Centro Universitário da Grande Dourados

Revista Jurídica

UNIGRAN

ISSN 1516-7674

Revista Jurídica **UNIGRAN**	Dourados	v.13	n.26	p. 1- 236	Jul./Dez.	2011

Revista Jurídica UNIGRAN / Centro Universitário da Grande Dourados. v.13, n.26 (1999 -). Dourados: UNIGRAN, 2011.

Publicação Semestral
ISSN 1516-7674

1. Direito - Periódicos. I. Título.

CDU-34

Solicita-se permuta.
On demande l´échange.
Wir bitten um Austausch.
Si richiede la scambio.
Pídese canje.
We ask for Exchange.

Editora UNIGRAN
Rua Balbina de Matos, 2121 - Campus UNIGRAN
79.824-900 - Dourados - MS
Fone: 67 3411-4141 - Fax: 67 3422-2267
E-Mail: revistajuridica@unigran.br
www.unigran.br/revistas
2011

Editorial

A Revista Jurídica UNIGRAN - ISSN 1516-7674 (Impressa) e ISSN 2176-9184 (On line), tem por objetivo divulgar o resultado de pesquisas de docentes e discentes da Faculdade de Direito do Centro Universitário da Grande Dourados, e de outras instituições, no Brasil e no exterior, que mantenham cursos de graduação e pós-graduação em Direito. O conteúdo da Revista é de artigos científicos, resenhas críticas, jurisprudências comentadas e informações referentes à Ciência do Direito.

Público-alvo

A Revista Jurídica UNIGRAN é voltada para professores, pesquisadores, estudantes, advogados, magistrados, promotores, procuradores e defensores públicos. Trata-se de um público abrangente, mas que compartilha a busca constante por aprofundamento e atualização.

Meio e periodicidade

A Revista Jurídica UNIGRAN é publicada com periodicidade semestral, na forma impressa e em meio eletrônico - pelo site www.unigran.br/revistajuridica, com acesso público e gratuito.

Linha editorial

Direito, Estado e Sociedade.

Responsabilidade Editorial

Editor responsável: Ana Cristina Baruffi - UNIGRAN

Responsabilidade Acadêmica e Científica

O conteúdo dos artigos publicados na Revista Jurídica Unigran - inclusive quanto à sua veracidade, exatidão e atualização das informações e métodos de pesquisa - é de responsabilidade exclusiva do(s) autor(es). As opiniões e conclusões expressas não representam posições da Faculdade de Direito ou da UNIGRAN.

REVISTA JURÍDICA UNIGRAN
Dourados - Mato Grosso do Sul

Rosa Maria D'Amato De Déa
Reitora

Terezinha Bazé de Lima
Pró-Reitora de Ensino e Extensão

Tânia Rejane de Souza
Pró-Reitora de Administração

Adriana Mestriner
Pró-Reitoria de Pesquisa

Noemi Mendes Siqueira Ferrigolo
Diretora da Faculdade de Direito

Conselho Editorial

Institucional
Adilson Josemar Puhl
Carlos Ismar Baraldi
Gassen Zaki Gebara
Joe Graeff Filho
Noemi Mendes Siqueira Ferrigolo
Ricardo Saab Palieraqui

Nacional
Aristides Cimadon – UNOESC
Celso Hiroshi Iocohama - UNIPAR
José Carlos de Oliveira Robaldo – UFMS
José Geraldo de Souza Júnior – UnB
José Gomes da Silva
Loreci Gottschalk Nolasco – UEMS
Valério de Oliveira Mazzuoli – UFMT
Wanise Cabral Silva- UFF

Editor Responsável
Ana Cristina Baruffi - UNIGRAN

Capa e Diagramação

D.I

Departamento de Informática
Unigran

Sumário

APRESENTAÇÃO 07

CONSIDERAÇÕES SOBRE OS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS 13
Marcelo Henrique Matos Oliveira

DIREITOS HUMANOS E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA PORTADORA DE OBESIDADE MÓRBIDA 37
Thaís Dalmolin Cervo
Helder Baruffi
Cristina Grobério Pazo

OS LIMITES À QUEBRA DO SIGILO DA(S) FONTES(S) JORNALÍSTICA(S), À LUZ DA JURISPREUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS 55
Hidemberg Alves da Frota

DESCONSIDERAÇÃO DA COISA JULGADA TRIBUTÁRIA 99
Taciana Mara Corrêa Maia

TEORIA GARANTISTA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS 115
Maria Goretti Dal Bosco
Jatene da Costa Matos
Yasmin Aline Piovesan Burin

RECURSO DE AGRAVO EM MANDADO DE SEGURANÇA: MUDOU-SE ALGUMA COISA? 129
Leonardo Oliveira Soares

A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E AS MEDIDAS VOLTADAS PARA A ERRADICAÇÃO DA POBREZA E A GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL NO BRASIL 137
Rodrigo da Silva

ATÉ QUANDO O PODER JUDICIÁRIO VAI SER PROVOCADO A ENTREGAR NO 'VAREJO' DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO SAÚDE QUE DEVERIAM SER MATERIALIZADOS NO 'ATACADO' PELO PODER EXECUTIVO? 155
Ruan Jacob Bianchi Aguiar

TAXA DE INCÊNDIO: ASPECTOS JURÍDICOS RELEVANTES 171
Everton Torres de Oliveira

SENTENÇA E COISA JULGADA NA AÇÃO DE ALIMENTOS 189
Jacson Renato Beluzi
Taciana Mara Corrêa Maia

A LEI N. 11.804/08 E A RESPONSABILIDADE CIVIL DA GESTANTE POR NEGATIVA DE PATERNIDADE 219
Vinicius de Almeida Gonçalvez

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO 233

APRESENTAÇÃO

Dando continuidade à política de divulgação do resultado de pesquisas de docentes e discentes da Faculdade de Direito do Centro Universitário da Grande Dourados e de outras instituições no Brasil, que mantem cursos de graduação e pós-graduação em Direito, a **Revista Jurídica UNIGRAN**, neste volume 13, número 26, comemorativa do 35º ano de criação do Curso de Direito da UNIGRAN, traz um rol de ensaios e artigos que abordam matérias atuais e polêmicas que envolvem o Direito e a Cidadania.

Este número, como não poderia deixar de ser, traz contribuições importantes, debates atuais com objetivo de provocação para novos estudos, notadamente no campo do direito constitucional, penal, processual e civil, como os sugeridos pelo artigo de Marcelo Henrique Matos Oliveira, "**Considerações sobre os direitos transindividuais**", que analisa os direitos transindividuais, frutos da evolução da sociedade e seu tratamento legislativo. Apresenta os resultados do Código de Defesa do Consumidor e seu grande avanço ao classificar esses direitos em difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos. Essa classificação leva em conta a titularidade, a divisibilidade e a origem do direito material. A expressa referência legal a esses direitos amplia e redimensiona a técnica de tutela individual, viabilizando o acesso à justiça pela via coletiva.

As mesmas contribuições são observadas nos artigos que se seguem.

Thaís Dalmolin Cervo, Helder Baruffi e Cristina Grobério Pazó abordam um tema atual, de destaque, no artigo "**Direitos Humanos e a dignidade da pessoa humana portadora de Obesidade Mórbida**". Destacam o aumento expressivo do número de pessoas obesas no mundo e o acender do alerta a respeito da necessidade de prevenção e tratamento da doença. Seus efeitos

colaterais geram desconforto ao portador que acaba limitando sua participação na vida em sociedade. Deste modo, os direitos sociais de inclusão da pessoa obesa precisam ser respeitados e cumpridos para que possa buscar uma solidificação do princípio constitucional da igualdade, abalizado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, diante de um verdadeiro Estado preservador dos Direitos Humanos. O estudo tem por escopo analisar a necessidade de viabilização de políticas inclusivas ao portador de obesidade mórbida, reconhecendo que se trata de pessoa que sofre de uma espécie de deficiência que lhe reduz a mobilidade e que, portanto, deve ter atenção especial do Estado.

Nessa linha, Ruan Jacob Bianchi Aguiar, em "**Até quando o poder judiciário vai ser provocado a entregar no 'varejo' direitos fundamentais como saúde que deveriam ser materializados no 'atacado' pelo poder executivo?**" se ocupou em descrever o conceito do direito a saúde, bem como explicitar suas principais características, temática atual e de importante discussão com o objetivo de alcançar uma linha de pensamento acerca do tema. Assinala ainda que o Poder Judiciário deve obrigar o Estado a cumprir as políticas públicas a que se obrigou mediante a implementação das normas programáticas. Destaca que o ônus da prova da reserva do possível pertence ao Estado e, ante a sua inércia, deve ser compelido a garantir o mínimo existencial. Por fim, arremata com o posicionamento do TJ/MS sobre as ações de conceder medicamentos e, ainda, traz a resposta para até quando o Poder Judiciário terá que fornecer medicamentos no varejo.

Hidemberg Alves da Frota, novamente contribui com um tema inquietante. Em "**Os limites à quebra do sigilo da(s) fonte(s) jornalística(s), à luz da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos**" extrai da casuística do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos elementos teóricos e empíricos que proporcionam visão ampla da doutrina construída pelo TEDH concernente aos limites para a quebra judicial do sigilo da(s) fonte(s) jornalística(s) e das conjunturas fático-jurídicas à luz das quais a Corte de Estrasburgo firmou e aperfeiçoou sua linha de pensamento a respeito de tal controvérsia, a fim de contribuir para o estudo científico da matéria e a resolução de casos concretos no âmbito da prática jurídica.

Ainda no campo do direito constitucional, Maria Goretti Dal Bosco, Jatene da Costa Matos e Yasmin Aline Piovesan Burin, apresentam o Garantismo como a teoria do sistema jurídico de garantias dos direitos do cidadão, com vistas à efetivação dos preceitos fundamentais positivados.

No campo do direito Administrativo, Rodrigo da Silva aborda em "**A Administração Pública e as medidas voltadas para a erradicação da pobreza e a garantia do mínimo existencial No Brasil**" a necessidade de efetividade das Políticas públicas de erradicação da pobreza e a garantia do mínimo existencial constitucionalmente previsto com base nos programas de transferência de renda da forma em que foram implementados no Brasil.

No campo do direito tributário, Everton Torres de Oliveira em "**Taxa de incêndio: aspectos jurídicos relevantes**" buscou analisar este tributo instituído em várias unidades da federação e que tem por escopo geral financiar o reaparelhamento e a manutenção dos Corpos de Bombeiros Militares. Tributo criado com aval dos governadores, apoiados em jurisprudências dos tribunais superiores, mas que contraria a doutrina dominante no universo jurídico pátrio, além de alguns tribunais de justiça estaduais, os quais questionam, entre outros critérios, a constitucionalidade da referida taxa. Longe de ser pacífica e harmoniosa a instituição de qualquer tributo no país, a taxa de incêndio acaba por alimentar ainda mais o "fogo" em torno da discussão da excessiva carga tributária no Brasil. Possibilidade jurídica da exação ou estratégia política para delegar ao contribuinte um dever constitucional do Estado? Diante desta perspectiva o autor analisa com mais profundidade os aspectos jurídicos em torno da taxa de incêndio que já é cobrada em alguns estados, mas que ainda é pouco conhecida entre alguns operadores do direito e entre muitos de seus contribuintes.

E mais, em "**Desconsideração da coisa julgada tributária**", Taciana Mara Corrêa Maia dedicou-se a traçar os limites e contradições na relação principiológica Segurança x supremacia da Constituição. A corrente que defende a desconsideração parte do pressuposto que a segurança não é um valor absoluto, devendo ceder em face da supremacia da Constituição. A corrente contrária defende que a coisa julgada é um instrumento indispensável à eficácia concreta do direito à segurança.

Da análise desses posicionamentos conclui-se que o princípio da supremacia da norma constitucional se sobrepõe ao princípio da segurança, mormente quando se encontra a coisa julgada eivada pelo vício da inconstitucionalidade.

No campo do direito processual, Jacson Renato Beluzi e Taciana Mara Corrêa Maia em "**Sentença e coisa julgada na ação de alimentos**" procuraram demonstrar os principais pontos de discussão doutrinária na ação de alimentos, os quais circundam a sentença e a coisa julgada. Tenta-se aclarar a importância do tema para ciência do direito processual e o posicionamento menos gravoso, fixando-se o que deveria prevalecer doutrinariamente.

Acompanhando as mudanças legislativas no campo do direito processual, Leonardo Oliveira Soares em "**Recurso de Agravo em Mandado De Segurança: mudou-se alguma Coisa?**" analisa, em decorrência da promulgação da lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009, a recorribilidade das decisões interlocutórias em mandado de segurança segundo o direito processual brasileiro vigente.

Neste sentido modificativo, Marcos Alcará colabora com um artigo de tema polêmico, decorrente da promulgação da Lei 11.705/2008, em especial seu artigo 5º. Em "**A (in)constitucionalidade do art. 5º da Lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008**". Nele, o autor buscou identificar a constitucionalidade ou não do art. 5º da Lei nº 11.705/2008, que alterou alguns artigos do Código de Trânsito Brasileiro que dispõe acerca da embriaguez ao volante, sendo tratado acerca dos direitos fundamentais que devem ser respeitados, sobre o processo administrativo previsto na legislação de trânsito, sobre o princípio da proporcionalidade e sobre as alterações ocorridas nos art. 165 e 306 do CTB.

Na sequencia, finalizando este número, novamente advento de uma evolução legislativa, Vinicius de Almeida Gonçalves, buscou realizar uma reflexão doutrinária sobre a responsabilidade civil da gestante em questão da negativa de paternidade em "**A lei n. 11.804/08 e a responsabilidade civil da gestante por negativa de paternidade**".

Se "Ler fornece ao espírito materiais para o conhecimento, mas só o pensar faz nosso o que lemos" (John Locke), neste encontro lockeziano, a partir das experiências a seguir descritas, temos certeza de que este número,

como todos os demais publicados, em muito contribuirá para a divulgação do pensamento jurídico, com a experiência jurídica, bem como provocará novos estudos e investigações, que esperamos, em breve, disponibilizar neste espaço.

Uma boa leitura.

E até a próxima!

Ana Cristina Baruffi
Conselho Editorial

CONSIDERAÇÕES SOBRE OS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

Marcelo Henrique Matos Oliveira[1]

Resumo: Os direitos transindividuais são frutos da evolução da sociedade, que exigiu do legislador proteção a bens de natureza coletiva. O Código de Defesa do Consumidor trouxe grande avanço ao classificar esses direitos em difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos. Essa classificação leva em conta a titularidade, a divisibilidade e a origem do direito material. A expressa referência legal a esses direitos amplia e redimensiona a técnica de tutela individual, viabilizando o acesso à justiça pela via coletiva.

Palavras-Chave: Direitos Transindividuais. Direitos Difusos. Direitos Coletivos. Direitos Individuais Homogêneos.

Abstract: *Transindividual rights are the result of changes in society, which required the legislature's protection of collective goods. The Code of Consumer Protection brought great advancement to sort these rights in diffuse, collective and strictly homogeneous. This rating takes into account the ownership, divisibility and the source of substantive law. The explicit reference to these legal rights and resize to widen a technique for protecting individual, enabling access to justice through collective.*

Keywords: *Transindividual Rights. Diffuse Rights. Collective Rights. Homogeneous Individual Rights.*

1. INTRODUÇÃO

Os direitos transindividuais, assim denominados por não pertencerem ao individuo de forma isolada, podem ser classificados em: direitos difusos,

[1] *Marcelo Henrique Matos Oliveira: Mestre em Direito Coletivo, Cidadania e Função Social pela Universidade de Ribeirão Preto. Membro do Instituto Brasileiro de Processo. Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera-UNIDERP. Bacharel em Direito pela Universidade de Uberaba (UNIUBE). Advogado. marcelohmatos@adv.oabmg.org.br.*

coletivos e individuais homogêneos. Essa classificação foi inovação trazida pelo parágrafo único do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor.

O presente trabalho analisa cada uma dessas espécies, recorrendo à pesquisa bibliográfica doutrinária em revistas e livros jurídicos, além da inclusão de material jurisprudencial, com o escopo de estabelecer a pesquisa acadêmica no âmbito da prática judiciária.

Não se almeja esgotar o tema, nem explorar em sua totalidade todos os institutos aqui presentes, mas sim, refletir e buscar respostas para a efetividade do processo coletivo.

2. DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

É cediço que o direito busca acompanhar a sociedade - embora a passos lentos – sendo influenciado pelas grandes transformações ocorridas na ordem tecnológica, científica e cultural. Essas transformações exigem que o direito seja aberto, sensível às mutações e que tenha aptidão para se estabelecer de forma eficaz, regulando os conflitos de interesses existentes.

A evolução da sociedade passa pelo reconhecimento dos direitos fundamentais, que pode ser analisado metodologicamente através de quatro gerações de direitos.

Os direitos de primeira geração compreendem as liberdades negativas clássicas, que realçam o princípio da liberdade. São os direitos civis e políticos.[2] Surgiram no final do século XVIII e representam uma resposta do Estado liberal ao Estado absoluto. São exemplos o direito à vida, à propriedade, à liberdade, à participação política e religiosa, entre outros.

Carlos Frederico Marés de Souza Filho informa que o Estado Liberal individualista pretendeu transformar todos os direitos em individuais. Assevera que "a construção do Estado contemporâneo e de seu Direito foi marcada pelo individualismo jurídico ou pela transformação de todo titular de direito em um

[2] *GOMES JUNIOR, Luiz Manoel.* **Curso de direito processual civil coletivo**. *2. ed. São Paulo: Srs., 2008, p 01.*

individuo"[3]. Dado esse caráter, o Estado não reconheceu qualquer direito de titularidade além do individuo: "o Estado nacional e seu direito individualista negou a todos os agrupamentos humanos qualquer direito coletivo, fazendo valer apenas os seus direitos individuais cristalizados na propriedade."[4]

Os direitos de segunda geração identificam-se com as liberdades positivas, reais e concretas e acentuam o princípio da igualdade entre os homens. São os direitos sociais, econômicos e culturais. Surgiram das inovações trazidas pela Revolução Industrial, que provocou uma profunda e radical mudança na sociedade. Segundo José Manuel de Arruda Alvim Neto:

> Alguns segmentos marginalizados deixando de integrar o rol dos que se encontravam nas periferias das sociedades e respectivas civilizações, não alcançadas de fato pelo aparelho do Estado, iniciaram um processo para forçar a entrada nos quadros melhores da civilização, com o que se colocou de um lado a insuficiência do aparato estatal e bem assim do sistema tradicional.[5]

O Estado Social deixou de lado a omissão do Estado liberal para intervir na sociedade como garantidor de novos direitos. Segundo Pedro Lenza, com o advento da Revolução Industrial, surgiu uma "extraordinária alteração na estrutura da sociedade, fazendo aparecer a figura da massa e, em seu bojo, os inevitáveis conflitos de massa."[6]

As Constituições da França de 1793 e 1848, a brasileira de 1824 e a alemã de 1849 já previam os direitos de segunda geração que, objetivando a igualdade material, elencou em seus textos direitos relacionados à alimentação, à saúde e à proteção aos idosos. Esses, por sua vez, não se dirigiam ao homem considerado isoladamente, mas, ao grupo, à coletividade, sendo direitos de titularidade difusa.

---

3 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Multiculturalismo e direitos coletivos. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.) ***Conhecer para libertar****: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 73*

4 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Multiculturalismo e direitos coletivos. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.) ***Conhecer para libertar****: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p.75.*

5 ALVIM NETTO, José Manuel de Arruda. Anotações sobre a perplexidade e os caminhos do processo civil contemporâneo – sua evolução ao lado da do direito de matéria. ***Revista de Direito do Consumidor****. V.2. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar. 1992. p. 76-99.*

6 LENZA, Pedro. ***Teoria geral da ação civil pública****. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 38.*

Esse novo modelo não se distanciou totalmente do ideal liberal, posto que mantido a estrutura econômica capitalista. No entanto, a questão social foi agregada ao núcleo liberal, especialmente pelo reconhecimento dos direitos coletivos, o que gerou uma grande transformação da ordem jurídica no que diz respeito à titularidade dos direitos reconhecidos. Tem-se, aqui, a gênese dos direitos coletivos ou transindividuais.[7]

Os direitos de terceira geração consagram os princípios da fraternidade e da solidariedade. São direitos que transcendem o indivíduo, que não se restringem à relação individual, sendo designados como transindividuais. Incluem o direito à paz, ao desenvolvimento, ao meio ambiente sadio, dentre outros.

Norberto Bobbio, ao analisá-los, dispõe:

> Ao lado dos direitos sociais, que foram chamados de direitos de segunda geração, emergiram hoje os chamados direitos de terceira geração, que constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata. O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído.[8]

É interessante ressaltar que a essência dos direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira gerações correspondem ao lema da Revolução Francesa: Liberdade, igualdade e fraternidade.

Paulo Bonavides reconhece ainda direitos de quarta geração como, por exemplo, o direito à democracia, à informação e ao pluralismo. Segundo ele, "deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar no plano de todas as relações de convivência." [9]

De acordo com Carlos Ayres Brito:

> Efetivamente, se consideramos a evolução histórica do Constitucionalismo, podemos facilmente ajuizar que ele foi liberal,

[7] *MANCUSO, Rodolfo de Camargo.* ***Interesses difusos****: conceito e legitimação para agir. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 35.*
[8] *Norberto Bobbio,* ***A era dos direitos****. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 6.*
[9] *BONAVIDES, Paulo.* ***Curso de direito constitucional****. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 571.*

> inicialmente, e depois social. Chegando nos dias presentes à etapa fraternal esta fase em que as constituições incorporam às franquias liberais e sociais de cada povo soberano a dimensão da Fraternidade; isto é, a dimensão das ações estatais afirmativas, que são atividades assecuratórias da abertura de oportunidades para os segmentos sociais historicamente desfavorecidos, como, por exemplo, os negros, os deficientes físicos e as mulheres (para além, portanto, da mera proibição de preconceitos). De par com isso, o constitucionalismo fraternal alcança a dimensão da luta pela afirmação do valor do Desenvolvimento, do Meio Ambiente ecologicamente equilibrado, da Democracia e até de certos aspectos do urbanismo como direitos fundamentais. Tudo na perspectiva de se fazer a interação de uma verdadeira comunidade; isto é, uma comunhão de pela consciência de que, estando todos em um mesmo barco, não têm como escapar da mesma sorte ou destino histórico.[10]

Os direitos transindividuais se originaram de conflitos sociais instaurados no último século, obrigando o reconhecimento e a proteção de direitos como a educação, segurança, meio ambiente, saúde, dentre outros de natureza fluída, cuja titularidade compete a todo cidadão.[11]

Estão situados entre o interesse público e o interesse privado, pois "embora não sejam propriamente estatais, são mais que meramente individuais, porque são compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas"[12]. São interesses que excedem o âmbito individual, mas não chegam a constituir interesse público.

Nas palavras de Álvaro Luiz Valery Mirra:

> Não se está diante, propriamente, de interesses públicos, assim entendidos aqueles que têm no Estado o titular único e exclusivo de sua tutela, já que, frequentemente, o próprio Estado aparece como o causador de lesões aos direitos individuais. Mas pouco se trata de interesses privados disponíveis, pois os direitos difusos, em suas diversas manifestações, não são jamais a soma de direitos individuais e sim direitos pertencentes indivisivelmente a todos, marcados no mais das vezes pelas características da indisponibilidade.[13]

---

[10] BRITTO, Carlos Ayres. ***Teoria da constituição****. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 216.*

[11] GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. ***Curso de direito processual civil coletivo****. 2. ed. São Paulo: Srs., 2008, p. 4.*

[12] MAZZILLI, Hugo Nigro. ***A defesa dos interesses difusos em juízo****: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 48.*

13 MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Associações civis e a defesa dos interesses difusos em juízo: do direito vigente ao direito projetado. In:

O que caracteriza os direitos transindividuais não é apenas o fato de serem compartilhados por vários titulares individuais reunidos pela mesma relação fática ou jurídica, mas também pela necessidade de substituir o acesso individual à justiça por um acesso coletivo, solucionando o conflito adequadamente e evitando insegurança jurídica.

Podemos dizer que direito transindividual, também chamado de direito coletivo em sentido amplo, é gênero que abriga três espécies ou categorias, conforme se observa no artigo 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor:

> Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:
> I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
> II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
> III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Segundo esse diploma legal, os direitos ou interesses coletivos podem ser divididos em direitos difusos, coletivos stricto sensu ou individuais homogêneos.[14]

Essas categorias podem ser individualizadas por três critérios: grupo, objeto e origem. O grupo faz referência à possibilidade de se individualizar os titulares de determinado direito; o objeto, por sua vez, refere-se ao próprio interesse e à sua condição de ser dividido aos indivíduos coletivamente tratados; a origem, por fim, assinala a natureza do elo que torna comum o interesse de determinado grupo.

GRINOVER, Ada Pellegrini e outros (Coord). ***Direito processual coletivo e anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos****. São Paulo, RT, 2007, p.115.*

[14] Antes de analisar as espécies dos direitos ou interesses coletivos, importante destacar a inexistência de diferenças de fato entre os termos "interesses" e "direitos" no plano da tutela coletiva. É comum na legislação brasileira a utilização da expressão "direitos" e/ou "interesses" para referir-se a direitos difusos e coletivos (art. 129, inc. III, da CF, art. 81 do CDC, art. 1º, inc. IV da LACP, etc.). A partir do momento em que os "interesses passam a ser tutelados juridicamente pelo sistema surge o direito. Assim, na prática inexiste razão para diferenciá-los, já que os "interesses" também são passíveis de ser tutelados, assim como os "direitos". Kazuo Watanabe informa que "os termos interesses e direitos foram utilizados como sinônimos, certo é que, a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os interesses assumem o mesmo status de direitos, desaparecendo qualquer razão prática e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles." WATANABE, Kazuo. ***Código Brasileiro de Defesa do Consumidor****: comentado pelos autores do Anteprojeto. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 739.*

Ada Pellegrini Grinover, com maior clareza, apresenta as características que os distinguem:

> Indeterminados pela titularidade, indivisíveis com relação ao objeto, colocados no meio do caminho entre os interesses públicos e os privados, próprios de uma sociedade de massa e resultado de conflitos de massa, carregados de relevância política e capaz de transformar conceitos jurídicos estratificados, com a responsabilidade civil pelos danos causados no lugar da responsabilidade civil pelos prejuízos sofridos. Como a legitimação, a coisa julgada, os poderes e a responsabilidade do juiz e do Ministério Público, o próprio sentido da jurisdição, da ação, do processo.[15]

Os conceitos apresentados pelo Código de Defesa do Consumidor aplicam-se a qualquer sorte de direitos transindividuais, não só aqueles relativos às atividades de consumo. Ou seja, essa classificação também se aplica à ação civil pública e às demais ações previstas no ordenamento jurídico.

3. DIREITOS DIFUSOS

A essência do direito difuso é sua natureza indivisível, vez que só é considerado como um todo, não sendo possível individualizar a pessoa atingida pela lesão gerada da violação desse direito, o qual nasce de uma circunstância de fato, comum a toda comunidade. A impossibilidade de determinar os titulares é marca singular dessa espécie de direitos coletivos. José Carlos Barbosa Moreira assim leciona:

> Não pertencem a uma pessoa isolada, nem a um grupo nitidamente delimitado de pessoas (ao contrário do que se dá em situações clássicas como a do condomínio ou a da pluralidade de credores numa única obrigação), mas a uma série indeterminada – e, ao menos para efeitos práticos, de difícil ou impossível determinação -, cujos membros não se ligam necessariamente por vínculo jurídico definido.[16]

---

[15] *GRINOVER, Ada Pellegrini.* ***Os processo coletivos nos países de civil law e common law****: uma análise de direito comparado. São Paulo: RT, 2008, p. 229.*

[16] *MOREIRA, José Carlos Barbosa. A proteção jurídica dos interesses coletivos.* ***Temas de direito processual****. Terceira série, São Paulo: Saraiva, 1984, p. 184.*

De acordo com Hugo Nigro Mazzilli, os direitos difusos "são como um feixe ou conjunto de interesses individuais, de objeto indivisível, compartilhadas por pessoas indetermináveis, que se encontram unidas por circunstâncias de fato conexas." [17]

Celso Antonio Pacheco Fiorillo leciona que "o direito difuso apresenta-se como um direito transindividual. Tendo um objeto indivisível, titularidade indeterminada e interligada por circunstância de fato".[18]

A indeterminabilidade não necessita ser absoluta, mas apenas que seja difícil ou irrazoável. Assim, os moradores de uma pequena cidade, diante de um problema ambiental local, serão, para fins de enquadramento no sistema brasileiro, considerados como titulares indeterminados.

Segundo Arruda Alvim, "a referibilidade do direito difuso não é o indivíduo, enquanto tal considerado, senão que diz respeito ao indivíduo dentro da coletividade, enquanto integrante da coletividade."[19]

Não podem ser compreendidos como um fenômeno contemporâneo, pois sempre existiram, não se caracterizando como novos direitos. Elton Venturi leciona:

> Os interesses difusos devem ser compreendidos não como novos direitos, no sentido de que tenham nascido contemporaneamente mediante a expressa referência constitucional à proteção do meio ambiente, da saúde, do bem-estar social. Dos consumidores, dos trabalhadores – enfim, de qualquer pretensão relacionada com a qualidade de vida -, mas sim como interesse que sempre existiram, emergentes naturalmente do plano da existência/utilidade, dispersos no contexto social em função da inexistência de vínculos formais e rígidos entre seus titulares.[20]

Evidentemente, a superação da dicotomia entre interesse privado e público, além da relativização do individualismo clássico, permitiu que os direitos difusos encontrassem um terreno fértil para florescer. Além disso,

---

[17] *MAZZILLI, Hugo Nigro.* ***A defesa dos interesses difusos em juízo****: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 53.*

[18] *FIORILLO, Celso Antonio Pacheco.* ***Curso de direito ambiental brasileiro****. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 6.*

[19] *ALVIM, Arruda. Ação Civil Pública.* ***Revista de Processo****, São Paulo: v.87, 1997.*

[20] *VENTURI, Elton.* ***Processo civil coletivo****: A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 50-51.*

outro fator que corroborou para o seu fortalecimento foi o reconhecimento da legitimação para a promoção de sua tutela por intermédio dos chamados corpos intermediários, representados por associações de classe, sindicatos, Ministério Público, dentre outros.

São exemplos de tutela judicial de direitos difusos as ações coletivas que visam impedir a divulgação de propaganda enganosa e lesiva ao consumidor, veiculada na mídia em geral; garantir um ambiente sadio para as presentes e futuras gerações; evitar e reparar o dano decorrente da contaminação da água de um determinado rio por detritos químicos; evitar e reparar a destruição do patrimônio artístico, histórico, turístico e paisagístico, defender o erário público, dentre outras.

Sérgio Sahione Fadel aponta as seguintes características dos direitos difusos:

> a) a transindividualidade, vale dizer, a circunstância de ultrapassarem a esfera pessoal do individuo pelo fato de não pertencerem exclusivamente a ele, mas eventualmente a todos, podendo ao mesmo tempo, transferir-se de um para outro conforme condições de tempo e lugar; b) a indivisibilidade, ou seja, não podem fragmentar-se, pois interessam a toda coletividade e não apenas a um ou alguns de seus membros; c) a indeterminabilidade dos titulares respectivos, na medida em que estão não estão claramente individualizados, do mesmo modo que nenhuma pessoa, isoladamente, pode intitular-se o seu sujeito; d) a circunstância de se ligarem seus titulares por um simples fato, e não necessariamente em decorrência de relação jurídica.[21]

Teori Albino Zavascki, por sua vez, analisando a natureza desses direitos, estabelece as seguintes características: 1 - são insuscetíveis de apropriação individual; 2- são insuscetíveis de transmissão, seja por ato inter vivos, seja *mortis causa*; 3- são insuscetíveis de renúncia ou de transação; 4 - sua defesa em juízo se dá sempre em forma de substituição processual (o sujeito ativo da relação processual não é o sujeito ativo da relação de direito material), razão pela qual o objeto do litígio é indisponível para o autor da demanda, que não poderá celebrar acordos, nem renunciar, nem confessar (CPC, 351), nem assumir ônus probatório não

[21] *FADEL, Sérgio Sahione. Ação Civil Pública.* ***Verbis****, Rio de Janeiro. nº 2, ago/set. 1996.*

fixado na Lei (CPC, 333, parágrafo único, I); 5 - a mutação dos titulares ativos difusos da relação de direito material se dá com absoluta informalidade jurídica (basta alteração nas circunstâncias de fato).[22]

Diante dessas características, podemos afirmar que serão qualificados por exclusão. Assim, é preciso analisar se os titulares são indeterminados ou determináveis, para isso o próprio Código de Defesa do Consumidor fornece os critérios, apontando ou não a existência de uma relação jurídica base entre as pessoas ou com a parte contrária. Por isso, José Carlos Barbosa Moreira assevera que a diferença entre direitos difusos e coletivos é tênue, havendo a possibilidade de ser suscitada dúvida sobre a classificação do direito, mas, seja como for, ela hoje está consagrada no Direito Brasileiro.[23]

Os direitos difusos foram os que sofreram maior resistência de incorporação aos ordenamentos romano-germânicos, principalmente pela distância que possui do conceito clássico de direito subjetivo. No entanto, após a previsão legal, o que se percebe é que, exercido a tutela de forma adequada, torna-se instrumento eficiente de participação social e também meio político, beneficiando toda a coletividade.

4. DIREITOS COLETIVOS EM SENTIDO ESTRITO

No que se refere aos direitos coletivos é preciso distinguir. Em sentido amplo refere-se a interesses transindividuais de classes, grupos ou categoria de pessoas. Essa acepção foi utilizada no título II da Constituição Federal de 1988 e pelo Código de Defesa do Consumidor ao disciplinar a ação coletiva, que se presta não só à defesa de direitos coletivos em sentido estrito, mas também à defesa dos difusos e individuais homogêneos.

Ao lado desse conceito amplo, vislumbra-se um conceito limitado ou restrito, que é o referido no parágrafo único, inciso II, artigo 81, do Código de Defesa do Consumidor.

[22] *ZAVASCKI, Teori Albino.* ***Processo coletivo****: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 42-43.*

[23] *MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ação civil pública.* ***Revista Trimestral de Direito Público****, mar./ 93, p.189.*

O direito ou interesse coletivo em sentido restrito "nasce da ideia de corporação, na medida em que são determináveis quanto a um grupo ou categoria. Entretanto, são direitos metaindividuais por não serem atribuídos aos membros de modo isolado, mas de forma coletiva, os quais estão unidos por uma mesma relação jurídica base." [24]

Os direitos coletivos se assemelham aos difusos quanto à indivisibilidade, mas se diferenciam quanto à origem da lesão e abrangência do grupo. Isso porque os difusos supõem titulares indetermináveis, ligados por uma circunstância de fato, enquanto os coletivos dizem respeito a grupo, classe ou categoria de pessoas determinadas ou determináveis, ligadas pela mesma relação jurídica base.

Essa relação jurídica base exigida pode ser demonstrada não só pelo vínculo associativo, como também pela relação com o fornecedor. Nesse sentido leciona Leonardo Roscoe Bessa:

> Não estão necessariamente vinculados ou organizados em torno de entidade associativa (sindicato, associação de consumidores, etc.), pois a relação jurídica base pode ocorrer em relação ao fornecedor (exemplo, contrato padrão de plano de saúde), ou seja, à "parte contrária", como deixa claro o parágrafo único, II, do artigo 81.[25]

Ademais, a relação jurídica base necessita ser anterior à lesão. Exemplificando, no caso de uma publicidade enganosa também ocorre um elo entre os interessados, só que esta é verificável no momento em que a publicidade é exposta, ou seja, no momento da lesão. Antes da exposição não havia qualquer relação entre os componentes da coletividade lesada, nem tampouco com o fornecedor que veiculou a publicidade. A tutela ocorrerá no campo dos direitos difusos.

Diferente é o caso do reajuste abusivo das mensalidades escolares em que os alunos são afetados, pois, o vínculo que os une à escola é preexistente a qualquer lesão que venha a ocorrer. Observe que é possível determinar quais são os sujeitos lesados enquanto grupo e reparar a lesão no exato limite.

---

[24] *MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca.* ***Procedimentos cautelares e especiais****: antecipação de tutela, jurisdição voluntária e ações coletivas e constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 355.*

[25] *BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe.* ***Manual de direito do consumidor****. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 386.*

Além dos exemplos citados, a tutela judicial de direitos coletivos em sentido estrito pode ocorrer para reprimir e evitar danos aos moradores de um condomínio, impedir o aumento ilegal das prestações de determinado consórcio, dentre outros.

Teori Albino Zavascki estabelece como características desses direitos: 1- são insuscetíveis de apropriação individual; 2 - são insuscetíveis de transmissão, seja por ato inter vivos, seja *mortis causa*; 3- são insuscetíveis de renúncia ou de transação; 4- sua defesa em juízo se dá sempre em forma de substituição processual (o sujeito ativo da relação processual não é o sujeito ativo da relação de direito material), razão pela qual o objeto do litígio é indisponível para o autor da demanda, que não poderá celebrar acordos, nem renunciar, nem confessar (CPC, 351), nem assumir ônus probatório não fixado na Lei (CPC, 333, parágrafo único, I); 5- a mutação dos titulares ativos coletivos da relação de direito material se dá com relativa informalidade jurídica (basta a adesão ou a exclusão do sujeito à relação jurídica-base).[26]

Reforçando a distinção entre os direitos difusos ou coletivos, é importante apresentar a lição de Rodolfo de Camargo Mancuso:

> a) conquanto os interesses coletivos e os difusos sejam espécies do gênero "interesses meta (ou super) individuais", tudo que indica que entre eles existem pelo menos duas diferenças básicas, uma de ordem quantitativa, outra de ordem qualitativa: sob o primeiro enfoque, verifica-se que o interesse difuso concerne a um universo maior do que o interesse coletivo, visto que, enquanto aquele pode mesmo concernir até a toda humanidade, este apresenta menor amplitude, já pelo fato de estar adstrito a uma "relação-base, a um "vínculo jurídico", o que o leva a aglutinar juntos a grupos sociais definidos; sob o segundo critério, vê-se que o interesse coletivo resulta do homem em sua projeção corporativa, ao passo que, no interesse difuso, o homem é considerado simplesmente enquanto ser humano; b) o utilizar indistintamente essas duas expressões conduz a resultados negativos, seja porque não contribui para aclarar o conteúdo e os contornos dos interesses em questão, seja porque estão em estágios diferentes de elaboração jurídica: os interesses coletivos já estão bastante burilados pela doutrina e jurisprudência;

[26] *ZAVASCKI, Teori Albino.* ***Processo coletivo****: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 42-43.*

> se eles ainda suscitam problema, como o da legitimação para agir, " a técnica jurídica tem meios de resolvê-lo", como lembra J. C. Barbosa Moreira; ao passo que os interesses difusos têm elaboração jurídica mais recente, não tendo ainda desvinculado do qualificativo e "personaggio absolutamente misterioso". Daí porque se nos afigura conveniente e útil a tentativa de distinção entre esses dois interesses.[27]

Os direitos coletivos em sentido estrito são de compreensão mais fácil, vez que mais próximo do conceito de direito subjetivo encontrado no processo civil clássico, se diferenciando apenas por não pertencer a apenas uma pessoa, mas a várias, sendo possível determiná-las.

5. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Segundo o artigo 81, parágrafo único, III, do Código de Defesa do Consumidor, os direitos individuais homogêneos são aqueles cujo objeto pode ser dividido e cujos titulares são perfeitamente identificáveis. Não importa se existe relação jurídica anterior ou vinculo que una os titulares entre si ou com a parte contrária, como ocorre com os direitos coletivos em sentido estrito. Aqui, o que caracteriza o direito como individual homogêneo é a origem comum. A relação que se forma com a parte contrária decorre somente da lesão sofrida.

No mesmo sentido, a nova lei do Mandado de Segurança Individual e Coletivo estabeleceu a definição a partir da origem comum, adicionando também os direitos decorrentes "da atividade ou situação específica da totalidade ou da parte dos associados ou membros do impetrante". No entanto, essa conceituação é restringida, por determinação legal, ao âmbito mandamental.[28]

Pedro Lenza destaca as seguintes características:

> Por seu turno, os interesses individuais homogêneos caracterizam-se por sua divisibilidade plena, na medida em que, além de serem os

[27] *MANCUSO, Rodolfo de Camargo.* ***Interesses difusos, conceito e legitimação para agir****. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 77-78.*

[28] *MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro.* ***Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional****: Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.225*

> seus sujeitos determinados, não existe, por rega, qualquer vínculo ou relação jurídica-base ligando-os, sendo que, em realidade, a conexão entre eles decorre de uma origem comum, como, por exemplo, o dano causado à saúde individual de determinados indivíduos, em decorrência da emissão de poluentes no ar por uma indústria. Diante disso, é perfeitamente identificável o prejuízo individual de cada qual, podendo-se dividir (cindir) o interesse, efetivando-se a prestação jurisdicional de maneira correlacionada ao dano particular.[29]

Observe que, sendo possível o fracionamento, não haverá tratamento unitário obrigatório, sendo factível a adoção de soluções diferenciadas para os interessados.

Esses direitos são, portanto, essencialmente individuais e apenas acidentalmente coletivos. Para serem qualificados como homogêneos precisam envolver uma pluralidade de pessoas e decorrer de origem comum, situação essa que não exige unidade temporal e factual:

> Origem comum não significa, necessariamente, uma unidade factual e temporal. As vítimas de uma publicidade enganosa veiculam por vários órgãos da imprensa e em repetidos dias ou de um produto nocivo à saúde adquirido por vários consumidores em um largo espaço de tempo e em várias regiões têm, como causa de seus danos, fatos com homogeneidade tal que os tornam a 'origem comum' de todos eles.[30]

Maximiliam Fierro Paschoal, sobre a origem comum, anota:

> Pode tanto se referir a uma situação fática ou jurídica, mas não implica a exigência de que os fatos causadores do dano tenham ocorrido ao mesmo tempo e na mesma localidade. Isto é, um mesmo fornecedor poderá praticar uma série de atos idênticos atentatórios aos direitos dos consumidores e, caso estes tenham os mesmos direitos lesados, considerar-se-á que a origem dos danos é comum, ainda que tenham se verificado em momentos distintos.[31]

---

[29] *LENZA, Pedro.* ***Teoria geral da ação civil pública****. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 76.*

[30] *WATANABE, Kazuo.* ***Código brasileiro de defesa do consumidor****: comentado pelos autores do anteprojeto, 8. ed. Rio de janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 629.*

[31] *PACHOAL, Maximiliam Fierro.* ***A representatividade adequada na ação coletiva brasileira*** *(Lei da Ação Civil Pública e Código de Defesa do Consumidor), dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, orientador: Prof. Dr. Kazuo Watanabe,2007, p. 79*

Os direitos individuais também não necessitam ser qualitativa ou quantitativamente idênticos para merecer tratamento coletivo, vez que a lei só exige a origem comum. Julgado procedente a ação, cabe ao lesado, individualmente, provar em fase de liquidação que integra o grupo cujo direito homogêneo foi reconhecido. Observe que essa liquidação se difere daquela contida no processo civil tradicional em que somente se apura o quanto é devido.

Ada Pellegrini Grinover assevera que, ainda que tenham origem comum, é necessária a prevalência das questões comuns sobre as individuais, sob pena de se tratar de direitos individuais heterogêneos.[32]

Não se trata de litisconsórcio, vez que não há simples reunião de pessoas para, em conjunto, defender seus direitos individuais. Também não impede o indivíduo de exercer o direito de ação individualmente.

Segundo Carvalho Filho, esses direitos guardam distinção fundamental em relação aos interesses difusos e coletivos pelos seguintes motivos:

> Enquanto estes são transindividuais, porque o aspecto de relevo é o grupo, e não seus componentes, aqueles se situam dentro da órbita jurídica de cada indivíduo. Por outro lado, os direitos transindividuais são indivisíveis e seu titulares são indeterminados ou apenas determináveis, ao passo que os individuais homogêneos são divisíveis e seus titulares são determinados.[33]

Como exemplo, podemos citar o direito dos adquirentes à restituição do preço pago a determinado produto ou à sua substituição por outro de boa qualidade (CDC, art. 18, §1º, III):

> AÇÃO COLETIVA - INTERESSE INDIVIDUAL HOMOGÊNEO - RELEVÂNCIA SOCIAL - ADULTERAÇÃO DE CAL HIDRATADA - PRODUTO IMPRÓPRIO PARA O CONSUMO - ART. 18, §1º, CDC - FORNECEDOR - OBRIGAÇÃO DE RESTITUIR O PREÇO PAGO PELOS CONSUMIDORES OU SUBSTITUIR O PRODUTO POR OUTRO DE BOA

[32] *GRINOVER,* ***Da Class action for damages à ação de classe brasileira****: os requisitos de admissibilidade, Ação civil pública: lei 7.347/1985 -15 anos. Édis Milaré (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 32.*

[33] *CARVALHO FILHO, José dos Santos.* ***Ação civil pública****: Comentários por Artigo (Lei nº 7.347, de 24/7/85). 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 31.*

> QUALIDADE - MULTA COMINATÓRIA - NATUREZA COERCITIVA - ARBITRAMENTO - RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. As ações coletivas são aquelas capazes de promover a defesa de direitos subjetivos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Para que se configure a legitimidade do Ministério Público no sentido de, em nome próprio, defender interesse alheio, é necessário que se trate de interesses ou direitos difusos, coletivos, ou individuais homogêneos, desde que, em relação a estes últimos, ainda que disponíveis, tenham alguma relevância social (arts. 81 e 91, CDC). Extrai-se do art. 91, do Código de Defesa do Consumidor, que o legislador não criou óbice à condenação do fornecedor, em ação coletiva, a indenizar, individualmente, os consumidores lesados pelos produtos impróprios para o uso que colocou no mercado. A execução do decreto judicial condenatório, quer seja a ação individual ou coletiva, se dará em procedimento de liquidação de sentença, em que deverão ser demonstrados os efetivos prejuízos sofridos pelos consumidores, decorrentes da aquisição do produto adulterado ou da utilização deste. O produto adulterado intencionalmente pela ação humana e que apresenta características inferiores caracteriza-se impróprio para o consumo e autoriza o exercício da pretensão à restituição dos valores pagos pelos consumidores que o adquiriram ou a substituição por outro de boa qualidade (art. 18, §1º, I e II, CDC). O art. 84, do Código de Defesa do Consumidor prevê a possibilidade de arbitramento de multa pelo juiz da causa, de modo a garantir o resultado prático da tutela jurisdicional no sentido de determinar ao réu o cumprimento de obrigação de fazer e não fazer, sendo a natureza da astreintes eminentemente coercitiva. O arbitramento da multa cominatória deve se pautar pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo que cabe ao julgador arbitrar valor suficiente para impedir a continuidade da conduta lesiva ao consumidor, evitando-se, o máximo possível, a ruína financeira do fornecedor.[34]

Sobre a importância dos direitos individuais homogêneos, leciona Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior:

> A importância dessa categoria é cristalina. Sem sua criação pelo direito positivo nacional não existiria possibilidade de tutela "coletiva" de direitos individuais com natural dimensão coletiva em razão de sua homogeneidade, decorrente da massificação/padronização das relações jurídicas e das lesões daí decorrentes. A "ficção jurídica

[34] *Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Número do processo: 1.0024.99. 152341-6/001(1), Numeração Única: 1523416-48.1999.8.13.0024, relator: EDUARDO MARINÉ DA CUNHA, Data do Julgamento: 15/03/2007, Data da Publicação: 05/05/2007.*

> atende a um imperativo do direito, realizar com efetividade a Justiça frente ao reclames da vida contemporânea.[35]

A defesa coletiva concebe medida necessária para desafogar o Poder judiciário, de modo que possa cumprir em tempo hábil e com qualidade suas funções. Além disso, amplia e permite o acesso à justiça, especialmente para conflitos em que o valor diminuto do benefício pretendido significa desestímulo para a formulação da ação. Também aplica o princípio da igualdade ao resolver molecularmente as causas denominadas de repetitivas, que poderiam ser julgadas de forma contraditória, se apreciadas de modo singular.[36]

Nesse sentido o julgado do Superior Tribunal de Justiça:

> As ações coletivas foram concebidas em homenagem ao princípio da economia processual. O abandono do velho individualismo que domina o direito processual é um imperativo do mundo moderno. Através dela, com apenas uma decisão, o Poder Judiciário resolve a controvérsia que demandaria uma infinidade de sentenças individuais. Isto faz o judiciário mais ágil. De outro lado, a substituição do indivíduo pela coletividade torna possível o acesso dos marginais econômicos à função jurisdicional. Em se permitindo, o Poder Judiciário aproxima-se da democracia. [37]

Assim, é indiscutível a vantagem do tratamento uno das pretensões, de forma a garantir três objetivos: "proporcionar economia processual, acesso à justiça e a aplicação voluntária e autoritativa do direito material".[38]

Outro ponto merece destaque, segundo parcela da doutrina, os direitos individuais homogêneos não seriam coletivos, mas sim direitos individuais coletivamente tratados.

De acordo com Teori Albino Zavascki, as afirmações de que esses direitos assumem a "roupagem" de direito coletivo e, por isso, podem ser classificados

---

[35] *DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes.* ***Curso de direito processual civil****: Processo Coletivo. 3. ed. Bahia: Podivm, 2008, p. 78.*

[36] *MENDES, Aluísio Gonçalves de castro. A****ções coletivas no direito comparado e nacional.*** *São Paulo: RT, 2002, p. 220/221.*

[37] *STJ. Mandado de Segurança 5187/DF, julgado em 24 de setembro de 1997, relator Ministro Humberto Gomes de Barros*

[38] *GIDI, Antonio. Las acciones colectivas em Estados Unidos. In: GIDI, Antonio, MAC-GREGOR, Eduardo F. (Coord.).* ***Procesos colectivos****: la tutela de los derechos colectivos e individuales em uma perspectiva comparada. México – DF: Editorial Porrúa, 2003.*

como "acidentalmente coletivos", ou, na visão do Superior Tribunal Federal, como subespécie dos interesses coletivos, devem ser entendida com reservas:

> O "coletivo", consequentemente, diz respeito apenas à "roupagem", ao acidental, ou seja, ao modo como aqueles direitos podem ser tutelados. Porém é imprescindível ter presente que o direito material – qualquer direito material – existe antes e independentemente do processo. Na essência e por natureza, os direitos individuais homogêneos, embora tuteláveis coletivamente, não deixam de ser o que realmente são: genuínos direitos subjetivos individuais. Essa realidade deve ser levada em consideração quando se busca definir e compreender os modelos processuais destinados à sua adequada e mais efetiva defesa.[39]

O referido autor, em voto proferido no CC 58211/MG, ainda destacou que os direitos homogêneos são transformados em estruturas moleculares por razões de facilitação de acesso à justiça, pela priorização da eficiência e economia processual, não como consequência de uma indivisibilidade inerente ou da existência de uma relação jurídica base. Asseverou que a expressão, direitos individuais homogêneos deve ser associada à defesa coletiva de um conjunto de direitos individuais, não fazendo sentido utilizá-la para significar apenas um desses direitos, individualmente considerado:

> A qualificação de homogêneos é utilizada, pelo legislador, para identificar um conjunto de direitos subjetivos individuais ligados entre si por uma relação de afinidade, de semelhança, de homogeneidade, o que permite a defesa coletiva de todos eles. Para fins de tutela jurisdicional coletiva, não faz sentido, portanto, sua versão singular (um único direito homogêneo), já que a marca da homogeneidade supõe, necessariamente, uma relação de referência com outros direitos individuais assemelhados. Há, é certo, nessa compreensão, uma pluralidade de titulares, como ocorre nos direitos transindividuais; porém, diferentemente desses (que são indivisíveis e seus titulares são indeterminados), a pluralidade, nos direitos individuais homogêneos, não é somente dos sujeitos (que são determinados), mas também do objeto material, que é divisível e pode ser decomposto em unidades autônomas, com titularidade

[39] *ZAVASCKI, Teori Albino.* ***Processo coletivo****: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 56.*

> própria. (...) Em outras palavras, os direitos homogêneos "são, por esta via exclusivamente pragmática, transformados em estruturas moleculares, não como fruto de uma indivisibilidade inerente ou natural (interesses e direitos públicos e difusos) ou da organização ou existência de uma relação jurídica-base (interesses coletivos stricto sensu), mas por razões de facilitação de acesso à justiça, pela priorização da eficiência e da economia processual (...) Quando se fala, pois, em direitos individuais homogêneos, a expressão deve ser associada, necessariamente, à "defesa coletiva" ou à tutela coletiva de um conjunto de direitos individuais. Não faz qualquer sentido utilizar tal expressão para significar apenas um desses direitos individualmente considerado.[40]

Essa distinção é relevante, pois considerar os direitos individuais homogêneos como direitos individuais, sendo "coletivamente tratados" apenas em decorrência da homogeneidade das lesões, seria permitir o afastamento da aplicação dos princípios gerais da tutela coletiva a tais direitos.

Na verdade, os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos foram conceituados com a finalidade de permitir a efetiva prestação jurisdicional. Kazuo Watanabe leciona que "o legislador preferiu defini-los para evitar que dúvidas e discussões doutrinárias, que ainda persistem a respeito dessas categorias jurídicas, possam impedir ou retardar a efetividade da tutela dos interesses ou direitos dos consumidores e das vítimas ou seus sucessores".[41]

Esses conceitos são interativos de direito material e processual, voltados para a instrumentalidade, para a adequação da teoria geral do direito à realidade social e, assim, para a tutela pelo Poder Judiciário.[42] Portanto, a conceituação desses direitos tem escopo ampliativo para uma eficaz proteção.

No que tange à titularidade do direito material coletivo, observamos que o direito difuso pertence à comunidade formada de pessoas indeterminadas; o direito coletivo pertence a uma coletividade formada por grupo, categoria ou classe de pessoas; os direitos individuais homogêneos pertencem a uma comunidade

---

[40] Voto proferido no CC 58211/MG, Dj. 18.09.2006, Ministro do STJ Teori Albino Zavascki.

[41] GRINOVER, Ada Pellegrini, BENJAMIN Antônio Herman de Vasconcellos, FINK, Daniel Roberto, FILOMENO, José Geraldo Brito, KAZUO, Watanabe, NERY Nelson Júnior e DENARI Zelmo. ***Código Brasileiro de Defesa do Consumidor****. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 623*

*[42] DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. C****urso de direito processual civil****: Processo Coletivo. 3. ed. Bahia: Podivm, 2008, p. 82.*

formada de pessoas individualizadas (conjunto de vítimas), que também podem ser indeterminadas e determináveis.[43]

Por derradeiro, é possível visualizar que de um mesmo fato possa originar pretensões difusas, coletivas e individuais homogêneas. A doutrina apresenta o caso do acidente que envolveu o barco Bateau Mouche IV, sendo que, sob tal aspecto, era possível que as vítimas pleiteassem indenização fundada no direito individual; determinada associação de empresas de turismo ajuizasse ação fundada no direito coletivo para reparar a imagem do setor e o Ministério Público poderia ter proposto ação de natureza difusa objetivando a tutela da vida e da segurança.[44]

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma das grandes inovações trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor foi o regramento das ações coletivas através do título III – Da defesa do consumidor em juízo. Esse título, além de contemplar o tratamento da tutela jurisdicional dos direitos e interesses do consumidor de forma coletiva, apresentou, de forma exclusiva, a classificação e conceituação das espécies de direito coletivo: direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Essa classificação leva em conta a titularidade, a divisibilidade e a origem do direito material.

No caso do direito difuso, as vítimas são indeterminadas, o objeto é indivisível e a origem do direito decorreu de uma circunstância fática. Os direitos coletivos em sentido estrito, por sua vez, são compartilhados por um grupo, categoria ou classe de pessoas, seu objeto é indivisível e a origem do direito decorreu de uma relação jurídica base. Por fim, os direitos individuais homogêneos, são aqueles que decorreram de uma origem comum, a divisibilidade do direito e seus titulares poderão ser determinados no momento da liquidação ou execução da sentença coletiva.

43 GIDI, Antonio, op cit, p.22.

44 NERY JÚNIOR, Nelson. Aspectos do processo civil no código de defesa do consumidor. São Paulo: RT, ***Revista de Direito do Consumidor****, vol. 1, 1992, p. 202.*

A preocupação do legislador em conceituar e classificar os direitos transindividuais se justifica pela configuração atual da sociedade, pela massificação do mercado de consumo, pela percepção de que há direitos que pertencem a toda comunidade e pela necessidade de se evitar a repetição de processos fundados no mesmo tema.

7. REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. **Ação Civil Pública**. Revista de Processo, São Paulo: v.87, 1997.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 386.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da constituição**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação civil pública**: Comentários por Artigo (Lei nº 7.347, de 24/7/85). 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**: Processo Coletivo. 3. ed. Bahia: Podivm, 2008.

FADEL, Sérgio Sahione. **Ação Civil Pública**. Verbis, Rio de Janeiro. nº 2, ago/set. 1996.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GIDI, Antonio. *Las acciones colectivas em Estados Unidos. In*: GIDI, Antonio, MAC-GREGOR, Eduardo F. (Coord.). ***Procesos colectivos****: la tutela de los derechos colectivos e individuales em uma perspectiva comparada.* México – DF: Editorial Porrúa, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini, BENJAMIN Antônio Herman de Vasconcellos, FINK, Daniel Roberto, FILOMENO, José Geraldo Brito, KAZUO, Watanabe, GRINOVER, Ada Pellegrini. **Da *Class action for damages* à ação de classe brasileira**: os requisitos de admissibilidade, Ação civil pública: lei 7.347/1985 -15 anos. Édis Milaré (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Os processo coletivos nos países de civil law e *common law***: uma análise de direito comparado. São Paulo: RT, 2008.

LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 76.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. **Curso de direito processual civil coletivo**. 2. ed. São Paulo: Srs., 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos, conceito e legitimação para agir**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 77-78.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Procedimentos cautelares e especiais**: antecipação de tutela, jurisdição voluntária e ações coletivas e constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional**: Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.225.

_____. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: RT, 2002.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Associações civis e a defesa dos interesses difusos em juízo**: do direito vigente ao direito projetado. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e outros (Coord). Direito processual coletivo e anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos. São Paulo, RT, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ação civil pública. **Revista Trimestral de Direito Público**, mar./93.

