medicina que decide o sexo e sim a natureza. Se o requerente ostenta aparência feminina, incompatível com sua condição de homem, haverá de assumir as consequências, porque a opção foi dele. O Judiciário, ainda que em procedimento de jurisdição voluntária, não pode acolher tal pretensão, eis que a extração do pênis e a abertura de uma cavidade similar a uma neovagina não tem o condão de fazer do homem, mulher. Quem nasce homem ou mulher, morre como nasceu. Genitália similar não é autêntica. Autêntico é o homem ser do sexo masculino e a mulher do feminino, a toda evidência. (TJRJ. – OITAVA CÂMARA CÍVEL Rel. DES. GERALDO BATISTA – Acórdão Apel. Cível nº 1993.001.06617 –Julgamento: 18.03.1997)

TRANSEXUALISMO. REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO. RETIFICAÇÃO. MUDANÇA DO SEXO. MUDANÇA DE PRENOME Ação de retificação de Registro Civil. Pedido para mudança de sexo, de masculino para o feminino, e também do nome. Requerente que se submeteu à cirurgia para troca de sexo. Sentença julgando extinto o feito. Recurso de Apelação Cível. Reforma parcial, diante do Código Civil de 2002, em seu art. 1.604, que repetiu o antigo art. 138, dispõe que: "ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro." Embora tenha trazido laudo médico emanado de cirurgia eu realizou a operação para mudança de sexo, bem como um parecer psicológico, o fato é que a prova definitiva teria de ser feita pelo laudo de análise citogenética. Todavia, em nosso entender, apesar do próprio aspecto humanitário ele não pode ultrapassar os limites legais e até constitucionais diante da vedação em nosso direito de casamento envolvendo pessoas do mesmo sexo (art. 226, par. 3, CRFB/88 e mais art.1.515 do Código Civil de 2003). Assim, dada a "situação atual da legislação e mais

a necessidade de plena segurança das pessoas em seu negócio jurídico na vida social a postulação revela-se incompatível. Aceita-se, tão somente, a mudança do nome visando minorar os constrangimentos, diante da situação de fato existente. Provimento parcial do recurso. (TJRJ. – DÉCIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL Rel. DES. OTAVIO RODRIGUES – Acórdão Apel. Cível nº 2004.001.28817 – Julgamento: 02.03.2005)

TRANSEXUALISMO. REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO. RETIFICAÇÃO. MUDANÇA DE PRENOME. MUDANÇA DO SEXO. Registro Civil. Pedido de retificação do prenome e do sexo constantes do assentamento de nascimento do postulante na serventia de Registro Civil das Pessoas Naturais. Pessoa que, inobstante nascida como do sexo masculino, desde a infância manifesta comportamento sócio-afetivo-psicológico próprio do genótipo feminino apresentando-se como tal, e assim aceito pelos seus familiares e integrantes de seu círculo social, sendo, ademais, tecnicamente caracterizada como transexual, submetendo-se a exitosa cirurgia de transmutação da sua identidade sexual originária, passando a ostentar as caracterizadoras de pessoa do sexo feminino. Registrando que não é conhecido pelo seu prenome constante do assentamento em apreço, mas pelo que pretende substitua aquele. Conveniência e necessidade de se ajustar a identidade física e social da pessoa com a que resulta de aludido assentamento. Parcial provimento do recurso, para determinar que sejam promovidas as alterações pretendidas no aludido assentamento. (TJRJ. – DÉCIMA OITAVA CÂMARA CÍVEL Rel. DES. NASCIMENTO POVOAS VAZ – Acórdão Apel. Cível Proc. n.º 2005.001.17926 – Julgamento: 22.11.2005)

CIVIL DE NASCIMENTO. TRANSEXUALISMO. MUDANÇA DESEXO. POSSIBILIDADE. Registro Civil. Possibilidade. Transexual. Cirurgia de transgenitalização. Sentença que atende somente ao pedido de alteração do nome. Reforma do julgado para permitir a alteração do sexo no registro de nascimento. Precedentes deste tribunal. Recurso provido. (TJRJ. – SEXTACÂMARA CÍVEL Rel. DES. FRANCISCO DE ASSIS PESSANHA – Acórdão Apel. Cível Proc. n.º 2006.001.61104 – Julgamento: 15.08.2007)

REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO. TRANSEXUALISMO. MUDANÇA DO SEXO. PRETENSÃO REJEITADA. SEGURANÇA JURÍDICA. Alteração no registro de nascimento de nome e sexo. Cirurgia de mudança de sexo. Transexualismo. Sentença que tece considerações de natureza penal entendendo haver crime de lesão corporal em razão de a cirurgia que causa ablação do órgão sexual masculino parecendo não considerar o consentimento do ofendido como discriminante e julga extinto o processo por impossibilidade jurídica do pedido em razão de não haver legislação que ampare o pedido autoral. Parecer do Ministério Público, em primeiro grau

deem sentido contrário, entendendo que, quanto à retificação do registro civil e mudança de sexo, “a primeira providência encontra previsão legal, enquanto a segunda foge, por completo, à esfera do Direito.” Política governamental permitindo que hospitais públicos realizem cirurgia de mudança de sexo custeadas pelo Sistema Único de Saúde. Laudos médico e psicológico indicando a cirurgia de “correção genital.” Pessoa com físico e aparência de mulher que se veste como mulher, e é conhecida como mulher. Constrangimento ao ser identificada por documentos como pertencendo ao sexo masculino. Possibilidade das alterações pretendidas à mingua de inexistência de proibição legal. Precedentes deste Tribunal e do Superior Tribunal de Justiça. Princípio da causa madura inserido no parágrafo terceiro do art. 515 do Código de Processo Civil. PROVIMENTO RECURSO RIO DE JANEIRO. (TJRJ. – DÉCIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL Rel. DES. RONALDO ALVARO MARTINS – Acórdão Apel. Cível Proc. n.º 2008.001.17016 – Julgamento: 22.10.2008)

TRANSEXUALISMO. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. NOME E SEXO. É possível a alteração do registro de nascimento relativamente ao sexo e ao nome em virtude da realização da cirurgia de redesignação sexual. Vedação de extração de certidões referentes à situação anterior do requerente, sob pena de discriminação. RECURSO IMPROVIDO. (TJRS. – OITAVA CÂMARA CÍVEL REL. DES. CLAUDIR FIDÉLIS FACCENDA – ACÓRDÃO APEL. CÍVEL PROC. n.º 70028694479 – JULGAMENTO: 28.05.2009)

O Projeto de Lei nº 70-B de 1995, do Deputado José Coimbra, em tramitação no Congresso Nacional, foi um grande passo rumo à legalização da redesignação do estado sexual do indivíduo transexual no Brasil. A proposta deste parlamentar é o acréscimo do parágrafo 9º ao artigo 129 do Código Penal e a alteração do artigo 58 da Lei 6.015/73 (Lei de Registros Públicos). Os dois dispositivos legais alterados vigorarão com a seguinte redação:

Art. 129. (...)

Exclusão do crime

§ 9º. Não constitui crime a intervenção cirúrgica realizada para fins de ablação de órgãos e partes do corpo humano quando, destinada a alterar o sexo de paciente maior e capaz, tenha ela sido efetuada a pedido deste e precedida de todos os exames necessários e de parecer unânime de junta médica.

Art. 58. O prenome será imutável, salvo nos casos previstos neste artigo.

§ 1º Quando for evidente o erro gráfico do prenome, admite-se a retificação, bem como a sua mudança mediante sentença do juiz, a requerimento do interessado, no caso do parágrafo único do art. 55, se o oficial não houver impugnado.

§ 2º Será admitida a mudança do prenome mediante autorização judicial, nos casos em que o requerente tenha se submetido à intervenção cirúrgica destinada a alterar o sexo originário.

§ 3º No caso do parágrafo anterior, deverá ser averbado no assento de nascimento o novo prenome, bem como o sexo, lavrando-se novo registro.

§ 4º É vedada a expedição de certidão, salvo a pedido do interessado ou mediante determinação judicial.

Embora de fundamental importância, vale ressaltar que o projeto de lei exclui os que não se operaram ainda, cala-se sobre a possibilidade de operação em incapazes, devidamente assistidos pelos seus genitores ou tutores, não esclarece se há necessidade de prévia autorização judicial para os pacientes que queiram realizar a intervenção cirúrgica no Brasil ou no exterior, e, por fim, nada dispõe sobre a possibilidade de alteração do registro civil do transexual redesignado que possui filho e do registro do mesmo.

