

Cadernos de Iniciação Científica

Nº 12 | 2015.2



Cadernos de Iniciação Científica

Nº 12 | 2015.2

Salvador, Bahia
2016

ISSN: 2176-0039

Editor-chefe

Prof. Fernando Caria Leal Neto

Editoras-executivas

Ana Carolina Fernandes Mascarenhas

Ana Thereza Meirelles

Editoração eletrônica

Carla Piaggio

Capa

Salamanda

Conselho Editorial

Prof. Ms. Geovane de Mori Peixoto

Prof. Ms. Thiago Carvalho Borges

Prof. Ms. Târsis Silva de Cerqueira

Prof. Ms. Roberto de Almeida Borges Gomes

Prof. Ms. Diogo Assis Cardoso Guanabara

Prof^a Ms. Laís Gramacho

Prof. Ms. Marcus Seixas Souza

Prof^a Ms. Adriana Brasil Vieira Wyzkowski

Prof^a Dr^a. Ana Carolina Mascarenhas

Prof^a Dr^a. Ana Thereza Meirelles



Rua Visconde de Itaborahy, 989,
Amaralina, Salvador – Bahia
(71) 3205-7700 / Fax: (71) 3240-3552
contato@faculdadebaianadedireito.com.br
www.faculdadebaianadedireito.com.br

Linha editorial

O periódico Cadernos de Iniciação Científica é publicação impressa da Faculdade Baiana de Direito e Gestão. A sua proposta é fomentar a produção científica dos discentes do Curso de Graduação em Direito, veiculando os trabalhos produzidos a partir dos grupos de iniciação científica da própria IES, bem como artigos autônomos encaminhados a partir de edital de chamada específico.

Os trabalhos recebidos devem se enquadrar, ao menos, em uma das seis linhas temáticas desenvolvidas na IES: Direito Processual e Constituição; Constitucionalização e a Ciência Penal; Direitos Fundamentais e sua efetividade; Direito Privado e contemporaneidade; Direito e Arte; e Perspectivas atuais em Direito Público.

Processo de avaliação pelo Conselho Editorial

1. Para publicação dos trabalhos, é necessária a submissão ao Editor, que dará seguimento ao processo de avaliação conforme procedimento abaixo indicado.
2. Uma vez recebido o trabalho pela editoria, haverá o cadastro e em seguida será feita a remessa a um professor da Graduação em Direito para que avalie segundo critérios objetivos quanto à forma e conteúdo.
3. A avaliação é feita mediante formulário de avaliação, contendo questões inerentes aos aspectos formais e materiais do trabalho. A decisão pela publicação é formada pelos aspectos formal e material da avaliação.
4. O aspecto formal da avaliação consiste no juízo de adequação do artigo submetido ao edital e às normas da ABNT. A inadequação formal poderá levar à rejeição sumária do artigo por decisão dos editores. Se, contudo, o objeto da inadequação for sanável, o autor terá prazo de 10 (dez) dias para apresentar as retificações. Caso sanadas, serão remetidas para a avaliação pelo Conselho Editorial.
5. O aspecto material da avaliação é aferido pelo Conselho Editorial. O seu objetivo é aferir o valor científico do artigo em grau de iniciação científica, a articulação dos argumentos adu-

zidos, a qualidade das referências, a precisão técnica da abordagem e do uso dos elementos conceituais, bem como a construção do diálogo acadêmico. Nesse sentido, o parecer é o principal instrumento para determinar a aceitação e a prioridade na publicação.

6. Após a avaliação pelo Conselho, os editores avaliam o resultado e emitem uma decisão, que poderá ser pela aceitação, submissão a correções obrigatórias ou rejeição.
7. Como responsáveis pela qualidade da publicação, os editores zelarão pela qualidade editorial do periódico.
8. Não será admitido recurso da decisão que indeferir o trabalho.
9. Haverá rejeição sumária dos artigos identificados, que contenham trechos de outras obras sem a devida referência bibliográfica. Qualquer forma de plágio importará em rejeição.

Regras para publicação de artigos nos Cadernos de Iniciação Científica

1. O trabalho encaminhado para publicação no periódico *Cadernos de Iniciação Científica*, uma vez publicado, considera-se licenciado para a publicação, podendo ser veiculado em outros lugares, após autorização prévia e expressa do Conselho Editorial, citada a publicação original como fonte.
2. O trabalho deve ser enviado pelo correio eletrônico, para o endereço: publicacoes@faculdade-baianadedireito.com.br (no “Assunto”, fazer referência a Cadernos de Iniciação Científica).
3. O trabalho deverá ter entre 12 e 30 laudas. Como fonte, usar o *Times New Roman*, corpo 12. O espaçamento entrelinha deve ser 1,5; as margens superior e esquerda 3,0 cm e inferior e direita 2,0 cm. O tamanho do papel deve ser A4.
4. O trabalho deverá ser precedido por uma folha na qual constarão: o título do trabalho, o nome e qualificação do autor (ou autores), endereço para correspondência, telefone e *e-mail*, bem como a autorização de publicação.
5. As referências bibliográficas deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/2000 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas — ABNT): sobrenome do autor em letras maiúsculas; *vírgula*; nome do autor em letras minúsculas; *ponto*; título da obra em *itálico*; *ponto*; número da edição (a partir da segunda); *ponto*;

local; *dois pontos*; editora (não usar a palavra editora); *vírgula*; ano da publicação; *ponto*.