_____. A proteção jurídica dos interesses coletivos. **Temas de direito processual**. Terceira série, São Paulo: Saraiva, 1984.

NERY JÚNIOR, Nelson. Aspectos do processo civil no código de defesa do consumidor. São Paulo: RT, **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 1, 1992.

NERY JÚNIOR, Nelson e DENARI Zelmo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

PACHOAL, Maximiliam Fierro. **A representatividade adequada na ação coletiva brasileira** (Lei da Ação Civil Pública e Código de Defesa do Consumidor), dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, orientador: Prof. Dr. Kazuo Watanabe, 2007.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Multiculturalismo e direitos coletivos. *In*: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.) **Conhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**: A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Malheiros, 2007.

WATANABE, Kazuo. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto, 8. ed. Rio de janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 629.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DIREITOS HUMANOS E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA PORTADORA DE OBESIDADE MÓRBIDA

Thaís Dalmolin Cervo[1]
Helder Barufffi[2]
Cristina Grobério Pazó[3]

Resumo: O aumento expressivo do número de pessoas obesas no mundo acende o alerta a respeito da necessidade de prevenção e tratamento da doença. Seus efeitos colaterais geram desconforto ao portador que acaba limitando sua participação na vida em sociedade. Deste modo, os direitos sociais de inclusão da pessoa obesa precisam ser respeitados e cumpridos para que possa buscar uma solidificação do princípio constitucional da igualdade, abalizado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, diante de um verdadeiro Estado preservador dos Direitos Humanos. O estudo tem por escopo analisar a necessidade de viabilização de políticas inclusivas ao portador de obesidade mórbida, reconhecendo que se trata de pessoa que sofre de uma espécie de deficiência que lhe reduz a mobilidade e que, portanto, deve ter atenção especial do Estado.

Palavras-chave: Direitos humanos, dignidade, obesidade.

Abstract: *The increase in the number of obese people in the world is a warning about of the need for prevention and treatment of this disease. The/ Its collateral effects cause discomfort to the patient that ends up limiting their participation in society. By the way, the inclusion of social rights of the obese person must be respected and complied with so it can get a solidification of the constitutional principle of equality, supported by the principle of human dignity in the face of a true State which preserves the Human Rights. The*

[1] Pós-graduanda em Direitos Humanos e Cidadania - Faculdade de Direito e Relações Internacionais - Universidade Federal da Grande Dourados – UFGD, e-mail: thaiscervo@hotmail.com.

[2] Mestre em Direito. Doutor em Educação. Professor da Faculdade de Direito e Relações Internacionais –FADIR/UFGD. Orientador.

[3] Doutora em Direito. Coorientadora.

study's scope is to analyze the need for facilitation of inclusive policies to people with morbid obesity, acknowledging that the person who suffers from a kind of disability that limits your mobility and therefore, must have special attention from the state.

***Keywords**: Human rights, dignity, obesity.*

1. DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

No período que antecede a 2ª Guerra Mundial, os direitos humanos exerciam sua autoridade apenas no território de domínio de cada Estado, unitariamente. Contudo, as atrocidades e práticas ultrajantes deste episódio mundial resultaram na necessidade de se internacionalizar os direitos fundamentais. Surge, neste contexto, a Organização das Nações Unidas – ONU e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1948.

A partir de então, a expressão "direitos humanos" ficou relacionada aos documentos de direito internacional, pois se refere às posições jurídicas que reconhecem o ser humano como ser de direitos, sem conexão à determinada ordem constitucional de um Estado, sendo, deste modo, válidos universalmente, apresentando caráter supranacional. E os direitos fundamentais, noutra ordem, exprimem os direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera constitucional de um Estado específico.[4]

Importante destacar que a eficácia dos direitos humanos que não integram o rol dos direitos fundamentais constitucionais de um determinado Estado, depende, em regra, da sua recepção na ordem jurídica interna e do status jurídico que lhes é atribuído.

1.1. Situando Os Direitos Humanos

1.1.1 Escorço histórico

Os direitos humanos foram classificados conforme as ideologias sociais foram sendo criadas e reinventadas, pois "os direitos não nascem todas de

[4] *SARLET, Ingo Wolfgang. A* ***eficácia dos direitos fundamentais****. 6. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 35 e 36.*

uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer".[5] Com o seu progressivo reconhecimento, determinou-se a distinção entre o conceito de "geração" e de "dimensão" de direitos humanos. Dá-se preferência ao último termo em razão de uma perspectiva de que os direitos se protraem no tempo, ao contrário do outro termo que gera a idéia de substituição de direitos.[6]

A primeira dimensão pode ser traduzida como sinonímia da luta pela liberdade e trouxe a discussão sobre direitos civis e políticos do cidadão frente o Estado. Sua consagração remonta à Revolução Francesa, da qual adveio a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). Veio no sentido de afastar as regalias de um Estado interventor e o excesso de poder exercido por ele sobre o indivíduo, caracterizando direitos negativos,[7] pois dirigidos a abstenção por parte do poderes públicos, e não de uma conduta positiva, na expectativa de se consolidar um Estado Liberal de Direito.

É nesta dimensão que surge a preocupação com a Dignidade da Pessoa Humana.

A segunda dimensão dos direitos fundamentais – conseqüência da Revolução Industrial e da doutrina marxista8 - está relacionada a uma conduta positiva do Estado no sentido de propiciar aos cidadãos o direito de participar do bem estar social, afinal, a consagração formal da liberdade e da igualdade não gera a garantia do seu gozo efetivo.

Assim, fez-se unir à democracia Liberal uma democracia Social que representa a esperança em uma vida digna e na busca pela igualdade material. A primeira vez em que se apresentaram positivados alguns desses direitos foi em 1917, com a Constituição Mexicana que assegura, entre outros, direitos a camponeses e trabalhadores assalariados.[9]

A Terceira Dimensão vem tratar dos direitos fundamentais de fraternidade e solidariedade. Estes direitos ultrapassam a primária visão de

[5] *BOBBIO, Norberto.* ***A Era dos Direitos****. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 25.*

[6] *SARLET. Ingo Wolfgang.* ***Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988****. 2. ed. Revista e Ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 48.*

[7] *SARLET, Ingo Wolfgang.* ***A eficácia dos direitos fundamentais****. 6. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 55.*

[8] *SARLET. Ingo Wolfgang.* ***Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988****. 2. ed. Revista e Ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 51.*

[9] *CASTILHO RICARDO.* ***Direitos Humanos: processo histórico – Evolução no mundo, Direitos Fundamentais: constitucionalismo contemporâneo****. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 77.*

proteção do homem como ser singular, para proteger grupos humanos, como uma família, um povo uma nação. Está associada a direitos amplos como a paz, a preservação do meio ambiente, a garantia da qualidade de vida, os direitos de comunicação, o direito do consumidor, entre outros classificados como direitos difusos e coletivos.

Como pode-se observar, os direitos fundamentais foram se modificando no decorrer dos anos conforme se ia vislumbrando as necessidades do homem, marcando a "evolução do processo de reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais"[10]. Contemporaneamente, a inquietação relacionada aos Direitos Humanos está na sua eficácia. Afinal, já existe um número expressivo de documentos positivando essas garantias e "o problema mais urgente que temos de enfrentar não é o problema do fundamento, mas o das garantias".[11]

Neste sentido, adiante buscar-se-á desenvolver mais aprofundadamente a questão dos diretos sociais, pois, a consolidação dos direitos de segunda dimensão ajuda a superar a dicotomia entre o cidadão e os entes estatais, trazendo para a atividade estatal a característica de ser um instrumento invencível para a construção de um estado de bem estar social, deixando para trás uma visão de direitos contra o Estado, reconhecendo a necessidade de direitos realizados através do Estado, cristalizando como simbiótica a relação entre este e o cidadão, pois, "a atuação estatal é vista como benfazeja para setores relevantes da população".[12]

1.1.2 Direitos Sociais

De maneira geral, a finalidade dos direitos sociais é a proteção dos hipossuficientes estatais de maneira a redistribuir os ativos materiais para que a população possa ter uma vida digna, forcejando a criação de uma justiça equitativa, por meio de ações afirmativas.

Sua previsão está expressa na Declaração Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966. Internamente, o núcleo sistêmico dos

---

[10] SARLET, Ingo Wolfgang. ***A eficácia dos direitos fundamentais****. 6. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 61.*
[11] BOBBIO, Norberto. ***A Era dos Direitos****. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 26.*
[12] AGRA, Walber de Moura. Direitos Sociais. In: MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder (Coord.). ***Tratado de Direito Constitucional 1****. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 515.*

direitos sociais se cristaliza no art. 6º, da Constituição Federal, o qual estabelece que "são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição".[13]

Os direitos sociais tendem a exigir do Estado a intervenção na ordem social segundo critérios de justiça distributiva. Desta forma, ao contrário dos direitos de primeira geração – direitos liberais – se realizam por meio da atuação dos entes estatais, no intuito de diminuir as desigualdades sociais, e, por este motivo, tendem a ter um custo alto para o estado e a terem um plano de execução que se protrai no tempo. Não se pode olvidar que os direitos sociais encontram-se conectados aos direitos individuais, civis e políticos, uma vez que, não supridas as necessidades básicas, não se pode afirmar a liberdade em sua essência. Buscar eficácia aos Direitos Sociais significa guerrear contra a miséria, o analfabetismo e as gritantes desigualdades e preconceitos nos diferentes círculos sociais, fomentando a dignidade da pessoa humana.

O cunho prestacional dos direitos sociais vem trazer a necessidade de uma participação material do Estado, através de investimentos financeiros em políticas inclusivas, com o intuito de se viabilizar a concretização desses direitos. "Ressalte-se, ainda, que não a dignidade da pessoa humana em si, mas as condições mínimas para uma existência com dignidade constituem o objeto precípuo da prestação assistencial".[14]

Por esta máxima pode-se afirmar que ao Estado cabe, especialmente, promover a dignidade através de ações positivas, afinal, acima de tudo, a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da Constituição Federal de 1988 e é do cerne do seu conceito que se pode abstrair quais as condições materiais necessárias para se assegurar o mínimo existencial para uma vida digna.

---

[13] *BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 01 abr. 2011.*

[14] *SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, Op. Cit., p. 323.*

2. MOBILIDADE REDUZIDA E OBESIDADE

Hodiernamente a obesidade tem atingido proporções mundiais, ou, como denominou Organização Mundial da Saúde, tem ocorrido uma espécie de "globesity".[15] Outrora já fora tratada pelos órgãos internacionais como uma doença associada exclusivamente a países ricos. Ocorre que essa já não é a realidade da saúde no globo, pois, em países mais pobres é possível se verificar a alarmante e antagônica existência da desnutrição e da obesidade no mesmo território.

Os governos, bem como a sociedade civil por meio das organizações não governamentais e, especialmente, as Organizações Internacionais possuem um forte poder de atuação na prevenção e no incentivo do tratamento da obesidade, de modo que devem exercer ativamente esta função.

No Brasil, Ministério da Saúde, em pesquisa publicada em 2009, constatou que 13% dos adultos são obesos, sendo o índice maior entre as mulheres (13,6%) do que entre os homens (12,4%).[16]

O Poder Judiciário por inúmeras vezes já foi chamado a tratar de situações que envolvem a obesidade, seja para decidir a respeito de cirurgias bariátricas no Sistema Único de Saúde ou Planos de Saúde negligentes, seja para discutir dano moral, ações trabalhistas ou previdenciárias.[17]

Todavia, a obesidade nunca foi conceituada como deficiência na Legislação Federal. Seu enquadramento fica por conta da expressão "mobilidade reduzida" na Lei 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerias e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência.

Em regra, esta expressão é de difícil assimilação com a obesidade, pois, no senso comum, se costuma tratá-la não como uma doença, mas como um relapso da pessoa que não mantém uma alimentação e um ritmo de vida necessários para se decotar o excesso de peso.

---

[15] World Helath Organization (WHO). Global Database on Body Mass Index an interactive surveillance tool for monitoring nutrition transition. Disponível em: <http://apps.who.int/bmi/index.jsp>. Acesso em: 08 jun. 2011.

[16] Portal da Saúde – SUS. 13% dos brasileiros adultos são obesos. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/aplicacoes/reportagensespeciais/default.cfm?pg=dspdetalhes&id_area=124&co_noticia=10078>. Acesso em: 08 jun. 2011.

[17] BRASIL. STJ. Cirurgia bariátrica: uma conquista médica e judicial. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=101222>. Acesso em: 15 nov. 2011.

Cientificamente, em obras relacionadas à medicina, em tradução livre, "Obesidade pode ser definida como uma doença na qual o excesso de gordura acumulada pode afetar adversamente a saúde".[18]

O Plano de Assistência à Saúde e Benefícios Sociais do Supremo Tribunal Federal utiliza-se da designação "Doença crônica",[19] ao tratar deste tema.

No Canadá, a discussão a respeito de a obesidade ser ou não considerada uma deficiência, tem levantado questões que vão além da conceituação. Na Corte Suprema ventila-se o fato de que, se a obesidade é um tipo de deficiência, medidas precisam ser tomadas a fim de se garantir catracas e corredores mais amplos, assentos reforçados e maiores em teatros e escolas, bem como presídios adaptados[20], de modo a se garantir a preservação dos direitos humanos21 em relação aos obesos.

A despeito destas abordagens, a temática da obesidade precisa ser trabalhada em conjunto, fazendo com que aos poucos sejam quebrados tabus e preconceitos e seja criada uma política consistente o suficiente para atravancar a expansão da obesidade, bem como facilitar o dia-a-dia da pessoa com obesidade, de modo que também possa compartilhar do bem estar social.

> O debate sobre a obesidade e o desenvolvimento de uma responsabilidade política precisa ir além do 'Há um problema' – isto não é um argumento. Precisamos reconhecer que cada participante do debate terá uma opinião – alguns mais acintosos que os outros, alguns podem clamar pela moralidade e outros pela ciência. Um político que busque a melhoria na saúde deveria levar este tema para ser discutido abertamente, garantindo aqueles cujas vozes são menos ouvidas e, muitas vezes, possuem menos influência no debate político, seu devido espaço neste cenário. Não se trata de um debate sobre crise moral, mas um debate sobre direitos humanos.[22] (tradução livre).

---

[18] Obesity can be defined as a disease in which excess body fat has accumulated such that health may be adversely affected KOPELMAN. Peter G. Obesity as a medical problem. Insight review article. Disponível em: <http://cmgm.stanford.edu/biochem/biochem230/papers2004/Week8/Nature_Obesity_Review.pdf>. p. 637. Acesso em: 08 jun. 2011.

[19] BRASIL. STF MED. Obesidade. Disponível em: <http://www2.stf.jus.br/stfmed/cms/verNoticia.php?id=180033>. Acesso em: 08 jun. 2011.

[20] CANADA. Is obesity a disability? Disponível em: <http://www.canada.com/story_print.html?id=a36b1874-5c9d-44f6-b2b1-c15fb8f43d49&sponsor=>. Acesso em 08 jun. 2011.

[21] Canadian Human Rights Commission. Obesity as a Disability. Disponível em: <http://www.chrc-ccdp.ca/publications/2001_lr/page36-eng.aspx>. Acesso em: 08 jun. 2011.

22 The debate on obesity and the development of an appropriate policy response needs to move beyond the 'There's a problem – No there isn't' argument. We need to recognize that every contributor to the debate will have a position—some more vested than others, some claiming morality and some claiming science as their guide. A democratic, health-enhancing approach involves bringing this debate into the open and ensuring

Desenvolver políticas que busquem a integração do obeso no meio social não se trata de uma mera questão de saúde pública, mas de um verdadeiro aprimoramento dos direitos humanos.

3. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A NOÇÃO DE MÍNIMO EXISTENCIAL

A dignidade da pessoa humana é núcleo axiológico do ordenamento jurídico, um verdadeiro valor supremo. Não se trata de um pueril direito, mas, de um atributo o qual a Constituição Federal perfilha e promove.

A enunciação primeira ao princípio da dignidade da pessoa humana é atribuída ao pensamento de Immanuel Kant, em sua obra Metafísica dos Costumes,[23] na qual o autor esboça que a dignidade condiz com a simples acepção de "ser humano", o qual está acima de qualquer preço e é dotado de moralidade, sendo considerado um fim em si mesmo.

Destarte, antes de considerar a dignidade do "gênero humano", sua concepção é atribuída a cada "sujeito humano" individualmente, pelo simples fato de ser ele um ser humano dotado de características e valores próprios.

Nesse sentido, é dizer que "quando uma coisa tem preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade".[24]

A dignidade da pessoa humana é princípio basilar dos direitos do homem.

No Brasil, sua previsão vem expressa no artigo inaugural da Constituição Federal de 1988 e se apresenta ao lado de valores como a soberania e a cidadania, compondo os fundamentos da República.

Adiante, a Carta Constitucional difunde os objetivos fundamentais focados na construção de uma sociedade livre, justa e solidária na busca pelo

that those whose voices are less often heard, and least often influential in the policy debate, are properly given their rightful place. This is not a debate about moral panic: it is a debate about human rights. Campos P, Saguy A, Ernsberger P, Oliver E, Gaesser G. The epidemiology of overweight and obesity: public health crisis or moral panic? International Journal Epidemiology. 2006, 74-76. Disponível em: <http://ije.oxfordjournals.org/content/35/1/74.full.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2011.

[23] KANT, Immanuel. ***Fundamentação da metafísica dos costumes****. Trad. Paulo Quintela. Porto: Porto, 1995, p. 71.*

[24] Ibidem, p. 71-72.

desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza, redução das desigualdades e promoção do bem de todos afastando-se de qualquer tipo de discriminação.

> Portanto, a dignidade da pessoa humana, como ser superior a todo o universo material, impõe o respeito ao ser humano, desde a concepção e até a sua morte natural, não se admitindo tergiversações que, relativizando os mais básicos direitos fundamentais, dê azo à instauração de uma sociedade calcada no direito do mais forte[25].

É neste contexto que as ações afirmativas estatais passam a ocupar espaço de destaque e de imprescindibilidade no cenário nacional. O desenvolvimento dessas ações traz, no seu sentido mais latejante, a vontade de efetivar a dignidade da pessoa humana de modo a irradiar uma igualdade material. E a proteção da dignidade da pessoa humana está na concretização dos direitos fundamentais.

Quanto a definição do mínino existencial da dignidade da pessoa humana, raros autores se atrevem a indicar uma conceituação estática. Trata-se de matéria que está em constante transformação, pois segue o ritmo da evolução desenhada pela própria sociedade.

A apreensão do seu significado deve ser retirada não só da interpretação legislativa e jurisprudencial, mas, especialmente da análise dos elementos cotidianos indispensáveis para uma vida digna.

Afinal, depende do próprio meio social a identificação destes vetores:

> Se a sociedade não for capaz de reconhecer a partir de que ponto as pessoas se encontram em uma situação indigna, isto é, se não houver consenso a respeito do conteúdo mínimo da dignidade, estar-se-á diante de uma crise ética e moral de tais proporções que o princípio da dignidade da pessoa humana terá se transformado em uma fórmula totalmente vazia, um signo sem significado correspondente.[26]

A delimitação deste mínimo, por outro lado, é importante para que se possa ter uma noção mais precisa a respeito do que deve ser exigido do Estado, cobrando-se uma participação mais ativa do Governo na implementação desses direitos.

---

[25] *FILHO, Ives Gandra Martins. Direitos Fundamentais. In* ***Tratado de Direito Constitucional 1****. Coord. Ives Gandra Martins, Gilmar Ferreira Mendes, Carlos Valder Nascimento. Saraiva: São Paulo, 2010, p. 283.*

[26] *BARCELLOS, Ana Paula. A Eficácia dos Princípios Constitucionais****: o princípio da dignidade da pessoa humana.*** *2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 22.*

Deste modo, seguindo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é possível afirmar que:

> A noção de "mínimo existencial", que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV).[27]

Como se nota, os direitos especificados como "mínimo existencial" são, em regra, de natureza tipicamente prestacional, ou seja, dependem de uma atuação positiva do Estado para a sua concretização.

O direito à saúde, por exemplo, assegurado constitucionalmente, art. 196, não tem no texto constitucional limitações ao seu exercício no texto normativo, sendo que se trata de um direito de todos e dever do Estado que precisa ser garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e, ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

> As expressões direito de todos e dever do Estado, vinculadas à problemática da saúde, não comportam do ponto de vista metodológico, uma exegese no ponto da literalidade senão dentro do contexto histórico. Há nelas necessária relação de pertinência, pois, ao direito de fruição corresponde a uma contrapartida do Estado de cunho prestacional. Sem essa interação direito-dever a relação jurídica não se perfaz, tornando inócuo o domando determinante desse postulado maior.[28]

---

[27] BRASIL. STF, 2ª turma, Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com agravo 639.337/SP, em 23/08/2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=ACe&docID=627428>. Acesso em: 15 set. 2011.

[28] NASCIMENTO, Carlos Valder. Direitos Fundamentais à Saúde, In ***Tratado de Direito Constitucional I****, coord. Ives Gandra Martins, Gilmar Ferreira Mendes, Carlos Valder do Nascimento. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 356.*

Assim sendo, promover a dignidade da pessoa humana pelos direitos fundamentais sociais depende especialmente da capacidade de a Administração colocar a frente de suas atuações sociais agentes conhecedores da máquina pública e capazes de gerenciar os recursos recebidos de modo a atender as necessidades da população sem precisar recorrer a justificativas como a do "princípio da reserva do possível"[29].

4. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E A ACESSIBILIDADE

A Constituição Federal de 1988 positivou o princípio da igualdade no art. 5º, caput, expressando que todos são iguais perante a lei, e ainda reforçou este valor no inciso I do mesmo preceito ao prever que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações.

E mais, os direitos sociais precisam ser difundidos num sentido de igualdade substancial ou material, levando para realidade a previsão normativa.

> *Los derechos sociales se configuran como derechos de igualdad entendida em El sentido de igualdad material o sustancial, esto es, como derechos, no a defenderse ante cualquier discriminación normativa, sino a gozar de um régimen jurídico diferenciado o desigual em atención precisamente e uma desigualdad de hecho que trata de ser limitada o superada.*[30]

Para garantir esta igualdade aos portadores de deficiência ou mobilidade reduzida uma atenção especial é destinada na legislação pátria e em Tratados e Convenções Internacionais, dos quais se destaca a Declaração dos Direitos das Pessoas com Deficiência de 1975.

> Art. 3º - Às pessoas portadoras de deficiências assiste o direito, inerente a todo e qualquer ser humano, de ser respeitadas, sejam quais forem seus antecedentes, natureza e severidade de sua

[29] *"Nas palavras do Tribunal Constitucional alemão, a reserva do possível é aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da coletividade. Se for o razoável (melhor dizendo, proporcional), não pode o estado se negar a fornecer". MARMELSTEIN, George.* ***Curso de Direitos Fundamentais****. São Paulo: Atlas, 2008, p. 319.*

[30] *SANCHÍS, Luiz Prieto. Los Derechos Sociales y el Principio de Igualdad Sustancial. In BARUFFI, Helder (Org.).* ***Direitos Fundamentais Sociais: estudos em homenagem aos 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos e aos 20 anos de Constituição Federal****. Dourados: EDUFGD, 2009, p. 175.*

> deficiência. Elas têm os mesmos direitos que os outros indivíduos da mesma idade, fato que implica desfrutar de vida decente, tão normal quanto possível.[31]

No Brasil já são inúmeras as leis que tratam da inclusão das pessoas com deficiência, dentre elas, destacam-se:

A Lei 7.853/89 (Estatuo da pessoa com deficiência) estabelece normas gerais dos direitos das pessoas com deficiência.

O Decreto 3.298/99 regulamenta esta lei e dispõe sobre a Política Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência na sociedade. Traz a conceituação de deficiência e fixa os parâmetros de avaliação de todos os tipos de deficiência.

A Lei 8.213/91 que estabelece cotas de contratação para empresas privadas com mais de cem funcionários. Dispõe também sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social.

A Lei 10.098/00 que estabelece as normas de supressão de barreiras e obstáculos às pessoas com deficiência em espaços públicos, edifícios, meios de transporte e comunicação.

Apesar de todas essas normas jurídicas, como bem se sabe, a mera previsão legislativa não garante a existência prática da disseminação da igualdade, do respeito e do comprometimento da sociedade e do Estado para com a pessoa com deficiência ou mobilidade reduzida.

No Estado de Mato Grosso do Sul alguns casos chamaram atenção em 2011 em razão da persistência dos próprios obesos discriminados que procuraram o Estado, seja através de órgãos administrativos, seja através do Poder Judiciário, para garantirem seus direitos, como os a seguir destacados.

Uma universitária, de 28 anos e pesando 127 quilos, após ter passado por diversos constrangimentos em razão da sua dificuldade em transpassar as roletas no interior do transporte público, conseguiu da Associação do

[31] *3. Disabled persons have the inherent right to respect for their human dignity. Disabled persons, whatever the origin, nature and seriousness of their handicaps and disabilities, have the same fundamental rights as their fellow-citizens of the same age, which implies first and foremost the right to enjoy a decent life, as normal and full as possible. ONU. Declaração dos Direitos das Pessoas com Deficiência. Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/law/res3447.htm>. Acesso em 29 set. 2011.*

Transporte Coletivo de Campo Grande/MS a autorização para embarcar pelas portas traseiras dos veículos, impedindo desta forma que a estudante passe por outras situações vexatórias no coletivo[32]. Através da sua tenacidade, a universitária conseguiu ver respeitado seu livre direito de ir e vir, assegurado pelo art. 5º, XV, da Constituição Federal.

Em outro caso, um vendedor, de 29 anos, 1,78m, pesando 110 quilos, foi reprovado no concurso para Oficial do Corpo de Bombeiros do Estado de Mato Grosso do Sul por ter Índice de Massa Corporal (IMC) sete pontos acima do exigido no concurso. O jovem viu-se obrigado a recorrer ao Judiciário para garantir seu direito de prosseguir no certame.[33] Trata-se de um clássico exemplo de aplicação do princípio da igualdade e da preservação da ascensão ao trabalho.

Por outro lado, o Poder Legislativo Estadual promulgou Lei que, em uma primeira impressão, pareceu ser inclusiva para, em seguida demonstrar a sua limitação.[34] A Lei Estadual nº 4.063, de 29 de julho de 2011, trouxe as regras sobre a reserva de assentos para pessoas obesas em transporte intermunicipal de passageiros e só entra em vigor em novembro/2011.[35] De acordo com essa Lei, as empresas passam a ser obrigadas a reservar dois assentos individuais contíguos para a acomodação de pessoa obesas. Estes assentos deverão ser reservados pelo interessado com antecedência mínima de 48h.

Porém, apesar da boa intenção, o legislador permite que as empresas cobrem dos obesos um acréscimo sobre o valor da tarifa ou do bilhete da passagem em virtude de estarem utilizando dois assentos.[36]

E ainda, embora tenha previsto a necessidade de que os apoios de braço que separam as poltronas possam ser suprimidos ou rebatidos, não trouxe regras

32 Estudante obesa consegue direito de não usar catraca de ônibus em MS. Disponível em: <http://g1.globo.com/mato-grosso-do-sul/noticia/2011/06/sou-gorda-e-nao-passo-pela-catraca-conta-estudante-de-campo-grande.html>. Acesso em: 30 jun. 2011.

33 Barrado em índice de obesidade vai à Justiça para ser bombeiro em MS. Disponível em: <http://g1.globo.com/mato-grosso-do-sul/noticia/2011/06/barrado-em-indice-de-obesidade-vai-justica-para-ser-bombeiro-em-ms.html>. Acesso em: 30 jun. 2011.

34 Lei encarece tarifas de ônibus a passageiros obesos no Mato Grosso do Sul. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/2011/08/01/lei-encarece-tarifas-de-onibus-a-passageiros-obesos-no-mato-grosso-do-sul.jhtm>. Acesso em: 06 out. 2011.

35 MATO GROSSO DO SUL. Lei nº 4.063, de 29 de julho de 2011. Dispõe sobre a reserva de assentos para pessoas obesas no transporte intermunicipal de passageiros. Disponível em: <http://aacpdappls.net.ms.gov.br/appls/legislacao/secoge/govato.nsf/448b683bce4ca84704256c0b00651e9d/b8853b26d85be732042578df00427ac5?OpenDocument>. Acesso em: 06 out. 2011.

36 MATO GROSSO DO SUL. Lei nº 4.063, de 29 de julho de 2011. Dispõe sobre a reserva de assentos para pessoas obesas no transporte intermunicipal de passageiros. Artigo 1º, § 4º. Disponível em: <http://aacpdappls.net.ms.gov.br/appls/legislacao/secoge/govato.nsf/448b683bce4ca84704256c0b00651e9d/b8853b26d85be732042578df00427ac5?OpenDocument>. Acesso em: 06 out. 2011.

básicas sobre, por exemplo, como funcionará o cinto de segurança nesta condição extrema de utilização do veículo.

Ou seja, o Estado traz uma inovação legislativa que possui um revestimento inclusivo, no entanto, não alcança a profundidade do tema fazendo recair sobre o bolso da pessoa obesa o peso de estar fora dos padrões comuns, sem assegurar-lhe uma viagem segura e confortável.

A acessibilidade não se limita ao direito de locomoção, apesar de muitas vezes parecer ser este o seu significado. Portanto, permitir que uma pessoa portadora de deficiência ou mobilidade reduzida possa exercer plenamente sua cidadania implica em fazer-se cumpri os direitos humanos já reconhecidos.

Implementar medidas de acessibilidade, especialmente no espaço urbano democratizando o uso e o acesso a direitos básicos do dia-a-dia, possibilita que os ambientes se tornem realmente acessíveis, afinal:

> Todas as pessoas nascem iguais em dignidade, e nada justifica que não sejam dados os mesmos direitos a todos. Todos têm igual direito ao respeito das outras pessoas, e nada justifica que não tenham, desde o começo, as mesmas oportunidades[37].

Conforme exposto, os direitos do homem são os mesmos para todos, todavia, as condições para exercê-los não. Por isso a relevância do princípio da igualdade estar associado ao princípio da acessibilidade de modo a proporcionar ao deficiente ou ao portador de mobilidade reduzida uma vida digna e o mais natural possível.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer do texto buscou-se demonstrar as iniciativas de proteção aos Direitos Humanos no transcorrer dos anos, bem como a necessidade de respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, especialmente quanto aos obesos.

[37] *DALLARI, Dalmo de Abreu.* ***Direitos Humanos e Cidadania****. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2009. p.50.*

Observou-se que, a despeito de existirem inúmeras regras normativas que tratam da deficiência física (nas quais, em regra, acaba sendo incluído o tratamento legal dispensado à obesidade mórbida), pouco avanço se visualiza na realidade fática. Em várias ocasiões o obeso precisa se socorrer do Poder Judiciário para obter o que já lhe é de direito, o respeito a sua simples condição de ser humano que por alguma circunstância não se adéqua ao padrão típico do homem.

A batalha jurídica enfrentada pelos obesos, como é costumeiro ocorrer nas lutas das minorias, demanda um grande empenho dos interessados em convencer, não só o Poder o Judiciário, mas também os demais Poderes e a sociedade de que a sua causa precisa ser levada a sério pelo Estado.

Evidente, portanto, que para a preservação e efetivação dos direitos humanos da pessoa obesa é cogente a construção de uma política estatal inclusiva que busque solidificar em especial um dos vetores da dignidade humana, qual seja, o princípio da igualdade, já tão largamente consagrado na Constituição Federal. Afinal, a dignidade humana e o princípio da igualdade são a base para uma política de assistência ao obeso.

É verdadeiramente preciso que se desenvolva o reconhecimento material da isonomia a fim de que se assegure o respeito à máxima que prevê tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente na medida das suas desigualdades. Deste modo, pode-se preparar a sociedade para lidar com a inevitável diversidade humana, certificando-se que a limitação de um cidadão não diminua os seus direitos.

6. REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. Direitos Sociais. In: MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder (Coord.). **Tratado de Direito Constitucional 1**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula. **A Eficácia dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

Barrado em índice de obesidade vai à Justiça para ser bombeiro em MS. Disponível em: <http://g1.globo.com/mato-grosso-do-sul/noticia/2011/06/barrado-em-indice-de-obesidade-vai-justica-para-ser-bombeiro-em-ms.html>. Acesso em: 30 jun. 2011.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm>. Acesso em 01 abr. 2011.

BRASIL. STF MED. **Obesidade**. Disponível em: <http://www2.stf.jus.br/stfmed/cms/verNoticia.php?id=180033>. Acesso em: 08 jun. 2011.

BRASIL. STF, 2ª turma, Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com agravo 639.337/SP, em 23/08/2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>. Acesso em: 15 set. 2011.

BRASIL. STJ. **Cirurgia bariátrica**: uma conquista médica e judicial. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=101222>. Acesso em: 15 nov. 2011.

CAMPOS, P; SAGUY, A; ERNSBERGER, P; OLIVER, E; GAESSER, G. ***The epidemiology of overweight and obesity: public health crisis or moral panic?*** *International Journal Epidemiology. 2006*, 74-76. Disponível em: <http://ije.oxfordjournals.org/content/35/1/74.full.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2011.

CANADA. ***Is obesity a disability?*** Disponível em: <http://www.canada.com/story_print.html?id=a36b1874-5c9d-44f6-b2b115fb8f43d49&sponsor=>. Acesso em 08 jun. 2011.

CANADIAN HUMAN RIGHTS COMMISSION. ***Obesity as a Disability***. Disponível em: <http://www.chrc-ccdp.ca/publications/2001_lr/page36-eng.aspx>. Acesso em: 08 jun. 2011.

CASTILHO. Ricardo. **Direitos Humanos: processo histórico**. São Paulo: Saraiva. 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: Moderna, 2009.

Estudante obesa consegue direito de não usar catraca de ônibus em MS. Disponível em: <http://g1.globo.com/mato-grosso-do-sul/noticia/2011/06/sou-gorda-e-nao-passo-pela-catraca-conta-estudante-de-campo-grande.html>. Acesso em: 30 jun. 2011.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. Direitos Fundamentais. *In*: MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder (Coord.). **Tratado de Direito Constitucional 1**. São Paulo: Saraiva, 2010.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. Porto: Porto, 1995.

KOPELMAN. Peter G. ***Obesity as a medical problem***. *Insight review article*. Disponível em: <http://cmgm.stanford.edu/biochem/biochem230/papers2004/Week8/Nature_Obesity_Review.pdf>. p. 637. Acesso em: 08 jun. 2011.

LEI encarece tarifas de ônibus a passageiros obesos no Mato Grosso do Sul. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/2011/08/01/lei-encarece-tarifas-de-onibus-a-passageiros-obesos-no-mato-grosso-do-sul.jhtm>. Acesso em: 06 out. 2011.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MATO GROSSO DO SUL. Lei nº 4.063, de 29 de julho de 2011. Dispõe sobre a reserva de assentos para pessoas obesas no transporte intermunicipal de passageiros. Disponível em: <http://aacpdappls.net.ms.gov.br/appls/legislacao/secoge/govato.nsf/448b683bce4ca84704256c0b00651e9d/b8853b26d85be732042578df00427ac5?OpenDocument>. Acesso em: 06 out. 2011.

NASCIMENTO, Carlos Valder. Direitos Fundamentais à Saúde. *In*: MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder (Coord.). **Tratado de Direito Constitucional 1**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ONU. Declaração dos Direitos das Pessoas com Deficiência. Disponível em: <http://www2.ohchr.org/english/law/res3447.htm>. Acesso em 29 set. 2011.

PORTAL DA SAÚDE – SUS. 13% dos brasileiros adultos são obesos. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/aplicacoes/reportagensespeciais/default.cfm?pg=dspdetalhes&id_area=124&co_noticia=10078>. Acesso em: 08 jun. 2011.

SANCHÍS, Luiz Prieto. *Los Derechos Sociales y el Principio de Igualdad Sustancial. In*: BARUFFI, Helder (Org.). **Direitos Fundamentais Sociais**: **estudos em homenagem aos 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos e aos 20 anos de Constituição Federal**. Dourados: EDUFGD, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET. Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. . Livraria do Advogado. PA. 2002.

WORLDHEALTHORGANIZATION(WHO).GlobalDatabaseonBodyMassIndex an interactive surveillance tool for monitoring nutrition transition. Disponível em: <http://apps.who.int/bmi/index.jsp>. Acesso em: 08 jun. 2011.

OS LIMITES À QUEBRA DO SIGILO DA(S) FONTE(S) JORNALÍSTICA(S), À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS[1]

THE LIMITS TO THE DISCLOSURE OF JOURNALISTIC SOURCE(S), IN THE LIGHT OF THE JURISPRUDENCE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Hidemberg Alves da Frota[2]

Resumo: Este artigo extrai da casuística do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos elementos teóricos e empíricos que proporcionam visão ampla da doutrina construída pelo TEDH concernente aos limites para a quebra judicial do sigilo da(s) fonte(s) jornalística(s) e das conjunturas fático-jurídicas à luz das quais a Corte de Estrasburgo firmou e aperfeiçoou sua linha de pensamento a respeito de tal controvérsia, a fim de contribuir para o estudo científico da matéria e a resolução de casos concretos no âmbito da prática jurídica.

Palavras-chaves: liberdade de imprensa; quebra do sigilo das fontes jornalísticas; casuística; jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

***Abstract**: This article extracts from the casuistry of the European Court of Human Rights empirical and theoretical elements for a broad view of the doctrine of the Court on the disclosure of journalistic sources and of the factual and legal contexts in the light of which the Strasbourg Court has established and perfected its line of thinking about this controversy to contribute to the scientific study of matter and the resolution of specific cases within the legal practice.*

***Keywords**: freedom of the press; disclosure of journalistic sources; casuistry; jurisprudence of the European Court of Human Rights.*

[1] À Fernanda Leite Bião, a luz da minha alma. Ao reencontrá-la a cada dia, reaviva-se a presença de Deus em minha vida, espelhada em seu sorriso e realçada por seu amor, dedicação e integridade. Obrigado por existir em minha vida e por me permitir compartilhar da sua caminhada existencial, ensinando-me dia a dia, por meio de sua conduta, novas lições de humanismo, simplicidade d'alma, renovação íntima e apreço pelos diferentes olhares e modos de ser que compõem e enriquecem o mosaico cultural da humanidade.

[2] Agente Técnico-Jurídico do Ministério Público do Estado do Amazonas. E-mail: hidemberg_frota@yahoo.com.br.

1. INTRODUÇÃO

Controvérsia pouco explorada pela dogmática brasileira, a discussão em torno da possibilidade de quebra judicial do sigilo da(s) fonte(s) jornalística(s), como medida voltada à instrução processual penal e ao esclarecimento da autoria de ilícitos (sobretudo, penais), recebe fecundos contributos da jurisprudência remansosa do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

A análise da jurisprudência iterativa da Corte de Estrasburgo concernente ao sigilo jornalístico permite ao cultor do Direito conhecer situações em que membros do Ministério Público e do Poder Judiciário se veem instados a ponderar a respeito da relevância de se identificar(em) a(s) pessoa(s) que serviu(ram) de fonte(s) jornalística(s), a fim de o Estado viabilizar, desse modo, a persecução penal e a prevenção de delitos e danos indenizáveis, inclusive violações a sigilos e segredos da vida privada, em cotejo com a importância de se preservar o sigilo profissional dos jornalistas e de se evitar que tais medidas instrutórias (mormente, de cunho penal) inibam a liberdade de informação jornalística, em prejuízo do exercício da atividade jornalística e de seu múnus societário, da fiscalização da sociedade e dos meios de comunicação social sobre a conduta do Poder Público, do acesso da coletividade a informações de interesse público (colhidas das esferas pública e privada) e da vitalidade do regime democrático.

A cada julgado, enriquece-se a referida construção pretoriana, mediante a alvorada de novéis *casos concretos de estudo*, oportunidades para os profissionais do Direito aferirem em que contextos se aplica tal construto jurisprudencial, as nuanças das situações examinadas pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, os desdobramentos *in concreto* da quebra do sigilo jornalístico, os aspectos nevrálgicos e os argumentos — contrários e favoráveis — ao mencionado provimento jurisdicional, de acordo com as particularidades das circunstâncias analisadas, além de constituírem ensejo para o estudo das achegas teoréticas

que florescem, no seio da Corte de Estrasburgo, à medida que se consolida o pensamento do TEDH e, ao mesmo tempo, desenvolvem-se as balizas delineadas pela Corte Europeia, à proporção que enfrenta, de forma reiterada, a *vexata quaestio* objeto deste artigo jurídico e torna seu acervo de julgamentos fonte permanente e renovada de sementes de reflexão acerca das eventuais hipóteses de quebra judicial do sigilo da(s) fonte(s) jornalística(s).

Neste trabalho, *ab initio*, consignam-se noções basilares atinentes ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e à liberdade de expressão na Convenção Europeia dos Direitos Humanos, o marco normativo em que se baseia o TEDH, ao invocar a proteção da liberdade de informação jornalística e considerar hipóteses de relativização do sigilo jornalístico.

Em seguida, analisam-se os critérios adotados pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos para perscrutar se uma ordem judicial de quebra do sigilo da(s) fonte(s) jornalística(s) viola a proteção à liberdade de expressão tal como insculpida no art. 10 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

Trazem-se a lume as considerações em abstrato do TEDH sobre o resguardo à liberdade de imprensa e os requisitos divisados pela Corte de Estrasburgo para a quebra judicial do sigilo jornalístico, a par de se comentarem peculiaridades dos casos concretos com os quais se deparou aquela Corte Europeia, com vistas a contextualizar a aplicação in concreto da doutrina forjada pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

Almeja-se, desse modo, propiciar à comunidade jurídica elementos teóricos e empíricos pertinentes seja ao aprofundamento e à ampliação dessa linha de pesquisa jurídica, seja ao enfrentamento, no cotidiano forense, de circunstâncias análogas, no que forem compatíveis com os contextos fático-jurídicos a figurarem como fundo de pano das decisões promanadas do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

Ao final, à guisa de complemento à referida jurisprudência reiterada do TEDH, comenta-se, no âmbito do Direito brasileiro, o aresto da Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da Quarta Região atinente à *Correição Parcial*

nº 2008.72.00.005353-8/SC (Relator, Desembargador Federal Néfi Cordeiro), julgada em 3 de novembro de 2009.

2. O TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS (TEDH)

Oficialmente nominado *Cour Européenne des Droits de l'Homme* ou European Court of Human Rights (seus idiomas oficiais são o *francês* e o *inglês*), o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos — TEDH está sediado no Nordeste da França, em Estrasburgo (motivo por que também é conhecido como *Corte de Estrasburgo*)[3].

Desde 23 de fevereiro de 1959, atua na qualidade de guardião e intérprete oficial ou autêntico da *Convenção Europeia dos Direitos Humanos — CEDH* (também denominada, oficialmente, de *Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*), de 4 de novembro de 1950, nos termos dos arts. 19 e 32, nº 1, do referido tratado[4].

Ao contrário do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (também conhecido como Tribunal de Justiça da União Europeia, Tribunal Europeu de Justiça ou Corte de Luxemburgo), do Tribunal de Primeira Instância e do Tribunal da Função Pública, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos não é órgão jurisdicional da União Europeia, e sim, do *Conselho da Europa — COE*, organismo internacional que, na atualidade (janeiro de 2010), possui, como membros, 47 (quarenta e sete) Estados europeus[5].

O TEDH se tornou *órgão permanente* do Conselho da Europa por meio da reforma do art. 19 da CEDH realizada pelo *Protocolo n. 11*, que entrou em vigência6 em 1º de novembro de 1998, e, dentre outras alterações, modificou a

---

[3] *FROTA, Hidemberg Alves da.* ***O princípio tridimensional da proporcionalidade no Direito Administrativo****: um estudo à luz da Principiologia do Direito Constitucional e Administrativo, bem como da jurisprudência brasileira e estrangeira. Rio de Janeiro: GZ, 2009, p. 6-7.*

[4] *CONSELHO DA EUROPA.* ***Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as amended by Protocols N****. 11 and N. 14. Disponível em: <http://conventions.coe.int/treaty/en/Treaties/Html/005.htm>. Acesso em: 5 jan. 2011.*

[5] *Id.* ***The Court in brief****. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/DF074FE4-96C2-4384-BFF6-404AAF5BC585/0/Brochure_en_bref_EN.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2011. Nesse sentido: FROTA, Hidemberg Alves da. Op. cit., loc. cit.*

[6] *Acolhe-se a ponderação de que a vigência alude ao intervalo de tempo durante o qual dada norma jurídica possui força vinculante, ao passo que o vigor concerne à efetividade dos seus efeitos jurídicos. Cf. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo.* ***Novo curso de direito civil****: parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, p. 56, 59, 65.*

redação do art. 34 da CEDH, ao estender a *qualquer* pessoa que se considere vítima de violações, por Estados que assinaram e ratificaram a Convenção (Estados contratantes — *Contracting States* ou *États contractants*), de direitos agasalhados na CEDH e em seus Protocolos (inclusive organizações não governamentais e grupos de indivíduos) o direito de provocar, diretamente, a jurisdição do Tribunal Europeu de Direitos Humanos[7].

3. O SIGILO DA(S) FONTE(S) JORNALÍSTICA(S) COMO DESDOBRAMENTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais agasalha a *liberdade de expressão* em seu art. 10, *in verbis*:

> Artigo 10°
> Liberdade de expressão
> 1. *Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Esse direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras*. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia.
> 2. O exercício dessas liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judiciário.[8] (grifo nosso)

Da leitura do supracitado art. 10-1 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, percebe-se que a *liberdade de expressão*, tal como insculpida na CEDH,

[7] *Id. Protocol N. 11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, E.T.S. 155, entered into force 1 November 1998. Disponível em: <http://www1.umn.edu/humanrts/euro/z30prot11.html>. Acesso em: 5 jan. 2011.*

[8] *CONSELHO DA EUROPA. Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, com as modificações introduzidas pelos Protocolos ns. 11 e 14, acompanhada do Protocolo adicional e dos Protocolos ns. 4, 6, 7 e 13. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/7510566B-AE54-44B9-A163-912EF12B8BA4/0/POR_CONV.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2011, redação da tradução oficial, em português europeu, ajustada por nós ao português brasileiro.*

abarca tanto a *liberdade de opinião* quanto a *liberdade de informação*, o que explica a razão da jurisprudência consolidada do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos ter avistado em tal artigo preceito a proteger a *liberdade de imprensa*, uma vez que a liberdade de imprensa abrange seja a *liberdade de opinião jornalística*, seja a *liberdade informação jornalística* propriamente dita.

No referido dispositivo da Convenção, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos divisou o respaldo normativo para a *proteção das fontes jornalísticas,* vislumbrada pelo TEDH como condição *sine qua non* para a liberdade de imprensa: na óptica da Corte de Estrasburgo, sem essa salvaguarda, as fontes podem ser obstadas de assistir a imprensa em informar à coletividade acerca de matérias de interesse público, o que prejudicaria a função fiscalizadora dos meios de comunicação social e a capacidade destes de proporcionarem ao corpo social informações precisas e confiáveis.

Em virtude da relevância que possui a proteção das fontes jornalísticas para a liberdade de imprensa em uma sociedade democrática e do potencial efeito inibitório que uma ordem de quebra de sigilo jornalístico teria sobre o exercício dessa liberdade, a jurisprudência remansosa do TEDH tem considerado *incompatíveis* com o direito à liberdade de expressão previsto no art. 10 da CEDH *as determinações estatais de quebra* de sigilo jornalístico, *salvo* se justificáveis diante de uma *preponderante exigência do interesse público* ("*unless it is justified by an overriding requeriment in the public interest*"; "*si elle se justifie par un impératif prépondérant d'intérêt public*"), harmônica com as balizas do mencionado parágrafo segundo do mesmo artigo.

Cuida-se do posicionamento da Corte de Estrasburgo sobre o sigilo da(s) fonte(s) jornalística(s) assente desde o acórdão paradigma formulado pela sua Grande Câmara em *Goodwin v. the United Kingdom*[9] (§ 39), de 27 de março de 1996, reiterado quer pela Terceira Seção, em *Voskuil v. The Netherlands*[10] (§ 65),

[9] *CONSELHO DA EUROPA. European Court of Human Rights (Grand Chamber). Goodwin v. the United Kingdom (Application n. 17488/90). Strasbourg, 27 March 1996. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/ECHR>. Acesso em: 6 jan. 2011.*

[10] *CONSELHO DA EUROPA. European Court of Human Rights (Third Section). Voskuil v. The Netherlands (Application n. 64752/01). Strasbourg, 22 November 2007. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/ECHR>. Acesso em: 6 jan. 2011.*

de 22 de novembro de 2007, e em *Sanoma Uitgevers B. V. v. The Netherlands*[11] (§ 54, d), de 31 de março de 2009, quer pela Quarta Seção, em *Roemen and Schmit v. Luxembourg*[12] (§ 46), de 25 de fevereiro de 2003, e em *Financial Times Ltd and Others v. The United Kingdom*[13] (§ 59), de 15 de dezembro de 2009, assim como pela Primeira Seção, em *Nordisk Film & TV A/S v. Denmark*[14], de 8 de dezembro de 2005.

4. OS CRITÉRIOS EMPREGADOS PELO TEDH PARA AVALIAR SE HOUVE INDEVIDA RELATIVIZAÇÃO DO SIGILO DA(S) FONTE(S) JORNALÍSTICA(S)

A fim de verificar se, no caso concreto, a relativização da garantia do sigilo jornalístico poderia se apoiar nas hipóteses excepcionais delineadas pelo indicado art. 10-2 da CEDH, a Grande Câmara do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, em *Goodwin v. the United Kingdom*[15] (§§ 28 a 46), indagou se a interferência estatal, de acordo com o contexto in concreto, (1) foi prescrita por lei (*prescribed by law; prévues par la loi*), isto é, se estava prevista no correspondente Direito interno (se possuía respaldo na ordem jurídica do respectivo Estado contratante), (2) visou à finalidade legítima (*legitimate aim; but légitime*) e (3) era necessária em uma sociedade democrática (*necessary in a democratic society; nécessaire dans une société démocratique*), ou seja, se correspondia a uma *premente necessidade social.*

Essa formulação *tridimensional* do princípio da proporcionalidade no tocante ao exame de alegação de quebra de sigilo da(s) fonte(s) jornalística(s) restou observada, na Corte de Estrasburgo, pela Primeira Seção (*Nordisk Film*

[11] CONSELHO DA EUROPA. European Court of Human Rights (Third Section). Sanoma Uitgevers B. V. v. The Netherlands (Application n. 38224/03). Strasbourg, 31 March 2009. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/ECHR>. Acesso em: 6 jan. 2011.
[12] CONSELHO DA EUROPA. European Court of Human Rights (Fourth Section). Roemen and Schmit v. Luxembourg (Application n. 51772/99). Strasbourg, 25 February 2003. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/ECHR>. Acesso em: 6 jan. 2011.
[13] CONSELHO DA EUROPA. European Court of Human Rights (Fourth Section). Financial Times Ltd and Others v. The United Kingdom (Application n. 821/03). Strasbourg, 15 December 2009. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/ECHR>. Acesso em: 6 jan. 2011.
[14] CONSELHO DA EUROPA. European Court of Human Rights (First Section). Nordisk Film & TV A/S v. Denmark (Application n. 40485/02). Strasbourg, 8 December 2005. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/ECHR>. Acesso em: 6 jan. 2011.
[15] CONSELHO DA EUROPA. European Court of Human Rights (Grand Chamber). Goodwin v. the United Kingdom (Application n. 17488/90). Strasbourg, 27 March 1996. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/ECHR>. Acesso em: 6 jan. 2011.

& TV A/S v. Denmark[1617]), Segunda Seção (*Ernst et Autres c. Belgique*[18], §§ 96 a 105; Tillack c. Belgique, §§ 58 a 6819) e Quarta Seção (*Roemen and Schmit v. Luxembourg*[20], §§ 47 a 60; *Financial Times Ltd and Others v. The United Kingdom*[21], §§ 56 a 73).

Já a Terceira Seção do TEDH, em *Voskuil v. The Netherlands*[22] (§§ 49 a 74), assim como em *Sanoma Uitgevers B. V. v. The Netherlands*[23] (§§ 49 a 63), antes de se debruçar sobre os 3 (três) indicados critérios de aferição, adotou, como *primeira baliza*, o questionamento quanto à presença de interferência em direito encastoado no art. 10 da CEDH. Em outras palavras, em tais precedentes, a Terceira Seção da Corte de Estrasburgo averiguou se a atuação do Poder Público, à luz da circunstância concreta analisada, (1) configurou *interferência em direito assegurado* pelo art. 10 da CEDH, bem assim se a interferência, uma vez comprovada, (2) foi *prescrita por lei*, (3) voltou-se à *finalidade legítima* e se mostrou (4) *necessária em uma sociedade democrática*.

Após aferido, pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, que determinado *requisito* dessa formulação *trina* ou *quadripartida* do princípio da proporcionalidade *não* foi plenamente atendido pelo Estado contratante, pode ocorrer da mencionada Corte Europeia reputar *prejudicado* o exame do(s) critério(s) *subsequente(s)*, a exemplo do julgamento, pela Grande Câmara do TEDH, concernente ao caso *Sanoma Uitgevers B. V. v. The Netherlands*[24] (§§ 94, 100 e 101),

[16] O aresto do caso Nordisk Film & TV A/S v. Denmark não foi dividido em parágrafos, ao contrário do que ocorre com parcela expressiva dos acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

[17] CONSELHO DA EUROPA. European Court of Human Rights (First Section). Nordisk Film & TV A/S v. Denmark (Application n. 40485/02). Strasbourg, 8 December 2005. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/ECHR>. Acesso em: 6 jan. 2011.

[18] CONSELHO DA EUROPA. Cour européenne des Droits de l'Homme (deuxième section). Ernst et Autres v. Belgique (Requête n. 33400/96). Strasbourg, 15 juillet 2003. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/ECHR>. Acesso em: 6 jan. 2011.

[19] CONSELHO DA EUROPA. Cour européenne des Droits de l'Homme (deuxième section). Tillack c. Belgique (Requête n. 20477/05). Strasbourg, 15 juillet 2003. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/ECHR>. Acesso em: 6 jan. 2011.

[20] CONSELHO DA EUROPA. European Court of Human Rights (Fourth Section). Roemen and Schmit v. Luxembourg (Application n. 51772/99). Strasbourg, 25 February 2003. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/ECHR>. Acesso em: 6 jan. 2011.

[21] CONSELHO DA EUROPA. European Court of Human Rights (Fourth Section). Financial Times Ltd and Others v. The United Kingdom (Application n. 821/03). Strasbourg, 15 December 2009. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/ECHR>. Acesso em: 6 jan. 2011.

[22] CONSELHO DA EUROPA. European Court of Human Rights (Third Section). Voskuil v. The Netherlands (Application n. 64752/01). Strasbourg, 22 November 2007. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/ECHR>. Acesso em: 6 jan. 2011.

[23] CONSELHO DA EUROPA. European Court of Human Rights (Third Section). Sanoma Uitgevers B. V. v. The Netherlands (Application n. 38224/03). Strasbourg, 31 March 2009. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/ECHR>. Acesso em: 6 jan. 2011.

[24] CONSELHO DA EUROPA. European Court of Human Rights (Grand Chamber). Sanoma Uitgevers B. V. v. The Netherlands (Application n. 38224/03). Strasbourg, 14 September 2010. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/ECHR>. Acesso em: 6 jan. 2011.

quando, em 14 de setembro de 2010, o órgão maior da Corte de Estrasburgo, atuando como segunda instância (na qualidade de instância revisora da Terceira Seção daquela Corte), *deixou de verificar* se, na circunstância concreta analisada, a quebra estatal do sigilo jornalístico visava à *finalidade legítima e fora necessária em uma sociedade democrática*, bastando-lhe (para considerar *contrário* ao art. 10 da CEDH o ato de descerramento de tal sigilo e, em consequência, condenar o Estado contratante demandado ao pagamento de valor indenizatório) chegar à inferência de que a medida impugnada *não* se encontrava devidamente *prescrita por lei*.

4.1. O critério da prescrição por lei

Ao examinar se uma interveniência estatal na garantia do sigilo jornalístico resta prescrita por lei, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos perquire se houve a chancela do Direito Legislado (Grande Câmara, *Goodwin v. the United Kingdom*[25], § 29; Primeira Seção, *Nordisk Film & TV A/S v. Denmark*[26]; Segunda Seção, *Tillack c. Belgique*, §§ 32 e 58[27]; Terceira Seção, *Sanoma Uitgevers B. V. v. The Netherlands*[28], § 51, e *Voskuil v. The Netherlands*[29], § 50; Quarta Seção, *Roemen and Schmit v. Luxembourg*[30], § 49, e *Financial Times Ltd and Others v. The United Kingdom*[31], § 57), encontrando tal respaldo, por vezes, na legislação processual penal apontada pelo Estado contratante demandado (Segunda Seção, *Tillack c. Belgique*, §§ 32 e 58[32]; Quarta Seção, *Roemen and Schmit v. Luxembourg*[33], § 49;

[25] *CONSELHO DA EUROPA. European Court of Human Rights (Grand Chamber). Goodwin v. the United Kingdom (Application n. 17488/90). Strasbourg, 27 March 1996. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/ECHR>. Acesso em: 6 jan. 2011.*

[26] *CONSELHO DA EUROPA. European Court of Human Rights (First Section). Nordisk Film & TV A/S v. Denmark (Application n. 40485/02). Strasbourg, 8 December 2005. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/ECHR>. Acesso em: 6 jan. 2011.*

[27] *CONSELHO DA EUROPA. Cour européenne des Droits de l'Homme (deuxième section). Tillack c. Belgique (Requête n. 20477/05). Strasbourg, 15 juillet 2003. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/ECHR>. Acesso em: 6 jan. 2011.*

[28] *CONSELHO DA EUROPA. European Court of Human Rights (Third Section). Sanoma Uitgevers B. V. v. The Netherlands (Application n. 38224/03). Strasbourg, 31 March 2009. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/ECHR>. Acesso em: 6 jan. 2011.*

[29] *CONSELHO DA EUROPA. European Court of Human Rights (Third Section). Voskuil v. The Netherlands (Application n. 64752/01). Strasbourg, 22 November 2007. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/ECHR>. Acesso em: 6 jan. 2011.*

[30] *CONSELHO DA EUROPA. European Court of Human Rights (Fourth Section). Roemen and Schmit v. Luxembourg (Application n. 51772/99). Strasbourg, 25 February 2003. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/ECHR>. Acesso em: 6 jan. 2011.*

[31] *CONSELHO DA EUROPA. European Court of Human Rights (Fourth Section). Financial Times Ltd and Others v. The United Kingdom (Application n. 821/03). Strasbourg, 15 December 2009. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/ECHR>. Acesso em: 6 jan. 2011.*

[32] *CONSELHO DA EUROPA. Cour européenne des Droits de l'Homme (deuxième section). Tillack c. Belgique (Requête n. 20477/05). Strasbourg, 15 juillet 2003. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/ECHR>. Acesso em: 6 jan. 2011.*

33 CONSELHO DA EUROPA. European Court of Human Rights (Fourth Section). Roemen and Schmit v. Luxembourg (Application n. 51772/99). Strasbourg, 25 February 2003. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/ECHR>. Acesso em: 6 jan. 2011.