A Carta Magna trouxe consigo a peculiaridade de ter sido elaborada sem um anteprojeto, uma vez que ela própria foi parte do processo de transição do autoritarismo para a democracia. Portanto não foi fruto da formação de vontade do legislador constituinte, mas da composição de forças heterônomas.

Marcada pela ação de juristas adeptos à interpretação aberta dos valores compartilhados pela comunidade, transformou-se a cultura jurídica onde o positivismo de caráter privatista era predominante. Conseqüentemente, os direitos fundamentais deixaram de ser considerados normas programáticas que dependiam da vontade do legislador e passaram a ser objetivos que implicam no dever de ação do Estado.

No Brasil, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana vem assegurado em nossa Magna Carta, em seu artigo 1º, inciso III, tratando-se de uma qualidade inerente a todo e qualquer ser humano.

A Declaração Universal da ONU, de 1948, já assegurava em seu artigo 1º que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência devem agir uns com os outros em espírito e fraternidade.”

Cada ser humano tem o direito de dispor do seu próprio corpo, de tomar suas decisões e de dimensionar a sua existência no meio em que vive.

Outra garantia trazida pela nossa Constituição é o direito à saúde, que tem como definição “o completo estado de bem-estar físico, psíquico ou social.” (Organização Mundial da saúde).



Convém ressaltar que temas como o transexualismo e as implicações em sua saúde, ainda nos dias de hoje, são alvo de preconceitos e discriminações e, talvez por este motivo, o legislador ainda não tenha se manifestado, permanecendo a discussão no âmbito dos Tribunais; entretanto, cabe asseverar que a questão atinente à identidade e ao direito da personalidade encontra-se protegida constitucionalmente, conforme disposto no citado artigo 5º do referido diploma legal e que normas e princípios precisam ser elaborados para que se consubstancie a pacificação da questão.

A saúde do transexual torna-se ameaçada no instante em que a inadequação de seu registro gera um distúrbio psicológico, uma crise de identidade, uma verdadeira tortura, não se podendo falar, portanto, no seu bem-estar.

No Brasil há inúmeras decisões em sentido favorável, bastando um alvará do magistrado e um parecer do membro do Ministério Público favorável à mudança de nome, não havendo recurso ex-officio.

Maria Berenice Dias sugeriu que constasse no assento de certidão novo nome e a referência a transexual; entretanto aí se esbarra em outro problema: a Constituição Federal veda qualquer tipo de discriminação e a referência na certidão acabaria tendo índole discriminatória.

O Ofício de Registro Civil somente deverá informar os motivos que ensejaram a alteração do estado individual mediante pedido do próprio interessado ou diante de requisição judicial.

Não obstante a segurança jurídica ser, também, um princípio, deve-se recorrer à hermenêutica constitucional sempre que estivermos diante da colisão de princípios.

Ao contrário das normas, a colisão entre princípios não se soluciona no âmbito da validade, mas no campo da valoração, isto é, não há que se falar em anulação de um princípio para que outro seja aplicado. As circunstâncias do caso concreto é que fundamentarão a decisão judicial pela precedência de um valor constitucionalmente assegurado em detrimento de outro.

E, no caso concreto, após a cirurgia, haverá uma discrepância entre o nome e a aparência da pessoa, causando-lhe transtornos, além de profundo constrangimento.

Propõe-se a seguinte solução: mudança no registro civil do transexual, ou seja, uma vez alterado o sexo, alterar-se-ia também o nome; no entanto a Lei dos Registros Públicos menciona, apenas, a mudança de nome quando expuser ao ridículo o seu portador, contanto que não prejudique o sobrenome da família.

6 – CONCLUSÃO

Todos os pontos abordados até então conduzem a uma inevitável reflexão que envolve o princípio norteador de todo ordenamento jurídico, ou seja, o princípio da dignidade da pessoa humana. Não há valor maior a ser prezado pela legislação do que a dignidade da pessoa humana, razão de existência do próprio direito.

O transexual, como pessoa humana, é também parte deste centro de valores sobre o qual incidem as normas de Direito Positivo e, principalmente, as normas de Direito Natural, das quais preferem ser descrentes muitos doutrinadores. É também objeto de todos os princípios que tramitam sobre o ordenamento vigente, que iluminam e servem de guia à Lei Maior.

Após a Segunda Guerra Mundial, os conceitos de pessoa humana foram reformulados na maioria das comunidades existentes. Tal ponto se ratificou, com a reformulação categórica dos conceitos de Direito Internacional Público, que recepcionou princípios jurídicos e postulados políticos fundados na dignidade da pessoa humana e nas demandas éticas por parte da consciência pública, espelhando-se no conteúdo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Tal fato contribuiu, e muito, para a democratização das relações internacionais e nacionais. O mesmo se revelou com os princípios diretivos, inseridos no preâmbulo da Carta da ONU, que preconizou a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano.

Com a nova sistemática de valores a serem forjados, a Constituição Brasileira de 1988 veio abarcar, em seus preceitos e princípios basilares, os direitos humanos, em conformidade aos tratados e pactos internacionais.

O art. 1º, inciso III, da CF, consagra expressamente o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Canotilho, doutrinador português, retrata a dignidade da pessoa humana como sendo “o fundamento e domínio político da República.” Tal dignidade humana tornou-se o foco da legislação, a essência do homem passou a ser o limite do legislador, este devendo se ater aos interesses e ao bem-estar da pessoa humana.

O legislador na sua abstratividade, objetivando cercar de garantias o preceito “dignidade da pessoa humana”, elencou, no art. 3º, incisos I a IV, princípios que deverão ser alcançados na sua integralidade para que o referido preceito não seja violado. Um deles, e de salutar importância, a este trabalho, condiz ao princípio da igualdade.

O princípio da igualdade constitucionalmente previsto no art. 5º, caput e no art. 3º, incisos I e IV, tem como ideia o tratamento equânime das pessoas. A interpretação do dispositivo



reflete no comportamento social, posicionando-se como a fonte reguladora da vida social no geral. Esta prerrogativa busca impedir a discriminação quanto ao sexo, raça, cor, origem, idade, orientação sexual e demais formas de preconceito.

Com efeito, para Celso Antônio Bandeira de Mello ... “o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desigualdades fortuitas ou injustificadas.” Uma vez que, existindo o vínculo entre a peculiaridade diferencial acolhida no íntimo do objeto, e a desigualdade de tratamento decorrente em função dela, não vindo a ir contra aos ditames constitucionais, é possível a ocorrência de desigualdade de tratamento, não sendo considerada, nesse sentido, como uma discriminação. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p.18).

A discriminação é um dos vastos problemas enfrentados pelas pessoas que não estão incorporadas ao modelo conservador da consciência social. Apesar de se viver em um período neoliberal, o padrão social tradicional muito pouco se alterou. As mentes mantêm-se conservadoras, por meios das gerações e dos costumes, inexpressivos em ação e vontade para abrir os olhos à nova realidade.

O que se configura preocupante até mesmo ao fato de que ao se discriminar uma pessoa, não importa se esta possui valores contrários ao comum, nem por isso deixa de ser uma pessoa, e conforme foi analisado, todo ser humano possui a garantia da sua dignidade protegida pela Lei Maior, e não existindo o respeito a este preceito, os valores democráticos e sociais da ordem nacional vigente estariam sendo desrespeitados.

Os transexuais, pessoas que não têm compatibilidade entre o seu sexo psicológico e o sexo biológico, fazem parte do contingente de pessoas estigmatizadas socialmente. É de se reconhecer a privação de muitos direitos constitucionais a eles atinentes, como o direito do emprego (artigos 6º e 7º, incisos I, da CF), o direito de votar (art. 14 da CF), o direito de igualdade (art. 5º, caput), o direito ao casamento (art. 226, § 3º, da CF) e outros.

Poucos são os países que estão debatendo e aprovando normas protetoras aos transexuais. São exemplos: o Japão, a Bélgica e a África do Sul. Ainda, os seguintes estados dos Estados Unidos: Califórnia, Minnesota, Rhode Island e o Novo México.

O Japão, por exemplo, diante da sua cultura imperialista, de forte posicionamento, centrado em seus valores éticos e tradicionais, impressionou aprovando uma lei que permite aos transexuais japoneses a possibilidade de alterar, nos documentos oficiais, os seus novos nome e sexo. É certo que a discriminação continuará, mas a partir do momento em que fica constatada nos documentos oficiais a sua nova condição, correlata a sua aparência, menos constrangimentos enfrentarão na procura de emprego, quando forem votar, matricular-se

em cursos, escolas etc. (Fonte: Portal GLSPlanet, disponível em: glsplanet.terra.com.br/cgi-bin/searchnews).