Terceira Seção, *Sanoma Uitgevers B. V. v. The Netherlands*[34], § 51; Terceira Seção, *Voskuil v. The Netherlands*[35], § 50).

Em *Financial Times Ltd and Others v. The United Kingdom*[36] (§ 57), a Quarta Seção do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos considerou, além da previsão em ato legislativo, o supedâneo haurido da jurisprudência consolidada no respectivo Direito interno — nesse contexto, acórdãos paradigmas no âmbito do ordenamento jurídico do Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte relativamente ao acesso judicial a *informações confidenciais*.

In casu, cuidava-se do precedente da Câmara dos Lordes[37] atinente ao caso *Norwich Pharmacal Co. v The Commissioners of Customs and Excise* [1974] RPC 101, aresto britânico também levado em conta pela Grande Câmara da Corte de Estrasburgo em *Goodwin v. the United Kingdom* (§ 33)[38], julgado no qual o órgão maior do TEDH atinou, igualmente, com outro acórdão da Câmara dos Lordes, *Secretary of State for Defense v. Guardian Newspapers* [1985] AC 339.

---

[34] CONSELHO DA EUROPA. European Court of Human Rights (Third Section). Sanoma Uitgevers B. V. v. The Netherlands (Application n. 38224/03). Strasbourg, 31 March 2009. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/ECHR>. Acesso em: 6 jan. 2011.

35 CONSELHO DA EUROPA. European Court of Human Rights (Third Section). Voskuil v. The Netherlands (Application n. 64752/01). Strasbourg, 22 November 2007. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/ECHR>. Acesso em: 6 jan. 2011.

36 CONSELHO DA EUROPA. European Court of Human Rights (Fourth Section). Financial Times Ltd and Others v. The United Kingdom (Application n. 821/03). Strasbourg, 15 December 2009. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/ECHR>. Acesso em: 6 jan. 2011.

[37] A função jurisdicional da Câmara dos Lordes do Parlamento do Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, até então exercida pelo Colegiado Judicial (Committee of Law Lords) daquela Câmara Alta, constituído pela parcela de magistrados (Lords of Appeal in Ordinary) do seu corpo de Lordes, foi extinta com o estabelecimento da Suprema Corte do Reino Unido (Supreme Court of the United Kingdom), efetivado em 1º de outubro de 2009, nos termos da Parte 3 da Lei de Reforma Constitucional de 2005, que buscou escoimar dos órgãos judiciários o exercício de atos executivos e legislativos, a fim de contemplar a exigência de órgãos judicantes independentes e imparciais, conforme preceitua o art. 6º-1 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. A Suprema Corte do Reino Unido é a instância judiciária máxima da Inglaterra, do País de Gales, da Irlanda do Norte e da Escócia, salvo, no caso desta, as matérias penais, sob a incumbência da Corte Superior do Judiciário da Escócia (High Court of Justiciary). Cf. WIKIPEDIA. Constitutional Reform Act 2005. Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Constitutional_Reform_Act_2005>. Acesso em: 26 jan. 2011; WIKIPEDIA. High Court of Justiciary. Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/High_Court_of_Justiciary>. Acesso em: 26 jan. 2011; WIKIPEDIA. Lords of Appeal in Ordinary. Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Lords_of_Appeal_in_Ordinary>. Acesso em: 26 jan. 2011; WIKIPEDIA. Judicial functions of the House of Lords. Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Judicial_functions_of_the_House_of_Lords>. Acesso em: 26 jan. 2011; WIKIPEDIA. Supreme Court of the United Kingdom. Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Supreme_Court_of_the_United_Kingdom>. Acesso em: 26 jan. 2011; CONSELHO DA EUROPA. Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, com as modificações introduzidas pelos Protocolos ns. 11 e 14, acompanhada do Protocolo adicional e dos Protocolos ns. 4, 6, 7 e 13. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/7510566B-AE54-44B9-A163-912EF12B8BA4/0/POR_CONV.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2011, redação da tradução oficial, em português europeu, ajustada por nós ao português brasileiro.

[38] CONSELHO DA EUROPA. European Court of Human Rights (Grand Chamber). Goodwin v. the United Kingdom (Application n. 17488/90). Strasbourg, 27 March 1996. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/ECHR>. Acesso em: 6 jan. 2011.

Ambos os julgados da Câmara dos Lordes esposaram o entendimento de que, no *interesse da justiça*, uma pessoa *tem o dever de declinar a identidade* do autor de ilícito, caso aquela tenha se envolvido com a circunstância em que se deu a prática do ato, mesmo que não tenha sido seu autor nem partícipe, a exemplo do jornalista que produz reportagem alicerçada em fonte anônima e esta, ao lhe repassar determinadas informações, violou sigilo profissional ou infringiu o dever funcional de guardar sigilo sobre os assuntos de seu ambiente de trabalho.

Naquela oportunidade, a Grande Câmara ponderou a relevância de que conceitos legais que confiram certa margem discricionária à interferência do Poder Público no exercício de determinado direito recebam construções judiciais que tenham o condão de tornar mais claro ao destinatário da lei em que consistiria o tipo ilícito delineado pelo legislador (*Goodwin v. the United Kingdom*, § 33)[39].

É que não bastaria insculpir em lei *formal* o tipo do ilícito: seria necessário que o destinatário da norma pudesse, *antes* de cogitar a prática da conduta prevista no tipo, ter *condições razoáveis* de compreender, mediante a *leitura* do dispositivo legal e, se necessário, eventual assessoramento jurídico, o caráter ilícito da conduta proscrita, de modo que a redação do texto legal propiciasse um grau de precisão que tornasse possível ao destinatário da norma antever os possíveis *desdobramentos* jurídicos da conduta cogitada (*Goodwin v. the United Kingdom*, § 31)[40].

Ao apreciar recurso contrário ao acórdão da Terceira Seção do TEDH em *Sanoma Uitgevers B. V. v. The Netherlands*[41], a Grande Câmara da Corte de Estrasburgo, em 14 de setembro de 2010, reiterou tal ponderação (§ 8142) em termos mais sucintos, ao ressaltar que a lei deve ser *adequadamente acessível* (à compreensão do destinatário da norma) e *previsível* (em seus efeitos), para que, assim, o indivíduo possa se pautar pelas balizas extraídas de tal preceito.

Acrescentou, baseada na jurisprudência remansosa do TEDH e em repulsa a normas que proporcionem poderes incondicionados aos agentes

39 Ibid., loc. cit.

40 Ibid., loc. cit.

41 CONSELHO DA EUROPA. European Court of Human Rights (Grand Chamber). Sanoma Uitgevers B. V. v. The Netherlands (Application n. 38224/03). Strasbourg, 14 September 2010. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/ECHR>. Acesso em: 6 jan. 2011.

42 Ibid., loc. cit.

públicos, que a lei deve indicar, com clareza suficiente, o *escopo da discricionariedade* cometida à autoridade estatal competente para interferir na esfera jurídica alheia e os *meios de exercício* dos correspondentes poderes (Grande Câmara, *Sanoma Uitgevers B. V. v. The Netherlands*, § 82)[43].

Esplendeu a exigibilidade, principalmente em casos de *tutelas de urgência* (em que a autoridade a pleitear o descerramento do sigilo jornalístico, premida pelo tempo, não tem, por vezes, a oportunidade de alinhavar uma motivação mais minuciosa), de que órgão externo ao Poder Executivo e às demais partes, na qualidade de *instância revisora* (órgão de âmbito judicial ou extrajudicial), faça, de maneira *objetiva* e *imparcial*, o *controle* do ato estatal de quebra do sigilo jornalístico.

A Grande Câmara, ainda em *Sanoma Uitgevers B. V. v. The Netherlands* (§§ 94, 100 e 10144), ao se reportar ao critério da *prescrição por lei*, referiu-se também à *qualidade da lei*: embora a quebra do sigilo da(s) fonte(s) jornalística(s) contasse, *in casu*, com previsão em lei formal (Código de Processo Penal), *a qualidade da lei* se revelara *deficiente* ou *insuficiente* aos olhos do órgão maior do TEDH, porque, no âmbito do Estado contratante demandado (o Reino dos Países Baixos), a função de *órgão revisor* da ordem de quebra do sigilo jornalístico, *depois* da entrada em vigência do art. 96a do Estatuto Processual Penal neerlandês ("holandês"[45]), passou a ser incumbência de membro do Ministério Público, o qual, como *parte interessada* na persecução penal e por *não* constituir órgão do Poder Judiciário, não poderia assegurar a necessária independência no controle, como instância revisora, da referida ordem[46].

Destarte, em *Sanoma Uitgevers B. V. v. The Netherlands*, a Grande Câmara da Corte de Estrasburgo reformou o *decisum* da Terceira Seção, a qual, para fins de comprovação da *prescrição por lei*, havia reputado suficiente o disposto no art.

---

[43] Ibid., loc. cit.

[44] Ibid., loc. cit.

[45] "Os Países Baixos são comumente conhecidos em português (e também noutros idiomas) como Holanda, todavia esta é uma denominação considerada imprópria [...], pois 'Holanda' é apenas uma das regiões dos Países Baixos, hoje formada pelas províncias da Holanda Setentrional e Holanda Meridional." Cf. WIKIPÉDIA. Holanda (topônimo). Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Holanda_(topônimo)>. Acesso em: 25 dez. 2010.

[46] CONSELHO DA EUROPA. European Court of Human Rights (Grand Chamber). Sanoma Uitgevers B. V. v. The Netherlands (Application n. 38224/03). Strasbourg, 14 September 2010. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/ECHR>. Acesso em: 6 jan. 2011.

96a do CPP do Reino dos Países Baixos (§§ 51 a 52) e, ao final, *não* vislumbrara ofensa ao art. 10 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos[47] (§ 63)[48].

Naquele aresto, a Grande Câmara do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos frisou que aferir se uma interferência estatal no exercício de direito fundamental está de acordo com a lei ou prescrita por lei significa ter presente não apenas o Direito Legislado como também atos administrativos com conteúdo de lei, inclusive atos normativos emanados de órgãos de fiscalização profissional, bem assim a jurisprudência consolidada (Grande Câmara, Sanoma Uitgevers B. V. v. The Netherlands, § 83[49]). Preconizou, em suma, o acolhimento da acepção de lei em sentido material ou substantivo, em detrimento da adoção da acepção de lei stricto sensu ou em sentido meramente formal (mesmo parágrafo[50])[51].

Em mesma direção se situou a Segunda Seção do TEDH em *Ernst et Autres c. Belgique*[52], de 15 de julho de 2003, ao lembrar que a jurisprudência iterativa da Corte de Estrasburgo enxerga a lei em sentido *material* e *não formal* (§ 96), a abarcar, no campo de incidência da acepção de lei, o Direito construído com base na interpretação legal feita pelos órgãos judiciários competentes (§ 96).

4.2 O critério da finalidade legítima

Para fins de quebra do sigilo da(s) fonte(s) *jornalística(s)*, *finalidade(s)* legítima(s) pode(m) dizer respeito (a) ao propósito de coibir a divulgação midiática de informações *confidenciais* de uma sociedade empresária (Grande Câmara, *Goodwin v. the United Kingdom*[53], §§ 11 e 35), (b) ao intento de prevenir

---

[47] CONSELHO DA EUROPA. European Court of Human Rights (Third Section). Sanoma Uitgevers B. V. v. The Netherlands (Application n. 38224/03). Strasbourg, 31 March 2009. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/ECHR>. Acesso em: 6 jan. 2011.

[48] Ibid., loc. cit.

[49] Ibid., loc. cit.

[50] Ibid., loc. cit.

[51] Lei formal no sentido de integrar o Direito Legislado, por ter se submetido ao devido processo legislativo. Lei em sentido formal ou orgânico: "[...] ato do órgão investido, constitucionalmente, na função legislativa." Lei em sentido material: "[...] norma geral, abstrata e obrigatória" a ordenar a coletividade. O ato estatal pode ser lei do ponto de vista formal (ter "forma de lei") e/ou material (possuir "a substância do ato legislativo", sendo "regra geral e impessoal de conduta, imperativamente imposta para o ordenamento da vida coletiva"). Cf. FAGUNDES, Miguel Seabra. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. 7. ed. Rio de Janeiro: 2005, p. 25-26.

52 CONSELHO DA EUROPA. Cour européenne des Droits de l'Homme (deuxième section). Ernst et Autres v. Belgique (Requête n. 33400/96). Strasbourg, 15 juillet 2003. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/ECHR>. Acesso em: 6 jan. 2011.

53 CONSELHO DA EUROPA. European Court of Human Rights (Grand Chamber). Goodwin v. the United Kingdom (Application n. 17488/90). Strasbourg, 27 March 1996. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/ECHR>. Acesso em: 6 jan. 2011.

a desordem e/ou crime (Quarta Seção, *Roemen and Schmit v. Luxembourg*[54], § 50; Terceira Seção, *Sanoma Uitgevers B. V. v. The Netherlands*[55], § 53; Terceira Seção, *Voskuil v. The Netherlands*[56], §§ 54 e 56), (c) ao duplo desiderato de proteger direitos alheios e evitar o vazamento de informações fornecidas em caráter confidencial (Quarta Seção, *Financial Times Ltd and Others v. The United Kingdom*, § 58[57]), (d) de prevenir desordem ou crime e salvaguardar direitos alheios (Primeira Seção, *Nordisk Film & TV A/S v. Denmark*[58]), (e) ao triplo fim de impedir a divulgação de informações confidenciais, proteger a reputação alheia e assegurar a autoridade e a imparcialidade do Poder Judiciário (Segunda Seção, *Ernst et Autres c. Belgique*, § 98[59]), e (f) de visar à defesa da ordem pública, à prevenção de infrações penais e da divulgação de informações confidenciais e à proteção da reputação alheia (Segunda Seção, Tillack c. Belgique, § 59)[60].

Ao examinar as alegações do respectivo Estado contratante de que houve *finalidade(s) legítima(s)* a nortear(em) determinado procedimento estatal de quebra de sigilo jornalístico, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, por vezes, não perscruta a presença de *todas* as finalidades invocadas pelo polo passivo, *bastando-lhe*, para reputar *contemplada* tal exigência, concluir que se encontra comprovada nos autos *parcela* das finalidades aludidas pelo Estado requerido:

(a) Em *Goodwin v. the United Kingdom*[61], o Estado contratante arguiu os *propósitos de proteger o sigilo empresarial* e de *promover a prevenção criminal* (§ 35)[62]. A

[54] *CONSELHO DA EUROPA. European Court of Human Rights (Fourth Section). Roemen and Schmit v. Luxembourg (Application n. 51772/99). Strasbourg, 25 February 2003. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/ECHR>. Acesso em: 6 jan. 2011.*

[55] *CONSELHO DA EUROPA. European Court of Human Rights (Third Section). Sanoma Uitgevers B. V. v. The Netherlands (Application n. 38224/03). Strasbourg, 31 March 2009. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/ECHR>. Acesso em: 6 jan. 2011.*

[56] *CONSELHO DA EUROPA. European Court of Human Rights (Third Section). Voskuil v. The Netherlands (Application n. 64752/01). Strasbourg, 22 November 2007. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/ECHR>. Acesso em: 6 jan. 2011.*

[57] *CONSELHO DA EUROPA. European Court of Human Rights (Fourth Section). Financial Times Ltd and Others v. The United Kingdom (Application n. 821/03). Strasbourg, 15 December 2009. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/ECHR>. Acesso em: 6 jan. 2011.*

[58] *CONSELHO DA EUROPA. European Court of Human Rights (First Section). Nordisk Film & TV A/S v. Denmark (Application n. 40485/02). Strasbourg, 8 December 2005. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/ECHR>. Acesso em: 6 jan. 2011.*

[59] *CONSELHO DA EUROPA. Cour européenne des Droits de l'Homme (deuxième section). Ernst et Autres v. Belgique (Requête n. 33400/96). Strasbourg, 15 juillet 2003. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/ECHR>. Acesso em: 6 jan. 2011.*

[60] *CONSELHO DA EUROPA. Cour européenne des Droits de l'Homme (deuxième section). Tillack c. Belgique (Requête n. 20477/05). Strasbourg, 15 juillet 2003. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/ECHR>. Acesso em: 6 jan. 2011.*

[61] *CONSELHO DA EUROPA. European Court of Human Rights (Grand Chamber). Goodwin v. the United Kingdom (Application n. 17488/90). Strasbourg, 27 March 1996. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/ECHR>. Acesso em: 6 jan. 2011.*

62 Ibid., loc. cit.

Grande Câmara da Corte de Estrasburgo, ao *acolher o primeiro* argumento, *dispensou* a si mesma de proceder à análise do *segundo* argumento (§ 36)[63].

(b) em *Voskuil v. The Netherlands*[64], o Estado contratante mencionou os fins de *proteger a reputação ou os direitos alheios* (notadamente, a integridade moral do Poder Judiciário dos Países Baixos e da Polícia de Amsterdã), de resguardar a *segurança pública* e de efetuar a *prevenção de crime ou de desordem* (§ 54)[65]. A Terceira Seção do TEDH se *ateve* a aceitar o argumento da *prevenção criminal*, sem se posicionar, portanto, acerca das demais finalidades invocadas pelo polo passivo (§ 56)[66].

(c) em *Financial Times Ltd and Others v. The United Kingdom* (§ 58)[67], no qual o Estado contratante, em sua peça de defesa, indicou os fitos de (1) *resguardar* os direitos alheios, de (2) se *acautelar* contra o vazamento de informações repassadas de forma *confidencial* e (3) de *prevenir a prática delituosa*, a Quarta Seção da referida Corte Europeia, além de abraçar os *dois primeiros* argumentos, analisou a *terceira* justificativa, *rejeitando-a*, porque a prevenção criminal, atribuição típica do Poder Público, *não* se aplicava ao caso vertente, porquanto, *in casu*, a quebra do sigilo jornalístico tinha sido requerida, não por órgão público, mas por entidade privada não estatal (*sociedade empresária* belga, a cervejaria *Interbrew*, grupo econômico sucedido, na atualidade, pela *Anheuser–Busch InBev N.V. — AB InBev*[68]), que anelara, ao solicitar tal provimento estatal, identificar as pessoas que forneceram a órgãos de comunicação social informações sigilosas cuja divulgação midiática havia lhe ocasionado consideráveis prejuízos financeiros (§§ 58 e 16)[69].

---

63 Ibid., loc. cit.

64 CONSELHO DA EUROPA. European Court of Human Rights (Third Section). Voskuil v. The Netherlands (Application n. 64752/01). Strasbourg, 22 November 2007. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/ECHR>. Acesso em: 6 jan. 2011.

65 Ibid., loc. cit.

66 Ibid., loc. cit.

67 CONSELHO DA EUROPA. European Court of Human Rights (Fourth Section). Financial Times Ltd and Others v. The United Kingdom (Application n. 821/03). Strasbourg, 15 December 2009. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/ECHR>. Acesso em: 6 jan. 2011.

68 WIKIPEDIA. Anheuser–Busch InBev. Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Anheuser-Busch_InBev>. Acesso em: 26 jan. 2011.

69 CONSELHO DA EUROPA. European Court of Human Rights (Fourth Section). Financial Times Ltd and Others v. The United Kingdom (Application n. 821/03). Strasbourg, 15 December 2009. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/ECHR>. Acesso em: 6 jan. 2011.

4.3 O critério da necessidade

Ao avaliar se dada flexibilização no resguardo do sigilo jornalístico afrontou o art. 10 da CEDH, a Corte de Estrasburgo tende a ser mais rigorosa ao final do julgamento do mérito, quando da análise estribada justamente no último critério, por meio do qual esquadrinha se uma interferência estatal se demonstra *necessária em uma sociedade democrática*.

Em *Goodwin v. the United Kingdom*[70], de 27 de março de 1996, a Grande Câmara do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, ao fundear os alicerces da visão do TEDH sobre o descobrimento do manto do sigilo da(s) fonte(s) jornalística(s), postulou estas balizas:

(a) Restringe-se às circunstâncias *excepcionais*, isto é, adstringe-se às situações em que estão em jogo *interesses públicos ou privados de cunho vital* (§ 37)[71].

(b) A *margem discricionária* para a autoridade nacional aferir se existe, na circunstância com a qual se depara, uma *necessidade social premente* de se relativizar o sigilo jornalístico encontra-se *circunscrita* pelo interesse da sociedade democrática de assegurar e manter a liberdade de imprensa, aspiração coletiva que se reveste de peso considerável, ao se sopesar se, em dado contexto concreto, a *restrição* ao caráter *inviolável* do sigilo da(s) fonte(s) jornalística(s) foi *proporcional* à *finalidade legítima* perseguida pelo Estado que assim procedeu (§ 40)[72].

(c) Incumbe à Corte de Estrasburgo o múnus de verificar se o Estado contratante impôs, de fato, temperamentos à inviolabilidade do sigilo jornalístico, e, em caso afirmativo, se, ao fazê-lo, estribou-se em motivos *relevantes e suficientes* (§ 40), de tal sorte que tenha existido um *razoável nexo de proporcionalidade* entre, de um lado, a finalidade legítima que impeliu o Estado demandado a emitir ordem de quebra de sigilo da(s) fonte(s) jornalística(s) e, de outra banda, os *meios adotados* pelo aparelho estatal a f*im de alcançar esse desiderato*[73].

70 CONSELHO DA EUROPA. European Court of Human Rights (Grand Chamber). Goodwin v. the United Kingdom (Application n. 17488/90). Strasbourg, 27 March 1996. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/ECHR>. Acesso em: 6 jan. 2011.
71 Ibid., loc. cit.
72 Ibid., loc. cit.
73 Ibid., loc. cit.

No referido julgamento, a Grande Câmara do TEDH conclui que foi excessiva a decisão judicial britânica de impor a jornalista a obrigação de declinar a fonte que lhe revelou o plano corporativo confidencial da sociedade empresária (*Tetra Ltd*) que requereu a quebra do sigilo jornalístico, com vistas a conter o vazamento de tais informações (*Goodwin v. the United Kingdom*, §§ 12 e 46)[74].

Ao assim decidir, o órgão maior da Corte de Estrasburgo levou em conta que à época da quebra judicial do sigilo da respectiva fonte jornalística *já* se encontrava proibida, pela Justiça britânica, a divulgação de tais informações pela mídia, tornando-se, por isso, despiciendo o fornecimento das anotações do jornalista sobre conversação telefônica por meio das quais se extrairia a identidade de fonte que subsidiou reportagem sobre o plano corporativo confidencial de empréstimo financeiro que *Tetra Ltd* pretendia contrair, para equilibrar suas finanças. A *ausência* da necessidade da quebra de fonte jornalística foi constatada, *in casu*, pela Grande Câmara do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, considerando, a par dessa finalidade (de conter o vazamento de informações), *outros propósitos* que também impeliram *Tetra Ltd* a solicitar as mencionadas anotações, isto é, os fins de (a) viabilizar ação indenizatória e (b) desmascarar o empregado ou colaborador que agiu de maneira desleal (*Goodwin v. the United Kingdom*, §§ 10 a 16, 42 e 45 a 46)[75].

Ao esposar síntese da construção pretoriana acerca do sigilo jornalístico inaugurada em *Goodwin v. the United Kingdom*, a Quarta Seção do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, em *Roemen and Schmit v. Luxembourg*[76], de 25 de fevereiro de 2003, consignou 3 (três) requisitos (§ 51) para se esclarecer se a flexibilização do sigilo da(s) fonte(s) jornalística(s) foi necessária em uma sociedade democrática: (1) se a interferência contemplou *necessidade social premente*, (2) se foi *proporcional à finalidade legítima* perseguida e (3) se as razões declinadas pelas autoridades nacionais, ao justificarem as medidas restritivas, foram r*elevantes e suficientes*.

---

[74] Ibid., loc. cit.

[75] Ibid., loc. cit.

[76] CONSELHO DA EUROPA. European Court of Human Rights (Fourth Section). Roemen and Schmit v. Luxembourg (Application n. 51772/99). Strasbourg, 25 February 2003. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/ECHR>. Acesso em: 6 jan. 2011.

Em tal precedente, a Quarta Seção teve por ponderável a *relevância* dos motivos elencados pelo Estado contratante, porém rejeitou a *suficiência* de tais razões para justificar mandados de busca e apreensão realizados na residência e no ambiente de trabalho de jornalista, com o propósito de apurar a identidade de agentes públicos que forneceram ao autor as informações sigilosas baseadas nas quais redigiu matéria jornalística a noticiar fraude tributária supostamente praticada por Ministro do Governo do Grão-Ducado de Luxemburgo (*Roemen and Schmit v. Luxembourg*, §§ 55, 56 e 59)[77].

Articulando com mais minudência tais balizas, a Terceira Seção da Corte de Estrasburgo, em *Sanoma Uitgevers B. V. v. The Netherlands*[78], de 31 de março de 2009, reconheceu a margem discricionária para os Estados signatários da Convenção Europeia dos Direitos Humanos analisarem se, em determinada circunstância, faz-se presente uma *necessidade social premente* que torne, com o perdão da redundância, *necessária em uma sociedade democrática*, a quebra do sigilo da(s) fonte(s) jornalística(s), ao mesmo tempo que salientou a competência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, como reflexo da supervisão europeia sobre a atuação dos Estados contratantes, de proferir a decisão final nos casos levados à sua apreciação (inclusive na qualidade de *instância revisora* de atos decisórios proferidos pelo respectivo Poder Judiciário nacional), relativamente à controvérsia acerca da *congruência* de tal medida estatal com a proteção à *liberdade de expressão* de que cuida o art. 10 da indicada Convenção (§ 54, alínea a), tendo em perspectiva não apenas verificar se a atuação discricionária do Estado demandado foi razoável, cuidadosa e de boa-fé como também julgar o *meritum causae* com esteio em uma visão ampla do caso concreto analisado, ou seja, efetuar o exame da interveniência estatal "à luz do caso como um todo" (*Sanoma Uitgevers B. V. v. The Netherlands*, § 54, alínea b)[79].

Enfatizou que, amparado nas informações prestadas pelo Estado contratante, cabe ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos averiguar se

[77] *Ibid., loc. cit.*
[78] *CONSELHO DA EUROPA. European Court of Human Rights (Third Section). Sanoma Uitgevers B. V. v. The Netherlands (Application n. 38224/03). Strasbourg, 31 March 2009. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/ECHR>. Acesso em: 6 jan. 2011.*
[79] *Ibid., loc. cit.*

as autoridades nacionais avaliaram de forma *adequada* os fatos relevantes e se procederam *em harmonia* com o plexo normativo do art. 10 da CEDH, o que significa aferir se houve motivos *suficientes e relevantes* e se a medida adotada foi *proporcional à finalidade legítima* em mira (*Sanoma Uitgevers B. V. v. The Netherlands*, § 54, alínea c)[80].

Recordou que os temperamentos à inviolabilidade do sigilo da(s) fonte(s) jornalística(s) somente se justificam quando existe um interesse público cuja densidade, na situação *in concreto*, sobreponha-se à importância do sigilo jornalístico em uma sociedade democrática e ao potencial efeito inibitório (*chilling effect ou effet inhibant*) da quebra do sigilo sobre o exercício da liberdade de imprensa (*Sanoma Uitgevers B. V. v. The Netherlands*, § 54, alínea d)[81].

Percebe-se, assim, a preferência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos por intervenções estatais tópicas e sua oposição a medidas instrutórias que não se revelem indispensáveis ou que se denotem exorbitantes, a exemplo de devassas (materializadas, por vezes, por intermédio de buscas e apreensões indiscriminadas).

Ilustrativo, nesse aspecto, o caso *Roemen and Schmit v. Luxembourg*[82], no qual a Quarta Seção do TEDH teve por excessiva a quebra de sigilo jornalístico levada a efeito via buscas e apreensões realizadas nos ambientes profissional e residencial de jornalista, destinadas a apreender qualquer material que, por ventura, contribuísse para identificar eventuais servidores públicos que serviram de fontes a artigo jornalístico a respeito da condenação de Ministro de Estado por fraude fiscal, reputando tais diligências probatórias *mais drásticas* que uma requisição judicial de que fosse declinada a identidade de fontes jornalísticas (§§ 8º a 13, 15, 17, 52, 57 e 58).

Nessa senda, a Primeira Seção do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, em *Nordisk Film & TV A/S v. Denmark*, aos 8 de dezembro de 2005, prestigiou acórdão da Suprema Corte dinamarquesa (*Højesteret*) que determinou à produtora de TV o fornecimento da parcela de gravações não editadas de

[80] *Ibid., loc. cit.*
[81] *Ibid., loc. cit.*
[82] *CONSELHO DA EUROPA. European Court of Human Rights (Fourth Section). Roemen and Schmit v. Luxembourg (Application n. 51772/99). Strasbourg, 25 February 2003. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/ECHR>. Acesso em: 6 jan. 2011.*

reportagem sobre uma associação dinamarquesa de pedófilos, ou seja, no caso vertente, a Corte de Estrasburgo chancelou aresto do Pretório Excelso da Dinamarca, haja vista que este, ao anuir com a quebra do sigilo jornalístico, restringiu o campo de incidência de tal medida instrutória à parte das gravações não editadas atinentes a pedófilo à época investigado pela Polícia dinamarquesa e a menor indiano vítima daquele, bem assim à parcela das anotações do jornalista autor da matéria específicas sobre essa circunstância, sem que fosse exposta a identidade de terceiros (vítima, policial e mãe do administrador do hotel em que ocorrera fatos relatados na reportagem) que aceitaram colaborar com o jornalista sob a condição de que suas identidades não fossem reveladas.[83]

Medidas instrutórias indiscriminadas, além de consistirem em intervenções desnecessárias na esfera jurídica dos jornalistas e de terceiros que com estes colaboram sob a condição de anonimato ou de sigilo, acarretam efeito inibitório excessivo sobre jornalistas, órgãos de comunicação social e eventuais fontes jornalísticas.

Com efeito, a Terceira Seção da Corte de Estrasburgo, em *Voskuil v. The Netherlands*[84] (§ 70), de 22 de novembro de 2007, pontificou que medidas de quebra de sigilo jornalístico de longo alcance têm o condão de *desencorajar* pessoas que possuem informações verdadeiras e precisas de informarem aos meios de comunicação social a prática de ilícitos graves, como os que concerniam àqueles autos (tráfico de armas em Amsterdã).

Em outros dizeres, na circunstância acima, a Terceira Seção do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos enxergou a intervenção estatal como *prescrita por lei* (encastoada no art. 294 do Estatuto Processual Penal dos Países Baixos) e direcionada à *finalidade legítima* (prevenção criminal), porém não a reputou

[83] Na ocasião, assentou a Primeira Seção que a exceção ao dever de testemunhar visa a proteger pessoas que concordam em participar de matérias jornalísticas sob a condição de que suas identidades sejam mantidas em sigilo. No mesmo julgado, ponderou o TEDH que pessoas filmadas sem assim consentirem ou sem estarem cientes disso (porque filmadas por câmera escondida) não seriam fontes jornalísticas em sentido estrito ("cannot be regarded as sources of journalistic information in the traditional sense"), porém consubstanciariam material de pesquisa do jornalista que as filmou. Cf. CONSELHO DA EUROPA. European Court of Human Rights (First Section). Nordisk Film & TV A/S v. Denmark (Application n. 40485/02). Strasbourg, 8 December 2005. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/ECHR>. Acesso em: 6 jan. 2011.

[84] CONSELHO DA EUROPA. European Court of Human Rights (Third Section). Voskuil v. The Netherlands (Application n. 64752/01). Strasbourg, 22 November 2007. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/ECHR>. Acesso em: 6 jan. 2011.

necessária em uma sociedade democrática, ao divisar a prisão provisória de jornalista, durante 17 (dezessete) dias, como medida judicial de *longo alcance* a inibir fontes jornalísticas de fornecerem à imprensa informações precisas e verdadeiras sobre ilícitos da espécie de que cuidavam aqueles autos — tráfico de armas (*Voskuil v. The Netherlands*, §§ 50 a 56, 60, 71 e 72)[85].

Nesse lanço, a Segunda Seção do TEDH, em *Ernst et Autres c. Belgique*[86], de 15 de julho de 2003, repeliu buscas e apreensões em massa (ocorridas em redações e residências de jornalistas) destinadas à apuração de vazamento, por magistrados, de informações a órgãos de comunicação social sobre processos criminais sensíveis, enxergando em tais medidas instrutórios atos estatais *mais onerosos* à liberdade de imprensa do que a identificação pontual de fontes jornalísticas, além de refutar, na circunstância em tela, o argumento da ausência de medidas instrutórias *alternativas* menos gravosas e, por outro lado, destacar a *insuficiência* dos motivos invocados pelo Estado contratante para justificar devassa de tamanha envergadura (envolvendo, alegadamente, 160 policiais), isto é, notou a falta de uma *razoável proporcionalidade* entre as diligências probatórias implementadas e as finalidades legítimas a que serviam (§§ 101 a 105)[87].

Outro precedente emblemático no tocante à repelência da Corte de Estrasburgo a amplas medidas instrutórias invasivas do sigilo jornalístico radica no caso *Tillack c. Belgique*, julgado pela Segunda Seção do TEDH em 27 de novembro

---

[85] No contexto de Voskuil v. The Netherlands (caso ora em comento), jornalista se recusara a revelar a identidade de fonte jornalística em que se baseara para escrever dois artigos (publicados em jornal) relativos à investigação criminal sobre tráfico de armas. Fora mantido em prisão cautelar, de modo que assim aceitasse declinar sua fonte (§§ 3º, 7º a 16 e 60). O jornalista fundamentara sua recusa no juízo de prognose de que, caso identificasse sua fonte, inviabilizar-se-ia o exercício de sua profissão, porquanto, dali em diante, nenhuma outra pessoa se disporia a lhe fornecer informação sob a condição de manter em sigilo a própria identidade (§§ 12 e 19). Ambas as matérias jornalísticas, estribadas em informações dadas por policial envolvido na operação objeto dos 2 (dois) artigos, refutaram a explicação oficial de que as provas que resultaram, para 3 (três) pessoas, em longas penas privativas de liberdade decorreram da descoberta ao acaso de arsenal de armas escondido em flat de Amsterdã, quando a Polícia amesterdanesa abrira o imóvel cujos ocupantes se encontravam ausentes, a fim de conter vazamento d´água a pedido do síndico do condomínio. Alegou o jornalista que o vazamento fora provocado pela Polícia, com o fito de tornar juridicamente justificável a entrada da autoridade policial naquele recinto. Após a versão divulgada pelo jornalista ser rechaçada pelo depoimento de 10 (dez) policiais, a Corte de Apelação de Amsterdã (Gerechtshof Amsterdam) determinou a soltura do referido profissional do Jornalismo, por considerar que tais provas testemunhais esvaziaram a credibilidade da versão dos fatos abraçada por aquele. Antes de assim decidir, entendera a Corte de Apelação que o jornalista deveria identificar sua fonte, uma vez que seria a única testemunha que poderia esclarecer se houve realmente erro judiciário, e, caso suas alegações se mostrassem, de fato, verídicas, a eventual ilicitude do meio empregado para a colheita dos elementos probatórios da condenação prejudicaria a legalidade das penas impostas aos acusados de tráfico Ilícito de armas e vulneraria a integridade moral da Polícia e da Justiça locais (§§ 7º a 24). Cf. ibid., loc. cit.

[86] CONSELHO DA EUROPA. Cour européenne des Droits de l'Homme (deuxième section). Ernst et Autres v. Belgique (Requête n. 33400/96). Strasbourg, 15 juillet 2003. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/ECHR>. Acesso em: 6 jan. 2011.

[87] Ibid., loc. cit.

de 2007, quando salientou a demasia de medidas de busca e apreensão efetuadas pelo Poder Judiciário da Bélgica[88] na residência e no ambiente de trabalho de jornalista alemão que, arrimado em fonte jornalística sigilosa (funcionário público da União Europeia — UE), escrevera dois artigos publicados na revista *Stern* (tradicional semanário tedesco) por meio dos quais noticiou, na primeira matéria jornalística, irregularidades no âmbito de instituições comunitárias, e, após, na segunda matéria jornalística, levou ao conhecimento público o advento de procedimentos internos, deflagrados no seio da Administração Pública da UE, a apurarem a ocorrência de tais fatos (§§ 6º a 9º e 66 a 68)[89].

Com razão, a Quarta Seção do TEDH, em *Financial Times Ltd and Others v. The United Kingdom*[90] (§ 63), de 15 de dezembro de 2009, observa que o *efeito inibitório* decorrente da quebra do sigilo bancário não incide somente sobre a *pessoa que é, naquele caso concreto, a fonte do jornalista* (efeito dissuasório, ante o risco e o temor de que sua identidade seja revelada) mas também sobre a *reputação* do respectivo órgão de comunicação social (o fato de ser o órgão em relação ao qual foi exigida a identificação de determinada fonte teria efeito dissuasório sobre *outras pessoas* — inclusive do público — que, por ventura, tivessem a eventual predisposição ou o potencial de lhe fornecer, de modo sigiloso, informações de interesse público, e, por receio de terem suas identidades posteriormente descobertas, mudariam de ideia, optando por não subsidiarem tais informações ao respectivo órgão de comunicação social), além de frustrar a parcela do público que almeja ter acesso a informações de interesse público repassadas por fontes anônimas. Mesma observação registrada em 14 de setembro de 2010, pela Grande Câmara da Corte de Estrasburgo (Sanoma Uitgevers B. V. v. The Netherlands, § 89)[91].

---

[88] Bruxelas, capital da Bélgica, assim como Luxemburgo (capital do Grão-Ducado de Luxemburgo) e Estrasburgo (Nordeste da França), é uma das principais cidades em que se concentra a estrutura administrativa da União Europeia.

[89] CONSELHO DA EUROPA. Cour européenne des Droits de l'Homme (deuxième section). Tillack c. Belgique (Requête n. 20477/05). Strasbourg, 15 juillet 2003. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/ECHR>. Acesso em: 6 jan. 2011.

[90] CONSELHO DA EUROPA. European Court of Human Rights (Fourth Section). Financial Times Ltd and Others v. The United Kingdom (Application n. 821/03). Strasbourg, 15 December 2009. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/ECHR>. Acesso em: 6 jan. 2011.

[91] CONSELHO DA EUROPA. European Court of Human Rights (Grand Chamber). Sanoma Uitgevers B. V. v. The Netherlands (Application n. 38224/03). Strasbourg, 14 September 2010. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/ECHR>. Acesso em: 6 jan. 2011.

Assinalou a Quarta Seção do TEDH, no acórdão acima citado (*Financial Times Ltd and Others v. The United Kingdom*, § 63, *in fine*[92]), que a conduta da fonte (a licitude ou ilicitude com que se houve uma pessoa, ao divulgar informações à imprensa) *nunca* deve ser o *fator decisivo* para se determinar a necessidade de uma ordem de quebra de sigilo jornalístico: ainda que relevante, convém que figure como *mais um fator*, dentre outros, a ser considerado, ao se avaliar o *coeficiente de proporcionalidade* da medida estatal impugnada.

No precedente em testilha, ressaltou-se a presença de efeito inibitório quando o jornalista é compelido a colaborar com a identificação de fontes anônimas, independente dos documentos requisitados pela autoridade judiciária contemplarem tal finalidade de modo direto ou indireto (*Financial Times Ltd and Others v. The United Kingdom*, § 70[93]).

Diante do efeito inibitório da quebra do sigilo jornalístico, a Quarta Seção do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos conferiu, no julgado em epígrafe, *primazia* à proteção da fonte jornalística, em detrimento do interesse da sociedade empresária prejudicada (cervejaria *Interbrew*) de que fosse identificada a fonte jornalística da qual promanara o vazamento de informações concernentes a tratativas visando à incorporação, por aquela, de concorrente sul-africana (*South African Breweries Ltd — SAB*), mesmo tendo a Corte de Estrasburgo levado em conta, in casu, que a aspiração da mencionada entidade privada, ao requerer tal *disclosure*, concernia aos fins de evitar danos vindouros, provenientes de novos vazamentos dessas negociações, e de obter reparação civil por danos já ocorridos, decorrentes de vazamentos pretéritos de tais tratativas (*Financial Times Ltd and Others v. The United Kingdom*, § 71[94]).

No *decisum* em liça, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos condicionou a quebra do sigilo da(s) fonte(s) jornalística(s) voltada à prevenção do vazamento de informações confidenciais e sensíveis (a) à *ausência* de meios

[92] *CONSELHO DA EUROPA. European Court of Human Rights (Fourth Section). Financial Times Ltd and Others v. The United Kingdom (Application n. 821/03). Strasbourg, 15 December 2009. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/ECHR>. Acesso em: 6 jan. 2011.*

[93] *Ibid., loc. cit.*

[94] *Ibid., loc. cit.*

alternativos, razoáveis e menos intrusivos de se alcançar tal fito e (b) à existência de risco de vazamento cuja gravidade seja suficiente para justificar tal medida e, por outro lado, consubstancie risco definido (*Financial Times Ltd and Others v. The United Kingdom*, § 69[95]).

Conforme resplandecido alhures, a Grande Câmara do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, em *Sanoma Uitgevers B. V. v. The Netherlands* §§ 90 a 93[96], no âmbito do critério da *prescrição por lei*, rutilou a exigibilidade de que *órgão externo* às partes (independente) exerça o controle, como *instância revisora*, da juridicidade da ordem de quebra do sigilo jornalístico, o que implica realizar tal exame firme, inclusive, no critério da necessidade, ao assim proceder:

(a) Efetuar a *prévia* verificação — *antes* do fornecimento à autoridade (que o solicitou) do material fruto da quebra do sigilo da(s) fonte(s) jornalística(s) — da *predominância*, no caso concreto, do interesse público *específico* da persecução penal atinente à circunstância in concreto sobre o interesse público geral da preservação da inviolabilidade do sigilo jornalístico.

(b) E promover a *prevenção* do acesso *desnecessário* a informações capazes de revelar a identidade da fonte. De acordo com essa linha de raciocínio, cabe ao órgão revisor o múnus de cogitar, inclusive, a possibilidade de determinar seja adotada medida *igualmente adequada* ao fim colimado, porém *menos ofensiva* à salvaguarda do sigilo jornalístico, ou, ainda, de anular *in totum* a ordem de quebra do sigilo jornalístico, caso se revele totalmente despicienda. Trata-se de profilaxia indispensável, *mesmo que no conteúdo* do material cujo sigilo é objeto do pedido de quebra judicial não haja explícita menção a quem atua, no contexto fático em liça, como fonte jornalística[97].

---

[95] Menciona-se, nesse sentido, este trecho do § 69 do aresto da Quarta Seção do TEDH relativo a Financial Times Ltd and Others v. The United Kingdom: "69. [...] Moreover, the aim of preventing further leaks will only justify an order for disclosure of a source in exceptional circumstances where no reasonable and less invasive alternative means of averting the risk posed are available and where the risk threatened is sufficiently serious and defined to render such an order necessary within the meaning of Article 10 § 2. [...]" Cf. ibid., loc. cit., grifo nosso.

[96] CONSELHO DA EUROPA. European Court of Human Rights (Grand Chamber). Sanoma Uitgevers B. V. v. The Netherlands (Application n. 38224/03). Strasbourg, 14 September 2010. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/ECHR>. Acesso em: 6 jan. 2011.

[97] Ibid., loc. cit.

5. CORREIÇÃO PARCIAL Nº 2008.72.00.005353-8/SC (7ª TURMA DO TRF/4ª)

Em complemento ao eixo temático do presente trabalho[98], centrado na jurisprudência remansosa do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos acerca da quebra do sigilo das fontes jornalísticas, recorda-se, na seara do Direito brasileiro, o correlato precedente da Correição Parcial nº 2008.72.00.005353-8/SC (Relator, Desembargador Federal Néfi Cordeiro), julgada em 3 de novembro de 2009, em que a Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da Quarta Região, em votação unânime, filiou-se ao pensamento segundo o qual o resguardo do sigilo da fonte deve preponderar, em benefício da liberdade de informação, sobre a promoção de provas direcionadas à persecução penal. Frisou-se a impossibilidade jurídica de se impor a outrem a prática do tipo penal de violação de sigilo profissional (insculpido no art. 154 do Código Penal[99]):

> PENAL. PROCESSO PENAL. CORREIÇÃO PARCIAL. JORNALISTA. DIREITO AO SEGREDO DA FONTE.
> *1. A constitucional preservação do sigilo da fonte não merece exclusão pelo interesse estatal de promover provas para a persecução criminal, prevalecendo na ponderação de valores a liberdade de informação, enquanto pilar do regime democrático de direito.*
> 2. Descabido seria, aliás, obrigar alguém a praticar conduta inclusiva típica - quebra do sigilo profissional - para viabilizar a prova de crimes de outros.
> 3. Correição parcial denegada.[100] (grifo nosso)

---

[98] Relativamente à questão da quebra do sigilo jornalístico, outros aportes pretorianos (precedentes estadunidenses, canadenses, brasileiros e argentinos), que também refogem do objeto deste paper (já que voltado este à análise da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos), são estudados no seguinte trabalho doutrinário (do mesmo autor do presente artigo jurídico): FROTA, Hidemberg Alves da. Os limites ao sigilo das fontes jornalísticas. ADV Advocacia Dinâmica: informativo semanal, Rio de Janeiro, v. 25, nº 45, p. 900-897 (paginação decrescente), 13 nov. 2005; Revista Nacional de Direito e Jurisprudência, Ribeirão Preto, v. 6, nº 77, p. 25-31, mai. 2006; Reflexões sobre quebra judicial do sigilo das fontes jornalísticas, segredo de justiça como limite à liberdade de informação jornalística e divulgação pela mídia do conteúdo de interceptações telefônicas. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 2, nº 9, p. 22-35, dez. 2005-jan. 2006; A quebra do sigilo das fontes jornalísticas pelo Poder Judiciário. Atuação: Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense, Florianópolis, v. 4, nº 8, p. 137-148, jan.-abr. 2006; Juris Plenum, Caxias do Sul, v. 1, nº 99, mar. 2008. 2 CD-ROM. (Parte integrante da Revista Jurídica Juris Plenum.)

[99] Dispõe o art. 154 do Código Penal, ipsissima verba: "Art. 154 — Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem: Pena — detenção, de três meses a um ano, ou multa. Parágrafo único — Somente se procede mediante representação." Cf. BRASIL. Código Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 04 fev. 2011.

[100] BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região (Sétima Turma). Ementa do acórdão em sede da Correição Parcial nº 2008.72.00.005353-8/SC). Relator: Desembargador Federal Néfi Cordeiro. Porto Alegre, 3 de novembro de 2009. Diário Eletrônico, Porto Alegre, 11 nov. 2009. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br>. Também disponível em: <http://www.justicafederal.jus.br>. Acesso em: 17 out. 2010.

Consoante narra[101] o relatório do Desembargador Néfi Cordeiro consignado no caderno processual da indicada Correição Parcial nº 2008.72.00.005353-8/SC, determinado membro do Ministério Público Federal[102] solicitara de Juiz Federal Substituto de Vara Criminal da Justiça Federal de Primeiro Grau da Subseção Judiciária de Florianópolis o "afastamento do direito de preservação da fonte jornalística, no intuito de determinar que a testemunha [jornalista] informasse quem lhe forneceu os dados sigilosos"[103] (concernente a "gravações de interceptações telefônicas"[104] constantes de inquérito policial que se encontrava sob o manto do segredo de justiça).

O pleito ministerial restou indeferido pelo juízo *a quo*. Irresignado, o(a) Agente Ministerial requereu *correição parcial*.

Subindo os autos à Justiça Federal de Segundo Grau, a 7ª Turma do TRF/4ª, capitaneada pelo voto condutor do Desembargador Federal Néfi Cordeiro, baseou-se no parecer alinhavado, naquele feito, pela Procuradora Regional da República Solange Mendes de Souza, a qual, ao *dissentir* do entendimento firmado na *instância original* pelo membro do Ministério Público Federal atuante como órgão-autor, reputou incabível a pretendida relativização do sigilo da fonte jornalística, tendo em vista não apenas o fundado risco da quebra do sigilo jornalístico afetar a liberdade de informação (na condição de sustentáculo do regime democrático) e sujeitar o jornalista (caso desenovele a identidade da sua fonte) a realizar o tipo penal de violação de sigilo profissional como também a ausência de indícios elementares de que o profissional do Jornalismo investigado tenha concorrido para a quebra do sigilo judicial.

Posto de outro modo, ponderou-se que o jornalista teria obtido sua informação de maneira lícita — a pessoa natural que lhe serviu de fonte é que teria se portado de forma antijurídica, ao fornecer àquele gravações que deveriam estar infensas à divulgação pública, escudadas pelo elmo do segredo judicial.

---

[101] BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região (Sétima Turma). Trecho do relatório em sede da Correição Parcial nº 2008.72.00.005353-8/SC). Relator: Desembargador Federal Néfi Cordeiro. Porto Alegre, 3 de novembro de 2009. Diário Eletrônico, Porto Alegre, 11 nov. 2009. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br>. Acesso em: 17 out. 2010.

[102] O aresto do TRF/4ª Região sub examine não declina o nome do(a) Agente Ministerial em questão (que oficiou no primeiro grau).

[103] Ibid., loc. cit.

[104] Ibid., loc. cit.

Ante a expressiva relevância das considerações expendidas, na qualidade de *órgão-interveniente (custos legis)*, pelo Ministério Público Federal, nos autos da Correição Parcial nº 2008.72.00.005353-8/SC, colige-se, abaixo, parcela de tal manifestação ministerial, no tocante a estas ponderações (transcrição caudalosa, porém de alta pertinência):

> A decisão combatida sustenta que: sendo o sigilo da fonte meio garantidor da própria liberdade de imprensa, a necessidade desse sigilo está sempre presente; violar o sigilo da fonte é crime (artigo 154 do Código Penal); e é possível identificar o autor do crime (a fonte do jornalista) de violação do sigilo judicial por outros meios.
> O recurso do MPF colaciona excelente argumentação, sustentando a possibilidade da divulgação de interceptações telefônicas ferir a imagem, a intimidade dos envolvidos (premissa posta no relatório recursal); a relatividade do direito ao sigilo da fonte; a ilegitimidade da fonte; a aferição da necessidade de manutenção do sigilo da fonte pelo Poder Judiciário; a desnecessidade da fonte ilegítima para sustentar a notícia no caso concreto; a preponderância do direito à persecução penal de autores de fatos criminosos e do direito à imagem dos investigados sobre o direito do sigilo da fonte; o status jurídico de "testemunha" do jornalista, obrigado a dizer a verdade, porque somente se contra ele pesasse suspeitas de participação criminosa estaria desobrigado a fazer prova contra si mesmo; e a necessidade de afastamento do sigilo da fonte para identificação do autor de um crime.
> Os argumentos apoiam-se, em parte, em conceitos indiscutíveis, tais como a proteção legal ao direito à intimidade, a inexistência de direitos constitucionais absolutos (como reiteradamente afirmado pelo Supremo Tribunal Federal), a distinção entre o tratamento legal dado à testemunha e ao investigado.
> Todavia, vejo razões que sustentam o indeferimento do pedido ministerial, na linha da decisão judicial recorrida, ainda que não me filie integralmente aos seus fundamentos. De fato, penso que não importa se subsiste ou não o argumento da decisão judicial acerca da possibilidade de identificação por meio de outras diligências daquele que "vazou" as informações do processo para o jornalista - que é o autor do crime em investigação no inquérito encartado aqui - porque a conclusão de indeferimento do pedido ministerial está ancorado em fundamentos maiores, revelados já no enquadramento que o juízo deu à questão:
>
> > "Busca o Ministério Público Federal, em petição de fls. 81/92, decisão que afaste, de forma expressa, o direito do jornalista, responsável por divulgação do conteúdo de

escutas telefônicas colhidas no curso de inquérito policial onde houve decretação de sigilo judicial, de manter sua fonte em sigilo.

É fato que a matéria aqui tratada reveste-se de caráter bastante tormentoso, gerando discussões frequentes acerca do tema. A recente decisão do STF, afastando integralmente aplicação da chamada lei de imprensa, trouxe à tona, novamente, maciça exposição de posicionamentos diversos acerca dos limites à liberdade de informação e garantias dadas aos jornalistas no que diz respeito à proteção de suas fontes.

A Constituição Federal de 1988 é expressa ao manifestar-se acerca do tema, elevando ao patamar de garantia constitucional o acesso livre às informações e o resguardo ao sigilo de fonte. Diz o art. 5º, XIV, da CF/88:

XN - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

A preocupação constitucional de manifestamente expressar tais garantias encontra fundamento exatamente no fato de que elas formam, em conjunto com demais garantias também constitucionalmente previstas, o arcabouço legal que sustenta o próprio Estado Democrático de Direito.

A importância de tal tema é tamanha que a lei de imprensa, hoje afastada do mundo jurídico, defendida por muitos como de caráter absolutista por ter sido introduzida no ordenamento legal brasileiro durante período de exceção, também previa em seu texto a proteção às fontes jornalísticas.

Diante de tais observações, qualquer análise a ser feita acerca do tema deve o ser de forma extremamente cuidadosa e atenta."

À essa linha de entendimento, acrescento que, antes de tudo, é preciso perceber a extensão do conceito de sigilo da fonte. O sigilo da fonte e a liberdade de crítica substanciam o próprio direito à liberdade de imprensa. Por sua vez, a liberdade de imprensa é um dos pilares da Democracia. Nestas considerações é que encontramos a ordem de grandeza desse direito e a partir desse ponto é que poderão ser feitas as ponderações de valores em caso de conflitos de direitos.

[...]

Assim a questão da relatividade do direito ao segredo de fonte, conferido pela própria redação constitucional, permite o resguardo do sigilo da fonte quando necessário ao exercício profissional, deve ser examinada tendo em mente as premissas anteriormente mencionadas.

Não se pode negar a prioridade do sigilo da fonte, como meio de garantir o exercício profissional, que é a outra face do direito à informação, pilar da democracia. No caso concreto, a decisão não afirmou que estava diante de um direito

absoluto, mas ponderou, refletiu sobre o conflito de valores postos. *O direito ao sigilo da fonte cederia diante de várias hipóteses.* Obviamente, o direito repugna que o acesso às informações tenha sido obtido por meio criminoso pelo jornalista. Aí a vinculação do jornalista ao fato é direta, seja por autoria ou participação criminosa, na forma do artigo 29 do Código Penal e a disciplina legal a que submete é diversa. *Mas na investigação em exame não há qualquer referência a indício ou mesmo suspeita de envolvimento do jornalista. Aqui outra pessoa (a fonte do jornalista) cometeu o ilícito de repassar informações cobertas por sigilo.*

[...]

Na linha do que se expõe, fica revelada a insubsistência de outros argumentos do recurso, tal como a assertiva de que "apenas a licitude de acesso santifica a informação de modo a fazer da fonte um objeto sagrado" (fl. 108). Ocorre que foi justamente o que ocorreu - o jornalista obteve a informação de forma lícita. A ilicitude ocorrida é anterior e independente.

Outra argumentação que não resiste à análise é a que traz à baila interpretação ao artigo 154 do Código Penal, pertinente à violação de sigilo profissional, pois a lição diz exatamente o contrário do que pretende ver o recurso: *se o jornalista desproteger sua fonte estará cometendo crime de violação de sigilo profissional. Neste sentido a decisão que restou assim ementada:*

> CONSTITUCIONAL E PENAL. RECURSO DE HABEAS CORPUS. CRIME DE CALUNIA. LEI N° 5.250/69. ARTIGOS 20 E 23, III. DELITO NÃO CARACTERIZADO. MATÉRIA JORNALÍSTICA VEICULADA COM O OBJETIVO DE INFORMAR FATOS DE INTERESSE PÚBLICO. ANIMUS NARRANDI. AUSÊNCIA DE ANIMUS CALUMNIANDI. DIREITO DE INFORMAR E À INFORMAÇÃO. SIGILO DA FONTE. DIREITO-DEVER DO JORNALISTA. CONFIRMADA A SENTENÇA QUE TRANCOU INQUÉRITO POLICIAL. [...] 4- A Constituição Federal assegura o direito à informação e resguarda o sigilo da fonte ao jornalista, quando no exercício de sua atividade profissional. 5- O sigilo da fonte é um direito-dever do jornalista. Sua inobservância importa em violação do sigilo profissional e, de consequência, na prática do crime previsto no artigo 154 do CP. 6- Configura manifesto constrangimento ilegal o ato de autoridade que determina o indiciamento de jornalista em inquérito policial caso não quebre o sigilo de suas fontes de informação jornalística. 7- No caso, a atipicidade da conduta do paciente é induvidosa. Incensurável a sentença recorrida. 8- Recurso de habeas corpus improvido. (RHC 199961810022020 Relator(a) JUIZ ARICE AMARAL Sigla do órgão TRF3 Órgão julgador SEGUNDA TURMA Fonte DJU DATA:22/

> 03/2000 Decisão A Segunda Turma, por unanimidade, negou provimento à remessa oficial.)
>
> Reconheço que a situação fática traz um paradoxo: ao deixar prevalecer o sigilo da fonte, protege-se também aquele que praticou a conduta criminosa que foi justamente adquirir a informação repassada ao jornalista. Mas *de forma alguma pode-se obrigar alguém a praticar outra conduta criminosa - a da quebra do sigilo profissional - para viabilizar a persecução penal de outra e, ainda menos, pode-se por em risco a liberdade de informação, enquanto pilar do regime democrático, invocando a ponderação de valores.*[105] (grifo nosso)

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. Da leitura do art. 10-1 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, percebe-se que *a liberdade de expressão*, tal como insculpida na CEDH, abarca tanto a *liberdade de opinião* quanto *a liberdade de informação*, o que explica a razão da jurisprudência *consolidada* do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos ter avistado em tal artigo a proteção à *liberdade de imprensa*, uma vez que a liberdade de imprensa abrange seja a liberdade de opinião jornalística, seja a *liberdade informação jornalística* propriamente dita.

2. No referido dispositivo da Convenção, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos divisou o respaldo normativo para *a proteção das fontes jornalísticas*, vislumbrada pelo TEDH como condição *sine qua non* para a liberdade de imprensa: na óptica da Corte de Estrasburgo, sem essa salvaguarda, as fontes podem ser obstadas de assistir a imprensa em informar à coletividade acerca de matérias de interesse público, o que prejudicaria a função fiscalizadora dos meios de comunicação social e a capacidade destes de proporcionarem ao corpo social informações precisas e confiáveis.

3. Em virtude da relevância que possui a proteção das fontes jornalísticas para a liberdade de imprensa em uma sociedade democrática e do potencial efeito

[105] *BRASIL. Ministério Público Federal (Procuradoria Regional da República da Quarta Região). Trechos do parecer ministerial em sede da Correição Parcial nº 2008.72.00.005353-8/SC). Parecerista: Procuradora Regional da República Solange Mendes de Souza. Apud BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região (Sétima Turma). Trecho do relatório em sede da Correição Parcial nº 2008.72.00.005353-8/SC). Relator: Desembargador Federal Néfi Cordeiro. Porto Alegre, 3 de novembro de 2009. Diário Eletrônico, Porto Alegre, 11 nov. 2009. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br>. Acesso em: 17 out. 2010. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br>. Acesso em: 17 out. 2010.*

inibitório que uma ordem de quebra de sigilo jornalístico teria sobre o exercício dessa liberdade, a jurisprudência remansosa do TEDH (Grande Câmara, *Goodwin v. the United Kingdom*, § 39; Terceira Seção, *Voskuil v. The Netherlands*, § 65, e *Sanoma Uitgevers B. V. v. The Netherlands*§ 54, d; Quarta Seção, Roemen and Schmit v. Luxembourg, § 46, e *Financial Times Ltd and Others v. The United Kingdom*, § 59; Primeira Seção, *Nordisk Film & TV A/S v. Denmark*) tem considerado incompatíveis com o direito à liberdade de expressão previsto no art. 10 da CEDH as *determinações estatais de quebra* de sigilo jornalístico, *salvo* se justificáveis diante de uma *preponderante exigência do interesse público*, harmônica com as balizas do art. 10-2 da Convenção.

4. A fim de verificar se, no caso concreto, a relativização da garantia do sigilo jornalístico poderia se apoiar nas hipóteses excepcionais delineadas pelo indicado art. 10-2 da CEDH, a Grande Câmara do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, em *Goodwin v. the United Kingdom* (§§ 28 a 46), indagou se a interferência estatal, de acordo com o contexto in concreto, (1) foi prescrita por lei (*prescribed by law; prévues par la loi*), isto é, se estava prevista no correspondente Direito interno (se possuía respaldo na ordem jurídica do respectivo Estado contratante), (2) visou à *finalidade legítima* (*legitimate aim; but légitime*) e (3) era necessária em uma sociedade democrática (*necessary in a democratic society; nécessaire dans une société démocratique*), ou seja, se correspondia a uma *premente* necessidade social. Essa formulação *tridimensional* do princípio da proporcionalidade no tocante ao exame de alegação de quebra de sigilo da(s) fonte(s) jornalística(s) restou observada, na Corte de Estrasburgo, pela Primeira Seção (Nordisk Film & TV A/S v. Denmark), Segunda Seção (*Ernst et Autres c. Belgique*, §§ 96 a 105; *Tillack c. Belgique*, §§ 58 a 68) e Quarta Seção (R*oemen and Schmit v. Luxembourg*, §§ 47 a 60; *Financial Times Ltd and Others v. The United Kingdom*, §§ 56 a 73).

5. A Terceira Seção do TEDH, em *Voskuil v. The Netherlands* (§§ 49 a 74), assim como em *Sanoma Uitgevers B. V. v. The Netherlands* (§§ 49 a 63), antes de se debruçar sobre os 3 (três) indicados critérios de aferição, adotou, como *primeira baliza*, o questionamento quanto à presença de interferência em direito encastoado no art. 10 da CEDH. Afirmado em outros termos, a Terceira Seção

da Corte de Estrasburgo, em tais precedentes, averiguou se a atuação do Poder Público, à luz da circunstância concreta analisada, (1) configurou *interferência em direito assegurado* pelo art. 10 da CEDH, bem assim se a interferência, uma vez comprovada, (2) foi *prescrita por lei*, (3) voltou-se à *finalidade legítima* e se mostrou (4) *necessária em uma sociedade democrática*.

6. Ao examinar se uma interveniência estatal na garantia do sigilo jornalístico resta prescrita por lei, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos perquire se houve a chancela do Direito Legislado (Grande Câmara, *Goodwin v. the United Kingdom*, § 29; Primeira Seção, *Nordisk Film & TV A/S v. Denmark*; Segunda Seção, *Tillack c. Belgique*, §§ 32 e 58; Terceira Seção, *Sanoma Uitgevers B. V. v. The Netherlands*, § 51, e *Voskuil v. The Netherlands*, § 50; Quarta Seção, *Roemen and Schmit v. Luxembourg*, § 49, e *Financial Times Ltd and Others v. The United Kingdom,* § 57), encontrando tal respaldo, por vezes, na legislação processual penal apontada pelo Estado contratante demandado (Segunda Seção, *Tillack c. Belgique*, §§ 32 e 58; Terceira Seção, *Sanoma Uitgevers B. V. v. The Netherlands*, § 51, e *Voskuil v. The Netherlands*, § 50; Quarta Seção, *Roemen and Schmit v. Luxembourg*, § 49).

7. Em *Financial Times Ltd and Others v. The United Kingdom* (§ 57), a Quarta Seção do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos considerou, além da previsão em ato legislativo, o supedâneo haurido da jurisprudência consolidada no respectivo Direito interno, a exemplo de como procedera a Grande Câmara da Corte de Estrasburgo em *Goodwin v. the United Kingdom* (§ 33).

8. Naquela oportunidade, a Grande Câmara ponderou a relevância de que conceitos legais que confiram certa margem discricionária à interferência do Poder Público no exercício de determinado direito recebam construções judiciais que tenham o condão de tornar mais claro ao destinatário da lei em que consistiria o tipo ilícito delineado pelo legislador (*Goodwin v. the United Kingdom*, § 33).

9. É que *não* bastaria insculpir em lei *formal* o tipo do ilícito: seria necessário que o destinatário da norma pudesse, *antes* de cogitar a prática da conduta prevista no tipo, ter condições razoáveis de compreender, mediante a *leitura* do dispositivo legal e, se necessário, eventual assessoramento jurídico, o caráter ilícito da conduta proscrita, de modo que a redação do texto legal

propiciasse um grau de precisão que tornasse possível ao destinatário da norma antever os possíveis *desdobramentos* jurídicos da conduta cogitada (*Goodwin v. the United Kingdom*, § 31).

10 Ao apreciar recurso contrário ao acórdão da Terceira Seção do TEDH em *Sanoma Uitgevers B. V. v. The Netherlands*, a Grande Câmara da Corte de Estrasburgo, em 14 de setembro de 2010, reiterou tal ponderação (§ 81) em termos mais sucintos, ao ressaltar que a lei deve ser *adequadamente acessível* (à compreensão do destinatário da norma) e *previsível* (em seus efeitos), para que, assim, o indivíduo possa se pautar pelas balizas extraídas de tal preceito.

11 Acrescentou, baseada na jurisprudência remansosa do TEDH e em repulsa a normas que proporcionem poderes incondicionados aos agentes públicos, que a lei deve indicar, com clareza suficiente, o *escopo da discricionariedade* cometida à autoridade estatal competente para interferir na esfera jurídica alheia e os *meios de exercício* dos correspondentes poderes (Grande Câmara, *Sanoma Uitgevers B. V. v. The Netherlands*, § 82).

12 Esplendeu a exigibilidade, principalmente em casos de *tutelas de urgência* (em que a autoridade a pleitear o descerramento do sigilo jornalístico, premida pelo tempo, *não* tem, por vezes, a oportunidade de alinhavar uma motivação mais minuciosa), de que órgão *externo* ao Poder Executivo e às demais partes, na qualidade de *instância revisora* (órgão de âmbito judicial ou extrajudicial), faça, de maneira ***objetiva*** e ***imparcial,*** o *controle* do ato estatal de quebra do sigilo jornalístico.

13 A Grande Câmara, ainda em *Sanoma Uitgevers B. V. v. The Netherlands* (§§ 94, 100 e 101), ao se reportar ao critério da *prescrição por lei*, referiu-se também à *qualidade da lei*: embora a quebra do sigilo da(s) fonte(s) jornalística(s) contasse, *in casu*, com previsão em lei *formal* (Código de Processo Penal), a *qualidade da lei* se revelara *deficiente* ou *insuficiente* aos olhos do órgão maior do TEDH, porque, no âmbito do Estado contratante demandado (o Reino dos Países Baixos), a função de *órgão revisor* da ordem de quebra do sigilo jornalístico, *depois* da entrada em vigência do art. 96a do Estatuto Processual Penal neerlandês, passou a ser incumbência de membro do Ministério Público, o qual, como *parte interessada* na persecução penal e por *não* constituir órgão do Poder Judiciário, não poderia

assegurar a necessária independência no controle, como instância revisora, da referida ordem.

14. Ainda em relação a *Sanoma Uitgevers B. V. v. The Netherlands*, a Grande Câmara do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos frisou que aferir se uma interferência estatal no exercício de direito fundamental está *de acordo com a lei ou prescrita por lei* significa ter presente não apenas o Direito Legislado como também atos administrativos com *conteúdo de lei*, inclusive atos normativos emanados de órgãos de fiscalização profissional, bem assim a jurisprudên*cia consolidada (Grande Câmara, Sanoma Uitgevers B. V. v. The Netherlands*, § 83). Preconizou, em suma, o acolhimento da acepção de lei em sentido *material* ou *substantivo*, em detrimento da adoção da acepção de lei *stricto sensu* ou em sentido meramente formal (mesmo parágrafo).

15. Em *mesma direção* se situou a Segunda Seção do TEDH em *Ernst et Autres c. Belgique*, de 15 de julho de 2003, ao lembrar que a jurisprudência iterativa da Corte de Estrasburgo enxerga a *lei* em sentido *material* e não *formal* (§ 96), a abarcar, no campo de incidência da acepção de *lei*, o Direito construído com base na interpretação legal feita pelos órgãos judiciários competentes (§ 96).

16. Para fins de quebra do sigilo da(s) fonte(s) jornalística(s), *finalidade(s) legítima(s)* pode(m) dizer respeito (a) ao propósito de coibir a divulgação midiática de informações *confidenciais* de uma sociedade empresária (Grande Câmara, *Goodwin v. the United Kingdom*, §§ 11 e 35), (b) ao intento de prevenir a *desordem* e/ou *crime* (Quarta Seção, *Roemen and Schmit v. Luxembourg*, § 50; Terceira Seção, *Sanoma Uitgevers B. V. v. The Netherlands*, § 53, e *Voskuil v. The Netherlands*, §§ 54 e 56), (c) ao duplo desiderato de proteger *direitos alheios* e evitar o vazamento de informações fornecidas em caráter *confidencial* (Quarta Seção, *Financial Times Ltd and Others v. The United Kingdom*, § 58), (d) de prevenir *desordem* ou *crime* e salvaguardar *direitos alheios* (Primeira Seção, *Nordisk Film & TV A/S v. Denmark*), (e) ao triplo fim de impedir a divulgação de informações *confidenciais*, proteger a *reputação alheia* e assegurar a *autoridade* e a *imparcialidade* do Poder Judiciário (Segunda Seção, *Ernst et Autres c. Belgique*, § 98), e (f) de visar à defesa da *ordem pública*, à prevenção de infrações penais e da divulgação de *informações confidenciais* e à proteção da *reputação alheia* (Segunda Seção, *Tillack c. Belgique*, § 59).

17. Ao examinar as alegações do respectivo Estado contratante de que houve f*inalidade(s) legítima(s)* a nortear(em) determinado procedimento estatal de quebra de sigilo jornalístico, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, por vezes, *não* perscruta a presença de *todas* as finalidades invocadas pelo polo passivo, *bastando-lhe*, para reputar *contemplada* tal exigência, concluir que se encontra comprovada nos autos *parcela* das finalidades aludidas pelo Estado requerido:

17.1 Em *Goodwin v. the United Kingdom*, o Estado contratante arguiu os propósitos de *proteger o sigilo empresarial* e de *promover a prevenção criminal* (§ 35). A Grande Câmara da Corte de Estrasburgo, ao acolher o *primeiro* argumento, dispensou a si mesma de proceder à análise do *segundo* argumento (§ 36).

17.2 E, em *Voskuil v. The Netherlands*, o Estado contratante mencionou os fins de *proteger a reputação ou os direitos alheios* (notadamente, a integridade moral do Poder Judiciário dos Países Baixos e da Polícia de Amsterdã), de resguardar a *segurança pública* e de efetuar a *prevenção de crime ou de desordem* (§ 54). A Terceira Seção do TEDH se *ateve* a aceitar o argumento da *prevenção criminal*, *sem* se posicionar, portanto, acerca das demais finalidades invocadas pelo polo *passivo* (§ 56).

18 Já em *Financial Times Ltd and Others v. The United Kingdom* (§ 58), no qual o Estado contratante, em sua peça de defesa, indicou os fitos de (1) *resguardar* os direitos alheios, de (2) se *acautelar contra* o vazamento de informações repassadas de forma confidencial e (3) de *prevenir* a prática *delituosa*, a Quarta Seção da referida Corte Europeia, além de abraçar os *dois primeiros* argumentos, analisou a *terceira* justificativa, *rejeitando-a*, porque a prevenção criminal, atribuição típica do Poder Público, *não* se aplicava ao caso vertente, porquanto, *in casu*, a quebra do sigilo jornalístico tinha sido requerida, *não* por órgão público, mas por entidade privada não estatal (*sociedade empresária* belga), que anelara, ao solicitar tal provimento estatal, identificar as pessoas que forneceram a órgãos de comunicação social informações sigilosas cuja divulgação midiática havia lhe ocasionado consideráveis prejuízos financeiros (§§ 58 e 16).

19. Ao avaliar se dada flexibilização no resguardo do sigilo jornalístico afrontou o art. 10 da CEDH, a Corte de Estrasburgo tende a ser mais rigorosa ao final do julgamento do mérito, quando da análise estribada justamente no último

critério, por meio do qual esquadrinha se uma interferência estatal se demonstra *necessária em uma sociedade democrática*.

20. Em *Goodwin v. the United Kingdom*, de 27 de março de 1996, a Grande Câmara do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, ao fundear os alicerces da visão do TEDH sobre o descobrimento do manto do sigilo da(s) fonte(s) jornalística(s), postulou estas balizas:

20.1 Restringe-se às circunstâncias *excepcionais*, isto é, adstringe-se às situações em que estão em jogo *interesses públicos* ou *privados* de cunho *vital* (§ 37).

20.2 A *margem discricionária* para a autoridade nacional aferir se existe, na circunstância com a qual se depara, uma *necessidade social premente* de se relativizar o sigilo jornalístico encontra-se *circunscrita* pelo interesse da sociedade democrática de assegurar e manter a liberdade de imprensa, aspiração coletiva que se reveste de peso considerável, ao se sopesar se, em dado contexto concreto, a restrição ao caráter *inviolável* do sigilo da(s) fonte(s) jornalística(s) foi *proporcional à finalidade legítima* perseguida pelo Estado que assim procedeu (§ 40).

20.3 Incumbe à Corte de Estrasburgo o múnus de verificar se o Estado contratante impôs, de fato, temperamentos à inviolabilidade do sigilo jornalístico, e, em caso afirmativo, se, ao fazê-lo, estribou-se em motivos *relevantes e suficientes* (§ 40), de tal sorte que tenha existido um *razoável nexo de proporcionalidade* entre, de um lado, a *finalidade legítima* que impeliu o Estado demandado a emitir ordem de quebra de sigilo da(s) fonte(s) jornalística(s) e, de outra banda, os *meios adotados* pelo aparelho estatal *a fim de alcançar esse desiderato*.

21. Ao esposar síntese da construção pretoriana acerca do sigilo jornalístico inaugurada em *Goodwin v. the United Kingdom*, a Quarta Seção do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, em *Roemen and Schmit v. Luxembourg*, de 25 de fevereiro de 2003, consignou 3 (três) requisitos (§ 51) para se esclarecer se a flexibilização do sigilo da(s) fonte(s) jornalística(s) foi necessária em uma sociedade democrática: (1) se a interferência contemplou *necessidade social premente*, (2) se foi *proporcional à finalidade legítima* perseguida e (3) se as razões declinadas pelas autoridades nacionais, ao justificarem as medidas restritivas, foram *relevantes e suficientes*.

22. Articulando com mais minudência tais balizas, a Terceira Seção da Corte de Estrasburgo, em S*anoma Uitgevers B. V. v. The Netherlands*, de 31 de março de 2009, reconheceu a *margem discricionária* para os Estados signatários da Convenção Europeia dos Direitos Humanos analisarem se, em determinada circunstância, faz-se presente uma *necessidade social premente* que torne, com o perdão da redundância, n*ecessária em uma sociedade democrática*, a quebra do sigilo da(s) fonte(s) jornalística(s), ao mesmo tempo que salientou a competência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, como reflexo da supervisão europeia sobre a atuação dos Estados contratantes, de proferir a *decisão fina*l nos casos levados à sua apreciação (inclusive na qualidade de *instância revisora* de atos decisórios proferidos pelo respectivo Poder Judiciário nacional), relativamente à controvérsia acerca da *congruência* de tal medida estatal com a proteção à *liberdade de expressão* de que cuida o art. 10 da indicada Convenção (§ 54, alínea a), tendo em perspectiva não apenas verificar se a atuação discricionária do Estado demandado foi razoável, cuidadosa e de boa-fé como também julgar o *meritum causae* com esteio em uma visão ampla do caso concreto analisado, ou seja, efetuar o exame da interveniência estatal "à luz do caso como um todo" (*Sanoma Uitgevers B. V. v. The Netherlands*, § 54, alínea b).

23. Enfatizou que, amparado nas informações prestadas pelo Estado contratante, cabe ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos averiguar se as autoridades nacionais avaliaram de forma *adequada* os fatos relevantes e se procederam *em harmonia* com o plexo normativo do art. 10 da CEDH, o que significa aferir se houve motivos *suficientes e relevantes* e se a medida adotada foi *proporcional à finalidade legítima* em mira (*Sanoma Uitgevers B. V. v. The Netherlands*, § 54, alínea c).

24. Recordou que os temperamentos à inviolabilidade do sigilo da(s) fonte(s) jornalística(s) somente se justificam quando existe um interesse público cuja densidade, na situação *in concreto*, sobreponha-se à importância do sigilo jornalístico em uma sociedade democrática e ao potencial efeito inibitório (*chilling effect ou effet inhibant*) da quebra do sigilo sobre o exercício da liberdade de imprensa (*Sanoma Uitgevers B. V. v. The Netherlands*, § 54, alínea d).

25. Percebe-se, assim, a preferência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos por intervenções estatais tópicas e sua oposição a medidas instrutórias que não se revelem indispensáveis ou que se denotem exorbitantes, a exemplo de devassas (materializadas, por vezes, por intermédio de buscas e apreensões indiscriminadas). Ilustrativos, nesse aspecto, precedentes da Quarta Seção (*Roemen and Schmit v. Luxembourg*, §§ 8º a 13, 15, 17, 52, 57 e 58, e *Financial Times Ltd and Others v. The United Kingdom*, § 71), da Primeira Seção (*Nordisk Film & TV A/S v. Denmark*), da Segunda Seção (*Ernst et Autres c. Belgique, §§ 101 a 105, e Tillack c. Belgique*, §§ 6º a 9º e 66 a 68) e da Terceira Seção (*Voskuil v. The Netherlands*, § 70) do TEDH.

26. Medidas instrutórias indiscriminadas, além de consistirem em intervenções desnecessárias na esfera jurídica dos jornalistas e de terceiros que com estes colaboram sob a condição de anonimato ou de sigilo, acarretam efeito inibitório excessivo sobre jornalistas, órgãos de comunicação social e eventuais fontes jornalísticas.

27. Com efeito, a Terceira Seção da Corte de Estrasburgo, em *Voskuil v. The Netherlands* (§ 70), de 22 de novembro de 2007, pontificou que medidas de quebra de sigilo jornalístico de *longo alcance* têm o condão de *desencorajar* pessoas que possuem informações verdadeiras e precisas de informarem aos meios de comunicação social a prática de ilícitos graves, como os que concerniam àqueles autos (tráfico de armas em Amsterdã).

28. Em outras palavras, na circunstância acima, a Terceira Seção do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos enxergou a intervenção estatal como *prescrita por lei* (encastoada no art. 294 do Estatuto Processual Penal dos Países Baixos) e direcionada à *finalidade legítima* (prevenção criminal), porém não a reputou *necessária em uma sociedade democrática*, ao divisar a prisão provisória de jornalista, durante 17 (dezessete) dias, medida judicial de longo alcance a inibir fontes jornalísticas de fornecerem à imprensa informações precisas e verdadeiras sobre ilícitos da espécie de que cuidavam aqueles autos — tráfico de armas (*Voskuil v. The Netherlands*, §§ 50 a 56, 60, 71 e 72).

29. Com razão, a Quarta Seção do TEDH, em *Financial Times Ltd and Others v. The United Kingdom* (§ 63), de 15 de dezembro de 2009, observa que

o *efeito inibitório* decorrente da quebra do sigilo bancário não incide somente sobre a *pessoa que é, naquele caso concreto, a fonte do jornalista* (efeito dissuasório, ante o risco e o temor de que sua identidade seja revelada) mas também sobre a *reputação* do respectivo órgão de comunicação social (o fato de ser o órgão em relação ao qual foi exigida a identificação de determinada fonte teria efeito dissuasório sobre *outras pessoas* — inclusive do público — que, por ventura, tivessem a eventual predisposição ou o potencial de lhe fornecer, de modo sigiloso, informações de interesse público, e, por receio de terem suas identidades posteriormente descobertas, mudariam de ideia, optando por não subsidiarem tais informações ao respectivo órgão de comunicação social), além de frustrar a parcela do público que almeja ter acesso a informações de interesse público repassadas por fontes anônimas. Mesma observação registrada em 14 de setembro de 2010, pela Grande Câmara da Corte de Estrasburgo (*Sanoma Uitgevers B. V. v. The Netherland*s, § 89).

30. Assinalou a Quarta Seção do TEDH, no acórdão acima citado (*Financial Times Ltd and Others v. The United Kingdom*, § 63, *in fine*), que a conduta da fonte (a licitude ou ilicitude com que se houve uma pessoa, ao divulgar informações à imprensa) *nunca* deve ser o *fator decisivo* para se determinar a necessidade de uma ordem de quebra de sigilo jornalístico: ainda que relevante, convém que figure como *mais um fator*, dentre outros, a ser considerado, ao se avaliar o *coeficiente de proporcionalidade* da medida estatal impugnada.

31. No precedente em testilha, ressaltou-se a presença de efeito inibitório quando o jornalista é compelido a colaborar com a identificação de fontes anônimas, *independente* dos documentos requisitados pela autoridade judiciária contemplarem tal finalidade de modo *direto* ou *indireto* (*Financial Times Ltd and Others v. The United Kingdom*, § 70).

32. No *decisum* em liça, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos condicionou a quebra do sigilo da(s) fonte(s) jornalística(s) voltada à prevenção do vazamento de informações confidenciais e sensíveis (a) à *ausência* de meios alternativos, razoáveis e menos intrusivos de se alcançar tal fito e (b) à existência de risco de vazamento cuja gravidade seja suficiente para justificar tal medida e,

por outro lado, consubstancie risco definido (*Financial Times Ltd and Others v. The United Kingdom*, § 69).

33. Conforme resplandecido alhures, a Grande Câmara do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, em *Sanoma Uitgevers B. V. v. The Netherlands* §§ 90 a 93, no âmbito do critério da *prescrição por lei*, rutilou a exigibilidade de que órgão *externo* às partes (independente) exerça o controle, como *instância revisora*, da juridicidade da ordem de quebra do sigilo jornalístico, o que implica realizar tal exame firme, inclusive, no critério da necessidade, ao assim proceder:

33.1 Efetuar a *prévia* verificação — *antes* do fornecimento à autoridade (que o solicitou) do material fruto da quebra do sigilo da(s) fonte(s) jornalística(s) — da *predominância*, no caso concreto, do interesse público *específico* da persecução penal atinente à circunstância *in concreto* sobre o interesse público *geral* da preservação da inviolabilidade do sigilo jornalístico.

33.2 E promover a *prevenção* do acesso *desnecessário* a informações capazes de revelar a identidade da fonte. De acordo com essa linha de raciocínio, cabe ao órgão revisor o múnus de cogitar, inclusive, a possibilidade de determinar seja adotada medida *igualmente adequada* ao fim colimado, porém *menos ofensiva* à salvaguarda do sigilo jornalístico, ou, ainda, de anular *in totum* a ordem de quebra do sigilo jornalístico, caso se revele totalmente despicienda. Trata-se de profilaxia indispensável, *mesmo que* no *conteúdo* do material cujo sigilo é objeto do pedido de quebra judicial *não* haja explícita menção a quem atua, no contexto fático em liça, como fonte jornalística.

34.1 Em complemento ao eixo temático do presente trabalho, centrado na jurisprudência remansosa do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos acerca da quebra do sigilo das fontes jornalísticas, recorda-se o correlato precedente da Correição Parcial nº 2008.72.00.005353-8/SC (Relator, Desembargador Federal Néfi Cordeiro), julgada em 3 de novembro de 2009, em que a Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da Quarta Região, em votação unânime, filiou-se ao pensamento segundo o qual o resguardo do sigilo da fonte deve preponderar, em benefício da liberdade de informação, sobre a promoção de provas voltadas à persecução penal.

Frisou-se a impossibilidade jurídica de se impor a outrem a prática do tipo penal de *violação de sigilo profissional* (o art. 154 do Código Penal).

34.2 Em tal julgado, a 7ª Turma do TRF/4ª, capitaneada pelo voto condutor do Desembargador Federal Néfi Cordeiro, baseou-se no parecer alinhavado pela Procuradora Regional da República Solange Mendes de Souza, a qual, ao *dissentir* do entendimento firmado na *instância original* pelo membro do Ministério Público Federal atuante como órgão-autor, reputou incabível a pretendida relativização do sigilo da fonte jornalística, tendo em vista não apenas o fundado risco da quebra do sigilo jornalístico afetar a liberdade de informação (na condição de sustentáculo do regime democrático) e sujeitar o jornalista (que desnovela a identidade da sua fonte) a realizar o tipo penal de violação de sigilo profissional como também a ausência de indícios elementares de que o profissional do Jornalismo investigado tenha concorrido para a quebra do sigilo judicial.

34.3 Em outros dizeres, ponderou-se que o jornalista teria obtido sua informação de maneira lícita — a pessoa natural que lhe serviu de fonte é que teria se portado de forma antijurídica, ao fornecer àquele gravações que deveriam estar infensas à divulgação pública, escudadas pelo elmo do segredo judicial.

7. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 04 fev. 2011.

_____. Tribunal Regional Federal da Quarta Região (Sétima Turma). Acórdão em sede da Correição Parcial nº 2008.72.00.005353-8/SC). Relator: Desembargador Federal Néfi Cordeiro. Porto Alegre, 3 de novembro de 2009. *Diário Eletrônico*, Porto Alegre, 11 nov. 2009. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br>. Também disponível em: <http://www.justicafederal.jus.br>. Acesso em: 17 out. 2010.

CONSELHO DA EUROPA. Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, com as modificações introduzidas pelos Protocolos ns. 11 e 14,

_____. *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as amended by Protocols N. 11 and N. 14*. Disponível em: <http://conventions.coe.int/treaty/en/Treaties/Html/005.htm>. Acesso em: 5 jan. 2011.

_____. *Cour européenne des Droits de l'Homme (deuxième section). Ernst et Autres v. Belgique (Requête n. 33400/96). Strasbourg, 15 juillet 2003*. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/ECHR>. Acesso em: 6 jan. 2011.

_____. _____. *Tillack c. Belgique (Requête n. 20477/05). Strasbourg, 15 juillet 2003*. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/ECHR>. Acesso em: 6 jan. 2011.

_____. *European Court of Human Rights (First Section). Nordisk Film & TV A/S v. Denmark (Application n. 40485/02). Strasbourg, 8 December 2005*. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/ECHR>. Acesso em: 6 jan. 2011.

_____. *European Court of Human Rights (Fourth Section). Financial Times Ltd and Others v. The United Kingdom (Application n. 821/03). Strasbourg, 15 December 2009*. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/ECHR>. Acesso em: 6 jan. 2011.

_____. _____. *Roemen and Schmit v. Luxembourg (Application n. 51772/99). Strasbourg, 25 February 2003*. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/ECHR>. Acesso em: 6 jan. 2011.

_____. *European Court of Human Rights (Grand Chamber). Goodwin v. the United Kingdom (Application n. 17488/90). Strasbourg, 27 March 1996*. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/ECHR>. Acesso em: 6 jan. 2011.

_____. _____. *Sanoma Uitgevers B. V. v. The Netherlands (Application n. 38224/03). Strasbourg, 14 September 2010*. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/ECHR>. Acesso em: 6 jan. 2011.

_____. *European Court of Human Rights (Third Section). Voskuil v. The Netherlands (Application n. 64752/01). Strasbourg, 22 November 2007*. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/ECHR>. Acesso em: 6 jan. 2011.

_____. _____. *Sanoma Uitgevers B. V. v. The Netherlands (Application n. 38224/03). Strasbourg, 31 March 2009*. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/ECHR>. Acesso em: 6 jan. 2011.

_____. *Protocol N. 11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, E.T.S. 155, entered into force 1 November 1998*. Disponível em: <http://www1.umn.edu/humanrts/euro/z30prot11.html>. Acesso em: 5 jan. 2011.

_____. *The Court in brief*. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/DF074FE4-96C2-4384-BFF6-404AAF5BC585/0/Brochure_en_bref_EN.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2011.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FROTA, Hidemberg Alves da. **O princípio tridimensional da proporcionalidade no Direito Administrativo: um estudo à luz da Principiologia do Direito Constitucional e Administrativo, bem como da jurisprudência brasileira e estrangeira**. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1.

WIKIPEDIA. *Anheuser–Busch InBev***.** Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Anheuser-Busch_InBev>. Acesso em: 26 jan. 2011.

_____. ***Constitutional Reform Act 2005***. Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Constitutional_Reform_Act_2005>. Acesso em: 26 jan. 2011.

_____. ***High Court of Justiciary***. Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/High_Court_of_Justiciary>. Acesso em: 26 jan. 2011.

_____. ***Lords of Appeal in Ordinary***. Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Lords_of_Appeal_in_Ordinary>. Acesso em: 26 jan. 2011.

_____. ***Judicial functions of the House of Lords***. Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Judicial_functions_of_the_House_of_Lords>. Acesso em: 26 jan. 2011.

_____. ***Supreme Court of the United Kingdom***. Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Supreme_Court_of_the_United_Kingdom>. Acesso em: 26 jan. 2011.

WIKIPÉDIA. Holanda (topônimo). Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Holanda_(topônimo)>. Acesso em: 25 dez. 2010.

DESCONSIDERAÇÃO DA COISA JULGADA TRIBUTÁRIA
DISREGARD OF THE RES JUDICATA TAX

Taciana Mara Corrêa Maia1

Resumo: O presente trabalho dedica-se ao estudo da possibilidade de desconsideração da coisa julgada em matéria tributária. A corrente que defende a desconsideração parte do pressuposto que a segurança não é um valor absoluto, devendo ceder em face da supremacia da Constituição. A corrente contrária defende que a coisa julgada é um instrumento indispensável à eficácia concreta do direito à segurança. Da análise desses posicionamentos conclui-se que o princípio da supremacia da norma constitucional se sobrepõe ao princípio da segurança, mormente quando se encontra a coisa julgada eivada pelo vício da inconstitucionalidade.

Palavras-Chaves: coisa julgada, desconsideração, generalidade, inconstitucionalidade.

***Abstract**: This work is dedicated to the study of the possibility of disregard of res judicata in tax matters. The current advocates disregard assumes that security is not an absolute value, and yield in the face of the supremacy of the Constitution. The current contrary argues that res judicata is an essential tool for actual effectiveness of the right to security. The analysis of these positions is concluded that the principle of supremacy of constitutional rule overrides the principle of security, especially when the thing is riddled judged by the vice of unconstitutionality.*

***Keywords**: res judicata, thoughtlessness, generally, unconstitutional.*

[1] Mestre em Direito Público – PUC/MG, Especialista em Direito Público – UNIFENAS/MG, Procuradora da Fazenda Nacional, Professora no Curso de Direito da Unigran/MS.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca elucidar a aparente colisão entre a prevalência da coisa julgada tributária inconstitucional ou a sua relativização frente à decisão do STF em sede de controle concentrado, ou de controle difuso.

A pesquisa que se propõe pertence à vertente jurídico-teórica, por se basear em aspectos conceituais, ideológicos e doutrinários no que atine à coisa julgada, à obrigação tributária, à isonomia e segurança jurídica. Por conseguinte, a pesquisa segue o tipo metodológico chamado jurídico-exploratório, através da análise e decomposição dos institutos em questão em seus diversos aspectos, e também o tipo jurídico-propositivo, uma vez que parte-se do questionamento das diversas concepções doutrinárias existentes, com o intuito de deduzir das expressões a sua essencialidade.

De acordo com as técnicas de análise de conteúdo, afirma-se que trata de uma pesquisa teórica, de modo que o procedimento adotado para que se compreenda o tema é a análise da legislação pátria, do entendimento sedimentado dos Tribunais Superiores, do conteúdo de textos doutrinários especializados, nacionais e estrangeiros, de pareceres, de artigos em periódicos, seminários e outros.

O questionamento parte do real alcance da coisa julgada em matéria tributária e as alterações geradas no sistema jurídico tributário, influenciando a matéria como se regerá as relações jurídicas futuras.

A importância de se buscar uma solução que mantenha a harmonia do sistema é incontestável, sob pena de se fragilizar o sistema jurídico como um todo e ocasionar a criação de um ambiente em que a insegurança jurídica poderá ser a tônica.

Ressalta-se o evidente conflito existente entre a prevalência da coisa julgada, como expressão da segurança jurídica e a possibilidade de sua relativização, como forma de assegurar a unidade da Constituição Federal, e a observância da isonomia, já que se estaria diante de maneiras diversas de aplicação de uma mesma lei.

2. DESCONSIDERAÇÃO DA COISA JULGADA

A relativização da coisa julgada, em especial da coisa julgada tributária inconstitucional, tem gerado controvérsias na doutrina nacional.

Ao analisar o substantivo relativização para se chegar ao seu significado, necessário faz atentar-se ao adjetivo que lhe origina, qual seja 'relativo'.

No Dicionário Michaelis[2] encontram-se várias definições para o vocábulo, sendo que aquela que melhor se aplica para o uso dado na denominação da teoria seria "que não pode ser afirmado sem reserva; que não é absoluto". A expressão 'relativização da coisa julgada' definiria a não atribuição de caráter absoluto a este instituto, a existência de exceções aos seus fundamentos principais.

José Carlos Barbosa Moreira[3] ao abordar esse tema inicia seu trabalho comentando a dificuldade semântica na conceituação da teoria, pois "quando se afirma que algo deve ser 'relativizado', logicamente se dá a entender que se está enxergando nesse algo um absoluto: não faz sentido que se pretenda 'relativizar' o que já é relativo".

Destaca que a coisa julgada material no ordenamento jurídico brasileiro não apresenta esse caráter absoluto, tanto que a própria legislação infraconstitucional prevê hipóteses em que ela pode ser desconsiderada, como consta do elenco contido no artigo 485 do Código de Processo Civil, no qual fixa as hipóteses de cabimento de Ação Rescisória.

Da definição do termo relativização, bem como das observações efetuadas por Barbosa Moreira, conjugadas com a análise das doutrinas sobre a relativização da coisa julgada, conforme será visto a seguir, conclui-se que na verdade os autores ao disporem sobre a relativização da coisa julgada na verdade estão falando da sua desconsideração, visto que ela não é absoluta. Haveria casos em que se consideraria que a coisa julgada não tivesse sequer ocorrido no mundo jurídico sendo, portanto, desconsiderada e não 'relativizada'.

2 RELATIVO. In: ***DICIONÁRIO Michaelis****. Disponível em: www.uol.com.br/michaelis . Acesso em: 28 nov. 2011.*
3 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada "relativização" da coisa julgada material.In: DIDIER JR, Freddie (Org.) ***Relativização da Coisa Julgada****: enfoque crítico. Salvador: JusPODIVM, 2006, p.199.*

Nesse sentido ressalta Nelson Nery Júnior[4] que "na verdade, pretende-se desconsiderar a coisa julgada, como se ela não tivesse existido, utilizando-se do eufemismo da 'relativização'.

Essas considerações demonstram que a teoria da relativização da coisa julgada não é algo novo no nosso ordenamento jurídico brasileiro, pois há hipóteses expressas na lei, nas quais se desconsidera expressamente esse valor.

A novidade que se traz à baila pelos defensores da teoria, conforme será visto adiante, na verdade diz respeito à extensão dessa relativização para casos os quais, aparentemente, não estão previstos na legislação, tendo como fundamento princípios constitucionais que, supostamente, encontram-se hierarquicamente superiores ao valor segurança jurídica protegido pela coisa julgada.

2.1 Defensores da desconsideração da coisa julgada

Cândido Rangel Dinamarco[5] capitaneia a corrente doutrinária favorável à tese da relativização da coisa julgada, parte da premissa que:

> Nenhum princípio constitui um objetivo em si mesmo e todos eles, em seu conjunto, devem valer como meios de melhor proporcionar um sistema processual justo, capaz de efetivar a promessa constitucional de acesso à justiça (entendida esta como obtenção de soluções justas – acesso à ordem jurídica justa). Como garantia-síntese do sistema, essa promessa é um indispensável ponto de partida para a correta compreensão global do conjunto de garantias constitucionais do processo civil, com a consciência de que os princípios existem para servir à justiça e ao homem, não para serem servidos como fetiches da ordem processual.

Partindo deste fundamento o autor[6] conclui que havendo conflito entre a coisa julgada inconstitucional e outros bens de igual ou superior valor a ela e devido à necessidade de coexistência pacífica entre esses diversos bens, seria cabível a relativização da coisa julgada, a fim de se equilibrar o valor justiça com o

[4] *NERY JR., Nelson. A polêmica sobre a relativização (desconsideração) da coisa julgada e o estado democrático de direito. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.).* ***Relativização da coisa julgada.*** *Salvador: JusPodivm, 2006, p.257.*

[5] *DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material.* ***Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo****. São Paulo: Centro de Estudos, n. 55/56, jan./dez., 2001, p.2.*

[6] *Idem, p.11.*

valor segurança jurídica. Afirma, portanto, que a coisa julgada não deve ser levada longe demais, pois o processo é meio para a realização da justiça.

Humberto Theodoro Júnior [7]trata do assunto da relativização em artigo sobre a coisa julgada inconstitucional, fixando que:

> 1. O vício da inconstitucionalidade gera a invalidade do ato público, seja legislativo, executivo ou judiciário;
> 2. A coisa julgada não pode servir de empecilho ao reconhecimento da invalidade da sentença proferida em contrariedade à Constituição Federal;
> 3. Em se tratando de sentença nula de pleno direito, o reconhecimento do vício de inconstitucionalidade pode se dar a qualquer tempo e em qualquer procedimento, por ser insanável (...)
> 4. Não há que se objetar que a dispensa dos prazos decadenciais e prescricionais à espécie poderia comprometer o princípio da segurança jurídica. Para contornar o inconveniente em questão, nos casos em que se manifeste relevante interesse na preservação da segurança, bastará recorrer ao salutar princípio constitucional da razoabilidade e da proporcionalidade. Ou seja, o Tribunal, ao declarar a inconstitucionalidade do ato judicial, poderá fazê-lo com eficácia *ex nunc* (...).

Verifica-se que ele defende o princípio da Supremacia da Constituição Federal frente ao Princípio da Segurança Jurídica que é objeto de proteção através do instituto da coisa julgada material, não admitindo que sentenças inconstitucionais possam ser executadas.

Afasta o caráter absoluto da coisa julgada destacando que havendo afronta a preceito constitucional aquela deverá sucumbir, a fim de não se permitir que sentenças as quais contenham vícios muito graves, que ensejem nulidade, gerem efeitos no mundo jurídico.

Teori Albino Zavascki[8] defende a teoria da relativização da coisa julgada admitindo algumas hipóteses nas quais a supremacia da Constituição leva conseqüentemente à inexecução de sentenças tidas por inconstitucionais. O

[7] *THEODORO JÚNIOR, Humberto. O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passado em julgado. In: DIDIER JR, Freddie (Org.)* ***Relativização da Coisa Julgada****: enfoque crítico. Salvador: JusPodivm, 2006, p.192.*

[8] *ZAVASCKI, Teori Albino. Inexigibilidade de sentenças inconstitucionais. In: DIDIER JR, Freddie (Org.)* ***Relativização da Coisa Julgada****: enfoque crítico. Salvador: JusPodivm, 2006, p.336.*

posicionamento adotado por Zavascki restringe a possibilidade dessa inexecução à existência de precedente do STF, ficando essas sentenças sujeitas à rescisão por via de impugnação ou embargos, não sendo necessária a adoção da via rescisória.

Segundo o autor[9] mencionado pouco importa, para efeito de inexigibilidade da sentença exeqüenda, a época em que o precedente do STF em sentido contrário foi editado, se antes ou depois do trânsito em julgado, bem como se esse precedente "tenha sido tomado em controle concentrado ou difuso, ou que, nesse último caso, haja resolução do Senado suspendendo a execução da norma, pois na lei não há nada nesse sentido, sendo que foi clara a intenção do legislador de aproximar o controle concentrado do difuso visando a prevalência da Constituição Federal.

O Ministro José Augusto Delgado[10], ao discorrer sobre o tema ressalta ser "inconcebível em face dessas idéias vigorantes no Estado Democrático de Direito, a continuidade do pensamento de que a coisa julgada é intangível, mesmo quando constituída em evidente confronto com postulados, princípios e regras da Constituição Federal", frisando ainda que "nenhum órgão do Estado, situe-se ele no Poder Judiciário, ou no Poder Executivo, ou no Poder Legislativo, está imune, sob qualquer pretexto, à força da Constituição".

A coisa julgada é meio de garantia processual e não deve valer em si mesmo e sim com o objetivo de garantir a estabilidade e a segurança jurídica das relações, desde que elas estejam de acordo com os ditames da Constituição Federal.

Alexandre Freitas Câmara[11] fala dos bens sujeitos à proteção do Direito Constitucional Processual, dividindo essa inconstitucionalidade em orgânica, formal ou material. Destaca a ocorrência da primeira quando "provier de órgão jurisdicional distinto daquele a quem a Constituição da República tenha investido de jurisdição para a causa", a segunda quando a sentença for produzida sem observância das formalidades constitucionalmente estabelecidas para essa espécie

[9] Ibidem, p. 337.

[10] DELGADO, José Augusto. Reflexões contemporâneas sobre a flexibilização, revisão e relativização da coisa julgada quando a sentença fere postulados e princípios explícitos e implícitos da Constituição Federal. Manifestações doutrinárias. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org). ***Coisa julgada inconstitucional.*** *Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.107.*

[11] CÂMARA, Alexandre Freitas. Bens sujeitos à proteção do Direito Constitucional Processual. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org). ***Coisa julgada inconstitucional.*** *Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.296.*

normativa" e, por último, a material "quando a decisão judicial contrariar o conteúdo normativo da Constituição da República". Admite, portanto, o autor que "transitada em julgada esta, deve-se admitir que seja desconsiderada a coisa julgada" a qualquer tempo.

Deixa, contudo, ressalvado que tal ocorrência deve ser de caráter excepcional e não deve se tornar regra no sistema de processo brasileiro.

Da análise desse posicionamento é possível concluir que o princípio da supremacia da norma constitucional se sobrepõe ao princípio da coisa julgada, não havendo que se permitir a perpetuação de inconstitucionalidade, frente à preservação da coisa julgada. A adoção de posicionamento diverso levaria então à equivocada conclusão de que o CPC quando regulamentou a própria Ação Rescisória seria inconstitucional, pois a permissão da adoção desse tipo de ação representaria afronta à coisa julgada.

Os autores analisados acima consideram que a sentença que contém vício muito grave ou que afronta a Constituição Federal, sequer fará coisa julgada ou em fazendo, devido à gravidade da inconstitucionalidade nela contida, não deverá gerar o efeito da imutabilidade própria da coisa julgada material, pois será possível de ser desconsiderada desconstituindo-se esses efeitos.

Pode-se concluir que, a despeito de cada autor tomar como base fundamentos diversos (ora a coisa julgada é inexistente, ora lhe é negada a imutabilidade, ora a sentença é nula), todos os argumentos trazidos têm em comum a supremacia da Constituição Federal frente ao princípio da coisa julgada. Havendo, portanto choque entre princípios, constitucionais fundamentais e o princípio da coisa julgada, aqueles deverão prevalecer, pois a coisa julgada não é absoluta ficando enfraquecida frente aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, legalidade, moralidade e justiça.

2.2 Combatentes da desconsideração da coisa julgada

Identifica-se na doutrina de Nelson Nery Júnior, Luis Guilherme Marinoni e José Carlos Barbosa Moreira, dentre outros, os principais argumentos contrários à tese de relativização ou desconsideração da coisa julgada material.

Partir-se-á da análise do posicionamento adotado por Nelson Nery Júnior12 pois dos argumentos trazidos por ele no artigo "A polêmica sobre a relativização (desconsideração) da coisa julgada" é possível constatar que sua posição contrária à teoria é a mais radical dentre os demais autores estudados no presente trabalho.

Nelson Nery Júnior[13] aborda a relevância da coisa julgada material e sua finalidade no processo, qual seja de gerar "a imodificabilidade, a intangibilidade da pretensão de direito material que foi deduzida no processo", destacando que em decorrência de se tratar de instrumento de "pacificação social" não é dado às partes a possibilidade de se rediscutir a lide, seja nos mesmos autos, seja em processo autônomo, com repropositura da mesma lide. Isso porque a vontade das partes é substituída, quando encerrada a jurisdição, pela vontade do Estado através da atividade jurisdicional.

Coloca a coisa julgada material como fundamento do Estado Democrático de Direito afirmando que parece ser menos grave o risco político de haver sentença injusta ou inconstitucional do que o risco da insegurança jurídica.

Daí se constatar o extremo radicalismo da sua posição que coloca a coisa julgada acima de todos os valores constitucionalmente assegurados.

Luiz Guilherme Marinoni[14] também se mostra plenamente contrário à possibilidade de se relativizar a coisa julgada material ressaltando a importância desta sob o argumento de que de "nada adianta falar em direito de acesso à justiça sem dar ao cidadão o direito de ver o seu conflito solucionado definitivamente".

Todavia questiona-se se o cidadão quer simplesmente ver a lide tendo fim ou se o que ele objetiva é alcançar a realização dos direitos constitucionalmente assegurados? O processo tem um fim em si mesmo ou a realização do direito material é o fim do processo?

Entende-se que o exercício da jurisdição não se justifica em si mesmo, mas sim na possibilidade de se alcançar a justiça. E justiça deve ser compreendida como a concretização dos princípios e valores constitucionalmente assegurados.

12 NERY JR., Nelson.Op. cit., p. 253.
13 Idem.
14 MARINONI, Luiz Guilherme. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (A questão da relativização da coisa julgada material). In: DIDIER JR, Freddie (Org.) ***Relativização da Coisa Julgada:*** *enfoque crítico. Salvador: JusPodivm, 2006, p. 231.*

José Carlos Barbosa Moreira[15] defende posicionamento contrário à relativização argumentando que "o interesse na preservação da res iudicata ultrapassa, contudo o círculo das pessoas envolvidas", pois a Segurança Jurídica apresenta um duplo interesse, da sociedade representada pelos jurisdicionados e do próprio Estado, coletividade. Daqueles, pois "a estabilidade das decisões é condição essencial para que possam os jurisdicionados confiar na seriedade e na eficiência do funcionamento da máquina judicial". Deste, pois "ao próprio Estado interessa que suas decisões jurisdicionais se armem de solidez". A garantia constitucional da coisa julgada (CF, art., 5º, XXXVI) destina-se às partes do processo, aos terceiros sujeitos a ela e à coletividade.

Vistas estas doutrinas contrárias à tese da relativização ou desconsideração da coisa julgada constata-se que todos sempre invocam o interesse coletivo na manutenção da segurança jurídica de modo que não se justificaria a continuidade das demandas, ainda que se tratasse de ofensa a direito individual essencial ou fundamental assegurado constitucionalmente.

Destarte, entendem os autores contrários à possibilidade se desconsiderar a coisa julgada, que entre o interesse do indivíduo lesado pela sentença inconstitucional que transitou em julgado e o interesse coletivo na preservação da segurança jurídica e na estabilidade das relações, aquele deverá prevalecer.

3. CONSTITUCIONALIDADE E COISA JULGADA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA PREEXISTENTE

O Direito Tributário brasileiro é marcado pela excessiva litigiosidade, resultado do acirramento do conflito entre Administração Tributária e sociedade em tema de tributação, que vem corroendo a própria efetividade social das normas tributárias, o que pode ser comprovado pelo crescimento de lançamentos tributários lavrados pela Administração em razão de descumprimentos dos deveres tributários por parte dos contribuintes.

[15] *MOREIRA, José Carlos Barbosa. Op. cit., p. 199.*

Essa litigiosidade manifesta-se pelo grande número de ações propostas por contribuintes questionando a constitucionalidade de leis tributárias, muitas vezes antes mesmo de as mesmas incidirem (o que ocorre nas ações propostas ainda durante o prazo exigido pelo princípio da anterioridade tributária).

Por força das vicissitudes processuais do controle difuso, muitas vezes uma ação individual transita em julgado em instâncias inferiores, sem que a questão tenha sido levada à apreciação do Supremo Tribunal Federal. Tal decisão judicial, reveladora de um "esquema de agir", representa o comando jurídico que deve regular a relação Estado-indivíduo no que tange à lide deduzida em juízo, em especial no aspecto relacionado à constitucionalidade da lei tributária, fonte da obrigação que o contribuinte-autor pretendeu ver afastada no Poder Judiciário.

Ocorre que posteriormente ao trânsito em julgado da ação individual, na qual foi reconhecida a inconstitucionalidade da lei tributária que determina o recolhimento de dada exação (bem como define os seus elementos estruturais), a questão constitucional que representa o seu cerne chega à apreciação do Supremo Tribunal Federal, seja em controle difuso (em processo de outro contribuinte), seja em controle concentrado, e essa Corte pronuncia juízo de validade diferente daquele proferido no bojo do processo individual já transitado em julgado.

A hipótese inversa também é factível, qual seja, a existência de coisa julgada individual no sentido da inconstitucionalidade de determinada norma tributária e a posterior declaração de constitucionalidade desta norma pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado ou difuso de constitucionalidade.

Ada Pellegrini Grinover[16], ao analisar a coisa julgada individual em relação à pronúncia de constitucionalidade ou inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, conclui que no caso de declaração de inconstitucionalidade em ação direta, vinculando os demais órgãos do Poder Judiciário e impedindo divergências com efeitos ex tunc, é cabível a propositura de ação rescisória para desconstituir julgado que aplicou lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Pretório Excelso. Por outro lado, se a declaração de inconstitucionalidade provier

[16] *GRINOVER, Ada Pellegrini . Ação rescisória e divergência de interpretação em matéria constitucional.* ***Revista de Processo****, v. 87, p. 37-47, 1997, p. 40.*

de decisão proferida em sistema difuso, não acompanhada de Resolução Senatorial, como é possível a alteração na orientação jurisprudencial, incide a Súmula n. 343 daquele Tribunal a impedir a propositura de ação rescisória. Ainda no sistema difuso, emitida a Resolução Senatorial, e admitindo o efeito ex tunc desta, cabe, na visão daquela autora, a propositura de ação rescisória para desconstituir julgado que tenha aplicado a lei posteriormente declarada inconstitucional, não incidindo na hipótese a Súmula n. 343 do Supremo Tribunal Federal.

Segundo o entendimento da autora[17] mencionada as decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado, atestando a constitucionalidade de normas jurídicas, não gera reflexos sobre decisões já transitadas em julgado já que "nada nulificam". Se a declaração de constitucionalidade ocorrer em sede de controle difuso, podendo os Tribunais continuar a divergir a respeito, incide a Súmula n. 343, a impedir a propositura de ação rescisória para desconstituir julgados que tenham considerado a lei inconstitucional.

Assim, somente seria cabível ação rescisória, afastando-se, portanto, a aplicação da Súmula n. 343 do Pretório Excelso, no caso de pronúncia de inconstitucionalidade em sede de controle concentrado de constitucionalidade por decisão dotada de efeitos *erga omnes* e *ex tunc*.

Edmar Oliveira Andrade Filho[18], diferentemente, sustenta a possibilidade de ajuizamento de ação rescisória pelo Poder Público, motivada pela pro-núncia de constitucionalidade da lei tributária pelo Supremo Tribunal Federal posteriormente ao trânsito em julgado de ação individual reconhecendo a inconstitucionalidade da mesma lei.

Fábio Junqueira de Carvalho e Maria Inês Murgel[19] sustentam que o tema deve ser solucionado a partir de uma ponderação entre isonomia e segurança jurídica e admitem rescisão da decisão transitada em julgado na existência de uma relevante razão, como uma alteração legislativa, modificação

[17] *Ibidem, p. 41.*

[18] *ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. Colisão de princípios e coisa julgada em matéria tributária nos casos de alteração de texto sem mudança da norma. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.).* ***Problemas de processo judicial tributário****. Vol. 5. São Paulo: Dialética, p. 85-106, 2002, p. 90.*

[19] *CARVALHO, Fábio Junqueira de; MURGEL, Maria Inês. Limites da coisa julgada em matéria tributária. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.)* ***Problemas de processo judicial tributário****. São Paulo, 1999.vol.3, p. 181.*

do entendimento do contribuinte ou nas operações que ele pratica consideradas no julgamento da causa.

Por sua vez, entende-se que a supremacia da Constituição não pode ceder ante a existência de decisões individuais em sentido contrário.

O Direito Tributário contemporâneo tem como premissa basilar o princípio da generalidade tributária, a qual consubstancia um aspecto de justiça distributiva tributária segundo a qual a carga tributária necessária para fazer face ao custeio do Estado e à promoção das medidas relativas ao atendimento das despesas públicas deve ser distribuída por toda a sociedade segundo critérios de generalidade.

Dessa forma, afigura-se inadmissível que a coisa julgada individual, fundada na declaração de inconstitucionalidade tributária, possa prevalecer eficaz após a pronúncia de decisão pela constitucionalidade da mesma norma proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

4. COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Entende-se por coisa julgada inconstitucional a qualidade da decisão judicial transitada em julgado que ofende dispositivos constitucionais, razão pela qual, por diferentes meios processuais, deve ser revista, independentemente de prazo, isto é, mesmo depois de superado o prazo bienal para a propositura de ação rescisória.

Segundo Helenilson Cunha Pontes[20], a inconstitucionalidade é um conceito relacional a exigir um juízo de compatibilidade vertical entre duas normas: a norma constitucional (superior) e a norma infraconstitucional (inferior). A inconstitucionalidade é o resultado desse juízo relacional. Para o autor, somente se pode afirmar que a coisa julgada é inconstitucional após o conhecimento exato do sentido de ambas as normas. O sentido do comando expresso na norma inferior (coisa julgada individual) decorre da própria eficácia sentencial, todavia o sentido da norma parâmetro (norma constitucional) somente se conhece após a manifestação do órgão jurisdicional encarregado de proferir tal juízo.

[20] *PONTES, Helenilson Cunha.* ***Coisa julgada tributária e inconstitucionalidade****. São Paulo: Dialética, 2005, p. 149.*

Defende, dessa maneira, o autor[21] mencionado que a coisa julgada é inconstitucional quando decisão judicial transitada em julgado, contemplar comando jurídico que manifestamente conflita com anterior decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, decisão essa dotada de eficácia vinculante e efeito contra todos. Nesta hipótese, a coisa julgada individual revelar-se-ia inconstitucional porque ofenderia diretamente o sentido que determinado dispositivo constitucional deve possuir segundo a interpretação abstrata e vinculante do Supremo Tribunal Federal.

Nesse diapasão, entende-se que mesmo depois de ultrapassado o prazo para o ajuizamento da ação rescisória, a coisa julgada inconstitucional poderá ser desconsiderada, sob pena de afronta a princípios basilares e informadores do ordenamento jurídico pátrio.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A desconsideração da coisa julgada, em especial da coisa julgada tributária inconstitucional, tem gerado controvérsias na doutrina nacional.

A corrente favorável à desconsideração, defende o princípio da Supremacia da Constituição Federal frente ao Princípio da Segurança Jurídica que é objeto de proteção através do instituto da coisa julgada material, não admitindo que sentenças inconstitucionais possam ser executadas.

Os combatentes da desconsideração da coisa julgada defendem que deve prevalecer o interesse coletivo na manutenção da segurança jurídica de modo que não se justificaria a continuidade das demandas, ainda que se tratasse de ofensa a direito individual essencial ou fundamental assegurado constitucionalmente.

O exercício da jurisdição não se justifica em si mesmo, mas sim na possibilidade de se alcançar a justiça. E justiça deve ser compreendida como a concretização dos princípios e valores constitucionalmente assegurados.