Existe hoje um desenvolvimento no sentido de melhorar as condições do transexual, especialmente no Brasil quanto aos seus direitos, existindo vários julgados atendendo a pretensão de seus autores quanto à alteração do nome e do sexo jurídico.

A consciência jurídica, aos poucos, vem se movimentando e se conscientizando na justiça social, almejando o espírito da dignidade humana.

Ao final, faz-se necessário ainda ressaltar que, após longos anos de vida angustiosa ante à falta de adequação de sexo biológico e psicológico, depois de procedimento pré-operatório demorado, pior após o processo relativamente demorado face à morosidade do Judiciário, postulando alteração dos registros, o transexual tem o direito de ter sua intimidade preservada com o total esquecimento de sua situação anterior.

Esta será a única maneira de assegurar-lhe existência digna e, enfim, felicidade plena num país que prima pelo Estado Democrático de Direito.

7 – REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional do transexual**. São Paulo: Saraiva, 2000.

CHAVES, Antônio. **Direito à vida e ao próprio corpo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

GAGLIANO, Pablo Stolze/ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 10 ed. rev. atual. ed. ampl. São Paulo: Editora Método, 2006.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da Pessoa Humana: princípio constitucional fundamental**. Curitiba. Juruá, 2006.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente/ BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. **Transexualismo: o direito a uma nova identidade sexual**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.



JURADO, Jalma. **Classificação dos estados intersexuais.** *In* Revista Jurídica Consulex, ano V, n.º 101, 31 de março de 2001.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Transexuais: adequação de sexo.** *In* Revista Jurídica Consulex, ano III, n.º 31, 31 de julho de 1999.

Revista Jurídica Consulex, ano V, n.º 101, 31 de março de 2001.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional do transexual,** São Paulo: Saraiva, 2000. p. 74.

_____. **Transexualismo.** ARTIGO ALONSO, Paulo Gimenez; PROVISAN, Flávia.

CECCARELLI, Paulo Roberto. Psicanalista **Transexualismo e identidade sexuada.**

COLLUCCI, Cláudia. **Associação luta pelo direito de escolha.** Folha de São Paulo, São Paulo, 16, ago., 2002. Cotidiano, saúde, C1.

COLLUCCI, Cláudia. **Medida visa evitar erros na definição do sexo.** Folha de São Paulo, São Paulo, 16, ago., 2002. Cotidiano, saúde, C1.

RENTROIA, Cláudia Regina Lima. **O transexualismo e a operação para mudança de sexo. Uma ponderação diante dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana.** CHOERI, Raul. **Transexualismo e Identidade Pessoal: cirurgia de transgenitalização.** *In* BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETTO, Vicente de Paulo (organizadores). **Temas de biodireito e bioética.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual: o preconceito & a justiça.** 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** 2. ed. aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito Civil: Teoria Geral.** 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2005.

NUNES JUNIOR, Vidal serrano. **A cidadania social e a constituição de 1988. Estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais.** São Paulo: editora Verbantim, 2009. P. 40.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. **Transexualismo: o direito a uma nova identidade sexual**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23ª edição, revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2004.

SIQUEIRA, Alessandro Marques de. **Direito e transexualidade. A perspectiva jurídica do conceito**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2171, 11 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12959>>. Acesso em: 25 jan. 2013.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Ed. RT, 1993, p. 35.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Nome e Sexo. Mudanças no Registro Civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2009. P. 226

_____. **direito à informação**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1068, 4 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8467>>. Acesso em: 25 jan. 2013.

<http://www.trabalhosfeitos.com/ensaios/Os-Princípios-Constit...> acesso em 25.01.2013

<http://www.direitohomoafetivo.com.br/jurisprudencia.php?a=26#t> acesso em BORGES Michelle de Souza. **Direito à identidade: o transexual e sua autonomia** <http://jus.com.br/revista/texto/8467/o-transexualismo-e-a-op..> acesso em 25.01.2013 <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2164/Transexuali...> acesso em 25.01.2013 <http://monografias.brasilescola.com/direito/o-transexual-ope...> acesso em 25.01.2013 **ia corporal**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/842>. Acesso em 25/01/2013

Articulação Nacional de Travestis e Transexuais. Apresenta informações sobre a ANTRA, o sítio parece desatualizado desde 2008. Disponível em: <pessoal.atarde.com.br/marccelus2/antra/index.html>. Acesso em: 26.01.2013.