Por força das vicissitudes processuais do controle difuso, muitas vezes uma ação individual transita em julgado em instâncias inferiores, sem que a

[21] *Idem, p. 149-150.*

questão tenha sido levada à apreciação do Supremo Tribunal Federal. Tal decisão judicial, reveladora de um "esquema de agir", representa o comando jurídico que deve regular a relação Estado-indivíduo no que tange à lide deduzida em juízo, em especial no aspecto relacionado à constitucionalidade da lei tributária, fonte da obrigação que o contribuinte-autor pretendeu ver afastada no Poder Judiciário.

Entende-se que a supremacia da Constituição não pode ceder ante a existência de decisões individuais em sentido contrário.

O Direito Tributário contemporâneo tem como premissa basilar o princípio da generalidade tributária, a qual consubstancia um aspecto de justiça distributiva tributária segundo a qual a carga tributária necessária para fazer face ao custeio do Estado e à promoção das medidas relativas ao atendimento das despesas públicas deve ser distribuída por toda a sociedade segundo critérios de generalidade.

Destarte, apresenta-se inadmissível que a coisa julgada individual, fundada na declaração de inconstitucionalidade tributária, possa prevalecer eficaz após a pronúncia de decisão pela constitucionalidade da mesma norma proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Por fim, com escorço nos princípios basilares e informadores do ordenamento jurídico pátrio, a coisa julgada inconstitucional, mesmo depois de ultrapassado o prazo para o ajuizamento da ação rescisória, deverá ser desconsiderada.

6. REFERÊNCIAS

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. Colisão de princípios e coisa julgada em matéria tributária nos casos de alteração de texto sem mudança da norma. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **Problemas de processo judicial tributário**. São Paulo: Dialética, 2002. vol.5.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Bens sujeitos à proteção do Direito Constitucional Processual. *In*: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org). **Coisa julgada inconstitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. **Lições de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2008.vol. I.

_____. Relativização da coisa julgada material. *In*: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Relativização da coisa julgada**. Salvador: JusPodivm, 2004.

CARVALHO, Fábio Junqueira de; MURGEL, Maria Inês. Limites da coisa julgada em matéria tributária. *In*: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.) **Problemas de processo judicial tributário**.São Paulo, 1999.vol.3.

DELGADO, José Augusto. Reflexões contemporâneas sobre a flexibilização, revisão e relativização da coisa julgada quando a sentença fere postulados e princípios explícitos e implícitos da Constituição Federal. Manifestações doutrinárias. *In*: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org). **Coisa julgada inconstitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. São Paulo: Centro de Estudos, n. 55/56. jan./dez., 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (A questão da relativização da coisa julgada material). *In*: DIDIER JR, Freddie (Org.) **Relativização da Coisa Julgada**: enfoque crítico. Salvador: JusPodivm, 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada "relativização" da coisa julgada material.*In*: DIDIER JR, Freddie (Org.) **Relativização da Coisa Julgada**: enfoque crítico. Salvador: JusPodivm, 2006.

NERY JR., Nelson. A polêmica sobre a relativização (desconsideração) da coisa julgada e o estado democrático de direito. *In*: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Relativização da coisa julgada**. Salvador: JusPodivm, 2006.

PONTES, Helenilson Cunha. **Coisa julgada tributária e inconstitucionalidade**. São Paulo: Dialética, 2005.

_____.Coisa Julgada Tributária. *In*: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Coisa julgada**: constitucionalidade e legalidade em matéria tributária. São Paulo: Dialética, 2006.

RELATIVO. *In*: **Dicionário Michaelis**. Disponível em: www.uol.com.br/michaelis. Acesso em: 28 nov. 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passado em julgado. *In*: DIDIER JR, Freddie (Org.) **Relativização da Coisa Julgada**: enfoque crítico. Salvador: JusPodivm, 2006.

_____; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos para seu controle. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, n. 19, p. 32, set./out. 2002.

_____;_____. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, n. 127, p. 21, set. 2005.

_____;_____. Reflexões sobre o princípio da intangibilidade da coisa julgada e sua relativização. *In*: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Inexigibilidade de sentenças inconstitucionais. *In*: DIDIER JR, Freddie (Org.) **Relativização da Coisa Julgada**: enfoque crítico. Salvador: JusPODIVM, 2006.

_____.**Título executivo e liquidação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TEORIA GARANTISTA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Maria Goretti Dal Bosco[1]
Jatene da Costa Matos[2]
Yasmin Aline Piovesan Burin[3]

Resumo: Este estudo trata da Teoria do Garantismo Jurídico, enquanto instrumento para proteção dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. Pautado na dignidade da pessoa humana, o Garantismo se configura como a teoria do sistema jurídico de garantias dos direitos do cidadão, com vistas à efetivação dos preceitos fundamentais positivados.

Palavras-chave: Teoria Garantista; Direitos Fundamentais; Efetividade dos Direitos Fundamentais.

***Abstract**: This study is about the Theory of the Juridical Guarantism, as instrument for the protection of fundamental rights established in the Federal Constitution. Based on human dignity, the Guarantism is configured as the theory of the juridical system of warranties of the rights of citizen, in pursuit of the fulfillment of the fundamental precepts positivized.*

***Keywords**: Guarantist Theory; Fundamental Rights; Effectiveness of Fundamental Rights.*

1. INTRODUÇÃO

O garantismo jurídico é uma teoria desenvolvida, durante vários anos, pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli, em busca da edificação das colunas mestras do Estado de Direito, através de um estudo elaborado na área do direito penal,

[1] *Professora Doutora da Universidade Federal da Grande Dourados.*
[2] *Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul.*
[3] *Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Grande Dourados.*

sendo, posteriormente, pensado enquanto teoria geral do direito, a fim de que o modelo seja aplicado a todo o ordenamento jurídico, auxiliando na resolução de conflitos que envolvam direitos e garantias fundamentais.[4]

Vinculada a tradição iluminista, a Teoria Garantista tem por finalidade articular mecanismos capazes de limitar o poder do Estado, diante das diversas formas do exercício arbitrário do poder, sendo influenciada por acontecimentos históricos, especificamente pela transformação da sociedade, no que diz respeito à tutela dos direitos.[5]

O direito, visto como um sistema de garantias, baseia-se nos direitos fundamentais, que são "aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados de status de pessoa".[6] Desta forma, entende-se por direito subjetivo qualquer expectativa positiva ou negativa adstrita a um sujeito por uma norma jurídica.

A Constituição brasileira alargou significativamente o campo dos direitos e garantias fundamentais, colocando-se entre as Constituições mais avançadas do mundo no que diz respeito à matéria.[7]

O Título II da Constituição Federal de 1988 estabelece os direitos e garantias fundamentais, como por exemplo, o direito à vida, à liberdade e à igualdade, com fundamento na dignidade da pessoa humana, alicerce do Estado Democrático de Direito.

Cabe ressaltar que os direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, nos termos do disposto no artigo 5º, §1º, da Carta Magna, nesse sentido, o que se busca é promover maior proteção a esses direitos.

Todavia, Ingo Wolfgang Sarlet afirma que apesar do inquestionável progresso na esfera da positivação e toda evolução ocorrida no que tange ao conteúdo dos direitos fundamentais, está longe de serem solucionados os

[4] *FERRAJOLI, Luigi.* ***Diritto e Ragione****: Teoria del Garantismo Penale. 9 ed. Roma: Laterza, 2008. p. 889-993.*

[5] *ROSA, Alexandre Morais da.* ***Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material****. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 3-5.*

[6] *FERRAJOLI, Luigi. Apud, ROSA, Alexandre Morais da. Op. cit. p. 12.*

[7] *PIOVESAN, Flávia.* ***Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional****. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.25.*

percalços que a matéria suscita, segundo o autor, segue agudo o perene problema da eficácia e efetivação dos direitos fundamentais.[8]

Nesse sentido, Ferreira Filho destaca os abusos frequentes por parte do Estado, diante da falta de efetivação e a violação dos direitos fundamentais, principalmente, pelo Poder Executivo que, através de seus agentes, confisca, nega matrícula na escola ou o ingresso no hospital, deixa de fornecer medicamentos, censura e prende.[9]

Assim, a Teoria Garantista prevê que todos os direitos fundamentais devem ser garantidos de forma absoluta pelo Estado, uma vez que essenciais para o desenvolvimento humano. A importância do tema está relacionada à efetivação desses direitos, pois cada vez mais os cidadãos têm recorrido ao Poder Judiciário para ver assegurado seus direitos básicos necessários à sobrevivência. Assim, o elevado número de ações judiciais tem causado, no ordenamento jurídico brasileiro, a discussão acerca da obrigação de os entes estatais cumprirem o assegurado nos diplomas legislativos, obrigatoriedade esta, protegida pelos defensores da doutrina garantista.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS

As ampliações e transformações dos direitos fundamentais do homem, no desenrolar histórico da luta pelo seu reconhecimento, dificultam definir-lhes um conceito sintético e preciso. Aumenta essa dificuldade a circunstância de se utilizarem várias expressões para designá-los, tais como: "direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem".[10]

Os direitos fundamentais da pessoa humana são direitos válidos para todos e em todos os povos. Esses direitos advêm da própria natureza humana,

[8] *SARLET, Ingo Wolfgang.* ***A Eficácia dos Direitos Fundamentais****. 6. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006. p. 25.*
[9] *FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves.* ***Direitos Humanos Fundamentais****. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 85.*
[10] *SILVA, José Afonso da.* ***Curso de Direito Constitucional Positivo****. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 179.*

possuindo caráter indivisível, interdependente e universal, tendo como objetivo proteger e garantir os direitos dos seus titulares no âmbito mundial.[11]

As primeiras abordagens relacionadas aos direitos humanos foram registradas no pensamento cristão e na concepção de direitos naturais elaborada por filósofos, reconhecida no Código de Hamurabi (Babilônia, século XVIII, a.C.), no pensamento de Amenófis IV (Egito, séc. XIV, a.C.), na filosofia de Mêncio (China, século IV a.C.), na República de Platão (Grécia, séc. IV a.C.), no Direito Romano, dentre outros.[12]

Os direitos naturais são tidos como inerentes ao homem, visto que decorrentes da própria natureza humana. Por isso, tem-se que são direitos anteriores ao Estado e por este inderrogáveis, sendo também abstratos e universais, pois reconhecidos a todos os homens, e mais, considerados imprescritíveis, uma vez que estão presos à natureza imutável do ser humano e por fim inalienáveis, na medida em que é impossível abrir mão deles.[13]

Essa primeira fase da história dos direitos fundamentais do homem nasceu da filosofia jusnaturalista, para justificar a existência de direitos pertencentes ao homem, enquanto tal, independente de Estado, partia da hipótese de um estado de natureza, onde os direitos do homem são poucos e essenciais, compreendendo o direito à vida e à sobrevivência, bem como o direito à propriedade e o direito à liberdade.[14]

Os direitos do homem só passaram a ser assegurados em sede constitucional a partir da Carta Magna do Rei João Sem Terra, na Inglaterra em 1215, que impôs freios ao poder do Rei. No século XVII, o *habeas corpus* apresentou caráter universal aos direitos do homem.15 Esses acontecimentos deram início a uma nova fase dos Direitos Fundamentais que culminou nas primeiras Declarações de Direitos elaboradas por detentores do poder de governo.[16]

---

[11] FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. ***Direito Fundamental à Saúde****: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 32.*

[12] HERKENHOFF, João Batista. ***Curso de Direitos Humanos****. Vol.1. São Paulo: Editora Acadêmica, 1996. p. 51.*

[13] FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Op cit p. 19-21.

[14] BOBBIO, Norberto. ***A Era dos Direitos****. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 73.*

[15] HERKENHOFF, João Batista. ***Curso de Direitos Humanos****. Vol.1. São Paulo: Editora Acadêmica, 1996. p. 55.*

[16] BOBBIO, Norberto. Op. cit. p. 73-74. Os mais importantes documentos que declaram os direitos humanos surgiram das Revoluções americanas e francesas e dentre eles, cabe citar o Bill of Rights da Virgínia, em 1776, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e a Constituição francesa, de 1791.

Contudo, O documento de maior influência na história da consolidação dos direitos do homem foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, redigida sob o impacto das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, a qual, em 1966, foi complementada por dois pactos, um sobre os direitos civis e políticos e outro sobre direitos econômicos e sociais.[17]

Porém, esses direitos humanos só começaram a ser tratados como fundamentais a partir do momento em que começaram a ser positivados, ou seja, garantidos e assegurados através da sua inclusão nas constituições democráticas.

Com a Constituição Federal de 1988 foram introduzidas inovações no Brasil, principalmente no que diz respeito aos direitos humanos e sociais. Assim, merece destaque a relação que existe entre o processo de democratização no Brasil e o processo de incorporação de importantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, uma vez que, se o processo de democratização permitiu a ratificação de relevantes tratados de direitos humanos, essa ratificação permitiu o fortalecimento do processo democrático, através da ampliação e do reforço do universo de direitos fundamentais por ele assegurado.[18]

O marco inicial do processo de incorporação de tratados internacionais de direitos humanos pelo Direito brasileiro foi a ratificação da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes de 1989. A partir desta ratificação, promulgada pelo Decreto n°. 40 de 1991, inúmeros outros importantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos foram também incorporados pelo Direito brasileiro.

Neste ponto, importante comentar a distinção efetuada pela doutrina entre direitos humanos e direitos fundamentais.[19] Não há dúvidas de que os direitos fundamentais, de certa forma, são também sempre direitos humanos,

---

[17] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. ***Coletânea de Direito Internacional, Constituição Federal****. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 787. Tecnicamente, a Declaração Universal dos Direitos do Homem é uma recomendação feita aos membros da Assembléia Geral das Nações Unidas, sendo os Pactos posteriores que efetivamente assumem força vinculante, uma vez que a Declaração corresponde a um costume internacional (aceito expressamente no art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça).*

[18] PIOVESAN, Flávia. ***Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional****. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 25.*

[19] PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coords.). ***Direitos Humanos e Democracia****. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 333.*

no sentido de que seu titular sempre será o ser humano, ainda que por vezes representado por entes coletivos, grupos, povos, nações, Estados.

A doutrina jurídica contemporânea distingue os direitos humanos dos direitos fundamentais, na medida em que estes últimos são justamente os direitos humanos consagrados pelo Estado com regras constitucionais escritas.[20] Assim, se os direitos humanos não forem reconhecidos de fato, não serão em sentido próprio chamados de direitos humanos fundamentais.

Segundo Bobbio, os direitos humanos são direitos históricos. O autor afirma que "[... por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes."[21]

Na visão de José Francisco de Assis Dias, os direitos humanos fundamentais são, em substância, uma prática social, isto é, um complexo de regras, de atitudes, de comportamentos, de avaliações com uma projeção tendencialmente universalista. [22]

De acordo com Jorge Miranda, os direitos fundamentais podem ser entendidos como direitos inerentes à própria noção de pessoa, como direitos básicos do ser humano, como os direitos que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível atual de dignidade, como as bases principais da situação jurídica de cada pessoa. Portanto, eles dependem das filosofias políticas, sociais e econômicas e das circunstâncias de cada época e lugar para serem totalmente compreendidos e,[23] principalmente, efetivados.

Luigi Ferrajoli redefine os direitos fundamentais, em contraposição a todas as outras situações jurídicas, como aqueles cuja garantia é necessária a satisfazer o valor das pessoas e a realizar-lhes a igualdade. Diferentemente dos direitos patrimoniais, os direitos fundamentais não são negociáveis e dizem respeito a "todos" em igual medida, como condições de identidade de cada pessoa e/ou como cidadão.

---

[20] COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 224.

[21] BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 5.

[22] DIAS, José Francisco de Assis. Direitos Humanos. Maringá: Unicorpore, 2005, p. 196.

[23] MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Lisboa: Editora Coimbra, 2008, p. 11-12.

3. TEORIA GARANTISTA APLICADA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A aplicabilidade dos direitos fundamentais assume a finalidade de reforçar a normatividade desses direitos, de modo a colocar em evidência a natureza de direitos constitucionais e a força normativa autônoma, que os autoriza a irradiarem efeitos frente à carência de lei concretizadora.[24]

Considerando a crise dos dias atuais e, na tentativa de estabelecer novos vínculos capacitadores de um sistema de proteção aos direitos fundamentais, a teoria garantista propõe: "um modelo de ordenamento dotado de meios de invalidação de cada exercício de poder em contraste com normas superiores postas para tutela de direitos fundamentais". [25]

Nesse sentido, segundo Ferrajoli,[26] a Teoria Garantista pode ser compreendida através de três acepções, de acordo com a primeira o garantismo perfaz um "modelo normativo de direito", ou seja, trata-se de um sistema de garantias, mais voltado ao direito penal, o Estado aparece como um sistema de poder mínimo destinado a minimizar a violência e maximizar a liberdade; a segunda acepção designa uma "teoria jurídica da validade e da efetividade", destacando o abismo entre o "ser" e o "dever ser", entre a "normatividade e realidade" e entre o "direito válido e direito efetivo"; pela terceira o garantismo designa uma "filosofia do direito e crítica da política", que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade.

Estes três significados de "garantismo" têm um alcance teórico e filosófico geral. Eles delineiam, precisamente, os elementos de uma teoria geral do garantismo: o caráter vinculado do poder público no Estado de direito e a divergência entre a normatividade e a não efetividade. Por sua vez, essa divergência

---

[24] FIGUEREDO, Mariana Filchtiner. ***Direito Fundamental à Saúde****: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 70.*

[25] FERRAJOLI, Luigi. ***Direito e Razão****. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 811.*

[26] FERRAJOLI, Luigi. ***Principia Iuris. Teoria del Diritto e della Democrazia****. Vol. 2 Teoria della Democrazia. Roma: Laterza, 2009, p. 890-894.*

entre a normatividade do modelo constitucional e a sua não efetividade coloca em risco a própria Constituição: "o de se tornar uma simples referência, com mera função de mistificação ideológica no seu conjunto". [27]

Ademais, a teoria do garantismo está pautada no respeito à dignidade da pessoa humana, sujeitando as práticas jurídicas, formalmente e materialmente, aos conteúdos constitucionais, pois a legitimação do Estado democrático de Direito deve ir além da mera democracia formal, para abarcar a democracia material, segundo a qual, os direitos fundamentais devem ser respeitados, efetivados e garantidos.[28]

Nesse sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana tem sido apontado como o fio que trama a unidade de orientação e fornece o critério de interpretação do sistema constitucional de direitos fundamentais. Trata-se de pressuposto teórico que justifica o regime jurídico constitucional que amplamente acolhe os direitos fundamentais, principalmente quanto às possibilidades de superação das objeções impostas à eficácia dos direitos.[29]

A teoria garantista, na visão de Cadermatori veda que se afronte o conteúdo dos direitos fundamentais, mesmo que decidido por maioria e de forma legítima, bem como, sustenta que os direitos fundamentais devem ser garantidos na sua máxima extensão, "sob pena de deslegitimação das instituições estatais."[30]

O Estado de direito como sinônimo de "garantismo", de acordo com Ferrajoli,[31] é aquele nascido com modernas constituições e caracterizado no plano formal, pela legalidade, por força do qual todo poder público, legislativo, judiciário e administrativo, está subordinado às leis gerais e abstratas que lhes disciplinam as formas de exercício e cuja observância é submetida a controle de legitimidade por parte dos juízes delas separados e independentes; e no plano substancial da funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos.

---

[27] FERRAJOLI, Luigi. ***Direito e Razão****. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 785-788.*

[28] ROSA, Alexandre Morais da. ***Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material****. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 4.*

[29] FIGUEREDO, Mariana Filchtiner. ***Direito Fundamental à Saúde****: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 46.*

[30] CADERMATORI, Sérgio apud ROSA, Alexandre Morais da. Op. cit., p. 5.

[31] FERRAJOLI, Luigi. ***Direito e Razão****: Teoria do Garantismo Penal. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 790.*

Assim, inicialmente devem ser reconhecidos os direitos fundamentais como princípio axiológico de justificação do Estado,[32] incorporados por normas constitucionais como vínculos funcionais que condicionam a validade jurídica da inteira atividade do Estado.

Os direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que indicam obrigações positivas aos entes estatais no âmbito social, limitam negativamente a atuação do Estado, privilegiando a liberdade dos indivíduos. Esses direitos fundamentais representam o substrato da democracia material, uma vez que seriam válidos em qualquer filosofia política ou jurídica, vinculando os poderes.[33]

Desta forma, Luigi Ferrajoli[34] enuncia dois tipos de garantias, a garantia política da fidelidade dos poderes públicos e a garantia social da vigilância dos cidadãos, através das quais repousa a efetividade das garantias jurídicas e com elas o Estado de Direito e a democracia.

Conforme explica Ferrajoli, a garantia política da fidelidade dos poderes públicos consiste no respeito por parte destes à legalidade constitucional e, antes de tudo, aos direitos fundamentais, todavia, estes por si só são impotentes, assim, se deve por em prática mecanismos que possibilite o exercício da participação popular; que garanta a divisão dos poderes e seu respectivo controle; o pluralismo político; a coincidência entre as sedes legais e as sedes reais do exercício dos poderes; a publicidade das decisões e dos procedimentos; controle político e judiciário. Portanto, de um lado, a gestão do poder não deve ser um fim em si mesmo, mas um instrumento de tutela e satisfação dos direitos fundamentais, e de outro, a clara consciência das suas margens irredutíveis de legitimidade jurídica e política, para diversidade entre o dever ser normativo e o ser efetivo.

No que diz respeito à garantia social da vigilância dos cidadãos, esta tem por base o reconhecimento do próprio cidadão dos valores da pessoa, da dignidade, a qual constitui a essência dos direitos fundamentais, nesse sentido, preleciona Luigi Ferrajoli: "o sentimento dos próprios direitos fundamentais, dos próprios direitos-poderes – equivale, justamente pelo seu caráter universal, igualitário e indivisível, ao

[32] FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 833 e 842.
[33] ROSA, Alexandre Morais da. Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 13.
[34] FERRAJOLI, Luigi. Op cit. p. 867.

sentimento dos direitos fundamentais dos outros, ao reconhecimento dos outros como pessoas". Deste sentimento, origina a disponibilidade de cada um para a luta pela defesa ou conquista dos direitos fundamentais.[35]

De acordo com os ensinamentos de Jorge Miranda, não há verdadeiros direitos fundamentais sem que as pessoas estejam em relação imediata com o poder, beneficiadas de um estatuto comum e não separadas em razão dos grupos ou das condições a que pertençam; não há direitos fundamentais sem Estado ou, pelo menos, sem comunidade política integrada.[36]

Destaca-se dois princípios basilares da teoria garantista, quais sejam, o da legalidade, que compreende afirmar que os direitos fundamentais estejam assegurados na legislação vigente, e, o da submissão à jurisdição, que corresponde ao direito de se pleitear tais direitos em juízo, em desfavor dos responsáveis pela omissão ou ação que violou o direito.[37]

Nesse sentido, os cidadãos têm buscado a efetivação de seus direitos, por meio do Judiciário, pois, segundo Schwartz "[... o Poder Judiciário está constitucionalmente obrigado a assegurar o cumprimento dos direitos fundamentais, dispondo de instrumentos específicos para sua função".[38]

Desta forma, o art. 461, §5º do Código de Processo Civil, dispõe sobre os meios que o juiz tem para fazer cumprir as tutelas específicas concedidas ou a obtenção do resultado prático equivalente, quais sejam, imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, impedimento de atividade nociva, entre outras. No entanto, tais medidas não constam de um rol taxativo, mas sim exemplificativo. Não é outro o entendimento da 2ª turma do Superior Tribunal de Justiça, que admite a possibilidade de bloqueio de valores em contas públicas para se garantir o cumprimento das obrigações de fazer impostas ao Estado.[39]

---

[35] FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 870.

[36] MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Lisboa: Editora Coimbra, 2008, p. 10.

[37] FERRAJOLI, Luigi. Diritto e Ragione: Teoria del Garantismo Penale. 9 ed. Roma: Laterza, 2008. p. 746-747.

[38] SCHWARTZ, Germano André Doederlein. Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 164.

[39] PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. CUSTEIO DE MEDICAMENTO. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. BLOQUEIO DE VALORES EM CONTAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE. ART. 461, § 5º, DO CPC. É lícito ao magistrado determinar o bloqueio de valores em contas públicas para garantir o custeio de tratamento médico indispensável,

Assim, de acordo com o julgado, seria possível até mesmo a "mitigação da impenhorabilidade dos bens públicos", como medida para a efetivação da tutela. Importante, também, julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que destacou o entendimento da "[... possibilidade que o juiz tem de escolher a medida que melhor se harmonize com o caso concreto".[40]

O Supremo Tribunal Federal também já deixou evidente o cunho garantista que vem sendo desenvolvido pela Corte, ao julgar o agravo regimental interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul, [41] manifestando-se no sentido de que o não cumprimento, por parte do Estado, de seu impostergável dever, perfaz um gesto irresponsável de infidelidade governamental, segundo o relator Excelentíssimo Ministro Celso de Mello: "o reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República".

---

como meio de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à saúde. Nessas situações, a norma contida no art. 461, § 5º, do Código de Processo Civil deve ser interpretada de acordo com esses princípios e normas constitucionais, sendo permitida, inclusive, a mitigação da impenhorabilidade dos bens públicos. 3. Recurso especial provido (STJ Resp. 909752 RS 2006/0270886-3, 2ª Turma, Min rel. João Otávio de Noronha, julgado em 21/09/2007, publicado no DJ de 13/09/2007, p. 189.).

[40] PROCESSUAL CIVIL – MULTA DIÁRIA – POSSIBLIDADE – ENTENDIMENTO DO ART. 461 e § 5º do CPC – CARÁTER NÃO EXAURIENTE DA ENUMERAÇÃO DAS MEDIDAS ALI REFERIDAS – POSSIBILIDADE QUE TEM O JUIZ DE ACOLHER A MEDIDA QUE MELHOR SE HARTMONIZE AO CASO CRONCRETO.

Multa devida desde a intimação da tutela antecipatória até a substituição dessa providência pela busca e apreensão prevista também no § 5º do art. 461 do CPC - Recurso parcialmente provido. (TJSP Ag. 5424254700, 10ª Câmara de Direito Privado, Rel. Octávio Helene, julgado em 16/12/2008, publicado em 12/02/2009).

[41] DIREITO À VIDA E A SAÚDE - NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES - DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, "CAPUT", E 196) - PRECEDENTES (STF) - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconseqüente. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, "caput", e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. (RE 393175 AgR/RS, rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJ 02.02.2007).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos fundamentais, ainda que tenham aplicação imediata, conforme prevê a Constituição Federal de 1988, carecem de efetivação, nesse sentido a Teoria Garantista é adequada e se reveste de grande importância, ao criar um sistema de garantias dos direitos dos cidadãos, através da validade e eficácia dos pressupostos contidos na Constituição, desenvolvendo mecanismos e requerendo uma atuação estatal condizente com os dispositivos jurídicos normativamente proclamados, assegurando de modo prioritário, os direitos fundamentais das pessoas.

Ademais, se constata que a positivação dos direitos fundamentais, por si só, não tem sido suficiente para alcançar os resultados esperados, diante disso, e como forma de buscar uma maior efetividade ao direito, os indivíduos sistematicamente recorrem ao Judiciário, que vem obrigando o Executivo a conceder a tutela pleiteada, assim, todos os poderes devem corresponder ao que Ferrajoli ensina por garantia política da fidelidade.

Destaca-se a figura do julgador, uma vez que está nas mãos deste a resolução dos conflitos que envolvem o cidadão e o Estado, sendo seu dever analisar o caso concreto de forma a buscar a melhor solução possível, bem como impor à Administração Pública a prioridade no cumprimento dos direitos fundamentais, promovendo, desta forma, a justiça social.

A teoria do garantismo jurídico busca solucionar os problemas de efetivação dos direitos fundamentais, de modo que o princípio da dignidade da pessoa humana seja respeitado, mostrando-se um instrumento imprescindível para o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito.

Assim, a teoria garantista, ao ser adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, seja em decisões dos tribunais superiores, ou em decisões proferidas por juízes de primeira instância, é o caminho adequado para uma melhor solução dos litígios.

Contudo, nenhum direito fundamental pode concretamente sobreviver se não é apoiado pela luta por parte de seus titulares, daí a importância de uma

cidadania plena, de modo que a sociedade tenha condições reais de participar das decisões que afetam, substancialmente, sua existência.

5. REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

COMPARATO, Fábio Konder. A **Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DIAS, José Francisco de Assis. **Direitos Humanos**. Maringá: Unicorpore, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. Diritto e Ragione: ***Teoria del Garantismo Penale***. 9 ed. Roma: Laterza, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. ***Principia Iuris. Teoria del Diritto e della Democrazia***. Vol. 2 *Teoria della Democrazia*. Roma: Laterza, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde**: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

HERKENHOFF, João Batista. **Curso de Direitos Humanos**. Vol.1. São Paulo: Editora Acadêmica, 1996.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Coletânea de Direito Internacional, Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Lisboa: Editora Coimbra, 2008.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coords.). **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

RECURSO DE AGRAVO EM MANDADO DE SEGURANÇA: MUDOU-SE ALGUMA COISA?*

Leonardo Oliveira Soares[1]

Resumo: No texto, analisa-se a recorribilidade das decisões interlocutórias em mandado de segurança segundo o direito processual brasileiro vigente.

Palavras chave: decisão interlocutória; recurso; mandado de segurança.

Resumen: En el artículo, es analizada la admisibilidad de recurso contra las decisiones interlocutorias en mandamus según el derecho procesal brasileño vigente.
Palabras clave: decisión interlocutoria; recurso; mandamus

De ordinário, em ação mandamental, formula-se requerimento de liminar. A explicação reside no fato de o procedimento reclamar apresentação de prova pré-constituída. Ora, se o impetrante supõe dispor dessa prova, natural que formule aludido requerimento, dada a natureza do direito, a seu juízo, ameaçado ou em vias de tanto. Ou seja, a possibilidade de obter-se liminarmente a providência pleiteada, com a consequente abertura da via recursal, é elemento conatural ao mandado de segurança. (Leonardo Oliveira Soares. Revista de Processo. vol. 191)

1. A "NOVA" LEI DO MANDADO DE SEGURANÇA

Em boa hora, a lei nº. 12.016, de 07 de agosto de 2009, compila disposições normativas referentes ao procedimento do mandado de segurança individual

[1] *Mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Membro da Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Professor de Teoria Geral do Processo e Processo Civil na Faculdade de Direito de Ipatinga (MG) FADIPA. Procurador do Estado de Minas Gerais.*

** Artigo originariamente publicado na Revista IOB de Direito Civil e Processo Civil. n. 63, jan.-fev. 2010. Texto revisto, corrigido e acrescido de epígrafe e notas de rodapé.*

e coletivo. Muitas delas já acolhidas nos planos doutrinário e jurisprudencial. Algumas, é verdade, passíveis de questionamento sob a ótica constitucional, tais como a que proíbe a condenação em honorários advocatícios[2] e a que permite condicionar o deferimento de liminar à prestação de caução. Daí as aspas no adjetivo com que se qualificou a lei em apreço.

Diz-se em boa hora, precisamente no que toca à previsão de agravo de instrumento de decisão liminar (art. 7º, III, § 1º da lei n.º 12.019/09). Confira-se a redação de aludido dispositivo:

> Art. 7º-
> § 1º Da decisão do juiz de primeiro grau que conceder ou denegar a liminar caberá agravo de instrumento, observado o disposto na Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

A rigor, desde a edição da medida provisória 2180-35/2001, contempla o ordenamento jurídico pátrio recurso de liminar em mandado de segurança. Isso porque o art. 4º, § 6º da lei n.º 8.437/92 (que prevê o recurso de agravo) aplica-se ao *mandamus*, *ex vi* do art. 4º, § 2º da lei n.º 4.348/643. Ao propósito, pede-se licença para transcrever tais regras:

> Art. 4º da lei n.º 8.437/92:
> § 6º - A interposição do agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o Poder Público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001).

> Art. 4º da lei n.º 4348/64:
> § 2º Aplicam-se à suspensão de segurança de que trata esta Lei, as disposições dos §§ 5º a 8º do art. 4º da Lei n.º 8.437 de 30 de junho de 1992. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001).

No entanto, sob o prisma formal, não se mostrava infundado indagar a constitucionalidade de mencionados dispositivos com base na ausência de

---

[2] Sobre o ponto, confira-se NERY JR, Nelson. ***Princípios do processo na Constituição Federal****. 9 ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 112-117, com extensas referências bibliográficas em a nota de rodapé n. 55.*

[3] Nesse sentido, DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da ***Curso de Direito Processual Civil****. 7 ed. Salvador: JusPODIVM, 2009. vol. 3, p. 180.*

relevância e urgência que justificassem a edição de medida provisória sobre matéria processual.

Nem se alegue que as medidas provisórias, todas elas, em vigor na data[4] em que publicada a emenda constitucional n.º 32, permaneceram de pé até que houvesse expressa revogação ou deliberação do Congresso Nacional (art. 2º de referida emenda).

Ao propósito, duas razões podem ser apontadas para afastar tal entendimento. Em primeiro lugar, a própria constitucionalidade do artigo em questão, tendo em vista que os pressupostos constitucionais (relevância e urgência) apontam antes para duração efêmera que para o prolongamento de vigência de toda e qualquer "medida provisória". Além do que, admitida a constitucionalidade do artigo em análise, a vigência das medidas provisórias àquela época editadas e, por conseguinte, sua permanência no mundo jurídico, como de resto de todo e qualquer ato normativo, pressupõe compatibilidade com o texto constitucional. Por outras palavras, se dispositivos da medida provisória n.º 2.180-35 padeciam de inconstitucionalidade desde seu nascedouro, não seria a emenda constitucional n.º 32 que os colocaria, como num passe de mágica, em conformidade com a lei maior.

Assim, a *última pá de cal na discussão*[5] sobre o tema parece residir na lei n.º 12.016/09, elaborada em consonância com o art. 22, inc. I da CF/88.

Em época cuja tônica legislativa vem sendo restringir o manejo de recursos, não deixa de ser alvissareira a recorribilidade ora versada. Bem-vinda, portanto, a alteração que a um só tempo resolveu, no plano normativo, o tema (cabimento de recurso) e a forma de interposição (instrumento).

É certo que, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, pacificara-se o entendimento de que o recurso em apreço convive harmonicamente com o procedimento especial do mandado de segurança. Ao menos, a partir de modificação legislativa levada a cabo em 1995, pela qual passou o recurso a ser interposto diretamente no Tribunal, sem, portanto, causar embaraço na

[4] *A saber, 11 de setembro de 2001.*

[5] *Expressão empregada por DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Op. cit., p. 181.*

tramitação da caus a perante o juízo de primeiro grau. O mesmo se diga do plano doutrinário, de que é exemplo judicioso artigo, publicado faz alguns anos, por eminente processualista[6].

2 RELEVÊNCIA DOS PRECEDENTES NA UNIFORMIZAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO DE NORMAS PROCESSUAIS/AFIRMAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Não convence o argumento de que a busca por igualdade, o chamado tratamento igualitário, prende-se ao universo do *common Law*. Com efeito. Acima de tudo, é medida de bom senso adotar idêntica solução para casos iguais. O que confere, inclusive, maior racionalidade na prestação da tutela jurisdicional, pouco importa o sistema jurídico em que proferida a decisão.

Tanto isso é verdade, que autorizada doutrina nacional[7] vem se dedicando ao estudo do papel reservado aos Tribunais superiores em sua missão de zelar pela uniformidade de interpretação da legislação federal e constitucional respectivamente. Uniformização que, por certo, envolve a interpretação das normas processuais, pois não se pode falar em isonomia de resultados sem que se tenha assegurado, primeiro e como pressuposto inarredável, isonomia de participação no processo[8].

Pois bem. Mais de uma vez, em julgamento de embargos de divergência, o Superior Tribunal de Justiça firmou posição pela recorribilidade de liminar no procedimento em tela (EREsp 471513/MG, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, Rel. p/ Acórdão Ministro GILSON DIPP, CORTE ESPECIAL, julgado em 02.02.2005, DJ 07.08.2006 e EREsp 150.086/PR, Rel. Ministro

[6] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Recorribilidade das decisões interlocutórias no processo do mandado de segurança. ***Temas de Direito Processual****- 6ª Série. São Paulo: Saraiva, 1996.*

[7] Em dois judiciosos artigos, defendeu-se a relevância do respeito aos precedentes na esfera jurisdicional, seja nos países que adotam o denominado sistema de civil law, seja nos que se filiam ao de common law. MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil Law e common Law e a necessidade de respeito aos precedentes. ***Revista de Processo****. vol. 172. São Paulo: Ed. RT, jun. 2009. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil Law e common Law. Revista de Processo. vol. 172. São Paulo:Ed. RT, jun. 2009.*

[8] Sobre o ponto, vide SOARES, Leonardo Oliveira. Isonomia processual: condição sine qua non para a efetividade material do processo? ***Revista Dialética de Direito Processual****. n. 85. São Paulo: Dialética, abr. 2010.*

CESAR ASFOR ROCHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 19.06.2006, DJ 21.08.2006). Expressiva, nesse sentido, parte de ementa do primeiro desses precedentes, assim redigida: "*seja a decisão que defere, seja a que indefere a liminar é passível de causar lesão grave e de difícil reparação*."

Dessa maneira, do ponto de vista jurisprudencial, decisão que deferia ou indeferia liminar em mandado de segurança desafiava, sim, recurso de agravo de instrumento[9]. Ou seja, o legislador, com proveito para o devido processo legal, positivou consagrado e, por que não dizer, acertado entendimento jurisprudencial.

3. PLANO DOUTRINÁRIO (BARBOSA MOREIRA VERSUS ARAKEN DE ASSIS)

Há mais de uma década, Barbosa Moreira[10] sustentou a recorribilidade das interlocutórias proferidas no bojo do mandado de segurança, por força de aplicação subsidiária do CPC.

Em reforço a esse posicionamento, pode mencionar-se a garantia constitucional de inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inc. XXXV). De fato. Desde quando se afirme que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito e não se negue que a lesão poderá advir de decisão judicial (que defira ou não liminar), a vedação à recorribilidade, salvo melhor juízo, mostrava-se inconstitucional.

Em obra recente, a tese da irrecorribilidade das interlocutórias recebeu, entretanto, a chancela de insigne jurista[11], Desembargador aposentado do TJRS. Para tanto, valeu-se de dois argumentos. Em primeiro lugar, observa que a lei n.º 6.014/73, que adaptou ao sistema recursal instituído pelo Código de 73 os

9 Pela recorribilidade, NERY JÚNIOR, Nelson. Ob. Cit., p. 120-122.

10 Recorribilidade das decisões interlocutórias no processo do mandado de segurança. Temas de Direito Processual- 6ª Série. São Paulo: Saraiva, 1996. Para análise mais detida da evolução legislativa e jurisprudencial que resultou na consagração da recorribilidade de liminares em mandado de segurança, vide SOARES, Leonardo Oliveira. A relação necessária entre agravo de instrumento e mandado de segurança como ponto de afirmação do Estado Democrático de Direito brasileiro. Revista de Processo. vol. 191. São Paulo: Editora RT, jan. 2011.

*11 , Araken de. **Manual dos Recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 479 e ss. A judiciosa posição do autor já havia sido divulgada em artigo publicado no ano de 1996, na Revista de Processo, vol. 82. Diante das alterações legislativa, exceção feita à lei n.º 12.016/09, e jurisprudencial comentadas no item 1 do presente estudo, entendeu-se por bem ressaltar que o renomado jurista mantinha o entendimento respeitosamente combatido no texto.*

procedimentos especiais então em vigor, não previu o cabimento de agravo, no âmbito do *mandamus*. Além disso, salienta que o legislador infraconstitucional dispõe de liberdade para delinear os contornos do duplo grau de jurisdição, elegendo ou mesmo afastando as hipóteses de cabimento de recursos.

Desse modo, a falta de previsão de recurso na lei especial corresponderia à válida opção legislativa. Ponderáveis que sejam os argumentos então apresentados, há agora expressa e constitucional previsão legal de recurso.

4. PREVISÃO DE RECURSO NA LEI ESPECIAL/APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA DISCIPLINA RECURSAL DO CPC

O "novo" texto normativo cuida de procedimento especial para reivindicarem-se direitos fundamentais.

A incidência das regras do CPC, inclusive as que disciplinam a tramitação recursal, haverá, portanto, de ocorrer se e quando ausente norma específica e desde que não se mostre incompatível com o procedimento em exame considerado em seu todo.

No artigo 522, estabelece o CPC que das decisões interlocutórias cabe agravo, no prazo de 10 dias, na forma retida ou por instrumento. Ou seja, há o gênero (agravo) que comporta interposição por um dos modos mencionados.

Já a lei específica estatui a modalidade a ser empregada (instrumento).

Poder-se-ia dizer que o agravo de instrumento convive com a possibilidade de conversão[12]. Antes de tudo, a assertiva é por demais óbvia, pois seria inócua tal previsão em se tratando de agravo interposto na forma retida. A autorização para converter-se o recurso (presente no CPC) deve, assim, ser analisada sob outra perspectiva. Ei-la. É regra de hermenêutica que norma específica prevalece sobre norma geral. Por isso, deve afastar-se a conversão, já que a lei específica não previu senão o cabimento de uma das espécies do gênero recursal.

Sem contar a falta de interesse na interposição retida, já que os efeitos da liminar serão absorvidos, num sentido ou noutro, acrescente-se, tanto que proferida sentença (art. 7º, III, § 3º da lei n.º 12.016/09).

[12] Dito pronunciamento é irrecorrível, conforme estatui o art. 527, § único do CPC. Ao propósito da irrecorribilidade, vide SOARES, Leonardo Oliveira. ***Revista Dialética de Direito Processual****. n. 87. São Paulo: Dialética, jun. 2010.*

Superada a inconstitucionalidade formal dos artigos 4º, § 6º da lei n.º 8.437/92 e 4º, § 2º da lei n.º 4.348/64, nem por isso, o raciocínio que se acaba de expor levará à conclusão de qualquer decisão interlocutória proferida contra o Poder Público, apenas desafia agravo de instrumento. Decididamente não. O que se afirma é que agravo retido não será hábil para sustar os efeitos imediatos de decisão liminar, em mandado de segurança e em qualquer outro procedimento, frise-se, dado o momento em que o recurso será julgado (art. 523, *caput* do CPC).

Em suma, o deferimento, bem como o indeferimento de liminar, independentemente de quem faça as vezes de recorrente e do procedimento em curso, autoriza questionamento mediante interposição de agravo de instrumento[13].

Por isso, antes mesmo da "alteração legislativa" ora comentada, só fazia sentido cogitar, nos planos doutrinário e jurisprudencial, de recurso de decisão liminar em mandado de segurança, acaso considerada a forma (instrumento).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A "nova" lei que disciplina o procedimento do mandado de segurança representa simbólica mudança de orientação em vista das últimas reformas processuais, pois, ao invés de restringir, consagra recorribilidade de pronunciamento judicial.

Em nome do princípio constitucional da inafastabilidade, decisão liminar em mandado de segurança sempre desafiou agravo de instrumento.

A possibilidade de conversão do recurso de agravo, disposta no CPC, não se aplica ao procedimento especial.

Dentre outras razões, porque o processamento do recurso atenderá a elementar regra de hermenêutica, segundo a qual norma específica prevalece sobre norma geral. Se não andou bem o legislador em outras passagens da lei, merece elogios no ponto. Pensando melhor. Mudou-se alguma coisa?

---

[13] Segundo informativo n.º 547 do STF, o Tribunal, por maioria, decidiu que não cabe mandado de segurança de decisão liminar proferida nos Juizados Especiais Cíveis disciplinados pela lei n.º 9.099/95. Isso, porque ditas decisões seriam recorríveis futuramente, na forma de preliminar de recurso inominado. Sem embargo da autoridade dos Ministros, se for verdadeiro que a sentença substitui a decisão liminar, em termos práticos, consagrou-se a irrecorribilidade do pronunciamento que defere a antecipação de tutela em referidos Juizados. Realmente, pois não haverá interesse jurídico em requerer ao Tribunal que aprecie o acerto de decisão liminar (a essa altura já não mais existente no plano jurídico), pois os efeitos agora serão irradiados da sentença recorrida, ou terão caído por terra, caso tenha sido julgado improcedente o pedido, ou extinto o módulo cognitivo em 1º grau de jurisdição sem resolução de mérito.

6. REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Recorribilidade das decisões interlocutórias no processo do mandado de segurança. **Temas de Direito Processual**. 6ª Série. São Paulo: Saraiva, 1996.

DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. 7 ed. Salvador: JusPODIVM, 2009. vol. 3.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil *Law* e *common Law* e a necessidade de respeito aos precedentes. **Revista de Processo**. vol. 172. São Paulo: Ed. RT, jun. 2009.

NERY JR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 9 ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2009.

SOARES, Leonardo Oliveira. A relação "necessária entre recurso de agravo e mandado de segurança como ponto de afirmação do Estado Democrático de Direito Brasileiro. **Revista de Processo**. vol. 191. São Paulo: Ed. RT, jan. 2011.

_____.Eficácia Dúplice do direito de ação no âmbito recursal. **Revista Dialética de Direito Processual**. n 87. São Paulo: Dialética, jun. 2010.

_____.Isonomia processual: condição sine qua non para a efetividade material do processo? **Revista Dialética de Direito Processual.** n 85. São Paulo: Dialética, mar. 2010.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil Law* e *common Law*. **Revista de Processo**. vol. 172. São Paulo: Ed. RT, jun. 2009.

A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E AS MEDIDAS VOLTADAS PARA A ERRADICAÇÃO DA POBREZA E A GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL NO BRASIL

Rodrigo da Silva[1]

Resumo: O presente artigo diz respeito à efetivação das medidas a serem adotadas pela Administração Pública para a erradicação da pobreza e a garantia do mínimo existencial, uma vez que é dever do Estado, como preconiza o art. 3.º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, implementar políticas públicas que visem justamente dirimir as condições de miserabilidade do cidadão. Para melhor entendimento, abordaremos de forma breve os termos que os estudiosos classificam a pobreza, com maior ênfase a pobreza oriunda da falta de renda ou de poder aquisitivo. Além claro, de discutirmos sobre as políticas públicas voltadas para a erradicação da pobreza, bem como a garantia o mínimo existencial, com base nos programas de transferência de renda da forma em que foram implementados no Brasil.

Palavras chaves: Direitos Humanos; Políticas Públicas; Erradicação da Pobreza; Mínimo Existencial ; Programas de transferência de renda.

***Abstract**: This article concerns the effectiveness of the measures to be taken by government to eradicate poverty and ensure the existential minimum, since it is the duty of the state, as proposed in the art. 3., Paragraph III of the Constitution of 1988, to implement public policies that just settle the conditions of destitution of the citizen. For better understanding, we discuss briefly the terms that scholars classify poverty, with greater emphasis on poverty arising from lack of income or purchasing power. In addition of course, we discuss the public policies to eradicate poverty, and ensuring the existential minimum, based on income transfer programs the way they were implemented in Brazil.*

***Keywords**: Human Rights, Public Policy Eradication of Poverty; Existential Minimum, income transfer programs.*

[1] *Advogado e Bacharel em Direito pela UEMS – Universidade Estadual do Estado de Mato Grosso do Sul – Unidade de Dourados. Artigo apresentado no Curso de Pós-Graduação em Direitos Humanos e Cidadania pela UFGD - Universidade Federal da Grande Dourados; Orientador: Professor Dr. Gassen Zaki Gebara, professor de Direito Constitucional da UNIGRAN e da FADIR/UFGD.*

1. INTRODUÇÃO

A erradicação da pobreza e a garantia do mínimo existencial são sem dúvida uma das maiores preocupações existentes no mundo globalizado em que vivemos tanto por parte da sociedade civil organizada quanto no que diz respeito à administração pública representada pela figura do Estado. Ainda mais quando a pobreza faz com que o ser humano sofra um vasto leque de privações que impossibilitem o indivíduo possua "vida digna". A par disso, a administração pública seja ela municipal, estadual, ou federal, têm por dever constitucional criar mecanismos que possibilitem dirimir os prejuízos causados ao cidadão nestas condições.

Aliás, a Carta Constitucional de 1988, assim como em diversas declarações internacionais de direitos possui em seu bojo diversas disposições legais que demonstram claramente a preocupação com a diminuição da desigualdade social, considerada por muitos uma das fontes da pobreza, motivando inclusive a administração pública a criar uma série de programas de transferência de renda para se assegurar as condições mínimas de existência humana, como por exemplo, o programa Bolsa Família criado desde 2003.

Com isso, nos dias de hoje, a administração pública exerce cada vez mais um papel fundamental como mitigadora das privações que cada ser humano passa estando submetido à situação de pobreza, principalmente, no seu estado mais crítico, que seria o de pobreza extrema, no qual equivale ao estado de miserabilidade. Portanto, com as normas especialmente destinadas a esse fim, ou seja, a de garantir o mínimo existencial para que possa possibilitar a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana, é de suma importância que o Estado seja cumpridor das normas e garantias que ele mesmo estabelece.

Logo, não é difícil notar que a erradicação da pobreza e a garantia do mínimo existencial são matérias de grande interesse e relevância para os direitos humanos, tendo em vista que o nosso país é infelizmente marcado pela desigualdade social obrigando muitas vezes as famílias a viverem em condições subumanas, e a margem de nossa sociedade, sendo que a administração pública

tem por incumbência prevista na Constituição Federal dirimir tal situação, como inclusive delinearemos no presente trabalho.

2. O CONCEITO DE POBREZA

O conceito de pobreza com o passar dos anos passou por diversas definições, sendo que por muitas vezes devido à dificuldade em se apresentar uma completa e correta conceituação a busca de tal definição sem que com isso viesse a comprometer a compreensão do seu nexo conceitual restou prejudicada. Atualmente, o conceito que é amplamente utilizado nos meios acadêmicos, bem como em diversos organismos internacionais, é o da pobreza com base na renda que considera como pobres os indivíduos ou membros de uma família em que se levando em conta a renda mensal as dívidas não se alcance um determinado valor.

Convém ressaltar que entre os melhores conceitos de pobreza como falta de renda predomina o apresentado pelo economista, Jeffrey Schas[2], no qual menciona que a pobreza com base na renda é subdivida em três espécies, sendo elas: a pobreza extrema (ou absoluta), pobreza moderada, e a pobreza relativa.

Assim, de acordo com o economista em questão, entre as espécies de pobreza mencionadas acima, a pobreza extrema seria a pior delas, pois, o indivíduo não teria acesso a condições mínimas de existência, estando desprovido de educação, sem acesso a moradia digna, a um tratamento de saúde, a água potável, a um sistema de saneamento básico, sem condições de obter itens básicos do vestuário, e até mesmo a alimentos que pudessem saciar a sua fome. A pobreza moderada, por sua vez, para Jeffrey Schas, ocorre quando às condições em que as necessidades básicas são supridas, mesmo que com grande esforço dos indivíduos que vierem a constituem uma família. Já, a pobreza relativa é relacionada ao contexto social e acaba por em grande medida ser uma medida de desigualdade, uma vez que segundo o autor o número de pessoas pobres pode aumentar enquanto que o seu rendimento sobe.

A saber, o Banco Mundial utiliza como parâmetro para calcular a chamada linha de pobreza, a quantia de um dólar por dia em termos de paridade

2 *Sachs, J. D.* ***The end of poverty, economic possibilities for our time****. Nova York: The Penguin Press, 2005, p. 20.*

para definição de poder aquisitivo, sendo que abaixo desse valor estaremos diante de uma situação de pobreza extrema. O mesmo Banco Mundial em 2008 estipulou que o limiar de pobreza seria a quantia de um dólar e vinte e cinco centavos por dia, mensuração essa considerada útil para a chamada pobreza moderada.[3]

Na opinião de outros estudiosos, como Pedro Demo, a pobreza seria melhor definida como "a repressão do acesso às vantagens sociais", e não apenas como única e simplesmente carência de recursos, já que a sociedade como um todo possuía a tendência de dividir os indivíduos entre aqueles que concentram privilégios, e aqueles que sustentam os privilégios de outros.[4] Ao exemplificar tal situação o autor chega a mencionar que [5]:"*Se a dita, Educação Superior, se popularizar deixará de ser superior. Por isso se reprime o acesso a ela.*" Assim, de acordo com o mesmo a pobreza não é caracterizada apenas pela falta, ou carência de recursos, mas também por possuir um conteúdo de segregação, repressão, motivado por dois fatores: o dinheiro e o poder. Fatores estes que agregam vantagens sociais e proporcionam prestígio e integração àqueles que a possuem, sendo do interesse de tais indivíduos que tais benesses se concentrem nas mãos de poucos, ainda que para isso várias famílias sejam tolhidas da oportunidade de reunirem condições mínimas de existência digna.

Diante de todos estes conceitos sobre pobreza temos que todas as definições são uníssonas em partilharem do mesmo ponto de vista, que é o de considerar a pobreza como uma série de flagelos suportados por alguns membros de uma sociedade, remediadas muitas vezes apenas por políticas públicas eficientes, ou por medidas adotadas por parte de organizações privadas que visem à solidariedade social, através de ações afirmativas.

3. DA GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL

O mínimo existencial se revela como a proteção mínima necessária para a existência digna do ser humano em uma sociedade organizada, possuindo estreita relação com o conceito de dignidade, sendo assim de grande interesse para

[3] *SINGER, Peter,* ***A Vida Que Podemos Salvar****, tradução de Vítor Guerreiro, Lisboa, Gradiva, 2011, p.21.*
[4] *DEMO, Pedro.* ***Pobreza Sócio Econômica e Política****, Editora: Imprensa Universitária, Recife, 1980, p. 10.*
[5] *Op. cit. p.10-11*

âmbito dos direitos humanos. Entre os requisitos considerados essenciais para a garantia do mínimo existencial em uma sociedade incluem-se os direitos atinentes à moradia, à saúde, à educação, à segurança, e a todas as demais questões de uma sociedade interligadas a um corpo social recém consciente de seus direitos.[6]

Ao se abordar a questão da garantia do mínimo existencial, não se pode deixar de mencionar que tal garantia possui estreita correlação com o princípio da dignidade da pessoa humana, que desde longa data encontra guarita na Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948, em seu artigo XXV.[7]

Note-se que a teoria do mínimo existencial, assim como a da dignidade da pessoa humana ganhou maior respaldo no Tribunal Federal Administrativo da Alemanha, sendo inclusive reconhecida ainda no primeiro ano de sua criação em 1919, como o direito subjetivo do indivíduo necessitado ao auxílio material por parte do Estado, sendo que depois de muitas discussões passou até mesmo a integrar o princípio do Estado Social de Direito Alemão.[8]

Atualmente, a dignidade da pessoa humana se faz presente em inúmeras constituições substanciais e formais dos países livres por todo o mundo, que dedicam até mesmo um capítulo especial a tal princípio, tendo em vista que é um quesito considerado indispensável para a manutenção da vida em sociedade. Aliás, como não poderia deixar de ser a dignidade da pessoa humana é inclusive mencionada em nosso ordenamento jurídico brasileiro, entre os "Direitos e Garantias Fundamentais", na ocasião, da elaboração da Constituição Federal de 1998.[9]

Direitos e garantias fundamentais que, para Ricardo Lobo Torres, um dos maiores estudiosos do tema, ao ser analisado sobre o prisma da teoria

---

[6] BOBBIO, Norberto. ***A Era dos Direitos****. Tradução de Carlos Nélson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 68.*

[7] DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DA PESSOA HUMANA, DE 1948. "Artigo XXV. Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade. 2. A maternidade e a infância têm direito a ajuda e a assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozam da mesma proteção social."

8 RICARDO LOBO TORRES, O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais, ***Revista de Direito Administrativo****, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, v.1, 1989, p. 32.*

9 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL. "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; ***III - a dignidade da pessoa humana****; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. " (Grifei).*

do mínimo existencial que na sua opinião incide sobre um leque de condições que seriam pressupostos para o exercício da liberdade[10], tendo em vista que o direito à alimentação, à saúde e educação, embora não sejam originariamente fundamentais, adquirem o status de direitos fundamentais, tendo em vista que correspondem a uma parcela mínima sem a qual toda e qualquer pessoa não reuniria condições para sobreviver.[11]

Ainda no que diz respeito aos direitos fundamentais e a garantia do mínimo existencial, na visão de Ingo Wolfgang Sarlet[12], além das medidas já citadas, o autor considera o reconhecimento de outros direitos subjetivos e prestações voltadas para se suprir a ausência de recursos materiais extremamente importantes, direitos estes consubstanciados nas medidas voltadas para a fixação de um salário mínimo digno, bem como nas ações direcionadas a assistência social, o direito à saúde, e o direito à previdência social.

Por sua vez, Ana Paula de Barcelos[13] reforça a idéia de que o mínimo existencial nada mais é do que o resultado do desmembramento do conceito do princípio da dignidade da pessoa humana, e ainda acrescenta a lista de direitos relacionados ao mínimo existencial, a prerrogativa da assistência judiciária ao desprovido de recursos materiais para se garantir o acesso à Justiça, com a finalidade justamente de que dessa forma se possa exigir a viabilização de todos os demais direitos.

Urge salientar que no Brasil, embora não exista restrição da idéia de mínimo existencial a apenas um dispositivo ou artigo constitucional pode-se vislumbrá-lo, em termos genéricos no artigo 7.º, IV, da Constituição de 1988, ao se estabelecer o salário mínimo dos trabalhadores urbanos e rurais, que a princípio deveria ser capaz de atender às necessidades básicas do trabalhador e de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte, e previdência social. A idéia de mínimo vital, infere-se da mesma forma, no artigo 3.º, da Constituição de 1988, ao estabelecer como meta

10 TORRES, Ricardo Lobo. Os Direitos Humanos e a Tributação: imunidades e isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.128-129.
11 Op. Cit. p.133.
12 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 322-323.
13 BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 305.

a erradicação da pobreza, o combate a marginalização, e a luta para redução das desigualdades sociais e regionais.

No que diz respeito à idéia de mínimo existencial em nosso ordenamento jurídico, temos que tal garantia também encontra previsão legal no artigo 1º da Lei 8.742/93[14], assim como encontra azo na Emenda Constitucional n.º 31, de 14 de dezembro de 2000.[15]

Logo, considerando todo o exposto, há de se destacar que o mínimo existencial de uma pessoa humana é violado quando se verificar a omissão na concretização de direitos fundamentais inerentes à dignidade da pessoa humana. Aliás, no cumprimento de tais prerrogativas não há que se falar de discricionariedade por parte do gestor público representante da administração pública, por seu caráter estritamente mandamental, ainda mais quando as Constituições de países livres, como no caso do Brasil, são criadas, exatamente para esse fim, qual seja o de assegurar a dignidade da pessoa humana por meio de políticas públicas.

Entretanto, o argumento da "reserva do possível", expressão esta que se refere à limitação dos recursos disponíveis frente à quase infinita demanda social a ser suprida por eles , é um argumento sempre usado pela Administração Pública para esquivar-se de tais responsabilidades. Para melhor entendimento, a reserva do possível diz respeito ao fato da administração pública ficar impossibilitada de garantir o mínimo existencial em virtude de um orçamento limitado, tendo em vista que o Estado necessita para fazer cumprir tais exigências de recursos materiais, orçamentários.

Outra escusa muito utilizada pela administração pública para o descumprimento de políticas públicas voltadas para o cumprimento dos valores supremos garantidores do mínimo existencial, é o problema da insuficiência jurídica de fundos, problema este relacionado com a distribuição de competências tributarias e orçamentárias.

---

[14] Lei 8.742/93. "Art. 1.º. A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas".

[15] Emenda Constitucional nº 31, de 14 de dezembro de 2000. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, introduzindo artigos que criam o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza.

Não obstante a isso, em matéria de controle jurisdicional de políticas públicas, é cada vez mais defendida a idéia do autor Américo Bedê Freire Júnior[16], que firma o entendimento de que existindo um conflito entre a regra do orçamento público e a materialização dos direitos fundamentais, nos quais incluem as normas garantidoras do mínimo existencial, estes devem prevalecer.Ainda segundo o autor uma vez que a omissão por parte do Estado na implementação de políticas públicas tenha chegado às esferas judiciais, é dever do juiz determinar que tais despesas sejam previstas em seu plano plurianual.

Assim sendo, não é difícil vislumbrar que as políticas públicas não são mais alvo de completa discricionariedade daqueles encarregados de seu planejamento e execução, o que faz com que a garantia do mínimo existencial seja um objetivo a ser alcançado pela Administração Pública para que o Estado Social de Direito venha a cumprir com excelência o seu papel.

4. DAS POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS PARA A ERRADICAÇÃO DA POBREZA E GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Primeiramente, no que diz respeito à definição de Políticas Públicas, é interessante apresentar o conceito apresentado por Oswaldo Canela Júnior, em sua tese de doutorado defendida junto a Faculdade de Direito da USP, objeto de citação por parte de Kazuo Watanabe[17]:

> "Política estatal - ou políticas publicas – entende-se como o conjunto de atividades do Estado tendentes aos seus fins, de acordo com metas a serem atingidas. Trata-se de um conjunto de normas do Poder Legislativo, atos (Poder Executivo), e decisões (Poder Judiciário), que visam a realização dos fins primordiais do estado. Prossegue ponderando que , como toda atividade política (Políticas Públicas) exercida pelo legislativo e pelo executivo deve compartilhar-se com a constituição, cabe ao Poder judiciário analisar, em qualquer situação e desde que provocado , o que convencionou chamar de atos do

[16] *FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê,* ***O Controle Judicial de Políticas Públicas****. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 75.*

[17] *WATANABE, Kazuo. Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. Mínimo Existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis.* ***Revista de Processo 2011****. Repro 193, p. 16.*

> governo , ou questões políticas , sob o prisma de atendimento do Estado." (art. 3.º, da CF/88). (Controle judicial de políticas publicas. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 88-89)"

A Política Pública, portanto, nada mais é do que um conceito de Política e de Administração que denomina uma determinada orientação para a aplicação de medidas a serem tomadas de cunho decisório referentes às questões de âmbito público, político ou coletivo, se estendendo a uma série de ações coletivas que visam garantir os direitos sociais, em que a Administração Pública firma um compromisso de atender determinado anseio de uma sociedade, compreendido nas mais diversas várias áreas, anseios estes previstos em normas programáticas.

Da análise do conceito de Políticas Públicas, ainda pode-se observar que as mesmas possuem como característica a de obrigar seus destinatários seja de forma positiva, ou negativa, por meio de imposições oriundas da Administração Pública que se aplicam a uma comunidade. Contudo, a forma impositiva em que se apresenta nem sempre se manifesta diretamente sobre a coletividade, motivo pelo qual as mesmas são classificadas. Neste ponto há de se frisar a lição de Sérgio de Azevedo[18], que classifica as Políticas Públicas, em três tipos: redistributivas, distributivas e regulatórias.

Entretanto, mais importante do que conceituar o termo Políticas Públicas, e a sua classificação, é delinear-se a respeito da dificuldade da Administração Pública de implementá-las, tendo em vista que o Poder Público representado pelo Poder Executivo, a quem cabe executar as normas legislativas sobre os direitos sociais costumeiramente tem deixado a desejar na concretização de tais demandas. Sendo que é ele cria as próprias políticas e os programas necessários para a realização dos ordenamentos legais.[19]

As políticas públicas inclusive surgem como uma forma de complemento à legislação, perseguindo a concretização de princípios e regras que visam a alcançar a finalidade a que se destinam, ou seja, o bem comum e da dignidade

[18] *AZEVEDO, Sérgio de. Políticas Públicas: discutindo modelos e alguns problemas de implementação. In: SANTOS JR., Orlando A. (Org.).* ***Políticas públicas e gestão local****. Rio de Janeiro: Fase, 2003, p. 38.*

[19] *KRELL, Andreas J.* ***Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha****: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 99.*

da pessoa humana. Assim, a essência de qualquer política pública é distinguir e diferenciar, realizando a distribuição dos recursos disponíveis na sociedade.[20]

Portanto, percebe-se que as Políticas Públicas são programas de ações governamentais voltadas para que os direitos supremos do ser humano sejam atendidos. Note-se que os direitos os direitos fundamentais devido a sua abrangência confundem-se com os direitos sociais, ainda mais quando ambos os direitos possuem a finalidade de assegurarem a plenitude do gozo da esfera de liberdade a todos e a cada um dos integrantes do povo. A corrente majoritária da doutrina inclusive tem entendido que toda política pública pode ser considerada, nesse sentido, ao mesmo tempo política social.

Além do mais, a política pública possui estreita relação com os direitos humanos, pois são voltadas para atender o princípio basilar de nosso ordenamento jurídico que é o princípio da dignidade da pessoa humana e por tabela, a garantia do mínimo existencial a todos os indivíduos.

Aliás, uma grande fonte de preocupação dos direitos humanos, e que é também alvo de interesse das políticas publicas por meio de ações governamentais é a pobreza, principalmente, a maior delas definida como pobreza extrema. Pobreza extrema que faz com que todo e qualquer ser humano seja desprovido de acesso as condições básicas para uma existência digna, ocasião em que o indivíduo não tem acesso a itens como alimentação, vestuário condigno, transporte e lazer apenas para citar alguns. O nível de pobreza que inclusive está fortemente interligado à desigualdade social na distribuição de renda, bem como na ineficácia da concretização de direitos por meio de políticas públicas por parte do Estado.

No Brasil, segundo Marcelo Neri[21], existe uma grande parte da população pobre da América Latina em muito devido à desigualdade social latente em nosso país, uma vez que o mesmo considera que o nosso país reúne todas as condições para se erradicar a pobreza, pois, é detentor de uma considerável renda per capita, considerando o seu PIB - Produto Interno Bruto. Segundo o autor, o Brasil é um dos países que melhor apresenta potencial para a implementação de políticas

[20] *Op. cit. p. 101.*

[21] *NERI, Marcelo. In: HENRIQUES, Ricardo (Org.).* ***Desigualdade e Pobreza no Brasil.*** *Rio de Janeiro: IPEA, 2000.*

públicas redistributivas por meio de transferência de renda, política estas que poderiam ser intermediadas por meio de mudanças em instrumentos políticos, como do manejo do valor do salário mínimo e das taxas de inflação.

O Brasil, de acordo com Sonia Rocha[22] encontra-se situado desde 2003, em uma posição intermediária entre os países em que a renda nacional é considerada insuficiente para garantir o mínimo existencial, isso considerando a renda média de cada um dos seus cidadãos. A autora ainda menciona que a renda per capita brasileira de R$ 3.500,00 no ano de 2000, já estaria superior a um valor realista para definição da linha da pobreza, considerando os dados do Banco Mundial. Assim sendo, não é difícil imaginar que a incidência de pobreza extrema no Brasil decorreria da forte desigualdade na distribuição da renda vigente em nosso país.

Tais argumentos são relevantes para entender o contexto da pobreza em nosso país, ainda que desde meados da década de 80, a renda per capta baseada no PIB não fosse o único índice a ser apreciado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento.

Neste contexto, entre as políticas públicas adotadas pelo Estado para a erradicação da pobreza os programas de transferência de renda se apresentaram como imprescindíveis no tratamento de tais questões sociais, ainda mais em casos de pobreza extrema. Sendo que para os estudiosos do tema o que tem de novo em torno de tais programas é que já não se trata mais de uma proteção esporádica, mas sim de uma rede de seguridade social onde a renda é compreendida como um direito dos cidadãos.[23]

Os mesmos estudiosos acreditam que a distribuição mais eqüitativa da riqueza nacional seria mais do que suficiente para erradicar a pobreza do país, tendo em vista que no decorrer das décadas de 80 e 90 a intensidade da pobreza manteve um comportamento de relativa estabilidade, com apenas duas pequenas contrações, concentradas no período de implementação dos Planos Cruzados e Real.

Logo, não é difícil constatar que as Políticas Públicas de eliminação da desigualdade e da pobreza exigem a adoção de mecanismos de redistribuição

[22] *ROCHA, Sonia.* ***Pobreza no Brasil****: afinal, de que se trata? Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003, p. 31.*
[23] *FONSECA, Ana Maria.* ***Família e Política de Renda Mínima****. São Paulo, Cortez, 2001.*

da riqueza, por intermédio de programas de transferência de renda. Sendo que esses programas consistem basicamente na transferência de valores em dinheiro às famílias consideradas necessitadas, por meio de contrapartidas por parte de quem as recebe.

Contrapartidas que nada mais são do que compromissos firmados pelos beneficiários de tais programas com o objetivo de elevar os índices de educação, saúde, nutrição e reduzir problemas como o trabalho infantil e evasão escolar dos atendidos e seus familiares, uma vez que são direcionados exclusivamente aos pobres e indigentes com crianças e adolescentes desde que comprovado a condição de tais indivíduos estejam abaixo das medidas padrão referentes à linha de pobreza.

Convém ressaltar que desde as primeiras políticas públicas adotadas pela Administração Pública no Brasil visando à erradicação da pobreza, o gestor público procurou utilizar-se de tais programas de transferência de renda seguindo as experiências bem sucedidas por parte de países europeus. Assim, em 1996 foi criado o primeiro programa de transferência de renda com base no sistema de contrapartidas, no caso, o PETI - Programa de Erradicação do Trabalho Infantil, voltado para as crianças compreendidas entre a faixa etária de 7 a 15 anos, até então obrigadas a trabalhar ou submetidas a atividades consideradas perigosas ou insalubres de acordo com a legislação trabalhista.

Nesta esteira, no ano de 2001 surgiu o programa de transferência de renda conhecido como Bolsa Escola, que se baseava na proposta de conceder um benefício pecuniário mensal a milhares de famílias brasileiras em troca da manutenção de suas crianças nas escolas. Note-se que depois da Bolsa Escola, outra política pública implementada em nosso país é a chamada Bolsa Alimentação que entre as contrapartidas exigidas para a sua concessão requeria que os beneficiários apresentassem o cumprimento de medidas direcionadas na área da saúde, como aleitamento materno, exames pré-natais, e vacinação das crianças atendidas.

Exsurge dizer que outro programa de transferência de renda surgiu no ano de 2003, com o nome de Cartão Alimentação, onde o valor do beneficio era limitado somente à compra de alimentos, com o intuito de servir de complemento

dos demais programas de renda mínima. Logo, com o programa denominado Bolsa-Escola, bem como com o Bolsa-Alimentação, no ano de 2003, eram repassados valores compreendidos entre quinze reais, e quarenta e cinco reais por mês a famílias com gestantes, e com crianças de seis meses até 15 anos de idade.

Contudo, tais programas se notabilizaram desde a sua criação por apresentarem graves problemas de gerenciamento, uma vez que os seus órgãos executores distintos, sendo em razão disso objetos de questionamentos por casos em que famílias com renda similar recebiam quantias diferentes pelo mesmo benefício. Com isso, visando solucionar os problemas de gerenciamento, o governo decidiu unificar todos os programas de transferência de renda por meio de um cadastro único para facilitar a administração dos mesmos. Assim, em meados de outubro de 2003, é criado o Programa Bolsa Família, que incluiria também o programa, Vale-gás, sendo este último o único programa que se apresentava sem a necessidade de uma contrapartida.

Com o surgimento do programa Bolsa Família, que possuía como um de seus requisitos o fato de ser voltado as famílias que possuíam uma renda familiar per capita inferior a sessenta reais mensais, ou destinado a famílias de gestantes, com crianças e adolescentes de até 15 anos, cuja renda per capita fosse inferior a cento e vinte reais. Tal programa até então uma das bandeiras da política assistencialista da Administração Pública Federal, devido o seu caráter de urgência inclusive foi criado por medida provisória[24], que posteriormente foi convertida em lei[25], sendo a partir de então regulamentado por decretos e normas do Executivo, tornando-se um espécie de direito quase social cuja a exigibilidade judicial por uma família pobre ainda não é claramente assegurada.

No que tange a instrumentalidade de tal programa, cumpre notar que a seleção dos beneficiários geralmente é de competência dos órgãos municipais de assistência social, sob a responsabilidade e encargo do Ministério do Desenvolvimento Social, e o pagamento junto a Caixa Econômica Federal. O recebimento das transferências

[24] Medida Provisória n.º 132, de 20 de Outubro de 2003.
[25] Lei n.º 10.836, de 9 de Janeiro de 2004.

é condicionado a contrapartidas comportamentais nas áreas de educação e saúde, de acordo com a composição das famílias beneficiárias.

Dessa forma, o programa Bolsa Família foi criado justamente com a incumbência alinhavar os objetivos a curto prazo, no intuito de ao menos se amenizar a pobreza seja por meio da transferência de renda, ou pelo combate a sua transmissão intergeracional, através de contrapartidas justamente para mobilizar as famílias a realizarem investimentos no próprio ser humano direcionadas a educação e saúde.

Pedro Demo[26], ao comentar a respeito de tais programas de transferência de renda como o Bolsa Família, entende que tais programas causariam a pacificação dos conflitos e a harmonia entre as classes sociais, mantendo-se com isso a ordem social vigente. Entretanto, outros estudiosos abordam que é bem possível que as transferências tenham o efeito contrário à medida que conferem aos trabalhadores pobres recursos que os permitem ultrapassar certas barreiras de entrada em segmentos mais vantajosos do mercado de trabalho.[27]

Assim, apesar de duras penas e sujeitos a várias críticas, os programas de transferência de renda trouxeram notáveis impactos sobre a desigualdade e a pobreza no Brasil. Como prova do alegado, existente até mesmo um estudo desenvolvido no ano de 2007 pelo IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, no qual demonstrou-se que os programas de transferência como o Bolsa Família contribuíram para uma redução de 21% no coeficiente de GINI[28], um índice que mede a desigualdade de um país.

Citando uma metáfora utilizada pelos autores 29, é preciso "dar o peixe enquanto se ensina a pescar". Assim, tais políticas públicas voltadas para a erradicação da pobreza e garantia do mínimo existencial, por meio da transferência de renda demonstraram ser mecanismos de proteção social e a tendência e de que devam ser mantidas por mais tempo.

---

[26] DEMO, Pedro. ***Novos Paradigmas da política social****. Brasília: UNB, 2002.*

[27] MEDEIROS, Marcelo; BRITTO, Tatiana; SOARES, Fábio. Programas focalizados de transferência de renda no Brasil: contribuições para o debate. In: texto para discussão nº 1283. Rio de Janeiro, IPEA, 2007, p. 31.

[28] Desenvolvido pelo matemático italiano Corrado Gini, o Coeficiente de Gini é um parâmetro internacional usado para medir a desigualdade de distribuição de renda entre os países.

[29] SOARES, Sergei; OSÓRIO, Rafael; SOARES, Fábio; MEDEIROS, Marcelo; ZEPEDA, Eduardo. ***Programas de transferência condicionada de renda no Brasil, Chile e México****: impactos sobre a desigualdade. Brasília, IPEA, 2007, p. 39-41.*

No final das contas o que resta evidenciado com as medidas adotadas pela Administração Pública para fins da proteção social, é que os programas de transferência de renda não são suficientes para o fim a que se destinam, sendo necessárias outras ações em conjunto que devem servir articuladas no intuito de atacar importantes facetas da pobreza, já que esta não pode ser simplesmente representada como a mera privação de renda, ainda mais quando as mais diversas manifestações estão intrinsecamente relacionadas com os direitos sociais, civis e políticos dos cidadãos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como podemos notar neste artigo a pobreza possui estreita ligação com os direitos humanos, ainda mais quando o indivíduo nestas condições estiver em uma situação de pobreza extrema, também chamada por alguns de situação de miserabilidade, que resta caracterizada pela total falta de recursos em todos os sentidos pelo cidadão a ela sujeito.

Assim, é inegável que a miserabilidade do ser humano constitui óbice para uma vida digna, e em razão disso, o Estado Social que surge como um defensor dos direitos e garantias fundamentais do homem e do cidadão tem por obrigação zelar pela observância de preceitos basilares da imensa maioria dos países livres, preceitos estes consubstanciados no princípio da dignidade da pessoa humana, e na teoria do mínimo existencial.

Portanto, a Administração Pública como representante do Estado Social, desde longa data possui como uma de suas principais funções a de justamente assegurar que tanto a garantia do mínimo existencial, quanto à dignidade da pessoa humana não sejam de forma alguma violados. Logo, medidas voltadas para se assegurar o direito à moradia, a educação, a assistência social, entre outras pertencentes a uma vasta gama de direitos não figuram no campo discricionário da Administração Pública, mas sim fazem parte da sua própria essência e da sua própria razão de existência, sendo que de tais responsabilidades a mesma não pode se desincumbir, nem mesmo com alegações como a do "reserva do possível", ou com base na "insuficiência jurídica de fundos".

Em suma, observando-se as políticas públicas implementadas no Brasil ao longo dos últimos anos, verifica-se infelizmente única e tão somente uma preocupação cada vez maior do gestor público em apenas elaborar medidas paliativas para o combate a pobreza, sendo que em sua maioria são voltadas aos programas de transferência de renda, com exceção da política pública mais recente que seria o programa "Minha Casa, Minha Vida[30]". No entanto, é de consenso geral que todas as políticas públicas até então adotadas estão muito aquém do que é realmente necessário para a erradicação da pobreza, e a garantia do mínimo existencial. Em poucas palavras como já mencionado alhures: "é preciso dar o peixe, enquanto se ensina a pescar."

6. REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Sérgio de. Políticas Públicas: discutindo modelos e alguns problemas de implementação. In: SANTOS JR, Orlando A. (Org.). **Políticas públicas e gestão local**. Rio de Janeiro: Fase, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

COSTA, Fernanda Doz. Pobreza e direitos humanos: da mera retórica às obrigações jurídicas – um estudo crítico sobre diferentes modelos conceituais. **SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos**, Número 9, Ano 5, Dezembro, 2008.

DEMO, Pedro. **Novos paradigmas da política social**. Brasília: UNB, 2002.

_____. **Pobreza Sócio Econômica e Política**, Editora: Imprensa Universitária, Recife, 1980.

[30] *Lei nº 11.977, de 7 de Julho de 2009. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei no 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nos 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória no 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências.*

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê, **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FONSECA, Ana Maria. **Família e Política de Renda Mínima**. São Paulo, Cortez, 2001.

FURTADO, Celso. **Desenvolvimento e subdesenvolvimento**. 3. ed. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

MEDEIROS, Marcelo; BRITTO, Tatiana; SOARES, Fábio. **Programas focalizados de transferência de renda no Brasil:** contribuições para o debate. *In*: texto para discussão nº 1283. Rio de Janeiro, IPEA, 2007.

NERI, Marcelo. *In*: HENRIQUES, Ricardo (Org.). **Desigualdade e Pobreza no Brasil**. Rio de Janeiro: IPEA, 2000.

REIS, Henrique Marcello dos ; REIS, Claudia Nunes Pascon dos. Parâmetros para uma vida digna e o comitê sobre os direitos econômicos , sociais e culturais. In: PIOVESAN , Flávia; IKAWA, Daniela (coord.). **Direitos humanos: fundamento, proteção e implementação**.Curitiba: Juruá, volume 2, p. 75-91, 2008.

ROCHA, Sonia. **Pobreza no Brasil: afinal, de que se trata?** RJ: FGV, 2003.

SACHS, J. D. ***The end of poverty, economic possibilities for our time***. Nova York: The Penguin Press, 2005.

SALMÓN G., Elizabeth. O longo caminho da luta contra a pobreza e seu alentador encontro com os direitos humanos. S**UR – Revista Internacional de Direitos Humanos**, Número 7, Ano: 4, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SINGER, Peter. **A Vida Que Podemos Salvar**, tradução de Vítor Guerreiro, Lisboa, Gradiva, 2011.

SOARES, Sergei; OSÓRIO, Rafael; SOARES, Fábio; MEDEIROS, Marcelo; ZEPEDA, Eduardo. **Programas de transferência condicionada de renda no Brasil, Chile e México**: impactos sobre a desigualdade. Brasília, IPEA, 2007.

PANCOTTI, José Antonio. **Aspectos da hermenêutica constitucional dos direitos sociais**. Universitária: Revista do Curso de Mestrado em Direito. Araçatuba: volume 1, Julho, 2000.

TORRES, Ricardo Lobo. **Os Direitos Humanos e a Tributação**: imunidades e isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, v.1, 1989.

WATANABE, Kazuo. Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. Mínimo Existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. **Revista de Processo**, 2011.

ZIMERMMAN, Clóvis Roberto. I**mplementação do direito humano à alimentação adequada**: do bolsa família à renda básica de cidadania. Passo Fundo: IFIBE, 2007.

ATÉ QUANDO O PODER JUDICIÁRIO VAI SER PROVOCADO A ENTREGAR NO 'VAREJO' DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO SAÚDE QUE DEVERIAM SER MATERIALIZADOS NO 'ATACADO' PELO PODER EXECUTIVO?

Ruan Jacob Bianchi Aguiar[1]

Resumo: O presente artigo se ocupa em descrever o conceito do direito a saúde, bem como explicar suas principais características, pois essa temática é um dos temas mais atuais e necessita, portanto, de importante discussão para se alcançar uma linha de pensamento acerca do tema. Aponta ainda que o Poder Judiciário deve obrigar o Estado a cumprir as políticas públicas a que se obrigou mediante a implementação das normas programáticas. Estabelece que o ônus da prova da reserva do possível pertence ao Estado e, ante a sua inércia, deve ser compelido a garantir o mínimo existencial. Por fim, arremata com o posicionamento do TJ/MS sobre as ações de conceder medicamentos e, ainda, traz a resposta para até quando o Poder Judiciário terá que fornecer medicamentos no varejo.

Palavras chaves: Direitos Humanos Fundamentais; Políticas Públicas; Normas Programáticas; Mínimo Existencial. Reserva do Possível.

***Abstract**: The present article is in charge of in describing the concept of the right the health, as well as to explain their main characteristics, because that theme is one of the most current themes and he/she needs, therefore, of important discussion to reach a thought line concerning the theme. It appears although the Judiciary Power should force the State to accomplish the public politics the one that assumed an obligation by the implementation of the norms programáticas. He/she establishes that the obligation of the proof of the reservation of the possible belongs to the State and, before his/her inertia, it should be compelled to guarantee the existential minimum. Finally, it finishes up with the positioning of TJ/MS about the actions of granting medicines*

[1] *Advogado e Bacharel em Direito pela UNIGRAN - Centro Universitário da Grande Dourados. Artigo apresentado como requisito para obtenção do Grau de Especialista no Curso de Pós-Graduação em Direitos Humanos e Cidadania pela UFGD - Universidade Federal da Grande Dourados, orientado pelo Professor Dr. Gassen Zaki Gebara.*

and, still, he/she brings the answer for until when the Judiciary Power will have to supply medicines in the retail.

***Keywords**: Human rights Fundamental; Public politics; Norms Programáticas; Existential minimum. He/she reserves of the Possible.*

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa iniciou-se pelo fato do Poder Judiciário cada vez mais ser acionado para entregar medicamentos que deveriam ser entregues através de políticas públicas pelo Poder Executivo, revelando, assim, que mesmo após 23 anos da promulgação da Constituição Cidadã, o Brasil ainda não conseguiu assegurar o mínimo existencial no tocante ao direito a saúde.

Examinaram-se as decisões do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul do ano de 2011, codificando o atual posicionamento da Corte, dirimindo, assim, possíveis dúvidas e contribuindo para a efetivação da entrega dos direitos fundamentais.

Assim, é de grande importância o estudo dos direitos sociais prestacionais, seja por pertencer à categoria de direitos fundamentais, seja por possibilitar a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana, garantindo, assim, que o cidadão brasileiro tenha o mínimo existencial para sua sobrevivência.

2. DIREITO A SAÚDE E DIREITOS HUMANOS

Verifica-se na história que após o término do terror nazista vivenciado durante a Segunda Guerra Mundial surgiu à necessidade de reconstruir o valor dos direitos humanos como referencial ético a orientar a ordem internacional. Para isso em 1948 foi elaborada a Declaração Universal de Direitos Humanos que em seu preâmbulo prevê que os povos promoverão o progresso social e melhores condições de vida[2].

[2] *Preâmbulo Declaração Universal Direitos Humanos: Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla.*

Uma das medidas estabelecidas na Declaração de 1948 para assegurar melhor qualidade de vida aos indivíduos foi à previsão em seu artigo XXV[3] de que toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar.

Percebe-se, assim, que o direito a saúde recebeu da Declaração Universal o título de direitos humanos pelo fato de estar aliado ao direito a vida, pois possuir saúde é um meio capaz de proporcionar bem estar ao ser humano.

Dando seguimento ao reconhecimento do direito a saúde como direitos humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Sociais e Econômicos de 1966[4] estabeleceu no preâmbulo que só pode ser realizado o ideal do ser humano livre se forem criadas condições que permitam as pessoas gozarem dos direitos sociais e econômicos em conjunto com os direitos civis e políticos. E ainda, o artigo 265 estabeleceu que os Estados comprometeram-se ao desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos e sociais, visando alcançar o ideal para o ser humano livre.

Isto significa que o direito a saúde considerado como direito humano deve ser positivado nas Cartas Constitucionais de cada Estado que deverão, progressivamente, garantir meios eficazes de alcançar o ideal de bem estar para o ser humano livre. No Brasil, a Constituição da República Federativa de 1988, no Título II, em seu artigo 6º[6], elevou o direito à saúde ao plano de direitos fundamentais, pois inseriu os direitos sociais no capítulo intitulado de Direitos e Garantias Fundamentais.

---

[3] Artigo XXV Declaração Universal Direitos Humanos: Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.

[4] Preâmbulo Pacto São José da Costa Rica: Reiterando que, de acordo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos.

[5] Artigo 26 Pacto São José Costa Rica: Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

[6] Artigo 6º, CF: São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

José Afonso da Silva[7] entende que direitos fundamentais "são aquelas prerrogativas e instituições que o direito positivo[8] concretiza em garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas".

Norberto Bobbio[9] afirma que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades, contra velhos poderes e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer.

A definição de Alexandre de Moraes[10] é a seguinte: "o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida".

Pode-se, assim, conceituar o direito a saúde como direito fundamental intimamente ligado à idéia da dignidade da pessoa humana, positivado no plano constitucional de um determinado Estado Democrático de Direito.

Norberto Bobbio[11] entende que para ter direitos, basta a condição de ser humano, independente se o direito esta ou não positivado no ordenamento jurídico, enquanto Kant arremata mencionando que o ser humano é um fim em si mesmo[12]. Logo, a norma básica de conduta moral que o homem se pode prescrever é que em tudo o que faz deve sempre tratar a si mesmo e a seus semelhantes como fim e nunca como meio.

Isso significa que todos tem direito a saúde, pois foi elevado como direito humano pela Declaração Universal de 1948 e considerado direito fundamental pela Carta Magna de 1988.

---

[7] Silva, José Afonso. ***Curso de Direito Constitucional Positivo****. Ed Malheiros, São Paulo, 15ª Ed., 1998. p. 150.*

[8] O direito positivo é o direito posto (positum – posto e positivo) pela autoridade do legislador, dotado de validade, por obedecer a condições formais para tanto, pertencente a um determinado sistema jurídico. (KELSEN, Hans. ***O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência****, 1998, p. 364).*

[9] BOBBIO, Norberto. ***A Era dos Direitos****. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 05.*

[10] MORAES, Alexandre de. ***Direitos Humanos Fundamentais****. São Paulo: Atlas, 2006. p. 165.*

[11] BOBBIO, Norberto. ***A Era dos Direitos****. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 05.*

[12] KANT, Immanuel. ***Fundamentação da metafísica dos costumes****; tradução de Leopoldo Holzbach – São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 85.*

No dizer de Hannah Arendt[13] os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução.

Desta forma, depreende-se que o termo direitos humanos é uma forma abreviada de indicar os direitos fundamentais da pessoa humana, pois sem o direito a saúde a pessoa não consegue existir ou não é capaz de se desenvolver e de participar plenamente da vida como um ser humano livre.

Aliás, todos os seres humanos devem ter assegurados, desde o nascimento, as condições mínimas necessárias para se tornarem úteis à humanidade e sem saúde não há possibilidade de receber os benefícios que a vida em sociedade pode proporcionar.

De acordo com essa afirmação é que se pode referir o direito a saúde como direito de segunda geração, classificando-se como liberdades sociais, pois o Estado tem a obrigação de proporcionar o bem estar da sociedade[14].

Como na primeira dimensão de direitos fundamentais evitava-se a intervenção do Estado na liberdade individual, caracterizando, assim uma atitude negativa, a segunda dimensão é o contrário, caracteriza-se pela ação positiva, de fazer o Estado atuar de forma a propiciar um direito de participar do bem-estar-social.

Aduz Uadi Lammêgo Bulos[15] que assim como os direitos sociais em geral (art. 6º, Cf), o direito à saúde reclama, para sua efetivação, o cumprimento de prestações positivas e prestações negativas. Portanto, o direito a saúde está relacionado ao direito fundamental de segunda geração, sendo dever do Estado mediante ações positivas assegurá-lo, a fim de que o indivíduo possa ter uma vida digna, atendendo o postulado da dignidade da pessoa humana.

3. AS NORMAS PROGRAMÁTICAS E AS POLÍTICAS PÚBLICAS

As normas constitucionais programáticas são normas infraconstitucionais que dependem de regulamentação e atuam de maneira a estabelecer os parâmetros

[13] *ARENDT, Hannah.* ***As Origens do Totalitarismo****, trad. Roberto Raposo, Rio de Janeiro, 1979. p. 134.*
[14] *SARLET. Ingo Wolfgang.* ***Dignidade da Pessoa Humana e Direito Fundamentais na Constituição de 1988****. 2ª Ed. Revista e Ampliada. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2002. p. 52.*
[15] *BULOS, Uadi Lammêgo.* ***Constituição Federal Anotada****. Ed. Saraiva. 5ª ed. 2003. págs. 1.291-1.292.*

para a atuação do legislador e, ainda, condicionam o Poder Judiciário a garantir sua aplicação, limitando o arbítrio administrativo[16].

Dada a sua importância para o ordenamento jurídico brasileiro, foram criados mecanismos para garantir a sua eficácia, sendo: o mandado de injunção (art. 5º, LXXI, CF/88), a ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º, CF/88) e a iniciativa popular (art. 14, III, CF/88), além, é claro, do conteúdo do parágrafo primeiro do artigo quinto, que determina a aplicabilidade imediata das "normas definidoras de direitos e garantias fundamentais"[17].

Ocorre que a dependência de recursos econômicos para a efetivação dos direitos de caráter social, como a saúde, leva a entender que as normas que consagram tais direitos assumem a feição de normas programáticas, isto é, dependentes da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis.

O termo "políticas públicas" na sua essência está ligado fortemente ao Estado, que determina como os recursos são usados para o beneficio de seus cidadãos18. Assim, as normas de princípio programático, a exemplo do art. 196 da Constituição Federal[19] que trata do direito a saúde, apresentam as diretrizes a serem concretizadas pelos órgãos governamentais, a fim de atingir a realização dos fins sociais do Estado[20].

Por outro lado, as políticas públicas voltadas para a saúde nos últimos anos têm sido de grande importância para a população de todo o país, mesmo sabendo-se que a sua efetivação não tenha sido aplicada de forma eqüitativa e satisfatória.

Isso porque historicamente as políticas públicas no Brasil caracterizam-se de forma subordinada aos interesses políticos, sendo asseguradas através de práticas clientelistas, refletindo relações que não incorporam o reconhecimento dos direitos sociais, ante a corrupção vivenciada no sistema de saúde.

Verifica-se, assim, que a falta de medicamentos é resultante de ações de governos corruptos que, indiretamente, acarretam na superlotação de hospitais,

16 SILVA, José Afonso da. ***Aplicabilidade das normas constitucionais****. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 164.*
17 Idem. p. 165.
18 SOUZA, Celina. ***Políticas Públicas****: uma revisão da literatura. IN Sociologias nº 16. Junho/dezembro 2006, p. 20-45*
19 Art. 196, Cf: A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.
20 SILVA, José Afonso da. ***Aplicabilidade das normas constitucionais****. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 138.*

falta de aparelhos e, inclusive, falta de pessoas para trabalharem, como informa noticiário do Jornal Gazeta do Povo[21]:

> A Gazeta do Povo informa que seis pessoas foram presas no Paraná em uma operação contra fraudes em licitações para a compra de medicamentos do Sistema Único de Saúde (SUS), na manhã desta segunda-feira (16). A ação foi desencadeada pela Polícia Federal e pela Controladoria-Geral da União (CGU). Os mandados de prisão no Estado foram cumpridos em Santa Helena, São Mateus do Sul, Agudos do Sul e Ventania. A PF cumpriu ainda um mandado de busca e apreensão na sede da prefeitura de Matinhos, no litoral do Paraná. Todos os mandados no Paraná já foram cumpridos. Além do Paraná, os estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Pará e Rondônia são alvo da operação da PF. No total, são 64 mandados de prisão. Pelo menos 51 deles foram cumpridos até o meio-dia. Foram 25 no Rio Grande do Sul, seis no Paraná, três em Santa Catarina, três no Mato Grosso e 11 no Mato Grosso do Sul. São notícias como essa que confirmam a necessidade da CPMI da Saúde no Congresso Nacional.

Em poucas palavras, a corrupção no setor da saúde mata e tais práticas ilícitas causam perda de grandes quantidades de dinheiro que poderiam ser usadas para comprar remédios ou contratar mais pessoal nas instituições médicas.

Nesta senda, o Senador Alvaro Dias[22] em seu blog na internet informa que o sistema de saúde do Brasil está um caos, uma tragédia, decorrente da incompetência administrativa que corrói os cofres públicos, veja:

> Setores que têm os maiores orçamentos da União e estão diretamente ligados aos cidadãos, Saúde e Educação são também os que mais sofrem com a corrupção no Brasil. Segundo o Departamento de Patrimônio e Probidade da Advocacia Geral da União (AGU), de 60% a 70% dos recursos públicos desviados no país são dessas duas áreas. É, por exemplo, dinheiro destinado a reformas de escolas e hospitais, compra de merenda escolar e de medicamentos, construção de quadras esportivas e procedimentos do SUS, mas que acaba indo para o ralo por causa da corrupção. Auditorias da Controladoria Geral

21 <http://www.alvarodias.blog.br/2011/05/corrupcao-na-saude-publica-da-cadeia-para-alguns/>. Acessado em 02/08/2011, às 13:00 horas.

22 <http://www.alvarodias.blog.br/tag/saude/>. Acessado em 02/08/2011, às 15:00 horas.

da União (CGU) constataram, apenas entre 2007 e 2010, desvios de R$ 662,2 milhões nesses dois setores. E quase metade dos acusados de improbidade em todas as áreas da administração pública, segundo a AGU, é de prefeitos ou ex-prefeitos. Um dos problemas é a falta de fiscalização, mas também a pulverização dos recursos.

Logo, as políticas sociais embora concebidas como ações que buscam diminuir as desigualdades entre indivíduos contribuem na prática para acentuar as desigualdades expressa numa sociedade heterogênea com situação de pobreza.

Diante do quadro caótico do sistema de saúde, diversas pessoas acionam o Poder Judiciário para assegurarem os seus direitos fundamentais, como a concessão de medicamentos e obtêm como resposta a concretização desse direito, eis que é indispensável para a realização da dignidade da pessoa humana.

4. O MÍNIMO EXISTENCIAL

O mínimo existencial está ligado à ideia de liberdade. É, ainda, considerado em sua dimensão essencial e inalienável, pois a entrega de medicamentos caracteriza a tutela do mínimo existencial[23]. Assim, podemos definir o mínimo existencial nas palavras de Ricardo Lobo Torres[24] como "um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas".

No que tange às prestações positivas, cabe ao Estado o fornecimento gratuito da função jurisdicional, dentre elas o de fornecimento de medicamentos, considerado direito fundamental.

Todavia, o Estado deve limitar-se a entrega de bens indispensáveis à sobrevivência dos pobres, pois não é obrigado a fornecer medicamentos para toda a população, mas somente para aqueles que comprovarem sua pobreza e que não estiverem sendo alcançados pelas políticas públicas prestacionais do Estado, digo os efeitos de tais medidas não proporcionarem uma vida digna.

23 TORRES, Ricardo Lobo. ***Teoria dos direitos fundamentais****. Rio de Janeiro, Renovar, 1999. p. 120.*
24 TORRES, Ricardo Lobo. ***Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário****. Volume III – Os Direitos humanos e a Tributação – Imunidades e Isonomia. Rio de Janeiro. Editora Renovar. 1999.*

Pode-se encontrar a idéia de mínimo existencial no artigo 1º da Lei 8.742/93 que menciona: "*A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas*".

Além disso, encontra-se também a idéia de mínimo existencial na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, artigo 25 que menciona: "*Toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para assegurar a sua saúde, o seu bem-estar e o de sua família, especialmente para a alimentação, o vestuário, a moradia, a assistência médica e para os serviços sociais necessários*".

Exemplo da materialização do mínimo existencial na área da saúde é a prestação de medidas como: campanha de vacinação, erradicação de doenças endêmicas, combate a epidemias, concessão de preservativos para combater o HIV, o que beneficia toda a população.

Portanto, o Estado deve se valer de políticas públicas para garantia do mínimo existencial que consiste no núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana.

5. A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

Ao analisar a STA nº 278-6, ajuizado pelo Estado de Alagoas, contra decisão do Juízo de Direito da 17ª Vara Cível da Comarca de Maceió, mantida pelo TJ daquele Estado, que determinou ao Estado de Alagoas o fornecimento do medicamento denominado MABTHERA (Rituximabe), em favor de Maria de Lourdes da Silva o STF confirmou a ordem judicial concedida.

No referido caso, a paciente estava em tratamento quimioterápico, pois sofria da doença leucemia, cujo tratamento foi orçado em mais de R$ 150.000,00 e, ainda, o medicamento pretendido não constava no protocolo do SUS.

O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, indeferiu o pedido do Estado de Alagoas, entendendo que o ônus da prova da ocorrência da reserva do possível como fator impeditivo dos direitos sociais cabe ao Estado e, no presente caso, o Poder Público não provou a ausência financeira de cumprir a decisão judicial[25].

[25] *STA 278-6. Voto Ministro Gilmar Mendes. Liminar Nº 2008.001847-2/0001.00). Julgamento dia: 22/10/2008.*

E ainda completou dizendo que "levar a sério os direitos fundamentais significa levar a sério à escassez[26]", pois os direitos sociais prestacionais demandam a utilização de recursos públicos, eis que exigem do Estado ações positivas para sua garantia. Comentando o assunto, o Juiz Federal George MARMELSTEIN[27], explica sobre o ônus da prova da teoria do reserva do possível:

> Apesar de a reserva do possível ser uma limitação lógica à possibilidade de efetivação judicial dos direitos socioeconômicos, o que se observa é uma banalização no seu discurso por parte do Poder Público quando se defende em juízo, sem apresentar elementos concretos a respeito da impossibilidade material de se cumprir a decisão judicial. Por isso, as alegações de negativa de efetivação de um direito econômico, social e cultural com base no argumento da reserva do possível devem ser sempre analisadas com desconfiança. Não basta simplesmente alegar que não há possibilidades financeiras de se cumprir a ordem judicial; é preciso demonstrá-la.
> Assim, o argumento da reserva do possível somente deve ser acolhido se o Poder Público demonstrar suficientemente que a decisão causará mais danos do que vantagens à efetivação de direitos fundamentais. Vale enfatizar: o ônus da prova de que não há recursos para realizar os direitos sociais é do Poder Público. É ele quem deve trazer para os autos os elementos orçamentários e financeiros capazes de justificar, eventualmente, a não-efetivação do direito fundamental.

Portanto, somente é cabível a teoria da reserva do possível quando restar devidamente comprovado o prejuízo para o Estado, eis que o ônus da prova de demonstrar que a decisão judicial causará mais danos do que vantagens pertence ao Estado. Por isso, deve trazer ao processo os elementos financeiros capazes de justificar a não efetivação do direito fundamental.

6. POSICIONAMENTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MS FRENTE ÀS AÇÕES DE OBRIGAÇÃO DE CONCEDER MEDICAMENTOS NO ANO DE 2011

No Agravo nº 2011.001507-4/0000-00 – Campo Grande – Relator Exmo Sr. Dês. Josué de Oliveira, julgado em 15-03-2011 o Tribunal de Justiça analisou

26 Idem. p. 5.
27 MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. Ed. Atlas: São Paulo, 2008. p. 36.

um caso em que a autora Benedita Alves de Souza, com idade de 81 anos, portadora da doença Alzheimer pretendia o fornecimento do medicamento transdérmico Exelon Patch – (Rivastigmina), 01 vez ao dia pelo prazo de 06 meses.

Nesse caso, o TJ/MS entendeu que a medicação foi prescrita por médica da rede municipal de Campo Grande, integrante do SUS, de sorte que, há de se ter conhecimento da existência e disponibilidade do medicamento no SUS ao receitá-lo.

Por fim, o TJ/MS entendeu que se no laudo constou que a paciente apresenta quadro progressivo de alucinações visuais e que não se deu bem com outros medicamentos, apresentando efeitos colaterais exarcebados, deve ser concedido o fármaco, pois adotou-se aquele que se mostra imprescindível ao tratamento da paciente, ainda que não conste na relação do SUS.

No Agravo nº 2011.001344-1/0000-00 – Campo Grande – Relator Sr. Dês, Josué de Oliveira, julgado em 15-03-2011, o Tribunal de Justiça analisou um caso que a autora Patrícia da Silva de Almeida era portadora da doença lúpus eritromatoso sistêmico, necessitando de quatro frascos do medicamento Rituximabe 500mg.

O Estado alegou que existe tratamento diverso na rede pública de saúde para a doença acometida na paciente e que o medicamento é experimental, além de estar registrado na ANVISA apenas para os casos linfoma folicular.

O Desembargador entendeu que o medicamento é imprescindível ao tratamento, ainda que não conste da relação do Estado, pois a pessoa doente não pode ficar suportando o cabo-de-guerra das entidades componentes do SUS, enquanto seu estado de saúde se agrava.

Na apelação Cível nº 2011.003838-8/0000-00 – Campo Grande – Relator Sr. Dês. Sideni Soncini Pimentel, julgada em 03-03-2011, José Cândido da Silva era portador da doença Neovascularização de Coróidem e necessitava do fornecimento de 03 ampolas do medicamento ranibizumabe (lucentis).

O TJ/MS em seu acórdão mencionou que o artigo 196, da Constituição Federal dispõe que a saúde é direito de todos, sendo competência solidária entre a União, Estado, Distrito Federal e Municípios a responsabilidade pela prestação

do serviço a saúde à população[28]. O relator ainda citou uma decisão do Ministro Celso de Mello29 que entende que "o caráter programático do direito à saúde não pode converter em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público substituir o cumprimento de seu dever".

Entendeu-se no caso que se o medicamento possui fundamento em prescrição médica que menciona que não pode ser substituído, além de ser pleiteado por pessoa idosa, doente, sem condições financeiras de adquiri-lo. Portanto, deve ser concedido, eis que embora a prescrição médica não goze de presunção absoluta é suficiente para demonstrar a necessidade do fármaco indicado.

Na apelação Cível nº 2011.002902-8/0000-00 – Dois Irmãos do Buruti – Relator Sr. Dês, João Bária Lós, julgada em 03-03-2011, Raira Correia Paixão pretendia a cirurgia corretiva no pé esquerdo, cujo valor é de R$ 4.450,00.

O Desembargador entendeu que a morosidade do Estado em prestar atendimento aos usuários do SUS autoriza a apreciação do caso concreto pelo Judiciário, pois no caso o Estado não informou qual era a colocação da paciente na fila de espera, sequer quantas pessoas estariam na sua frente, de modo que não há que se falar em preterição de um enfermo pelo outro, mas sim em garantia do direito constitucional à saúde de um cidadão que está tentando ser operado e não consegue.

Na apelação Cível nº 2010.028427-4/0000-00 – Campo Grande – Relator Sr. Dês. Joenildo de Suza Chaves, julgada em 03-03-2011 o TJ/MS analisou um caso que o autor Antônio Pedro Albino portador de insuficiência renal necessitava realizar hemodiálise e do medicamento Ketosteril.

O Tribunal entendeu que à saúde encontra-se ligada ao direito à vida, à dignidade da pessoa humana, sendo dever do Estado brasileiro assegurá-la[30] e que "o não preenchimento de mera formalidade, inclusão de medicamento em lista prévia, por si só, não obstaculiza o fornecimento gratuito do fármaco[31]", "pois comprovada a necessidade do medicamento para garantia da vida, deverá ele ser fornecido32".

28 (AgRg no Agravo de Instrumento 858.899 – Rel. Min. José Delgado – 1ª T. – J. 26.6.2007).
29 (AgRg-RE 273.834-4 – Rel. Min. Celso de Mello – 2ª T – DJU 02.02.2001).
30 BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal Anotada, Ed. Saraiva. 5ª ed. 2003. p. 1291.
31 AgRg na STA 83/MG, Rel. Min. EDSON VIDIGAL, J. 25.10.2004.
32 RESP 212346/RJ - Ministro FRANCIULLI NETTO - SEGUNDA TURMA - DJ 4.2.2002 p.00321.

Na apelação Cível nº 2011.003047-8/0000-00 – Itaporã – Relator Sr. Dês, Rêmolo Letterielo, julgada em 22-02-2011 o Tribunal de Justiça analisou um caso em que o autor Waldecy Felizardo de Souza sofreu um acidente vascular cerebral e necessitava de medicamentos, decidindo, ao final que é obrigação estatal assegurar às pessoas desprovidas de recursos financeiros, o acesso à medicação necessária[33].

Citou em sua decisão o voto do Ministro Luiz Fux[34] que entende que o SUS é composto pelos três entes da federação e que o medicamento deve ser fornecido de modo a garantir o princípio maior que é a vida digna que tem como princípio meio o direito a saúde. Ao final, salientou que o cumprimento de obrigações desta espécie não tem o condão de lesar aos cofres públicos[35], pois o direito a vida deve prevalecer em detrimento do interesse financeiro e secundário do Estado.

Ou seja, diante de todas estas decisões externadas, torna-se cogente evidenciar o juízo externado por Ives Gandra da Silva Martins[36], aclarado no julgamento do Recurso Especial Nº 235381 – RS, do qual foi relator o Ministro Franciulli Netto:

> "O ser humano é a única razão do Estado. O Estado está conformado para servi-lo, como instrumento por ele criado com tal finalidade. Nenhuma construção artificial, todavia, pode prevalecer sobre os seus inalienáveis direitos e liberdades, posto que o Estado é um meio de realização do ser humano e não um fim em si mesmo".

Portanto, restando demonstrado que a presente prestação jurisdicional tem por fim único adequar a realidade fática visualizada à previsão constitucional estabelecida no artigo 196 da Constituição Federal de 1988, revela que o Poder Judiciário apenas obriga o Estado ao cumprimento de políticas públicas "no prazo de até 30 dias[37]", não violando, assim, o princípio da Tripartição dos Poderes.

---

33 Recurso Especial Nº 507.205 – PR, do qual foi relator o Ministro José Delgado.

34 Ministro Luiz Fux, no julgamento do Recurso Especial Nº 625.329 – RJ.

35 Ministro Nilson Naves. Recurso de Agravo Regimental Nº 2004.001148-2.

36 MARTINS, Ivo Grandra da Silva. ***Caderno de Direito Natural*** *– Lei Positiva e Lei Natural, n.1, 1ª edição, Centro de Estudos Jurídicos do Pará, 1985, p. 27.*

37 Embargos de Declaração em Agravo - N. 2011.001354-4/0001-00 - Três Lagoas. Relator - Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. Julgamento: 17/02/2011.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir dos diálogos acima, podemos responder a seguinte questão: Até quando o Poder Judiciário vai ser provocado a entregar no 'varejo' Direitos Fundamentais como saúde que deveriam ser materializados no 'atacado' pelo Poder Executivo?

A primeira delas, enquanto o cidadão procurar o judiciário para a efetivação ou proteção de seus direitos fundamentais mínimos, que deveriam ter sido fornecidos ab initio pelo Executivo, aquele – o Judiciário – não poderá se furtar à análise destes casos e, havendo o direito, deve-se manifestar pelo deferimento do pedido.

Em segundo momento podemos apontar a falha ou a ausência de planejamento de ações de saúde (fornecimento de medicamentos, por exemplo).

Terceiro, a falta ou ausência de competência de nossos representantes eleitos, não raro agravada com violação aos princípios da moralidade (garantir serviços de saúde para fins eleitorais – compra de voto), impessoalidade (dirigir a prestação da saúde a apadrinhados), e finalidade (aquisição de medicamentos com qualidade duvidosa). Ou seja, enquanto houver uma dependência torpe entre manutenção do poder delegado pelo agente político e sua omissão visível quando ele utiliza a estrutura estatal para perpetuar sua permanência no governo.

Aliás, a Constituição Federal de 1988 é soberana e, como tal, não pode ser interpretada como um livro cheio de promessas vazias. Ou seja, todas as normas ali contidas têm que irradiar em nosso ordenamento jurídico devendo ser observadas e cumpridas pelo Estado.

Assim, o judiciário poderá ser provocado a intervir nos desígnios da Administração e determinar a entrega de medicamentos em detrimento do orçamento e das políticas públicas enquanto o mínimo necessário não for efetivamente garantido pelo Estado.

Portanto, ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo SUS, o judiciário não esta criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento, pois esta garantindo um

direito fundamental do ser humano, ou seja, não age em nome próprio, mas supri a inércia do Poder Executivo.

8. REFERÊNCIAS

AgRg na STA 83/MG, Rel. Min. EDSON VIDIGAL, J. 25.10.2004.

AgRg no Agravo de Instrumento 858.899 – Rel. Min. José Delgado – 1ª T. – J. 26.6.2007.

AgRg-RE 273.834-4 – Rel. Min. Celso de Mello – 2ª T – DJU 02.02.2001.

ARENDT, Hannah. **As Origens do Totalitarismo**, trad. Roberto Raposo, Rio de Janeiro, 1979.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**, Ed. Saraiva. 5ª ed. 2003. Embargos de Declaração em Agravo - N. 2011.001354-4/0001-00 - Três Lagoas. Relator - Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. Julgamento: 17/02/2011.

http://www.alvarodias.blog.br/2011/05/corrupcao-na-saude-publica-da-cadeia-para-alguns/. Acessado em 02/08/2011, às 13:00 horas.

http://www.alvarodias.blog.br/tag/saude/. Acessado em 02/08/2011, às 15:00 horas.
KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**; Tradução de Leopoldo Holzbach – São Paulo: Martin Claret, 2004.

KELSEN, **O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência**, 1998.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. SP: Atlas, 2008.

MARTINS, Ivo Grandra da Silva. **Caderno de Direito Natural – Lei Positiva e Lei Natural**, n.1, Centro de Estudos Jurídicos do Pará, 1985.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2006.

Recurso Especial Nº 507.205 – PR, do qual foi relator o Ministro José Delgado.
SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direito Fundamentais na Constituição de 1988**. 2. ed: PA. Livraria do Advogado. 2002.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. SP: Malheiros, 1998.

SOUZA, Celina. **Políticas Públicas**: uma revisão da literatura. Junho/dezembro 2006.
STA 278-6. Voto Ministro Gilmar Mendes. Liminar Nº 2008.001847-2/0001.00). Julgamento dia: 22/10/2008.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. Volume III – Os Direitos humanos e a Tributação – Imunidades e Isonomia. Rio de Janeiro. Editora Renovar. 1999.

TORRES, Ricardo Lobo. **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro. Renovar, 1999.

TAXA DE INCÊNDIO: ASPECTOS JURÍDICOS RELEVANTES

Everton Torres de Oliveira[1]

Resumo: O presente artigo visa analisar a taxa de incêndio, instituída em várias unidades da federação com o escopo geral de financiar o reaparelhamento e a manutenção dos Corpos de Bombeiros Militares. Tributo criado com aval dos governadores, apoiados em jurisprudências dos tribunais superiores, mas que contraria a doutrina dominante no universo jurídico pátrio, além de alguns tribunais de justiça estaduais, os quais questionam, entre outros critérios, a constitucionalidade da referida taxa. Longe de ser pacífica e harmoniosa a instituição de qualquer tributo no país, a taxa de incêndio acaba por alimentar ainda mais o "fogo" em torno da discussão da excessiva carga tributária no Brasil. Possibilidade jurídica da exação ou estratégia política para delegar ao contribuinte um dever constitucional do Estado? Diante desta perspectiva analisaremos com mais profundidade os aspectos jurídicos em torno da taxa de incêndio que já é cobrada em alguns estados, mas que ainda é pouco conhecida entre alguns operadores do direito e entre muitos de seus contribuintes.

Palavras-chave: Taxa de Incêndio, Estado, Aspectos Jurídicos.

Abstract: *This article aimsthe extinguished fire's tax, set in various units of the federation with the general scope of the fund retool and maintenance of fire brigades. Tribute created with backing from the governors, supported by rulings of higher courts, but that contradicts the dominant doctrine in the legal parental rights, courts and some state attorneys general, which ask, among other criteria, the constitutionality of that tax. Far from being peaceful and harmonious the imposition of any tax in the country, the tax of fire just by eating more "fire" around the discussion of the excessive tax burden in Brazil. Legal possibility of extortion or political strategy for the taxpayer to delegate the constitutional duty of the state? Given this perspective we will analyze in depth the legal issues around the extinguished fire's tax that is already charged in some states, but*

[1] *Bacharel em Engenharia de Incêndio e Pânico pela UnB/CBMDF. Oficial do Corpo de Bombeiros Militar do Estado de Mato Grosso do Sul. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Banca Examinadora da Universidade Federal da Grande Dourados, como pré-requisito para obtenção do Título de Bacharel em Direito, sob a orientação da Prof.ª Me. Verônica Maria Bezerra Guimarães.*

little is known among some law enforcement officers and among many of its contributors.

***Key words**: Extinguished Fire's Tax, States, Legal Issues.*

1. INTRODUÇÃO

Taxa de prevenção e combate a incêndios, taxa pela utilização potencial de extinção de incêndio, taxa de bombeiros, taxa contra sinistros ou como é mais conhecida: taxa de incêndio, embora receba variados nomes a taxa de incêndio, na verdade, gera muita polêmica no mundo jurídico nacional por conflitar com a maioria das doutrinas tributárias e de alguns tribunais de Justiça.

A discussão jurídica em torno do novo tributo já ocorre em vários estados da federação há mais uma década, mas longe de serem pacíficas, as decisões sempre alternam entre favoráveis e contrárias a sua instituição e cobrança. De início faz-se necessário abordarmos brevemente sobre os fatos históricos e culturais que envolvem os incêndios[2] e as instituições que o combatem.

O fogo representa, incontestavelmente, a primeira aquisição tecnológica da humanidade[3], com o tempo a forma de utilização do fogo evoluiu, porém, mesmo dispondo de tecnologia o homem não conseguiu dominar inteiramente o fogo, por isso, sempre eclodiram grandes incêndios que ceifaram muitas vidas e trouxeram muitos prejuízos patrimoniais. Os incêndios no decorrer do tempo sempre marcaram a história da humanidade de forma trágica[4].

Diante desta realidade os Estados precisaram organizar-se para combaterem os incêndios, havia necessidade de criar instituições próprias e

[2] Definição de Incêndio: é o fogo fora de controle, conforme NBR 13.860:2007.

[3] FREITAS, Osvaldo Nunes; SÁ, José Marques. Manual Técnico Profissional para Bombeiro. Ed. revisada. Brasília: Inconfidência, 2000, p.3.

4 Incêndio no GranCircus Norte Americano em Niterói-RJ em 1961, consequências: 317 pessoas morreram, 120 mutiladas e 300 feridas; Incêndio no Edifício Andraus em São Paulo-SP em 1972, consequências: 16 vítimas fatais e 330 feridas; Incêndio no Edifício Joelma em São Paulo-SP em 1974, consequências: 189 vítimas fatais e 300 feridas; Incêndio no Edifício Andorinha no Rio de Janeiro-RJ em 1986, consequências: 16 vítimas fatais e mais de 50 pessoas feridas. Disponível em: <http://www.historia.uff.br/labhoi/node/57> Acessado em 11 de fevereiro de 2011 e <http://www.almanaque.folha.uol.com.br/cotidiano.htm> Acessado em 11 de fevereiro de 2011.

especializadas para debelar os sinistros que estavam destruindo propriedades, dilapidando patrimônios e ceifando vidas, assim, surgiram os Corpos de Bombeiros. Inicialmente no século XVIII, muitos países estabeleceram instituições formadas por civis e voluntários, os quais não tinham vínculo com o Estado, mas que desempenhavam papel fundamental para sociedade da época. A instituição civil criada no período da revolução industrial, logo serviu de modelo para muitos países da Europa, Ásia e América, como é caso hoje de países como EUA, Japão, Canadá, Inglaterra, entre outros.

No Brasil, a coroa portuguesa criou no dia 02.07.1856 uma organização composta pelos soldados da corte para combaterem os incêndios que surgissem no palácio sede do império, mais tarde, em 02.04.1954, o então presidente Getúlio Vargas, oficializou o dia 02 de julho como o dia nacional do bombeiro, por meio do Decreto Federal nº 35.309. O vínculo estatal, no caso do Brasil, manteve-se desde sua criação pelo império no período de Dom Pedro II até os dias atuais, com exceção de alguns estados que instituíram em algumas cidades os bombeiros voluntários[5], como por exemplo: Santa Catarina (32 cidades), Rio Grande do Sul (20 cidades), Minas Gerais (04 cidades) entre outras cidades Brasil a fora.

A grande maioria dos Corpos de Bombeiros é formada por militares estaduais, servidores públicos, regidos pelo regime estatutário, ingressos através de concurso público. O papel do Corpo de Bombeiros[6], de forma geral, incumbe à execução de atividades de defesa civil, de prevenção, combate e extinção de incêndios, de busca, salvamento e de socorro público, prestar socorros em casos de afogamentos, inundações, desabamentos, acidentes em geral, catástrofes e calamidades públicas.

O objeto da pesquisa é analisar esse tributo sob os aspectos jurídicos na seara da jurisprudência, doutrina e legislação aplicável, observando também seu fator histórico-cultural. O objetivo geral é relacionar essa exação com a aviltante carga tributária no país e, especificamente, responder as seguintes questões: É pacífica a instituição dessa taxa? É mais uma estratégia política para transferir ao contribuinte um dever estatal? Adotaremos o método de pesquisa bibliográfica e exploratória.

5 Disponível em:<http://portaldovoluntario.org.br/blogs/46277/posts/460> Acessado em 08 de junho de 2011.

6 Art. 2º. Lei Complementar n° 049/1990(Lei de Organização Básica do CBMMS); e art. 50 da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul;

2. NOÇÕES GERAIS SOBRE OS IMPOSTOS E AS TAXAS

A Constituição Federal de 1988, embora tenha tratado do sistema tributário nacional, não chega a definir o que seja tributo. Porém, analisando sistematicamente as normas do sistema tributário, resta claro que nossa Carta Política deixa à lei complementar a incumbência de definir o que seja tributo.[7] Desta forma o art. 3° do Código Tributário Nacional conceitua o que vem a ser Tributo.

O CTN considera em seu artigo 5º como espécie de tributo apenas três: impostos, taxas e contribuições de melhoria. Já o Supremo Tribunal Federal, seguindo a Constituição Federal e a melhor doutrina, distingue as espécies tributárias como sendo cinco: impostos, taxas, contribuições de melhoria, contribuições especiais e empréstimos compulsórios.[8]

Os *impostos* são tributos de receita não vinculada à atividade estatal específica e incidem sobre a manifestação de riqueza, se sustentando sobre a ideia de solidariedade social. Os impostos têm caráter contributivo. A vinculação do imposto é proibida pela Constituição (artigo 167, IV), pois são de arrecadação não vinculada, financiando atividades gerais do Estado. No entendimento de Roque Antonio Carrazza: "a prestação patrimonial do contribuinte do imposto é *unilateral*, porque não faz nascer, para a entidade tributante, qualquer dever específico de efetuar uma contraprestação." (Carrazza, 2009, p. 532).

Agora trataremos com mais profundidade sobre as taxas, pois constituem o objeto de nosso trabalho. São tributos de receita vinculada à atividade estatal específica e os entes políticos podem instituir taxas de polícia pelo exercício regular do poder de polícia, ou ainda, taxas de serviço pela utilização efetiva ou potencial de serviços públicos específicos e divisíveis prestados ou colocados à disposição do contribuinte.[9]

As taxas de polícia tem como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ancorado no princípio da supremacia do interesse público sobre o

[7] *Conforme art. 146, III, a, da CF/88.*
[8] *PAULSEN, Leandro.* ***Direito Tributári****o: Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 36.*
[9] *Artigo 145, inciso II, da Constituição Federal.*

privado, razão pela qual pode se justificar a restrição ou o condicionamento do exercício de direitos individuais. O art. 78 do CTN traz um rol exemplificativo sobre os interesses que podem ser protegidos pelo exercício do poder de polícia, que, aliás, deve ser efetivo.

Já as taxas de serviço podem ser cobradas quando o serviço for disponibilizado, específico e divisível, assim, não é legal uma taxa sobre serviços gerais, bem como, é necessário que os contribuintes sejam identificados como beneficiários do tal serviço, já que as taxas tem carácter contraprestacional. Importa ainda, que o serviço seja disponibilizado, não necessitando ser efetivamente utilizado.

À Luz do art. 79, CTN, temos que os serviços utilizados pelo contribuinte podem ser a) efetivamente, quando usufruídos por ele a qualquer título; b) potencialmente, quando, sejam postos à sua disposição mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento. Ainda os incisos II e III contemplam duas características que somadas preenchem os requisitos legais para instituição da exação em comento, quais sejam: II- *especificidade* e III-*divisibilidade*.

A especificidade se verifica quando os serviços possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de utilidade ou de necessidade pública. Há um princípio que parece bem apropriado para nos explicar a especificidade, chamado por *Roque Antônio Carraza* de princípio da causalidade, quem deve arcar com o ônus econômico das despesas na busca da reparação dos direitos lesados com a movimentação do aparelho estatal é a pessoa que deu causa a atuação do Estado. Dessa forma, a partir do momento em que o Estado se aparelha para executar o serviço, está atendida a exigência da especificação.

Por sua vez, a divisibilidade trata dos serviços quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários. Para entendermos melhor esse critério é preciso saber que os serviços públicos dividem-se em gerais e específicos. Os serviços gerais, ditos também universais, são prestados *uti universi*, isto é, indistintamente a todos os cidadãos. É o caso dos serviços de iluminação pública, de segurança pública, de defesa externa do País etc., não podendo ser custeados por taxas, mas, sim, das receitas gerais do Estado,

basicamente, pelos impostos. Já os serviços públicos específicos, ou singulares, são os prestados *uti singuli*. São de utilização individual e alcançam a um cidadão ou a um número exato de pessoas, traduzindo a ideia de divisibilidade, por exemplo, os serviços de transporte coletivo, energia elétrica etc. A base de cálculo das taxas deve ser diferente das próprias de impostos.

Como bem sintetiza Leandro Paulsen[10] sobre o fundamento das taxas:

> (...) o exercício do poder de polícia é realizado, e os serviços públicos são prestados porque são atividades de interesse público. Contudo, não há por que toda a sociedade participar do custeio de tais atividades estatais na mesma medida se são elas específicas, divisíveis e realizadas diretamente em face ou para determinado contribuinte que a provoca ou demanda(...)

3. A TAXA DE INCÊNDIO

Recentemente alguns Estados e Municípios têm aprovado leis com o escopo de tornar possível a instituição e cobrança da chamada "taxa de incêndio", cujo fato gerador é a disponibilidade do serviço público prestado pelos Corpos de Bombeiros, especificamente para combate e extinção de incêndios, vinculando parte dos valores pecuniários recolhidos à manutenção e aparelhamento dos Corpos de Bombeiros. Porém, distinção fundamental deve ser feita aqui, pois alguns doutrinadores do mundo jurídico confundem o termo *prevenção* de incêndio com *extinção* de incêndio.

A prevenção se dá anterior à fase inicial do incêndio, e para que a prevenção seja eficaz são imprescindíveis os meios de proteção e alerta que o cidadão pode se valer para evitar que se inicie o sinistro em sua edificação, são exemplos de meios de proteção: proteção estrutural (paredes e portas corta-fogo), meios de fuga (iluminação e sinalização de emergência), meios de combate (instalação de aparelhos extintores, rede de hidrantes, e de sprinklers-chuveiros automáticos), meios de alerta (alarme e detecção de incêndios) etc. Para regular a prevenção contra incêndio e pânico nas edificações e prédios públicos e privados,

10 PAULSEN, Leandro. ***Direito Tributário****: Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 38.*

nos estabelecimentos comerciais, indústrias, culturais, esportivos etc., os Estados da Federação têm leis estaduais próprias, por exemplo: em Mato Grosso do Sul é a Lei nº 1.092/1990, em Minas Gerais a Lei nº 14.130/2001, em Mato Grosso a Lei nº 8.399/2005, em São Paulo a Lei nº 684/1975, entre outros.

Assim, para garantir a segurança das pessoas e a proteção dos bens se exige, além de outros quesitos, o recolhimento de algumas taxas para emissão de documentos, como vistoria, análise e aprovação técnica de **PPCIP** (Projeto de Prevenção Contra Incêndio e Pânico), Certificados etc., àquele contribuinte que quer regularizar seu imóvel ou empreendimento, caracterizando taxas pelo poder de polícia e não taxas de serviços.

Por outro lado, quando o bem imóvel do contribuinte não se utilizou da prevenção e nem se utilizou dos meios de proteção e alerta para evitar o fogo fora de controle, temos que movimentar o Estado (viaturas, equipamentos e profissionais) para o combate e a extinção do incêndio, e é aí que entra a voracidade do Estado para angariar divisas. A extinção efetiva ou a colocação a disposição desse serviço é o fato gerador dessa taxa de serviço, que tem gerado muita discussão no âmbito doutrinário e jurídico, pois, como veremos no próximo tópico, há também instabilidade até em julgados da corte máxima nacional.

Alguns Estados como Rio de Janeiro (Lei nº 5.996/2011, que altera a Lei nº 622, de 02.12.1982), Minas Gerais (Lei nº 14.938/2003, que altera a Lei nº 6.763/1975) e Mato Grosso (Lei nº 9.067, de 23.12.2008), obtiveram sucesso na criação e implantação do novo tributo, porém, apesar do enorme esforço, outros Estados como Ceará, Pará, São Paulo, Mato Grosso do Sul, além do Distrito Federal, etc., não conseguiram até a presente data, instituírem essa famigerada taxa, por conta da divergência jurisprudencial existente entre os juízos *a quo* e principalmente entre os Tribunais de Justiças estaduais, o qual será objeto de estudo do próximo tópico.

Na visão jurídica e doutrinária, percebe-se que essa taxa esta permeada de vícios que afasta a sua legalidade e a sua constitucionalidade, se não vejamos: como já comentado a taxa como espécie tributária deve diferenciar-se dos demais tributos em vários pontos; um deles é a sua vinculação à atuação específica do Estado, como

forma de reembolso do custo dessa atuação. Essa regra básica é aviltada quando temos em todos os Estados onde há a cobrança da referida taxa a criação, por exemplo, de um *Fundo Institucional*, é o caso do Rio de Janeiro com o **FUNESBOM**[11], para o gerenciamento e administração da arrecadação com destinação **de apenas 70% (setenta por cento)** do montante dos recursos financeiros da receita da taxa para o CBMERJ (Corpo de Bombeiros do Estado do Rio de Janeiro).

Outro caso de inobservância legal é o de Minas Gerais[12], onde a desvinculação atinge o percentual de **50% (cinquenta por cento)** da arrecadação destinando-se o restante ao tesouro estadual para custeio de despesas alheias à prestação do serviço a que se vincula, ferindo a natureza e os efeitos dessa espécie tributária, ou seja, a destinação total e compulsória dos recursos financeiros ao pagamento do serviço prestado.

Em outra seara, temos que analisar a questão da competência para a instituição e cobrança, pois, claro está que a dita taxa é classificada pelas leis onde é cobrada como taxa de segurança pública, e não poderia ser diferente, posto que, os serviços de combate e extinção de incêndios são prestados pelos Corpos de Bombeiros Militares dos Estados.

Assim, instalado está o conflito normativo, uma vez que, na melhor interpretação constitucional, tem-se que o Corpo de Bombeiros Militar é instituição afeta à segurança pública, nos dizeres do art. 144 da Constituição Federal, onde a segurança pública é dever do Estado e da sociedade, tendo natureza de serviço público geral, prestando-se a preservação da ordem coletiva, serviços esses que não podem ser suportados mediante taxa, mas sim, por impostos. A Carta política insere o Corpo de Bombeiros, entre as atividades estatais, estabelecendo que:

> **Art.144**- A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:
> (...)
> V- policias militares e **corpos de bombeiros militares. (grifo nosso)**

[11] *Art.1º, paragrafo único da Lei nº 5.996/2011, Cria o FUNESBOM no Estado do Rio de Janeiro.*
[12] *Art. 113, § 2º e § 3º da Lei nº 6763/1975, alterada pela Lei nº 14.938/2003, lei que destina apenas 50% da arrecadação dos recursos da taxa de incêndio ao reaparelhamento do CBMMG (Corpo de Bombeiros de Minas Gerais).*

Na leitura do § 6º do Art. 144 da CF, fica demonstrado que os serviços de combate e extinção de incêndios competem ao Estado por serem atividades de segurança pública, de caráter universal e geral, prestados por órgão da segurança pública. Nesse entendimento, o STF já decidiu que é inconstitucional a cobrança de taxa para os serviços de segurança pública, conforme ADI 2424 (DJ 18.06.2004) *in verbis*:

> ADI 2424 / CE - CEARÁ
> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
> Relator(a):Min. GILMAR MENDES
> Julgamento: 01/04/2004 Órgão Julgador: Tribunal Pleno
> Publicação: DJ 18-06-2004 PP-00044
> EMENTA VOL-02156-01 PP-00097 - RTJ VOL 00192-02 PP-00572
> EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Lei nº 13.084, de 29.12.200, do Estado do Ceará. Instituição de taxa de serviços prestados por órgãos de Segurança Pública. 3. Atividade que somente pode ser sustentada por impostos. Precedentes. 4. Ação julgada procedente.

Não bastassem os vícios já mencionados da desvinculação das receitas e os serviços prestados ou postos à disposição serem realizados por órgão da segurança pública, vejamos o fato da impossibilidade de aplicar o critério da divisibilidade, ou seja, da individualização dos beneficiários dessa exação.

No cenário de um sinistro, como um incêndio, não é razoável acreditar que o fogo fora de controle se limitará apenas a propriedade do cidadão-contribuinte da taxa. Os procedimentos e as táticas de combate à incêndios prediais[13] ensinadas a qualquer bombeiro no País, obrigatoriamente, incluem a evacuação das pessoas num determinado raio de segurança do local incendiado e o resfriamento das edificações mais próximas do foco do incêndio, no intuito de evitar a propagação das chamas para as propriedades circunvizinhas, que não deram causa ao sinistro, mas que correm risco de serem atingidas e salvaguardar vidas em perigo.

[13] *FREITAS, Osvaldo Nunes; SÁ, José Marques.* ***Manual Técnico Profissional para Bombeiro****. Ed. revisada. Brasília: Inconfidência, 2000, p. 12 e 137.*

Tecnicamente, um incêndio, mesmo de pequenas proporções, sempre gera para o Corpo de Bombeiros uma mobilização, seja de efetivo, seja de equipamentos ou materiais para socorrer, não apenas, o solicitante, mas, toda a coletividade em torno do foco do incêndio; em outras palavras, a máquina do Estado prestará o serviço àquele contribuinte-solicitante, e também àqueles a sua volta, independente de serem contribuintes da taxa de incêndio.

Ora, a extinção de incêndios não beneficia somente os proprietários, possuidores ou titulares de domínio útil de bens imóveis localizados na zona urbana municipal, mas toda a sociedade, que pode ter todos os seus bens, imóveis, móveis e semoventes, e a própria vida dos indivíduos, ameaçados pelo sinistro14. Por esse prisma, vê-se que a malfadada exação não atende ao critério da divisibilidade, exigidos para espécie tributária de taxa, nos termos do art. 79, inciso III, CTN, uma vez que, não pode ser fruída por apenas um determinado beneficiário, ensejando sua total incompatibilidade com a Constituição Federal de 1988.

Por último, vale trazer à baila, a discussão na órbita quanto à base de cálculo do referido tributo, pois, é expressa no Art. 145, § 2º da CF/1988 a vedação da base de cálculo da taxa própria de imposto. Utilizando os exemplos de Minas Gerais, Lei nº 14.938/2003, e do Mato Grosso, Lei nº 9.067, de 23.12.2008, que mensuram o quantum será cobrado, por meio da fórmula do Coeficiente de Risco de Incêndio, obtido da multiplicação de três fatores: a) Carga de Incêndio específica, expressa em megajoules por metro quadrado (MJ/m²); b) Área de construção do imóvel em metros quadrados; e c) Fator de Graduação de Risco.

Considerando os fatores acima, claro se torna notar a identidade de 02(dois) desses fatores com a base de cálculo do IPTU (Imposto Predial Territorial Urbano), quais sejam, a ocupação do imóvel, fundamental para calcular a Carga de Incêndio específica e a área da construção em m². Vale apostilar o precedente do STF, que no julgamento do RE 185.050/SP Min. Relator: Ilmar Galvão (DJ 07.03.1997) declarou inconstitucional a instituição da taxa de prevenção de incêndio pelo município de São Paulo, pelo fato da base de cálculo ser própria do IPTU.

A base de cálculo da taxa de incêndio no Rio de Janeiro, Lei nº 5.996/2011

[14] *SIQUEIRA, 2006, p.149.*

e Decreto nº 11.299/1988, é ainda mais coincidente com a de imposto, na medida em que apenas utiliza o fator da área da construção e da ocupação ou uso para obter o valor pecuniário, referente a contraprestação efetiva ou potencial por parte do Estado. Isto posto, verifica-se a impossibilidade da utilização de qualquer fator ou critério que seja idêntico ao de qualquer imposto, por afronta ao disposto no Art. 145, § 2º da CF/1988.

Portanto, ao esmiuçarmos cada critério e/ou exigência no Código Tributário Nacional e na Carta Magna para a instituição e cobrança das taxas, certificou-se de se tratar, na verdade, de uma exação manifestamente ilegal e inconstitucional, por não atender, entre outros, ao princípio basilar da legalidade e da constitucionalidade. Com essa compreensão passaremos a desvendar alguns conflitos que tem surgidos relacionados ao tema nos principais órgãos julgadores nesse País.

4. JURISPRUDÊNCIAS CONFLITANTES

Não é de hoje que os tribunais superiores vêm discutindo a questão da inconstitucionalidade das taxas cobradas sobre segurança pública, mais especificamente, pela utilização potencial do serviço de extinção de incêndios. Tanto é que, o STF já admitiu que o tema é de Repercussão Geral[15] no ano de 2007.

O Supremo Tribunal Federal ao julgar o RE nº 206.777[16], relator Min. Ilmar Galvão (D.J. 30.04.99), abriu um precedente na jurisprudência que não foi pacífico ao longo tempo, nem mesmo dentro do STF. Na ocasião, o Supremo declarou a legitimidade da taxa de segurança, exigida para cobrir despesas com

[15] Repercussão Geral admitida no Recurso Extraordinário nº561158 RG/MG, Relator: Min. Marco Aurélio, julgamento em 10/11/2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp> Acessado em 05.10.2011.

[16] Ementa na íntegra: "Tributário. Município de Santo André. IPTU progressivo. Taxas de Limpeza Pública e de Segurança. Leis Municipais Nº 6.747/90 (ARTS. 2º E 3º); 6.580/89 (ARTS. 1º E 2º. INC. I Alínea A, E INC. II, ALÍNEAS A E B), e 6.185/85. Acórdão que os declarou inexigíveis. Alegada ofensa INCS. I E II E §§ 1º E 2º DO ART. 145; INC. I E § 1º DO ART. 156; §§ 1º, 2º, 4º, INC. II, DO ART. 182 da Constituição. Decisão que se acha em conformidade com a orientação jurisprudencial do STF no que tange ao IPTU progressivo, declarado inconstitucional no julgamento do RE 194.036, Min. Ilmar Galvão; e á taxa de limpeza urbana (arts. 1º e 2º, inc. I, a, e II, a e b, da Lei nº 6.580/89), exigida com ofensa ao art. 145, inc. II e § 2º, da CF, porquanto a título de remuneração de serviço prestado uti universi e tendo por base de cálculo fatores que concorrem para formação da base de cálculo do IPTU. Declaração da inconstitucionalidade dos dispositivos enumerados, alusivos à taxa de limpeza urbana. Pechas que não viciam a taxa de segurança, corretamente exigida para cobrir despesas com manutenção dos serviços de prevenção e extinção de incêndios. Recurso conhecido em parte, para o fim de declarar a legitimidade da última taxa mencionada. Recurso conhecido em parte, para o fim de declarar a legitimidade da última taxa mencionada."(STF,Tribunal Pleno, RE 206.777, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 30.04.1999)(grifo nosso)

a manutenção dos serviços de prevenção e extinção de incêndios no município de Santo André-SP, o qual buscava reformar acórdão do 1º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, porém, esse entendimento não se perpetuou no STF, gerando divergências sobre o assunto. Para a Corte Maior, todas as atividades relacionadas à segurança pública são serviços que não podem ser considerados específicos nem divisíveis, devendo ser custeados por receitas oriundas dos impostos.

A instituição da taxa para a manutenção do serviço de segurança pública já foi declarada inconstitucional pelo Pleno da Corte Suprema no julgamento da já citada ADI 2.424/CE (DJ 18.06.2004), e corroborada pela ADI 1.942/PA[17] (DJ 22.10.1999).

Ocorre que, em acórdão proferido pela 2ª Turma do STF (D.J. 03.08.2007), foi negado provimento ao agravo regimental no RE 473.611/MG, em que se discutia a questão da inconstitucionalidade e ilegalidade da cobrança da "taxa de incêndio" instituída pelo Estado de Minas Gerais, firmando posição de que a Lei Mineira nº 6.763/75, com redação dada pela Lei 14.938/2003 é legítima. Contudo, esse precedente buscou fundamentação apenas apoiado na ementa do RE 206.777/SP de 30.04.99, julgado há mais de 12(doze) anos.

Esse acórdão (RE 473.611/MG) proferido pelo STF desconsidera toda a jurisprudência já formada pelo próprio Supremo, na medida em que, na decisão colegiada nas ações diretas de inconstitucionalidade, reconheceu ser inconstitucional a cobrança de taxa para custear atividade relacionada à segurança pública.

Para um Tribunal Constitucional, que se diz guardião da Constituição, não é razoável desconsiderar a importância dos precedentes por se tratar de ADI, cujas decisões possuem efeito erga ommes e vinculante. Do outro lado, menor força tem o efeito em sede de recurso extraordinário, que se limita ao

[17] *Ementa na íntegra: "Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 2º e Tabela V, ambos da Lei 6.010, de 27 de dezembro de 1996, do Estado do Pará. Medida Liminar. - Em face do artigo 144, "caput", inciso V e parágrafo 5º, da Constituição, sendo a segurança pública, dever do Estado e direito de todos, exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através, entre outras, da polícia militar, essa atividade do Estado só pode ser sustentada pelos impostos, e não por taxa, se for solicitada por particular para a sua segurança ou para a de terceiros, a título preventivo, ainda quando essa necessidade decorra de evento aberto ao público. - Ademais, o fato gerador da taxa em questão não caracteriza sequer taxa em razão do exercício do poder de polícia, mas taxa pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, o que, em exame compatível com pedido de liminar, não é admissível em se tratando de segurança pública. (...)" (STF, Tribunal Pleno, Medida Cautelar na ADI 1.942/PA, rel. Min. Moreira Alves. DJU 22.10.1999) (grifo nosso)*

caso concreto e pontual. Dessa forma, o STF, por seu Plenário, ao exercer poder concentrado de constitucionalidade, entendeu ser inconstitucional uma lei que criou taxa para a prevenção de incêndio[18].

A propósito, a constitucionalidade da referida taxa não se sedimentou nos tribunais pátrios, em 2001, o então 1º Tribunal de Alçada de São Paulo se posicionou pela inconstitucionalidade da referida cobrança, no julgamento da Apelação Cível19 nº 0947950-3. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal se manifestou contrário, ao suspender, em sede de liminar proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2001.00.2.005467-6, a eficácia da cobrança da "Taxa de Fiscalização, Prevenção e Extinção de Incêndio e Pânico", cujo julgamento foi proferido em 18.09.2001.

Cristalino está que a constitucionalidade e legalidade de taxa de incêndio ainda não são pacíficas no STF e nem em alguns Tribunais de Justiça, carecendo de um enfrentamento aprofundado sobre o tema até que se edite Súmula Vinculante, extinguindo a discussão. Enquanto isso não ocorre, é bem verdade que, apesar do apelo da doutrina dominante e de inúmeros julgados, decisões monocráticas e colegiadas de Tribunais de Justiça de alguns Estados, a Corte Máxima Pátria ainda não uniformizou sua posição, que friamente analisando, parece mais ter um plano de fundo político, do que propriamente jurídico, uma vez que, os maiores beneficiados pela legalidade e constitucionalidade da exação são os governantes estaduais, que terão um significativo aporte financeiro em seus cofres, deixando de custear o que atualmente gastam com os serviços de extinção de incêndio. Aguardemos os julgamentos das ADI 4.411/MG de 2010 e ADI 2.908/SE de 2003, que ainda tramitam no STF sobre o tema.

5. A CRIAÇÃO DE TRIBUTOS E A CARGA TRIBUTÁRIA

Recentemente, o Governo Federal divulgou a Carga Tributária[20] no Brasil de 2010, atingindo **33,56% em relação ao PIB**, segundo apontou pesquisa

[18] GIANNETTI, Leonardo Varella. A Taxa de incêndio e os conflitos existentes na Jurisprudência do STF. ***Revista Tributária e de Finanças Públicas****. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 16, n. 78, jan.-fev./2008, p.150.*

[19] 1º TACSP, 11ª Câmara Especial de Férias, AP 0947950-3 - (39603), Guarulhos, Rel. Juiz Antonio Marson, DJSP de 08.02.2001.

*[20] A Carga Tributária Bruta é definida como a razão entre a arrecadação de tributos e o PIB a preços de mercado, ambos considerados em termos nominais. (Carga Tributária no Brasil-2010(****Análise por Tributos e bases de Incidência****).* ***Receita Federal do Brasil****, Setembro 2011, p.06).*

da Receita Federal e o IBGE em setembro de 2011. Segundo revelou a pesquisa houve um aumento em relação à Carga Tributária de 2009, que atingiu **33,14% em relação ao PIB**. Esse incremento na Carga Tributária é explicado em função do crescimento das atividades econômicas em 2010, as quais geraram mais arrecadações em tributos, não tendo, segundo a Receita Federal nesse último ano, relação com a criação de novos tributos no país. Porém, o próprio estudo admite que a criação e instituição de novos tributos acarretam, consequentemente, o aumento na Carga Tributária.

Além do crescimento econômico e da criação de novos tributos, outro fator que conduz ao aumento na Carga Tributária é a **corrupção**[21]. Um dos inúmeros efeitos nefastos da corrupção do poder público brasileiro é, sem dúvidas, o desvio de verbas públicas, e consequente sonegação fiscal, que aumentam os custos da máquina estatal, custos que passam a ser suportados retirando-se dinheiro extra da sociedade.

A OCDE (Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico), que incluem 33 países do mundo divulgou o ranking[22] das Cargas Tributárias entre seus países membros, se o Brasil integrasse a OCDE certamente ficaria atrás apenas de alguns países europeus, dados de 2009.

Com sua Carga Tributária de **33,14% (ano de 2009)**, o Brasil superou países altamente desenvolvidos, como Japão, Canadá, Suíça, Irlanda, Espanha e Estados Unidos, entre outros, que ao contrário do Brasil, prestam serviços públicos de qualidade, garantindo à sua população saúde, segurança, previdência social, boas estradas, reembolso de medicamentos, auxílio moradia etc.

Portanto, identificamos que a criação de tributos não é sinônimo de melhoria e nem de qualidade de vida para uma sociedade, se assim fosse, o brasileiro teria um dos melhores índices de qualidade de vida do mundo, com base nos dados da OCDE em comparação com a Carga Tributária Brasileira.

---

[21] Corrupção é o abuso de uma função pública para fins privados. SPECK, Bruno Wilhelm. ***Corrupção, Prevenção e Controle****. Disponível em: <http://www.transparencia.org.br> Acessado em 07.10.2011.*

[22] A Carga Tributária no Brasil. Op. Cit., p.12.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A instituição Corpo de Bombeiros Militar no Brasil, imponderavelmente, atua, correspondendo à expectativa da sociedade, muito mais pela bravura e devotamento de seus integrantes, do que em contrapartida aos esforços e investimentos do poder público. Afirmar que as Corporações, Brasil a fora, não necessitam de investimentos, manutenção e reaparelhamento para desempenharem suas atribuições, entre as quais, incluem a de combate e extinção de incêndios com muito mais eficiência, segurança e rapidez, é no mínimo, um discurso hipócrita.

Os acontecimentos têm demonstrado ao longo dos tempos, que os investimentos e as melhorias na estrutura da segurança pública, e que os saltos tecnológicos e a modernização para atender o cidadão e o seu patrimônio, infelizmente, decorreram de grandes tragédias e sinistros que ceifaram milhares de vidas, ou seja, o despertamento do Estado para essa área ocorreu e vem ocorrendo tardiamente.

Embora, segundo pesquisa[23], a profissão de Bombeiro seja a mais confiável na sociedade brasileira atual, **cerca de 98% de confiabilidade**; essa premente carência de investimentos nas Corporações de Bombeiros, não autoriza o Estado (utilizando-se da boa imagem e aceitação dos Bombeiros) a criar e instituir um tributo chamado taxa de incêndio, que como já esmiuçamos, é ilegal e manifestamente inconstitucional.

O presente artigo procurou demonstrar os vícios dessa exação, se não recordemos: a) Não atendimento ao critério da *divisibilidade*, conforme preconiza Art. 79, Inciso III, CTN, só podendo ser classificado como *uti universi* ou geral. b) As atividades do Corpo de Bombeiros Militar são inseridas nas atividades de Segurança Pública, e como tal, só podem ser financiadas por impostos, como diz o Art. 144, Inciso V e §6º da CF/88; c) Desvinculação de parte da arrecadação dos recursos financeiros da receita da taxa ao fim que a originou, em favor do tesouro

[23] *Disponível em: <http://exame.abril.com.br/blogs/o-negocio-e-lista/2010/08/06/as-9-profissoes-mais-confiaveis-no-brasil> Acessado em 07.10.2011.*

estadual, violando a supremacia dos princípios constitucionais (Carrrazza, 2009, p.58) e Art. 77 caput, CTN; d) Base de cálculo que emprega fatores próprios de impostos, contrariando o Art. 145, II, CF/88; e) Acórdãos do STF contrários à sua instituição e cobrança, conforme julgamentos nas ADI 2.424/CE de 2004 e ADI 1.942/PA de 1999.

Nesse diapasão, comprovamos que a doutrina dominante e a jurisprudência não autorizam o custeio, desta tão nobre atividade, por meio de taxas estaduais ou mesmo municipais, Art. 30, V, CF/88. Percebemos, por último, que o objetivo geral desse trabalho foi atingido, na medida em que ficou demonstrado que a criação de um tributo, em qualquer esfera da administração, tem relação com a Carga Tributária, colaborando para sua majoração.

Na verdade, o brasileiro, em geral, não é contra o pagamento de tributos, até porque tem consciência de sua importância para custear a máquina pública. O que lhe angustia e lhe causa revolta é saber que paga, e paga muito, ao governo e não tem um retorno mínimo satisfatório, em razão da má, ilegal e criminosa gestão e administração da máquina pública nesse país.

Porém, esse artigo não esgota o tema, uma vez que, restou claro não ser pacífico o assunto. E os questionamentos sobre ser manobra política descarada dos governantes, a fim de garantir aporte financeiro extra, à custa do indefeso contribuinte, para custear o que, pela Constituição Federal, é obrigação estatal, segundo esse autor, parece ser a conduta que mais se coaduna com os meios adotados pelos Estados onde esse tributo é cobrado. A esperança é que no Estado do Mato Grosso do Sul isso não ocorra, pois, a solução não parece ser a criação de uma taxa, mas sim, a justa e incorruptível administração e destinação das vultosas receitas já existentes.

7. REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 14. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 25. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 19. Ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

GIANNETTI, Leonardo Varella. A Taxa de incêndio e os conflitos existentes na Jurisprudência do STF. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 16, n. 78, jan.-fev./2008.

FREITAS, Osvaldo Nunes; SÁ, José Marques. **Manual Técnico Profissional para Bombeiro**. Ed. revisada. Brasília: Inconfidência, 2000.

ICHIHARA, Yoshiaki. Taxas no sistemas tributário brasileiro: perfil constitucional e estudo de casos. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 15, n. 75, jul.-ago./2007.

PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário**: Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SEITO, Alexandre Itiu (Coordenação). **A Segurança Contra Incêndio no Brasil**. São Paulo: Projeto, 2008.

SPECK, Bruno Wilhelm. **Corrupção, Prevenção e Controle**. Disponível em: <http://www.transparencia.org.br> Acessado em 07.10.2011.

SIQUEIRA, Marcelo Melo. A Cobrança da Taxa de Incêndio no Estado de MG. **Cadernos da EJEF**: Série Produção Acadêmica: Direito Público - n. 1 (2006) Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Escola Judicial Des. Edésio Fernandes, 2006.

SENTENÇA E COISA JULGADA NA AÇÃO DE ALIMENTOS

SENTENCE AND RES JUDICATA IN THE ACTION OF FOOD

Jacson Renato Beluzi[1]
Taciana Mara Corrêa Maia[2]

Resumo: O intento deste trabalho é demonstrar os principais pontos de discussão doutrinária na ação de alimentos, os quais circundam a sentença e a coisa julgada. Tenta-se aclarar a importância do tema para ciência do direito processual e o posicionamento menos gravoso, fixando-se o que deveria prevalecer doutrinariamente.

Palavras-chave: ação de alimentos; sentença; coisa julgada

***Abstract**: Intent of this work is to demonstrate the point's principals of doctrinal discussion in the foods action, who surround the sentence and the judged thing. Try to explain the theme's importance to science process's law and the position least heavy, fixing what should prevail doctrinally.*

***Keywords**: Food's action, sentence, judged thing.*

1. INTRODUÇÃO

Este artigo tem por desiderato analisar a sentença e a coisa julgada, nomeadamente a coisa julgada material, na ação de alimento, que possui rito especial, disciplinada pela Lei n. 5.478, de 25 de Julho de 1968, a qual é mais conhecida por "Lei de Alimentos".

[1] *Acadêmico do 8° Semestre de Direito no Centro Universitário da Grande Dourados – UNIGRAN.*
[2] *Mestre em Direito Público – PUC/MG, Especialista em Direito Público – UNIFENAS/MG, Procuradora da Fazenda Nacional, Professora no Curso de Direito da Unigran/MS.*

Discute-se, hodiernamente, na doutrina qual a classificação da sentença de mérito na ação de alimentos, a saber, declaratória, constitutiva ou condenatória, bem como se faz ou não coisa julgada material, tendo esta última discussão por cerne a relação jurídica continuada e o artigo 15 da referida Lei, o qual estabelece que "*a decisão judicial sobre alimentos não transita em julgado*".

À vista dessa aguerrida discussão doutrinária, que é de indiscutível importância para o âmbito acadêmico e para a sociedade, por meio do presente trabalho, tentar-se-á demonstrar a natureza condenatória da sentença de mérito e existência de coisa julgada material na lide de prestação alimentícia.

2. DA CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA DA SENTENÇA DE MÉRITO NA AÇÃO DE ALIMENTOS

De limiar, impende trazer, inclusive com o escopo de facilitar o entendimento do presente trabalho, os ensinamentos do notório processualista Humberto Theodoro Junior acerca do conceito de sentença sem julgamento de mérito e com julgamento de mérito, que seguem:

> [...] É clássica a distinção entre sentença terminativa e sentença definitiva. A primeira diz respeito à decisão que põe fim ao processo, sem julgamento do mérito da causa. A segunda é a que encerra o processo, ferindo a substância da lide.[3]

Infere-se, disso, que a sentença formal, sem julgamento de mérito, a qual por não atingir o litígio em razão de alguma irregularidade de ordem processual, fará coisa julgada formal, podendo ter, em regra, o autor a mesma causa de pedir e o pedido em relação à mesma parte reapreciado pelo juiz *a quo* que pôs fim à demanda, já na sentença de mérito, por haver coisa julgada material, tal pretensão não será possível, como adiante será trabalhado.

[3] *JÚNIOR, Humberto Theodoro.* ***Curso de Direito Processual Civil****. Teoria Geral do Processual Civil e Processo de Conhecimento, volume I. 51. ed. Rio e Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 524.*

Feito esse escorço, por ser de igual importância, cumpre aclarar a espécie da prestação jurisdicional final, ou seja, a classificação da sentença, que de acordo com a doutrina predominante subdivide em três: declaratória, constitutiva e condenatória, no tocante a estas faz-se necessário lembrar os conceitos de Chiovenda citados por Theodoro em sua obra. Veja:

> [...] se a vontade da Lei impõe ao réu uma prestação passível de execução a sentença que acolhe o pedido é de condenação e tem duas funções concomitantes, de declarar o direito e de preparar a execução; se a sentença realiza um dos direitos potestativos que para sente atuados, requerem o concurso do juiz, é constitutiva; se enfim, adscreve a declarar pura e simplesmente a vontade da Lei, é de mera declaração.[4]

Apesar do nítido conceito, quando do momento da classificação da sentença, deve-se sopesar, ainda, o início da eficácia das sentenças supramencionadas, em palavras outras, os seus efeitos no tempo, que são dois: ex nunc,quando os efeitos iniciam a partir do transito em julgado da sentença de mérito; e ex tunc, quando os efeitos retroagem, em regra, à época em que se formou a relação jurídica, ou seja, citação válida.

A valer, as sentenças declaratórias e condenatórias possuem, via de regra, efeitos *ex tunc*, retroagindo seus efeitos à data da citação, as sentenças constitutivas, por sua vez, possuem efeitos ex nunc, tendo seus efeitos após o seu passar em julgado.

Há, por esses motivos, quem afirme que a sentença de mérito na ação de alimentos é preponderantemente condenatória e aqueles que se posicionam dizendo que é declatória, constitutiva e condenatória, conforme relata Yusseff Said Cahali.[5]

No entanto, se os efeitos da sentença de mérito retroagem à data da citação, nos termos do § 2° do artigo 13 da Lei 5.478/1968, a saber, "*Em qualquer caso, os alimentos fixados retroagem à data da citação*",[6] e se a sentença

---

[4] *JÚNIOR, Humberto Theodoro. C**urso de Direito Processual Civil.** Teoria Geral do Processual Civil e Processo de Conhecimento, volume I. 51. ed. Rio e Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 524.*

[5] *CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos**. 4. ed., rev., atual., amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 813-4.*

[6] ***Ação de alimentos**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5478.htm. Acessado em 29/06/2011.*

impõe ao réu uma prestação passível de execução, inegável é que predomina a natureza condenatória.

3. DA COISA JULGADA

Inicialmente, a coisa julgada será formal ou material, fazendo-se necessário demonstrar onde incide cada uma, apesar de interessar ao presente trabalho a coisa julgada material.

Para tal tarefa, nada melhor que os escólios de Cintra, Grinover e Dinamarco sobre o tema:

> [...] A coisa julgada formal é pressuposto da *coisa julgada material*. Enquanto a primeira torna imutável dentro do processo o ato processual sentença, pondo-a com isso ao abrigo dos recursos definitivamente preclusos, a coisa julgada material torna imutáveis os *efeitos* produzidos por ela e lançados fora do processo. É a *imutabilidade* da sentença, no mesmo processo ou em qualquer outro, entre as mesmas partes. Em virtude dela, nem o juiz pode voltar a julgar, nem as partes a litigar, nem o legislador a regular diferentemente a relação jurídica.[7]

No que concerne à coisa julgada material, em sentido semelhante, o Código de Processo Civil, aplicável supletivamente à Lei de Alimentos, nos termos do artigo 27 desta, considera coisa julgada material a sentença não mais sujeita a alteração por meio recurso, de acordo com artigo 467 do citado códex. Veja-se:

> Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário (sem grifos o original).

Pois bem, ocorre que na doutrina existe altercação acerca da existência ou não da coisa julgada material na sentença de mérito na ação alimentos, prevalecendo, entretanto, que não há coisa julgada material.

7 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini. ***Teoria Geral do Processo****. 26. ed., rev., atual., São Paulo: Editores Malheiros, 2010, p. 333.*

Para tanto, tal corrente dominante alega, e o faz com fincas no Código de Processo Civil e na Lei 5.478/68, que relação continuada não faz coisa julgada material, podendo ser reapreciada pelo Estado-Juiz, por meio de ação revisional, e a sentença de mérito na ação de alimentos não transita em julgado. Caso não, confira:

> Art. 471. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decidas, relativa à mesma lide, salvo:
> I- se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedira revisão do que foi estatuído na sentença; (sem grifo o original).

E:

> Art. 15. A decisão judicial sobre alimentos não transita em julgado, pode a qualquer tempo ser revista em face da modificação da situação financeira dos interessados (sem grifo o original).[8]

No que concerne à primeira a alegação da corrente majoritária, a rememorar, inexistência de coisa julgada na sentença da ação de alimentos, verifica-se que sem base lógica, uma vez que na ação revisional, malgrado esta ter partes idênticas às da ação de alimentos, o juiz apreciará novos fatos ou novo direito.

De igual modo, quando da oportunidade de se manifestar sobre o tema, posicionou-se o Superior Tribunal de Justiça:[9]

> Direito civil e processual civil. Recurso especial. Ação de exoneração com pedido sucessivo de revisão de alimentos decorrentes de indenização por ato ilícito. Coisa julgada. Hipóteses autorizadoras da revisão.
> - A coisa julgada material se forma sobre a sentença de mérito,

[8] ***Ação de alimentos***. *Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5478.htm. Acesso em 29 jun. 2011.*

[9] *BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial 913431 / RJ, STJ, Rel(a).: Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, Julgado em 27/11/2007, DJe 26/11/2008, p. 184. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia /doc.jsp? livre=a%E7%E3o+de+alimentos+coisa+julgada&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=7. Acesso em 20 jun. 2011.*

mesmo que contenha decisão sobre relações continuativas; todavia, modificadas as situações fáticas ou jurídicas sobre as quais se formou a anterior coisa julgada material, tem-se uma nova ação, fundada em novos fatos ou em novo direito.

- Considerando que a indenização mede-se pela extensão do dano (art. 944 do CC/02), ao julgador é dado fixar-lhe o valor, quando dele resultar lesão ou outra ofensa à saúde, com base nas despesas de tratamento e nos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido (art. 949 do CC/02). E se da ofensa resultar incapacidade física, a indenização incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que a vítima se inabilitou, ou da depreciação que sofreu (art. 950 do CC/02).

- As duas únicas variações que abrem a possibilidade de alteração do valor da prestação de alimentos decorrentes de indenização por ato ilícito, são: (i) o decréscimo das condições econômicas da vítima, dentre elas inserida a eventual defasagem da indenização fixada; (ii) a capacidade de pagamento do devedor: se houver acréscimo, possibilitará o pedido de revisão para mais, por parte da vítima, até atingir a integralidade do dano material futuro; se sofrer decréscimo, possibilitará pedido de revisão para menos, por parte do próprio devedor, em atenção a princípios outros, como a dignidade da pessoa humana e a própria faculdade então outorgada pelo art. 602, § 3º, do CPC (atual art. 475-Q, § 3º, do CPC).

- Entendimento em sentido contrário, puniria a vítima do ilícito, por ter, mediante esforço sabidamente incomum, revertido situação desfavorável pelas limitações físicas sofridas, com as quais teve que aprender a conviver e, por meio de desafios diários, submeter-se a uma nova vida em que as superações das adversidades passam a ser encaradas sob uma perspectiva totalmente diversa da até então vivenciada. Enfrentar as dificuldades e delas extrair aprendizado é a nova tônica.

- Ou ainda, premiar o causador do dano irreversível, pelos méritos alcançados pela vítima que, mediante sacrifícios e mudanças de hábitos, conseguiu alcançar êxito profissional com reflexos patrimoniais, seria, no mínimo, conduta ética e moralmente repreensível, o que invariavelmente faria aumentar o amplo espectro dos comportamentos reprováveis que seguem impunes. Recurso especial não conhecido (sem grifo o original).

No caso da ação revisional de alimentos, *verbi gratia*, a causa de pedir terá por cerne a alteração da condição financeira de o(a) genitor(a) prestar os alimentos à prole, seja para majorar ou para reduzir a verba, questão ainda não apreciada pelo Estado-Juiz.

Assim, caso os fundamentos da prole, representada ou assistida por seu responsável legal, ao pleitear a majoração da verba alimentícia sejam os mesmos, o judicante poderá julgar, tendo em vista da coisa julgada, improcedente o pedido.

Quanto à afirmação de que na ação de alimentos a sentença não transita em julgado e, em razão disto, não faria coisa julgada material, também sem razão, pois tal afirmação feita pelo legislador foi incongruente e infeliz.

Forçoso, desde logo, elucidar, porém, sem delongas, que o transito em julgado é o período que a coisa julgada passa de provisória à inalterável, ao menos por meio de recurso a ser eventualmente interposto pelas partes.

Destarte, a despeito do teor do artigo 15 da Lei 5.478/68, evidente é que na ação de alimentos há transito em julgado, caso contrário, inexistiria a preclusão de recurso.

Com efeito, inexistindo a preclusão recursal, desnecessária seria a ação revisional alimentos, haja vista que a sentença na ação de alimentos poderia ser reapreciada a qualquer tempo, bastando qualquer uma das partes interpor recurso, o que é inconcebível do ponto de vista jurídico.

Outrossim, sob a ideologia do artigo 15 da Lei 5.478/68, pode-se defender que jamais uma sentença encerraria a ação de alimentos e, por corolário natural, que o Estado conferiria às partes uma solução instável para o litígio, situações inadmissíveis no campo jurídico.

Ademais, caso a ação de alimentos não bastasse para a prole ver efetivado seu direito aos alimentos, deveria sempre ajuizar execução de sentença provisória, e não execução de sentença conforme prevê reiteradamente a Lei 5.478/68:[10]

> Art. 16. Na execução de sentença ou do acordo nas ações de alimentos será observado o disposto no art. 734 e seu parágrafo único do Código de Processo Civil (sem grifo o original).

Ainda:

[10] ***Ação de alimentos***. *Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5478.htm. Acesso em 29 jun. 2011.*

> Art. 18. Se, ainda assim, não for possível a satisfação do débito, poderá o credor requerer a execução da sentença, na forma dos arts. 732, 733 e 735 do Código de Processo Civil" (sem grifo o original).

Nota-se que em oportunidade alguma o legislador referiu-se a execução de sentença provisória, que seria o termo técnico para ação de execução da decisão alterável por meio de recurso em razão da ausência de transito em julgado estabelecida no artigo 15 da Lei de Alimentos.

Ora, se o próprio legislador reconhece em diversas passagens da Lei especial supramencionada que há sentença inalterável pela via recursal, é porque existe o transito em julgado na ação de alimentos e, consequentemente, a coisa julgada material.

Aliás, não é só a doutrina que reconhece a imprecisão técnica do legislador no art. 15 da Lei 5.478/68, o berço da moderna jurisprudência deste país, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, marcha no mesmo sentido:

> APELAÇÃO CÍVEL. REVISÃO DE ALIMENTOS. Consoante a melhor doutrina, a decisão que fixa alimentos, inobstante a equivocada e atécnica dicção do art. 15 da Lei 5.478/68, produz coisa julgada material, de forma que, nos termos do art. 1.699 do CCB, a procedência da ação revisional depende de prova de alteração no equilíbrio do binômio alimentar, desde a data em que foram fixados os alimentos. A causa de pedir da ação revisional de alimentos é a alteração do binômio necessidade/possibilidade, nos termos do art. 1.699 do CCB, e não simplesmente a alegação de impossibilidade de suportar o encargo. Não comprovada essa circunstância, improcede o pleito. PROVERAM. UNÂNIME (sem grifo o original).[11]

Assim, caem por terra todos os argumentos da inexistência da coisa julgada na ação de alimentos apoiados no artigo 15 da Lei 5478/68 e artigo 471 do Código de Processo Civil.

---

*[11] RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível nº 70041383647, Oitava Câmara Cível, TJRS, Rel.: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 12/05/2011, DJ : em 23/05/2011. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=a%E7%E3o+de+alimentos +coisa +julgada&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%29&requiredfields=Relator%3ALuiz%2520Felipe%2520Brasil%2520Santos&as_q=. Acessado em 20/06/2011.*

Frente essas frondosas ponderações, a sentença condenatória - como dito alhures - fará coisa julgada material na ação de alimentos disciplinada pela Lei n. 5.478, de 25 de Julho de 1968.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, conclui-se que o presente trabalho buscou demonstrar os posicionamentos doutrinários divergentes acerca da sentença de mérito e a coisa julgada na ação de alimentos, a qual é disciplinada pela Lei n. 5.478/68 e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil vigente.

Essa pretensão germinou da necessidade de fixar um posicionamento que encontre plena harmonia com a legislação processual vigente e, mormente, de clarear a inconsistência da doutrina majoritária com a citada legislação, incoerência esta que traz infindáveis riscos à boa evolução processual conquistada até o momento.

5. REFERÊNCIAS

Ação de alimentos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5478.htm. Acesso em 29 jun. 2011.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial 913431 / RJ, STJ, Rel(a).: Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, Julgado em 27/11/2007, DJe 26/11/2008, p. 184. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp? livre=a% E7%E3o+de+alimentos+coisa+julgada&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=7.Acesso em 20 jun. 2011.

CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos**. 4. ed., rev., atual., amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 26. ed., rev., atual., São Paulo: Editores Malheiros, 2010.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria Geral do Processual Civil e Processo de Conhecimento, volume I; 51. ed. Rio e Janeiro: Editora Forense, 2010.

JÚNIOR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 9. ed. Ver., atual., e amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível nº 70041383647, Oitava Câmara Cível, TJRS, Rel.: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 12/05/2011, DJ : em 23/05/2011. Disponível em: http://www1.tjrs.jus .br/busca/?q=a%E7%E3o+de+alimentos +coisa +julgada&tb=jurisnova&pesq=ementário &partialfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%29&requiredfields=Relator%3ALuiz%2520Felipe%2520Brasil%2520Santos&as_q=. Acesso em 20 jun. 2011.

SILVA, Ovídio Araújo Batista da. **Sentença e Coisa Julgada**. 3. ed, ver., aum., Porto Alegre: Pallotti, 1995.

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 5º DA LEI Nº 11.705, DE 19 DE JUNHO DE 2008.[1]

Marcos Alcará[2]

Resumo: O presente trabalho funda-se na identificação da constitucionalidade ou não do art. 5º da Lei nº 11.705/2008, que alterou alguns artigos do Código de Trânsito Brasileiro que dispõe acerca da embriaguez ao volante, sendo tratado acerca dos direitos fundamentais que devem ser respeitados, sobre o processo administrativo previsto na legislação de trânsito, sobre o princípio da proporcionalidade e sobre as alterações ocorridas nos art. 165 e 306 do CTB.

Palavras-chave: Trânsito. Embriaguez. Constituição Federal de 1988.

***Abstract**: This paper is based on identifying the constitutionality of Art. 5 of Law No.11.705/2008, amending some articles of the Brazilian Traffic Code – CTB – that deal with drunk driving, which addresses issues involving fundamental rights must be respected administrative procees under the law of the road, the principle of proportionality and the changes in art. 165 and 306 of the CTB.*

***Keywords**: Transit. Drunkenness. Brazilian Federal Constitution of 1988.*

1. INTRODUÇÃO

O trânsito brasileiro tem sido destaque mundial desde algum tempo, seja em decorrência do aumento da frota de veículos ou pelo grande número de acidentes automobilísticos. Na busca de melhorias para o trânsito brasileiro, em 1997, entrou em vigor a Lei nº 9.503 de 23 de setembro de 19973, que instituiu o Código de Trânsito Brasileiro (CTB), para viger nas vias terrestres de todo o país.

1 O presente artigo é resultado da pesquisa desenvolvido na UEMS/Dourados/MS, no ano de 2010/2011.

2 Professor do curso de direito da UEMS em Dourados/MS, especialista em metodologia do ensino superior pela UNIGRAN/MS, mestrando em direito processual civil pela UNIPAR/PR.

*3 BRASIL. Lei nº 9.503 de 23 de setembro de 1997. **Institui o Código de Trânsito Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9503.htm>. acesso em 20/01/2012.*

A proposta inicial do CTB era que tal legislação moderna, ao ser implementada, considerando o rigor das penalidades previstas, diminuiria o índice de desrespeito às leis de trânsito, havendo, por conseguinte, uma melhoria qualitativa junto ao trânsito.

Ocorre que outros fatores são preponderantes para que se atinja o fim colimado pela legislação, tanto, que não obstante a implantação do sistema de pontuação nas carteiras de motoristas junto aos Departamentos de Trânsito de cada Estado da Federação, das multas pecuniárias de valores consideráveis, entre outros artifícios legais, o trânsito continua a apresentar-se preocupante, não atendendo aos fins idealizados pelo legislador.

Na tentativa de se corrigir parte das deficiências no trânsito, foi editada a Lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008[4], oriunda da Medida Provisória nº 415/2008, trazendo alterações à Lei nº 9.503/97 (CTB).

Tal mudança legislativa, no início, bastante aplaudida pela opinião pública, apresenta, quando submetida à análise jurídica, algumas incoerências, além de conter, em seu texto, ilegalidades e inconstitucionalidades, tornando-se questionável quando confrontadas com a Constituição Federal de 1988.

Entre todas as modificações introduzidas pela Lei nº 11.705/08, as mais polêmicas e causadoras de perplexidade, encontram-se no art. 5º, que dá nova redação a diversos artigos do CTB, em especial, aos art. 165 (infração administrativa de dirigir alcoolizado) e 306 (crime de trânsito decorrente da prática de dirigir sob a influência de álcool).

Essas alterações no CTB impõem novos estudos que identifiquem os reflexos produzidos na sociedade, do idealizado e pretendido pelo Legislador em relação aos usuários do trânsito, em particular sobre a constitucionalidade ou não do art. 5º da lei que alterou substancialmente os art. 165 e 306 do Código de Trânsito Brasileiro; especialmente se estas mudanças se coadunam com as disposições da Constituição Federal de 1988, considerando-se que esta prevê o dever das demais legislações infra-constitucionais de observarem o disposto na Norma de Comando do país.

[4] BRASIL. Lei nº 11.705 de 19 de junho de 2008, altera a Lei no 9.503, de 23 de setembro de 1997, que 'institui o Código de Trânsito Brasileiro', [...]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11705.htm>. acesso em 20/11/2012.

Assevera-se que tal estudo conduz para o aprimoramento do tema, não tendo nem de perto esgotado o assunto, mas apenas contribuído com o mesmo, servindo de base para novos estudos.

2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A LEI Nº 11.705/08

A utilização do trânsito apresenta-se como um problema social, uma constante que precisa ser discutida em busca de soluções e avanços eficazes, já que repercute em todas as áreas. Ademais, a locomoção apresenta-se como uma necessidade, no entanto, tal deslocar deve ser seguro, e em condições dignas à vida humana; em verdade, é uma garantia e um direito de todos, a ser respeitada pelo Estado.

A segurança no trânsito é matéria de ordem pública, que se afigura como bem jurídico legal que deve ser perseguido, não se resumindo na punição mais ou menos rigorosa, muito menos com legislações que alterem o código de conduta do transitar, sem respeitar os direitos e garantias fundamentais.

Salienta-se que toda a legislação infra-constitucional precisa obrigatoriamente respeitar os direitos e garantias previstas na Constituição Federal vigente, bem como aos direitos humanos regulados e reconhecidos por meio de tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário, sob pena de ser considerado inconstitucional.

Neste linear, calha a lição de Jorge Miranda:

> Deve assentar-se no postulado de que todas as normas constitucionais são verdadeiras normas jurídicas e desempenham uma função útil no ordenamento. A nenhuma pode dar-se uma interpretação que lhe retire ou diminua a razão de ser. Mais: a uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê; a cada norma constitucional é preciso conferir, ligada a todas as outras normas, o máximo de capacidade de regulamentação.[5]

Dentre os direitos fundamentais a serem observados, cita-se o contraditório, o da ampla defesa e da proibição de se produzir provas contra

5 MIRANDA, Jorge. ***Manual de direito constitucional****. 2. ed. Coimbra, Portugal: Renovar, 1983. t. 2, p. 223.*

si mesmo, os quais apresentam-se como princípios constitucionais, sendo elementares em qualquer processo, como previsto pelo legislador Constituinte.6

Ressalta-se que o direito constitucional do contraditório, da ampla defesa e da proibição de produzir provas contra si mesmo, devem ser observados para que se constitua e se legitime o devido processo legal.

A Carta Política expressa-se como um tronco da ordem jurídica estatal, originada pela vontade do povo, que passa então a prevalecer sobre todas as demais leis, tanto as antigas quanto as atuais, motivo pelo qual não deve ser obstruída de forma alguma.[7]

Esta Lei Maior passa a ser o ponto divisor e orientador entre os deveres atuais, tanto por parte do Estado-Poder, quanto por parte dos cidadãos os quais se submetem ao seu domínio, existindo então, o Estado de Direito, que deve também respeitar os que compõem o referido Ente Político.

Sendo direcionadas aos cidadãos, é inconcebível que qualquer legislação infraconstitucional contrarie ou desrespeite a Constituição Federal de 1988, sob pena de ser considerada inconstitucional.

O devido processo legal apresenta-se como uma série de procedimentos administrativos ou judiciais que devem ser seguidos, em todos os casos submetidos ao Poder Público; em que se pede algo do Estado-Poder, ou em que este apura determinado desvio de conduta humana regulada em lei; o que deve ocorrer de forma padrão, respeitando minimamente o interessado, seja ele requerente ou requerido.

Ao lado do princípio do devido processo legal, outros princípios previstos na Lei Maior, são aplicáveis conjuntamente aos processos administrativos e judiciais, entre eles o do contraditório, previsto no art. 5º, LV da CF/88, o qual deve obrigatoriamente ser utilizado em todos os trâmites das repartições públicas brasileiras, na forma prevista pelo Poder Constituinte originário.[8]

Assim, para que se tenha o devido processo legal, é necessário o alinhamento de atitudes por parte do Estado-Poder, no momento que se apura

---

[6] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. ***Direito Constitucional e Teoria da Constituição****. 7. ed. Coimbra – Portugal: Almedina, 2000. p. 81.*

[7] MIRANDA, Jorge. ***Teoria do Estado e da Constituição.*** *Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 4.*

[8] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. Cit. p. 81.

a culpa ou não do cidadão que eventualmente desrespeite as normas gerais; ou ainda, em relação ao cidadão-vítima que pleiteie em face do Estado-Poder algum direito; tornando-se necessário o contraditório, a ampla defesa, o respeito a proibição de se produzir provas contra si mesmo, entre outras condutas que conduzem para o devido processo legal.

Nagib Slaibi Filho, ensina que:

> A nova Constituição é que instituiu expressamente o regime do devido processo legal, o qual já era mencionado, segundo o precedente estadunidense, como um conjunto de princípios garantidores do processo, mas que não ganhara, ainda, os foros de direito legislado.[9]

Com o advento da CF/88, tem-se a previsão expressa de diversos direitos e garantias fundamentais, entre elas, a do devido processo legal, que se dá com a observância dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da proibição de se produzir provas contra si mesmo, entre outros.

Desde então, ninguém pode ser julgado sem ser intimado, sem oportunidade para defesa, sem que possa antes produzir provas em seu favor, materializando-se o contraditório; sendo este, o objetivo do legislador constitucional, para que haja observância ao devido processo legal em todo procedimento administrativo ou judicial.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, incisos LIV, LV e LXIII, dispõe literalmente acerca dos princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da proibição de se produzir provas contra si mesmo.

Assim, deve haver a cientificação do interessado, para que exerça esse direito de defesa, em todas as etapas do processo, sem que seja presumidamente culpado, ou que seja registrado previamente em que seu cadastro junto às repartições de trânsito, as punições referentes à infração de trânsito eventualmente cometida.

Da mesma forma, deve ser assegurado o direito de não produzir prova contra si mesmo, o que não tem sido respeitado pela Lei Seca (Lei nº 11.725/08),

[9] *FILHO, Nagib Slaibi.* ***Direito Constitucional****. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 398.*

já que o condutor deve realizar o teste de alcoolemia, ou, presume-se que ele é culpado, o que apresenta-se como um absurdo legislativo.

Tal direcionamento constitucional se desdobra no tão falado direito de que "ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo", corroborado no Pacto de São José da Costa Rica10, ratificado no Brasil11, e que em seu artigo 8º, 2, g), diz:

> Art. 8º: Garantias judiciais
> 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:
> g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada;

No momento em que a Lei 11.705/08, popularmente conhecida como "Lei Seca", positiva como obrigatória a passagem pelo teste de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que constate o nível alcoólico do condutor, é notadamente verificada uma agressão à CF/88, e um texto contrário a todo o organograma constitucional, pautado nos princípios da ampla defesa, da presunção de inocência e no direito de permanecer calado frente ao questionamento onde sua resposta pode vir a incriminá-lo.

Fica, portanto, latente a agressão ao texto constitucional, a exemplo do contido no §3º do artigo 277 do Código de Trânsito Brasileiro, acrescentado pela Lei 11.705/88. Deve-se evitar que tais absurdos legislativos tenham seus efeitos inconstitucionais efetivamente produzidos.

Pode-se então afirmar que os direitos fundamentais ao contraditório e a ampla defesa e à proibição de se produzir provas contra si mesmo, devem ser observados para que se assegure o devido processo legal de forma irrestrita, em todos os procedimentos administrativos e judiciais, não podendo ser limitado, restringido ou mitigado, diante de normas processuais que assim procedam.

---

10 Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), celebrada em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969.

11 Brasil. Decreto nº 678, de 06 de Novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm> acesso em 21 de janeiro de 2012.

3 AS ALTERAÇÕES DECORRENTES DO ART. 5º DA LEI Nº 11.725/08, NO PROCESSO ADMINISTRATIVO PREVISTO NO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO

A legislação em comento alterou diversos artigos do Código de Trânsito Brasileiro, entre eles, os arts. 10, 165, 276, 277, 291, 296 e 306. Sendo que para o tópico da pesquisa em comento, foram identificadas as alterações introduzidas no CTB precisamente no tocante ao processo administrativo previsto no CTB (que alteraram o processo administrativo ou produziram reflexos neste).

Referido tema, consta no inciso II, do art. 5º, da Lei nº 11.725/08, o qual prevê:

> "II - o caput do art. 165 passa a vigorar com a seguinte redação:
> "Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:
> Infração - gravíssima;
> Penalidade - multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses;
> Medida Administrativa - retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação.[12]

Diferentemente do previsto antes, onde os motoristas poderiam consumir até 6 (seis) decigramas de álcool por litro de sangue, sem que houvesse qualquer transgressão à norma, seja administrativa, seja judicial; pela nova redação do art. 165 do CTB, todos os condutores que forem flagrados conduzindo veículos sob a influência de álcool, terão o direito de dirigir suspenso por doze meses.

Pela redação anterior, o condutor infrator também teria a carteira de motorista (CNH) suspensa, mas havia uma dosimetria a ser observada quando da aplicação da pena no processo administrativo de suspensão do direito de dirigir instaurado pelas repartições de trânsito de cada Estado, e, não uma pena fixa de doze meses, como hoje é prevista no art. 165 do CTB.

[12] *Texto dado pelo art. 5º, inciso II da Lei nº 11.705/08.*

Observa-se assim, que em relação ao processo administrativo de trânsito, decorrente da eventual transgressão ao art. 165 do CTB, a Lei nº 11.725/08, alterou o *quantum* de pena a ser aplicada, pois na versão legislativa anterior, havia uma aplicação de pena, com base nas elementares do caso, tais como, quanto de álcool foi consumido, se houve acidente de trânsito, se houve vítima, se houve homicídio culposo ou doloso, se houve dano ao patrimônio privado e ou público, enfim, haviam circunstâncias a serem analisadas, quando da aplicação da pena.

Para a materialização da eventual infração de trânsito no processo administrativo antes era necessária a produção da prova pelo agente de trânsito, por meio do bafômetro por exemplo, o que não é mais necessário, face a nova redação do art. 277 do CTB, que, por meio de seu parágrafo segundo prevê que a infração prevista no art. 165 (do CTB) poderá ser caracterizada pelo agente de trânsito mediante a obtenção de outras provas em direito admitidas, acerca dos notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor apresentados pelo condutor.

Ou seja, pela nova redação, o agente de trânsito tem uma liberdade maior, tem autonomia para identificar o eventual estado de embriaguez por parte do condutor, sendo que deverá documentar o fato no auto de infração de trânsito, utilizando para tanto, de um novo documento, o termo de constatação de embriaguez.

Pela nova redação do parágrafo terceiro do art. 277, do CTB, foi estabelecida uma presunção de culpa ao condutor que eventualmente se recusar a fazer o teste de alcoolemia (bafômetro), pois a ele serão aplicadas as penalidades previstas no art. 165 do CTB, ou seja, terá a carteira de motorista recolhida de imediato, o veículo retido até a apresentação de outro condutor em boas condições, e a posterior suspensão do direito de dirigir suspenso pelo prazo fixo de doze meses (aplicada em regular processo administrativo).

Observa-se assim, que com as inovações da nova Lei nº 11.705/2008, os motoristas para não incorrerem nas sanções previstas no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, sob o fundamento de ser inconstitucional a obrigatoriedade de se produzir provas contra si mesmo, se recusam a fazer exames de bafômetros e de coleta de sangue, impossibilitando que se verifique a quantidade de álcool eventualmente consumido.

Com a negativa em fazer o teste de alcoolemia (bafômetro), por certo o condutor deixa de eventualmente concretizar a prática de um crime de trânsito (dirigir embriagado), já que esta não foi comprovada (materializada com o teste de alcoolemia), mas fica mantida a infração administrativa prevista no art. 165 do CTB, vez que esta independe de prova material (teste de bafômetro por exemplo), bastando apenas a confirmação do estado de embriaguez do condutor por parte do agente de trânsito (a qual será documentada no termo de constatação de embriaguez).

José Geraldo da Silva, acerca do tema assim leciona:

> O processo administrativo deve nortear-se pelos princípios do contraditório e da ampla defesa, cristalizados no art. 5º, LV, da CF.Entendemos como ampla defesa não somente a notificação do processo feita ao infrator, para a apresentação de defesa escrita, mas a produção de todas as provas de seu direito, bem como o acompanhamento dos atos instrutórios, findando com a utilização de todos os recursos cabíveis em relação ao caso.13

Conclui-se pela obrigatoriedade de toda a legislação infra-constitucional de observar o devido processo legal nos processos administrativos previstos no CTB, o que abrange também a legislação em comento, já que pertencente ao sistema legislativo brasileiro, sob pena de ser declarada inconstitucional.

4 AS ALTERAÇÕES DECORRENTES DO ART. 5º DA LEI Nº 11.725/08, FACE AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A Lei nº 11.725/08, ao alterar alguns dos artigos do CTB, tornou a pena a ser aplicada ao motorista alcoolizado, fixa (em doze meses), independentemente da conduta do eventual infrator, produzindo, quando da análise constitucional do tema, um desrespeito ao previsto na Constituição Federal de 1988, que determina respeito ao princípio da proporcionalidade.

[13] *SILVA, José Geraldo da; SOPHI, Roberta Ceriolo.* ***Dos recursos em matéria de trânsito****. Campinas: Millennium, 2001. p. 66.*

Assim, apresenta-se equivocada a tentativa do legislador brasileiro de combinar o art. 276 com o art. 165 do CTB (alterados pela Lei nº 11.725/08), pois o art. 165 fala em punição para quem dirige sob influência de álcool, e o art. 276 prevê que haverá punição para quem apresenta qualquer concentração de álcool no sangue.

Segundo o texto alterado do art. 276 do CTB, quem tiver qualquer dosagem de álcool no sangue poderá ser punido com as penas do art. 165 do referido diploma legislativo. Conclui-se então, que o novo art. 276 do CTB, não esta coerente com o art. 165, que prevê a punição, pois este afirma que ela deve ser dirigida apenas contra quem dirige sob a influência de álcool.

Diante da situação duvidosa entre as disposições inovadoras, deve prevalecer a interpretação mais benéfica ao cidadão, qual seja, a que pune apenas quem dirige sob a influência de álcool; já que apresenta-se como situação preocupante ao trânsito e à coletividade o uso de alterações legislativas duvidosas.

Neste sentido:

> Conquanto o princípio da proporcionalidade esteja em plena expansão de sentido, pelos aportes científicos constantes que lhe são atribuídos, como princípio dirigido ao legislador encontra sua primordial função no âmbito dos direitos fundamentais, dado o regime diferenciado previsto para este tipo de direitos. Isto evidentemente não significa não possa ser utilizado em face de outros direitos, mas sim, ser questionável a amplitude de sua aplicação.[14]

No caso, observa-se a violação do princípio da Razoabilidade, já que se algum motorista for flagrado com o mínimo de álcool em seu organismo (mediante a realização de um teste de alcoolemia), ao ser enquadrado na nova norma, poderá ficar com a carteira de motorista suspensa pelo prazo fixo de um ano. O que não é devido, já que desproporcional.

Neste sentido:

[14] *BARROS, Suzana de Toledo. O* ***princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais****. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica. 2000. p. 92.*

> Vale retomar, neste momento, a questão da possível alegação de inconstitucionalidade da suspensão *fixa de 12 meses* para a infração do artigo 165, CTB, por violação da individualização e proporcionalidade. O problema é complexo e certamente, como já exposto em linhas volvidas, gerará polêmicas. Entretanto, um argumento em defesa do dispositivo questionado pode ser a interpretação sistemática do CTB, considerando que o legislador equiparou para todos os fins a direção sob o efeito de qualquer concentração etílica no sangue, não permitindo distinções ou gradações. Sem dúvida, sob o ângulo ordinário o argumento procede, resta saber se o legislador infra – constitucional podia proceder a essa indistinção sem ferir Princípios Constitucionais. Também deve-se indagar se a equiparação de qualquer concentração para a configuração da infração poderia conduzir a uma *pena fixa* para a dita infração, desconsiderando a individualização dos casos concretos. Afinal, o fato de que se admita uma "forma livre" de cometimento da infração, pode induzir à adoção de uma *pena fixa*? E neste passo a resposta parece ser negativa, eis que, fazendo um paralelo com o campo penal, certamente não seria viável entender que nos casos dos chamados "crimes de forma livre" (4) seria possível a previsão de uma pena fixa tão somente pelo fato de que são aceitas inúmeras maneiras de praticar a conduta incriminada.[15]

O que ressalta-se, pois ao comparar-se duas abordagens de condutores, que conduzam veículos diferentes, mesmo que ambos estejam embriagados, certamente ao ser feito o teste de alcoolemia nos dois, cada qual apresentará determinado nível de álcool, distinto um do outro, havendo circunstâncias que acompanharão cada caso, de forma individual.

Os princípios da isonomia e da individualização da pena também são desrespeitados. O primeiro princípio, previsto no art. 5º, caput da CF/88, é violado quando pune com o mesmo rigor sujeitos que incorreram na sua regra, mas em intensidade e gravidade diferentes.

Quanto a individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF/88), observa-se que a gravidade da infração, a penalidade e a medida administrativa são os mesmos, tanto para quem conduz veículos com 2 decigramas de álcool por litro de sangue (e que não

[15] *CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Primeiras impressões sobre as inovações do Código de Trânsito Brasileiro.* ***Jus Navigandi****, Teresina, ano 13, n. 1827, 2 jul. 2008. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/11452>. Acesso em: 26 jan. 2012.*

está sob influência de álcool), como para o condutor flagrado com 12 decigramas de álcool por litro de sangue (e que por certo está sob influência de álcool).

Neste sentido:

> A falta de razoabilidade e proporcionalidade agride ao devido processo legal em seu sentido material: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" (CF, 5º, LIV). Entende o STF que a falta de proporcionalidade agride ao princípio do devido processo legal em seu sentido material. E o art. 2º da lei 9784/99 determina que "A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência." (grifado)[16]

Veja-se, que o art. 276 do CTB, está sendo aplicado de forma incoerente com o previsto no art. 165 do CTB, que pretende punir qualquer quantidade de álcool que influencia o condutor, mas o mais rigoroso art. 276 fala em qualquer concentração de álcool.

Observa-se que o legislador infraconstitucional realizou as alterações no texto legal demonstrando claro e completo descompromisso com a norma maior, qual seja, a Constituição Federal de 1988, tanto que diversos artigos do CTB alterados pela Lei nº 11.705/08 apresentam-se inconstitucionais.

Mais do que a regulação de uma sociedade, o direito deve refletir a cultura existente nessa sociedade, conservando seus costumes e seguindo a evolução que possa ocorrer, não o contrário, passando a elencar novas condutas como regras e deixando toda uma história e uma cultura de lado, como se não existissem.

5 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 5º DA LEI Nº 11.725/08, FACE AS ALTERAÇÕES DOS ART. 165 E 306 DO CTB:

Levantou-se uma questão muito polêmica que surgiu e vem ganhando cada vez mais notoriedade em relação à Lei nº 11.725/08, que alterou alguns

16 RECH, Juares. ***Aspectos principiológico-constitucionais e a lei seca****. Juriswey. Disponível em < http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1482> acesso em 28/01/2012.*

dispositivos do CTB, quando se fala da sua constitucionalidade, já que fere diversos direitos e garantias constitucionais previstos na CF/88.

Sendo que no presente caso, tendo em vista a necessidade de se delimitar o tema objeto de estudo, confrontar-se-á a constitucionalidade ou não das alterações decorrentes do art. 5º da Lei nº 11.725/08, aos artigos 165 e 306 do CTB, que tratam da infração administrativa de conduzir veículo embriagado e do crime de trânsito decorrente de conduzir veículo embriagado acima de determinada quantia de álcool no organismo.

Tais alterações introduzidas pela Lei nº 11.705/08, ferem o princípio constitucional o qual diz que ninguém será obrigado a produzir prova contra si próprio, o que desrespeitaria o art. 5º, inciso LXIII, da CF/88, o art. 8º, nº 2, Pacto de São José da Costa Rica, que autorizam ao acusado, indiciado ou réu a não produzir prova contra si próprio, entre outros dispositivos legais.

A conjuntura jurídica e política atual está sendo marcada por um sentimento constitucional, de respeito a Constituição Federal de 1988, como bem observou Luis Roberto Barroso:

> O novo direito constitucional brasileiro, cujo desenvolvimento coincide com o processo de redemocratização e reconstitucionalização do país, foi fruto de duas mudanças de paradigma: a) a busca da efetividade das normas constitucionais, fundada na premissa da força normativa da Constituição; b) o desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional, baseada em novos métodos hermenêuticos e na sistematização de princípios específicos de interpretação constitucional. A ascensão política e científica do direito constitucional brasileiro conduziram-no ao centro do sistema jurídico, onde desempenha uma função de filtragem constitucional de todo o direito infraconstitucional, significando a interpretação e leitura de seus institutos à luz da Constituição.[17]

Neste sentido, a presente pesquisa mostrou-se importante, pois foram estudadas as alterações do Código de Trânsito Brasileiro, advindas do art. 5º da Lei nº 11.705/08, sob a análise do atendimento ou não aos ditames constitucionais,

17 BARROSO, Luis Roberto. ***Fundamentos Teóricos e Filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro: pós modernidade, teoria crítica e pós-positivismo.*** *In Temas de Direito Constitucional, tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 03.*

quando da persecução do bem maior, representado pela obediência dos direitos e garantias fundamentais, por determinação do próprio Poder Originário.

Conclui-se então, que toda a Lei deve materializar os direitos e garantias fundamentais, com precípua observância ao devido processo legal, sem que o condutor eventualmente infrator seja obrigado a produzir prova contra si mesmo, sob pena de ferir-se a segurança jurídica.

Tal segurança encerra valores e bens jurídicos que não se esgotam na mera preservação da integridade física do Estado e das pessoas. Abrigam-se em seu conteúdo, ao contrário, conceitos fundamentais para a vida civilizada, como a continuidade das normas jurídicas, a estabilidade das situações constituídas e a certeza jurídica que se estabelece sobre situações anteriormente controvertidas.[18]

Observa-se então, que as alterações aos artigos 165 e 306 do CTB, decorrentes do art. 5º, da Lei nº 11.705/2008, são inconstitucionais quando confrontadas com as disposições da CF/88, que prevê a obrigatoriedade de observância dos direitos e garantias fundamentais, as quais não foram respeitadas pela citada lei que alterou o CTB.

Exemplo da inconstitucionalidade evidenciada pela sistemática atual, apresenta-se o caso da autoridade de trânsito que obriga o condutor submetido a inspeção por meio do teste de alcoolemia, sob pena de não o fazendo, presumir que está alcoolizado, apresentando-se em princípio controvertida e desrespeitosa tal disposição infra-constitucional.

Assim, toda e qualquer alteração legislativa que contrarie a Constituição Federal deve ser revista e expurgada do ordenamento jurídico, neste sentido:

> Como importante conseqüência advinda da supremacia do texto constitucional em todo ordenamento jurídico, o legislador ordinário encontra-se a ele vinculado, no sentido de produzir atos normativos que sejam coerentes com suas diretrizes. É possível, assim, falar tanto na vinculação do legislador no sentido proibitivo, como também em sua dimensão positiva. Na primeira hipótese, tal vinculação veda às entidades legiferantes a possibilidade

[18] *BARROSO, Luiz Roberto.* ***Temas de direito constitucional****. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 49.*

> de criarem atos legislativos contrários às normas e princípios constitucionais, ou seja, não se pode criar leis lesivas a direitos, liberdade e garantias consagrados constitucionalmente.19

As normas e as regras de trânsito devem ser respeitadas em benefício da coletividade, de modo que todos têm direito ao trânsito seguro e direito a vida, procedendo o Legislador as devidas alterações na lei, no entanto com respeito ao previsto na CF/88.

O art. 5º, incisos II e VIII, da Lei Federal nº 11.705/08, que alteraram o art. 165 e o art. 306, do Código de Trânsito Brasileiro, tornou tais disposições inconstitucionais, pois as alterações legislativas foram drásticas e sem qualquer precedente que as justificasse.

Neste sentido, Canotilho afirma que "A proteção das garantias institucionais aproxima-se, todavia, da proteção dos direitos fundamentais quando se exige, em face das intervenções limitativas do legislador, a salvaguarda do mínimo essencial (núcleo essencial) das instituições."[20]

Como se verifica no texto colacionado existe contradição entre a norma primária (fato típico) e a norma secundária (penalidade), apresentando-se os novos art. 165 e 306 do CTB inconstitucionais por violação ao princípio da Legalidade (art. 5º, II, da CF/88).

Ressalta-se que tramita no Congresso Nacional, Projeto de Lei tendendo a mudar o art. 306 do CTB, justamente pelas irregularidades técnicas existentes na redação atual. Referido projeto, tramitou no Senado Federal sob o nº 48/11, tendo sido votado e aprovado em 09 de novembro de 2011, de autoria do Senador Ricardo Ferraço, e atualmente encontra-se na Câmara dos Deputados (sob o nº PL nº 2.788/11), aguardando as discussões de praxe para posterior votação.

A tramitação do referido projeto confirma que de fato a redação atual dos art. 165 e 306 do CTB, não atendem os anseios da sociedade, neste sentido:

---

[19] *GOMES, Mariângela Gama de Magalhães.* ***O princípio da proporcionalidade no direito penal****. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 24.*

[20] *CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. Cit. p. 520.*

> A modificação foi desastrosa e de efeito retroativo. Na Mão diametralmente inversa da que se disse pretender, com aquela que se convencionou denominar "Lei Seca", as conseqüências da opção política irrefletida e irresponsável ainda não sentidas pela população, há algum tempo alarmada com estatísticas negativas, que só crescem. Em 2010, foram cerca de quarenta mil mortes em acidentes de trânsito, no Brasil.21

Como dito, a Lei nº 11.705/08 é flagrantemente atentatória ao texto constitucional, alterando a redação de diversos artigos do Código do Trânsito Brasileiro, levando-os a se tornarem contrários ao da nossa Carta Maior em diversos momentos, atentando diversas cláusulas pétreas do ordenamento jurídico, previstas no artigo 5º da Carta Magna, que assumem verdadeiras proporções dogmáticas e toda e qualquer interpretação a respeito de tais normas devem ser feitas sem diminuir ou retirar sua eficácia, como ensina Jorge Miranda (1983. p.229):

> Deve assentar-se no postulado de que todas as normas constitucionais são verdadeiras normas jurídicas e desempenham uma função útil no ordenamento. A nenhuma pode dar-se uma interpretação que lhe retire ou diminua a razão de ser. Mais: a uma norma fundamental tem que ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê; a cada norma constitucional é preciso conferir, ligada a todas as outras normas, o máximo de capacidade de regulamentação. (grifo nosso)[22]

Conclui-se que de fato a Lei nº 11.705/08 apresenta-se como desastrosa, sob o ponto de vista constitucional, ao passo que desrespeitou a CF/88, tornando inaplicáveis os art. 165 e 306 do CTB, já que viciados pela inconstitucionalidade, como debatido.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O assunto é atual e polêmico na medida em que conduz a ideia de que é necessária a reordenação do trânsito, com a educação dos condutores

[21] *MARCÃO, Renato. Projeto de Lei do Senado nº 48/11.* ***Revista Jurídica Consulex,*** *Ano XVI, nº 360, 15 de jan. 2012. Brasília: Consulex, 2012. p. 18.*

[22] *MIRANDA, Jorge.* ***Manual de Direito Constitucional****. 2. ed. Coimbra: Coimbra. 1983.*

de veículos, bem como com a readequação legislativa necessária ao presente em que se vive, sendo que o assunto: "embriaguez ao volante" é um dos grandes pontos a serem corrigidos pelo Poder Público, observando que o direito a estabilidade das relações sociais deve ser primado, com observância ao previsto na CF/88.

Não há que se defender a condução de veículos por condutores embriagados, que causem acidentes de trânsito, mas de Leis que respeitem os direitos adquiridos, a CF/88, em especial, os princípios e direitos fundamentais que lastreiam a Lei Maior do país.

A população muitas vezes não busca seus direitos, mesmo sabendo que existem normas que a protegem e a garante contra o proceder temerário e voraz do poder público, quanto mais então, quando não disponha de normas específicas e claras sobre tal tema, ou quando disponha de legislações temerárias.

O Poder Legislativo, possuindo função constitucional de legislar em benefício da população, tem se mostrado inerte e inoperante na medida em que apresenta-se como capacho do Poder Executivo, já que sabe do erro legislativo que cometeu ao editar a Lei nº 11.705/08, mas nada faz.

7. REFERÊNCIAS

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro: pós modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *In* **Temas de Direito Constitucional**, tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luiz Roberto. **Temas de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BRASIL. **Lei nº 9.503 de 23 de setembro de 1997**. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9503.htm>. acesso em 20/01/2012.

_____. **Lei nº 11.705 de 19 de junho de 2008, altera a Lei no 9.503, de 23 de setembro de 1997**, que 'institui o Código de Trânsito Brasileiro', [...]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11705.htm>. acesso em 20/11/2012.

_____. **Decreto nº 678, de 06 de Novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm> acesso em 21 de janeiro de 2012.

_____. **Lei nº 9.503 de 23 de setembro de 1997**. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9503.htm.> acesso em 20/01/2012.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Primeiras impressões sobre as inovações do Código de Trânsito Brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1827, 2 jul. 2008. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/11452>. Acesso em: 26 jan. 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra – Portugal: Almedina, 2000.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARCÃO, Renato. Projeto de Lei do Senado nº 48/11. **Revista Jurídica Consulex** – Ano XVI – nº 360 – 15 de janeiro de 2012. Brasília: Consulex, 2012.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. Coimbra, Renovar, 1983. t. 2.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RECH, Juares. **Aspectos principiológico-constitucionais e a lei seca**. Juriswey. Disponível em < http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1482> acesso em 28/01/2012.

SILVA, José Geraldo da; SOPHI, Roberta Ceriolo. **Dos recursos em matéria de trânsito**. Campinas: Millennium, 2001.

A LEI N. 11.804/08 E A RESPONSABILIDADE CIVIL DA GESTANTE POR NEGATIVA DE PATERNIDADE

Vinicius de Almeida Gonçalves[1]

Resumo: Com o advento da lei nº 11.804/08, começou-se a disciplinar a respeito dos alimentos gravídicos devidos do pai ao nascituro, pelo fato de ser uma lei nova é centro de diversas discussões e controvérsias a cerca das matérias que ela disciplina, dentre elas a responsabilidade civil da gestante. O presente artigo buscou realizar uma reflexão doutrinária sobre a responsabilidade civil da gestante em questão da negativa de paternidade.

Palavras-chave: Alimentos gravídicos, responsabilidade civil, gestante.

***Resumen**: Con el advenimiento de la Ley N º 11.804/08, comenzó a regular la relación de alimentos gravídica contraída con el padre del niño no nacido, porque es una ley nueva es el centro de muchas discusiones y controversias acerca de los asuntos que la disciplina, entre ellos responsabilidad de la mujer embarazada. En este artículo se intenta hacer una reflexión doctrinal sobre la cuestión de la responsabilidad para las mujeres embarazadas en la negación de la paternidad.*

***Palabras-clave**: Gravídica Alimentación. Responsabilidad civil. Embarazada.*

1. INTRODUÇÃO

No dia 06 de novembro de 2.008, foi publicada a lei que regulamenta os alimentos devidos a mulheres em período de gestação, trata-se da lei nº 11.804/08, a qual dispõe sobre os alimentos gravídicos. Pode-se dizer que essa nova lei

[1] *Acadêmico do 9º semestre do curso de Direito do Centro Universitário da Grande Dourados – UNIGRAN. Estagiário da Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul.*

agradou a comunidade jurídica, empregando àquela uma forte importância social, além de que muitos criticavam a omissão do legislador na lei 5.478/68 (Lei dos Alimentos), no sentido de garantir direito a alimentos ao nascituro.

Em apertado resumo, aponta-se, que a Lei dos Alimentos Gravídicos, concede a obrigação ao suposto pai[2] em arcar - observando o binômio da "necessidade-proporcionalidade" - com as despesas necessárias no período de gravidez, tais como: hospital, alimentação, assistência médica e psicológica, é o que aponta o artigo 2º da nova lei[3]:

> Art. 2º - Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes à alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes.

O presente estudo pretende discorrer sobre, após estipulada a obrigação do alimentante, comprovar-se que este não possuía *vinculo sanguinis* com o alimentado, indagar-se-ia a existência de um dano (tanto moral como material) sofrido pelo aquele que antes era apontado como suposto pai.

2. DOS ALIMENTOS

Inicialmente, necessário se faz apresentar uma breve síntese do que seria o instituto alimentos e a obrigação de prestá-los.

Alimentos englobam todas as necessidades relacionadas à subsistência na vida de uma pessoa, como, v.g., vestuário, alimentação e habitação, insere-se aqui também não apenas o que seria essencial para a manutenção de uma vida

[2] A terminologia apresentada na lei é de "futuro pai".

[3] A lei 11.804/08, em especial seu artigo 2º, coloca mais uma vez a discussão a cerca da personalidade jurídica do nascituro, sendo que aquela se mostra claramente adepta à teoria concepcionista em que dá ao nascituro direitos e obrigações, contrariando a teoria natalista, adotado pelo Código Civil de 2.002, apresentado também em seu artigo 2º.

em comum (doutrinariamente qualificado como *alimentos naturais*[4]), mas também aqueles que ajudam a desenvolver as necessidades intelectuais e morais, que abrangem os haveres e qualidades das pessoas (*alimentos civis*[5]), como o lazer. Nos dizeres de Maria Berenice Dias[6]:

> Para o direito, alimento não significa somente o que assegura a vida. A obrigação alimentar tem um fim precípuo: atender às necessidades de uma pessoa que não pode prover a própria subsistência. O Código Civil não define o que sejam alimentos. Preceito constitucional assegura a crianças e adolescentes direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura e à dignidade (CF 227). Quem sabe aí se possa encontrar o parâmetro para a mensuração da obrigação alimentar. Talvez o seu conteúdo possa ser buscado no que entende a lei por legado de alimentos (CC 1.920): sustento, cura, vestuário e casa, além de educação, se o legatário for menor.

No artigo 2º da lei 11.804/08, o legislador apresentou, em forma não taxativa, o que integraria os alimentos gravídicos:

> Art. 2. Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes.

De mais: "despesas adicionais do período de gravidez e que sejam delas decorrentes, da concepção do parto". Por mais que esses alimentos sejam usufruídos de forma direita pela gestante, seu real beneficiário é o nascituro, afinal todas essas despesas são uma forma de garantir o bom desenvolvimento embrionário do feto e seu direito fundamental à vida (art. 5º, *caput*, CF/88).

---

[4] *PEREIRA, Lafayette Rodrigues.* ***Direito de família*** *– atualizado com base no novo código civil por Ricardo Rodrigues Gama. 1ª ed. Campinas. Russel Editores. 2.003. p. 296.*

[5] *PEREIRA, Lafayette Rodrigues. Op. cit.p. 296.*

[6] *DIAS, Maria Berenice.* ***Manual de direito de família****. 4. ed. rev. atual. e. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2.007. p. 451.*

2.1 Da obrigação de prestar alimentos

Os pais, inicialmente, possuem um dever natural em prestar alimentos para seus filhos menores e/ou inválidos, tal obrigação também é defendida por lei com a nomenclatura de "poder familiar" (ou "instituto do pátrio poder"), que na visão do mestre Silvio Rodrigues: "é o conjunto de direito e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes"[7]. E mesmo após o poder familiar (que se extinguem quando o filho completa a maioridade), a obrigação alimentar ainda persiste seguindo outro critério, apresentado no artigo 1.696 da Carta Civil, a qual seria a relação de parentesco em linha reta, podendo os filhos (agora maiores), quando estando incapacitados de prover seus próprios sustentos ou sofrendo de alguma enfermidade, exigir os alimentos necessários.

Já o artigo 1.694 do Código Civil dispõe que:

> Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

Estes, conhecidos por alimentos decorrentes do parentesco civil. Em uma rápida análise, facilmente se percebe que um requisito essencial para exigibilidade de alimentos é o vínculo de parentesco entre o alimentado e o alimentante, a dissolução do casamento ou união estável. A *contrario sensu*, os alimentos gravídicos, possuindo a natureza de lei especial, não adota como base o vínculo parentesco propriamente dito, mas uma presunção daquele vínculo, pelo que se demonstra seu artigo 6º, onde discorre que convencido o juiz da existência de uma relação de parentesco entre o nascituro e o réu, fixará, aquele, os alimentos de caráter especial até seu nascimento: "Art. 6º - Convencido da existência de indícios da paternidade, o juiz fixará alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança, sopesando as necessidades da parte autora e as possibilidades da parte ré.".

7 RODRIGUES, Silvio. ***Direito Civil****; volume 6. 27 ed. atual. por Francisco José Cahali, com anotações ao novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). – São Paulo : Saraiva, 2002. p. 398.*

Fixado os alimentos gravídicos, estes persistirão, até que: a) Ocorra à conversão dos alimentos - os alimentos de caráter especial se convertem, após o nascimento com vida do nascituro, em pensão alimentícia regidas pela lei comum; b) Interrupção do parto - ocorrendo o aborto, extinguem-se automaticamente os alimentos; c) Revisional ou extinção dos alimentos - a revisão dos alimentos gravídicos obedece ao artigo 1.699 do Código Civil, já a extinção[8], poderá suceder com a provocação das partes, a comprovação da negativa da paternidade ou com a morte do nascituro, acima mencionados.

Importante apontar que, a fixação dos alimentos gravídicos não se faz presumir a paternidade do alimentante sobre o alimentado, afinal a obrigação alimentícia nasce apenas de uma presunção de paternidade, pois não há possibilidade de realizar um exame pericial sem comprometer a vida do nascituro. Após o nascimento do alimentado, os alimentos gravídicos convertem em pensão alimentícia sem qualquer relação com a paternidade entre autor e réu, contudo, nada impede ao alimentante realizar o reconhecimento voluntariamente, ou seja, sem o exame pericial. Com o nascimento, os procedimentos para a investigação da paternidade devem ser realizados pelas partes. Discordamos do posicionamento[9] de que o silêncio do réu, após o nascimento do autor, se faz presumir a paternidade, atribuir uma interpretação extensiva a esta norma afrontaria o princípio da busca da verdade real no moderno processo civil, pois dispensaria provas essenciais para melhor discussão do mérito, como o exame pericial de DNA, que apresenta o percentual de 99,9% de acerto, para se valer de uma verdade meramente formal[10].

Para melhor ilustração da questão em tela, apresentamos o posicionamento jurisprudencial do sempre inovador Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

---

[8] Aponta Leandro Soares Lomeu que os alimentos gravídicos não devam seguir o entendimento jurisprudencial de que a extinção dos alimentos comuns só ocorreria com decisão judicial, com exceção, é claro, do acordo comum entre a genitora do nascituro e o "futuro pai" – LOMEU, Leandro Soares. Alimentos Gravídicos: Aspectos da Lei nº 11.804/08, Revista Magister de direito civil e processual civil nº 27 – Nov/dez 2008. p. 95 a 100.

*[9] DIAS, Maria Berenice – **Alimentos Gravídicos**: Alimentos para a vida - Artigo publicado na Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil nº 27 - Nov/Dez de 2008. p. 87 a 89.*

*[10] Indicamos ao leitor o excelente artigo de Humberto Theodoro Júnior: "Prova – princípio da verdade real – poderes do juíz – ônus da prova e sua eventual inversão – provas ilícitas – prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA).", in, "**Revista Brasileira de Direito de Família**, nº 3, do IBDFAM, outubro-dezembro/99, Síntese Editora, p. 05 a 23.*

> ALIMENTOS GRAVÍDICOS. LEI Nº 11.804/08. DIREITO DO NASCITURO. PROVA. POSSIBILIDADE. 1. Havendo indícios da paternidade apontada, é cabível a fixação de alimentos em favor do nascituro, destinados à gestante, *até que seja possível a realização do exame de DNA*. (grifo nosso) 2. Os alimentos devem ser fixados de forma a contribuir para a mantença da gestante, mas dentro das possibilidades do alimentante e sem sobrecarregá-lo em demasia. Recurso parcialmente provido. (TJ-RS; AI 70028804847; Passo Fundo; Sétima Câmara Cível; Rel. Des. Sérgio Fernando Silva de Vasconcellos Chaves; Julg. 30/09/2009; DJERS 08/10/2009; p. 49).

3. RESPONSABILIDADE CIVIL DA GESTANTE POR NEGATIVA DE PATERNIDADE

3.1 O artigo 10º da lei 11.804/08

O projeto de lei dos alimentos gravídicos tipificava, em seu artigo 10º que: "Em caso de resultado negativo do exame pericial de paternidade, o autor responderá, objetivamente, pelos danos materiais e morais causados ao réu". Expressamente foi atribuída à gestante[11] a responsabilidade objetiva pela negativa de paternidade, logo, seguindo este dispositivo, o alimentante teria apenas que comprovar o nexo de causalidade entre o dano por ele sofrido e conduta da gestante. Felizmente, tal dispositivo foi posteriormente vetado por supor que o simples exercício de direito de ação, a busca pelo Poder Judiciário, faz nascer o dano sofrido e o direito a indenização por parte do réu:

> Trata-se de norma intimidadora, pois cria hipótese de responsabilidade objetiva pelo simples fato de se ingressar em juízo e não obter êxito. O dispositivo pressupõe que o simples exercício do direito de ação pode causar dano a terceiros, impondo ao autor o dever de indenizar, independentemente da existência de culpa, medida que atenta contra o livre exercício do direito de ação.[12]

[11] O dispositivo aponta "autor" como quem responderá objetivamente pelo dano causado, o autor seria o próprio nascituro, contudo, a responsabilidade civil deve recair não ao nascituro, mas sim a gestante, afinal é ela quem promove, em nome do nascituro, a ação de alimentos, além de indicar a pessoa que seria o "futuro pai".

[12] Razão do veto do artigo 10º da lei 11.804/08.

Abandonando-se assim a responsabilidade objetiva da gestante, porém, em nenhum momento isentando sua responsabilidade civil.

3.2 A responsabilidade subjetiva da gestante

Com o veto do artigo 10º, já não há mais que se discutir sobre atribuir a responsabilidade objetiva da gestante, porém não foi excluída a obrigação a reparação pelo dano constituído, afinal, "aquele que por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo"[13].

Excluída então a responsabilidade objetiva, resta, portanto, a responsabilidade subjetiva. Entende-se por responsabilidade subjetiva (conhecida também como "teoria da culpa") aquela baseada na culpa do agente, onde essa mesma culpa – diferenciando-se da responsabilidade objetiva (ou "teoria do risco") - não se presume, sendo necessário provar que o agente agiu com a intenção (consciência e vontade). Trata-se da regra geral que o diploma civil de 2.002 adotou, conforme se demonstra em seu artigo 186: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."

Entretanto, ao afirmamos que a gestante possui a obrigação de reparação com base na lei dos alimentos gravídicos, deveremos indagar: "qual e como a ação ou omissão constituiria ato ilícito?".

Inicialmente é importante frisar que, pelo fato de ser atribuída a gestante a responsabilidade subjetiva, para nascer o direito a indenização, deve-se observar o artigo 186 do Código Civil e realizar um juízo de ponderação observando os seguintes requisitos necessários, a saber: a) ação ou omissão; b) culpa do agente; c) nexo de causalidade entre ação e o dano; d) dano.

Voltando a indagação que apontamos anteriormente, na questão de qual ação ou omissão constituiria ato ilícito, tomando como base a gestante na lei 11.804/08, chegaremos à única alternativa viável: levar em juízo pessoa que, posteriormente, comprovar-se-ia não possuir vínculo de parentesco com o nascituro. Tal situação pode ocorrer, a título de exemplo, quando a gestante, por

[13] *Artigo 927 do Código Civil de 2.002.*

manter relações sexuais com mais de um parceiro, tenha dúvidas de quem seria o suposto pai e invoca o Judiciário apresentando como réu um de seus parceiros sem qualquer certeza e, após o nascimento do nascituro, realizado o exame de DNA, comprova-se que não existe relação de parentesco do alimentante com o alimentado, ou seja, a negativa de paternidade. Em situações como essa, se faz necessário comprovar o animus da gestante, se teria ou não a intenção de inserir determinada pessoa no pólo passivo de uma demanda judicial.

Como tivemos oportunidade de apontar, uma das características diferenciadoras entre a responsabilidade subjetiva e objetiva é a não presunção da culpa, recaindo a vítima o ônus da prova, ou seja, quem sofreu o dano deve comprovar a intenção ou não do agente de causar o dano, neste caso a gestante.

O pressuposto culpa do agente na instituição de responsabilidade civil, possui uma definição de sentido duplo, pois, além de abranger a culpa propriamente dita, integra-se aqui também o dolo, classificada como culpa em sentido amplo. Por dolo, ou culpa *lato sensu*, entende-se como "a vontade conscientemente dirigida à produção de um resultado ilícito"[14], é o agente realizar uma conduta almejando um dano a outro. Já a culpa, *stricto sensu*, é a produção de um resultado não desejável, porém previsível, causado por uma conduta do agente que não prestou o dever de cuidado exigido.

Tomando como base o exemplo exposto da gestante que indica o nome de outro sem a certeza de ser o verdadeiro pai, devemos apontar que àquela agiu culposamente (sentido estrito), afinal, não se pode falar em conduta consciente e voluntária de causar dano ao alimentante, a mesma não tinha nem a certeza de que aquele quem ela indicou como réu seria ou não o "futuro pai". Contudo, o simples fato de sua conduta ser configurada como culposa, propriamente dita, não a escusa da obrigação de reparar o dano, apenas atenua sua responsabilidade.

A conduta da gestante pode estar viciada com dolo, um exemplo hipotético seria que, aquela promoveria uma demanda de alimentos gravídicos inserindo no pólo passivo A, por possuir avantajada situação financeira, porém, sabendo que o pai do nascituro é B, pessoa com baixo poder econômico. Com

[14] *CAVALIERI FILHO, Sergio.* ***Programa de responsabilidade civil****, 8 ed. 3. reimpr. São Paulo: Atlas, 2009. , p. 31.*

base no caso em tela, em uma rápida análise, nota-se que a gestante pratica uma conduta plenamente voluntária e consciente, a fim de conseguir um resultado danoso, ou seja, a determinação judicial de fixação de alimentos a uma pessoa com melhor condição financeira e sem vínculo de parentesco com o nascituro, logo, sua obrigação de reparação ao dano causado será maior.

Até o momento, citamos como exemplo de ilustração a conduta da gestante em promover uma ação judicial, porém, não se pode atribuir que o dano sofrido pelo réu é ter seu nome inserido no pólo passivo de uma demanda de alimentos especiais, mas a condenação pela decisão judicial que arbitra tais alimentos[15], pois, se atribuímos que o dano inicia no momento da propositura de uma ação judicial, voltaríamos ao artigo 10º da lei 11.804/08 e sua razão de veto (*supra* n. 3.1), sendo assim, considerar-se-ia reprovável o exercício do direito fundamental defendido no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que é o acesso à justiça, mesmo que se argumente que o réu, de fato, sofreu algum prejuízo de ordem financeira, como por exemplo, na contratação de um patrono processual e entre outros, contudo, pode-se afirmar que com o início do processo de alimentos gravídicos, seria uma das condutas que tenham um nexo causal com o dano. O mesmo se dá no caso em que, impetrado a presente ação, esta é extinta pelos termos do artigo 267 do Código de Processo Civil, afinal, de fato há uma sentença judicial, porém de extinção do processo sem a resolução do mérito, o que não provoca qualquer dano ao réu da demanda.

3.3 O dano

Tem-se o dano como último pressuposto para a configuração da responsabilidade civil. Em linhas gerais, pode-se dizer que dano é a ofensa a um bem jurídico.

Porém, como se sabe o conceito de dano passou por modificações, em sede doutrinária, uma vez que se abandonou o entendimento tradicional de que dano tem que estar vinculado ao conceito de patrimônio como bem material,

[15] Ponto interessante é o artigo 9 da lei de alimentos gravídicos, onde constava: "art 9º Os alimentos serão devidos desde a data da citação do réu", a norma em questão possuía basicamente o mesmo entendimento do artigo 4º lei de alimentos, onde aponta que ao despachar a inicial, o juiz fixará os alimentos provisórios, porém o artigo 9 da lei 11.804/06 foi vetado.

uma vez que é pacífica a existência de outras espécies de dano além daquele ligado ao patrimônio, *e.g*, De Plácido e Silva, em sua magnífica obra *Vocabulário Jurídico*, apresenta 26 espécies desta figura jurídica[16].

Sobre o dano, vale transcrever as lições de Fernando Gaburri, Leonardo de Faria Beraldo, Romualdo Baptista dos Santos, Sílvia Vassilieff e Vaneska Donato de Araújo[17]:

> A definição de dano está estreitamente relacionada à de patrimônio, uma vez que o dano significa uma lesão ou diminuição do patrimônio de determinada pessoa ou, por outra, a diferença entre o estado atual do patrimônio que o sofre e o que teria se o fato danoso não se tivesse produzido. Essa conceituação permanece válida à luz da doutrina contemporânea, mas é preciso considerar que houve mudança substancial no conceito de patrimônio.
> (...)
> O que se pode perceber é um alargamento da noção de patrimônio, que agora alcança não somente os bens de conteúdo econômico, mas outros bens e direitos que integram a personalidade e possuem um valor, senão econômico, mas de natureza moral.

Não adentraremos na amplitude da discussão a cerca desta figura jurídica e nos valeremos apenas nas espécies de danos mais notórias – dano material e dano moral – uma vez que são as únicas espécies de danos cabíveis em razão da negativa de paternidade, a qual se passa a analisar.

Dano material se trata de todo prejuízo causado ao patrimônio da vítima, nos casos dos alimentos gravídicos, após a confirmação da negativa de paternidade, o dano se resultou da perda de uma parte de seu patrimônio, pois esta se encontrava destinada em ajudar a suprir as despesas com a gravidez da gestante. Dentro do dano material há uma divisão, a saber: a) *Dano emergente*, que é o prejuízo efetivamente sofrido; b) *Lucros cessantes*, que é a perda de um ganho esperado (porém, não imaginário) do patrimônio. Este, no caso dos alimentos, ocorre sucessivamente até perdurar a obrigação alimentícia, aquele, ocorre no momento que é a obrigação é estipulada e paga pela primeira vez.

---

[16] *SILVA, De Plácido e.* ***Vocabulário Jurídico****. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999. p. 238.*

[17] *GABURRI, Fernando; BERLADO, Leonardo de Faria; SANTOS, Romualdo Baptista dos; VASSILIEFF, Sílvia; ARAÚJO, Vaneska Donato de.* ***Responsabilidade civil*** *– Direito civil v. 5 – coordenação de Vanesla Donato de Araújo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2.008. p. 43-45.*

Logo após, existe o dano moral, a qual se refere a um sofrimento, uma dor interna que causa uma reação na estrutura psicológica da pessoa, como também pode ser um resultado de uma agressão a dignidade, honra e imagem daquela, sem a necessidade de seu sofrimento interno. No caso, imaginemos o sofrimento por ter sido o fato de que o réu da ação de alimentos se sentiu enganado com relação a uma paternidade, que envolvido emocionalmente de se sentir pai sem nunca ter sido, além do constrangimento da reprovação social e familiar de ser visto como uma pessoa sem qualquer responsabilidade em razão de existir em nossa sociedade um juízo de reprovação por aquele que não assume desde logo a paternidade a ele atribuída.

Por fim, é de sempre ter em consideração que, se após o nascimento do nascituro, o suposto pai, sem tomar as devidas cautelas, reconhecer a paternidade, desaparece a responsabilidade civil da gestante, ainda que, posteriormente venha a comprovar, em uma demanda de anulação de registro civil cumulada com negatória de paternidade, que não é o pai biológico.

É que, tratando-se do reconhecimento de paternidade, pelo ato pessoal, de forma espontânea, geram ao suposto pai os deveres decorrentes da paternidade, já que a legislação pátria admite a paternidade biológica, como a sócio-afetiva (adoção "*à brasileira*"), só podendo este se eximir se, ao reconhecer a paternidade do nascituro, o fez com vício de vontade ou consentimento.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o advento da lei 11.804/08, o ordenamento jurídico se mostrou mais uma vez disposto a resguardar os direitos fundamentais, em especial o direito a vida, do rol das pessoas mais vulneráveis, neste caso o nascituro. É quase indiscutível a importância que tal lei possui em nosso sistema jurídico, entretanto, por ser uma lei nova, com poucos anos de existência caminha ainda em passos tímidos em nossos tribunais e doutrinas, sendo assim, é um campo fértil para discussões, entre elas da responsabilidade civil (instituto por si só turbulento) e a interpretação de seus efeitos, mormente no caso de

responsabilidade civil da gestante por culpa ou dolo na indicação errônea do "futuro pai", salvo em todos os casos o seu direito de comprovar que agiu de forma lícita e honesta.

5. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Patrícia Donati de. Lei 11.804/08. **A regulamentação dos alimentos gravídicos**. Disponível em http://www.jusbrasil.com.br/noticias/165482/lei-11804-08-a-regulamentacao-dos-alimentos-gravidicos. Acesso em: 12. fev. 2010.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Alimentos Gravídicos**: Alimentos para a vida. Artigo publicado na Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil nº 27 - Nov/Dez de 2008.

_____. **Manual de direito de família**. 4. ed. rev. atual. e. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2.007.

GABURRI, Fernando; BERLADO, Leonardo de Faria; SANTOS, Romualdo Baptista dos; VASSILIEFF, Sílvia; ARAÚJO, Vaneska Donato de. **Responsabilidade civil** – Direito civil v. 5 – coordenação de Vanesla Donato de Araújo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2.008.

LOMEU, Leandro Soares. **Alimentos Gravídicos**: Aspectos da Lei nº 11.804/08. Revista Magister de Direito Civil e Processual civil nº 27 – Nov/dez 2008.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito de família** – atualizado com base no novo código civil por Ricardo Rodrigues Gama. 1ª ed. Campinas. Russel Editores. 2003.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: volume 6. 27 ed. atual. por Francisco José Cahali, com anotações ao novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva. 2002.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

5.1 Legislações consultadas

Constituição Federal Brasileira de 1.988;

Lei nº 11.804, de 5 de novembro de 2008, "Leis De Alimentos Gravídicos";

Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, "Leis De Alimentos";

Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, "Código Civil", e;

Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973, "Código de Processo Civil".

5.2 Jurisprudência utilizada

TJ-RS; AI 70028804847; Passo Fundo; Sétima Câmara Cível; Rel. Des. Sérgio Fernando Silva de Vasconcellos Chaves; Julg. 30/09/2009; DJERS 08/10/2009.

REVISTA JURÍDICA UNIGRAN

Normas Gerais Para A Publicação De Trabalhos

A Revista Jurídica Unigran é uma publicação de divulgação científica da Faculdade de Direito do Centro Universitário de Dourados. Esta publicação incentiva a investigação e procura o envolvimento de seus professores e alunos em pesquisas e cogitações de interesse social, educacional, científico e tecnológico. A Revista Jurídica aceita artigos de seus docentes, discentes, bem como de autores da comunidade científica nacional e internacional, mesmo que já tenham sido publicados em outro periódico científico. Publica artigos, notas científicas, relatos de pesquisa, estudos teóricos, relatos de experiência profissional, revisões de literatura, resenhas, nas diversas áreas do conhecimento científico, sempre a critério de sua Comissão Editorial. Solicita-se observar as instruções a seguir para o preparo dos trabalhos, os quais devem seguir o formato dos artigos aqui publicados.

1. Endereço para envio dos artigos: **revistajuridica@unigran.br**.

Os originais devem ser encaminhados completos, definitivamente revistos, com o máximo 15 páginas, digitadas em espaço 1,5 entre as linhas. Recomenda-se o uso de caracteres Times New Roman, tamanho 12. Somente em casos muito especiais serão aceitos trabalhos com mais de 15 páginas. Os títulos das seções devem ser em maiúsculas, numerados seqüencialmente, destacados com negrito. Não se recomenda subdivisões excessivas dos títulos das Seções.

2. Língua. Os artigos deverão ser escritos preferencialmente em Português, aceitando-se textos em Inglês e Espanhol.

3. Os trabalhos devem obedecer à seguinte ordem:

- Título (e subtítulo, se houver). Deve estar de acordo com o conteúdo do trabalho, conforme os artigos aqui apresentados.
- Autor(es). Logo abaixo do título, apresentar nome(s) do(s) autor(es) por extenso, sem abreviaturas. Com numeração, colocado logo após o nome completo do autor ou autores, remeter a uma nota de rodapé,

relativa às informações referentes às instituições a que pertence(m) e às qualificações, títulos, cargos ou outros atributos do(s) autor(es). O Orientador, co-orientador de Trabalhos de Graduação, Dissertações e Teses passam a ser co-autores em textos originados destes trabalhos.
- Resumo. Com o máximo de 250 palavras, o resumo deve apresentar o objeto estudado, seu objetivo, como foi feito (metodologia), apresentando os resultados, conclusões ou reflexões sobre o tema, de modo que o leitor possa avaliar o conteúdo do texto.
- *Abstract*. Versão do resumo para a língua Inglesa. Caso o trabalho seja escrito em Inglês, o *Abstract* deverá ser traduzido para o Português (Resumo).
- Palavras-chave (*Keywords*). Apresentar duas a cinco palavras-chave sobre o tema.
- Texto. Deve ser distribuído de acordo com as características próprias de cada trabalho. De um modo geral, contém: 1. Introdução; 2. Desenvolvimento; 3. Considerações finais; 4. Referências.
- Citações dentro do texto. As citações textuais longas (mais de três linhas) devem constituir um parágrafo independente, apresentadas em bloco. As menções a autores no decorrer do texto devem subordinar-se ao esquema numérico (referência de rodapé), com a primeira referência completa e as demais podem vir abreviadas (op. cit. p. ou Ibidem, p.).
- Referências Bibliográficas. Elas devem ser apresentadas ao final do trabalho, em ordem alfabética de sobrenome do(s) autor(es), como nos seguintes exemplos:
a)Livro: SOBRENOME, Nome. **Título da Obra**. Local de publicação: Editora, data.
Exemplo:
PÉCORA, Alcir. **Problemas de Redação**. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
b) Capítulo de Livro : SOBRENOME, Nome. Título do capítulo. In: SOBRENOME, Nome (org.). **Título do Livro**, Local de publicação: Editora, data. Página inicial-final.
c) Artigo de periódico: SOBRENOME, Nome. Título do artigo. **Título do periódico**, local de publicação, volume do periódico, número do fascículo, página inicial-página final, mês(es).ano.
Exemplo:
ALMEIDA JÚNIOR, Mário. A economia brasileira. **Revista Brasileira de Economia**, São Paulo, v. 11, n.1, p.26-28, jan./fev.1995.

d) Teses e Dissertações: Sobrenome, nome. **Título da Dissertação** (ou tese). Local. Número de páginas (Categoria, grau e área de concentração). Instituição em que foi defendida. Data.
Exemplo:
BARCELOS, M.F.P. **Ensaio tecnológico, bioquímico e sensorial de soja e guandu enlatados no estádio verde e maturação de colheita**. 1998. 160 f. Tese (Doutorado em Nutrição) – Faculdade de Engenharia de Alimentso, Universidade Estadual de Campinas, Campinas.
e) Outros: Consultar as Normas da ABNT para Referências Bibliográficas.

4. As Figuras (desenhos, gráficos, ilustrações, fotos) e tabelas devem apresentar boa qualidade e serem acompanhados de legendas breves e claras. Indicar no verso das ilustrações, escritos a lápis, o sentido da figura, o nome do autor e o título abreviado do trabalho. As figuras devem ser numeradas seqüencialmente com números arábicos e iniciadas pelo termo Figura, devendo ficar na parte inferior da figura. Exemplo: Figura 4 - Gráfico de controle de custo. No caso das tabelas, elas também devem ser numeradas seqüencialmente, com números arábicos, e colocadas na parte superior da tabela. Exemplo: Tabela 5 – Cronograma da Pesquisa. As figuras e tabelas devem ser impressas juntamente com o original e quando geradas no computador deverão estar gravadas no mesmo arquivo do texto original. No caso de fotografias, desenho artístico, mapas, etc., estes devem ser de boa qualidade e em preto e branco.

5. O encaminhamento do original para publicação deve ser feito exclusivamente via endereço eletrônico.

6. O Conselho Editorial avaliará sobre a conveniência ou não da publicação do trabalho enviado, bem como poderá indicar correções ou sugerir modificações. A cada edição, o Conselho Editorial selecionará, dentre os trabalhos considerados favoráveis para publicação, aqueles que serão publicados imediatamente. Os não selecionados serão novamente apreciados na ocasião das edições seguintes.

7. Os conteúdos e os pontos de vista expressos nos textos são de responsabilidade de seus autores e não apresentam necessariamente as posições do Corpo Editorial da Revista de Direito do Curso de Direito do Centro Universitário de Dourados- UNIGRAN.

8. Originais. A Revista não devolverá os originais dos trabalhos e remeterá, gratuitamente, a seus autores, três exemplares do número em que forem publicados.

9. O Conselho Editorial se reserva o direito de introduzir alterações nos

originais, com o objetivo de manter a homogeneidade e a qualidade da publicação, respeitando, porém, o estilo e a opinião dos autores.

10. Endereços. Deverá ser enviado o endereço completo de um dos autores para correspondência. Os trabalhos deverão ser enviados para: **revistajuridica@unigran.br**.

UNIGRAN - Centro Universitário de Dourados.
Rua Balbina de Matos, 2121
79.824-900 - Dourados - Mato Grosso do Sul - MS.