6. Os trabalhos deverão conter título, além de serem precedidos por um breve *Resumo* (10 linhas no máximo) e de um *Sumário*.
7. Deverão ser destacadas as *palavras-chave*.
8. Todo destaque que se queira dar ao texto impresso deve ser feito com o uso de *itálico*. Citações de textos de outros autores deverão ser feitas de acordo com NBR 10520.
9. O envio do artigo será considerado participação voluntária e gratuita do autor(a). Como contrapartida pela licença de publicação dos trabalhos, o colaborador receberá 01 (um) exemplar do periódico em cujo número seu trabalho tenha sido publicado.
10. O trabalho para publicação será selecionado pelo Conselho Editorial da Revista. Os trabalhos aprovados com ressalvas serão devolvidos aos seus autores, que poderão reenviá-los, desde que efetuadas as modificações necessárias.

Fernando Caria Leal Neto

Editor dos Cadernos de Iniciação Científica

SOLICITAÇÃO DE PERMUTA

Solicita-se permuta.

Piedese canje.

On demande l'échange.

We ask for exchange.

Si richide lo scambio.

Austausch wird gebeten..

Sumário

Capítulo I

PODER CONSTITUINTE E A (I)MUTABILIDADE DAS CLÁUSULAS PÉTREAS..... 17

Bruno Porangaba Rodrigues

| | |
|--|----|
| 1. Introdução | 20 |
| 2. Poder constituinte..... | 21 |
| 2.1. Poder constituinte originário | 21 |
| 2.2. Poder constituinte derivado..... | 22 |
| 3. Limites ao poder derivado reformador | 24 |
| 3.1. Limites formais | 24 |
| 3.2. Limites circunstanciais | 25 |
| 3.3. Limites materiais (cláusulas pétreas) | 26 |
| 3.3.1. Limitações expressas | 27 |
| 3.3.2. Limitações implícitas..... | 28 |
| 4. A (i)mutabilidade das cláusulas pétreas | 29 |
| 5. Considerações finais | 35 |
| 6. Referências | 37 |

Capítulo II

***DISTINGUISHING* À LUZ DO CPC/2015: INSTRUMENTO PARA APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS 39**

Elis Costa Menezes

| | |
|--|----|
| 1. Introdução | 42 |
| 1.1. Conceitos prévios..... | 42 |
| 1.1.1. <i>A ratio decidendi</i> (ou <i>holding</i>) | 42 |
| 1.1.2. <i>O obiter dictum</i> | 44 |
| 2. O <i>Distinguishing</i> | 47 |
| 2.1. Um conceito: a tentativa de construí-lo | 48 |
| 2.2. Os fatos relevantes..... | 51 |
| 3. O <i>Distinguishing</i> no Brasil..... | 58 |
| 3.1. Sobre o julgamento dos recursos repetitivos..... | 61 |
| 3.2. A suspensão das demandas no juízo ordinário ... | 64 |

| | |
|---|----|
| 4. O <i>Distinguishing</i> no novo CPC | 67 |
| 4.1. A previsão legal..... | 69 |
| 4.2. Um pouco sobre a fundamentação das decisões judiciais | 73 |
| 5. Conclusão..... | 75 |
| 6. Referências | 76 |

Capítulo III

THE WORLD TRADE ORGANIZATION DISPUTE SETTLEMENT SYSTEM AND THE STABILIZATION OF INTERNATIONAL RELATIONS 81

Eric Bastos Deiró de Mello

| | |
|---|-----|
| 1. Introduction..... | 84 |
| 2. The world trade organization..... | 85 |
| 3. The wto dispute settlement body..... | 93 |
| 4. The stabilization of international relations by means of the WTO dispute settlement | 100 |
| 5. Challenges faced | 107 |
| 6. Conclusion | 109 |
| 7. References | 111 |

Capítulo IV

A APLICAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANCIAL NAS AÇÕES CÍVEIS SOB RITO SUMARÍSSIMO DA LEI 9.099/95115

Gabrielly Tamirys Barboza de Souza

| | |
|--|-----|
| 1. Introdução | 118 |
| 2. Princípio do devido processo legal | 119 |
| 2.1. Origem e evolução histórica | 122 |
| 2.2. Conteúdo procedimental e substancial do devido processo legal..... | 126 |
| 2.3. Devido processo legal substancial no Brasil | 131 |
| 3. Rito sumaríssimo da lei 9.099/95 | 133 |
| 4. A aplicação do devido processo legal substancial nas ações cíveis sob rito sumaríssimo da lei 9.099/95... .. | 140 |
| 5. Conclusão..... | 142 |
| 6. Referências | 144 |

SUMÁRIO

Capítulo V

OS MECANISMOS DE EFETIVAÇÃO DO CUMPRIMENTO DA VONTADE DO DOADOR DE ÓRGÃOS E TECIDOS *POST MORTEM*.....147

Guilherme Cardoso de Matos

1. Introdução 150
2. A disposição de órgãos e tecidos *post mortem* 152
 - 2.1. Da autorização para a doação *post mortem*..... 154
3. Autonomia e manifestação da vontade 157
 - 3.1. O direito ao próprio corpo e a eficácia da vontade do doador 159
4. Os mecanismos para a efetivação..... 161
 - 4.1. As diretivas antecipativas de vontade 162
 - 4.1.1. O mandato duradouro e o testamento vital 167
 - 4.2. Banco de registro de doadores 168
5. Conclusão..... 170
6. Referências 172

Capítulo VI

O DIREITO À NOMEAÇÃO DO CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA DO STJ E STF175

Ivan Luis Lira de Santana

1. Introdução 177
2. Do concurso público e do seu prazo de validade 179
3. Da nomeação como forma de provimento originário de cargo público..... 183
4. Aprovação e classificação: direito à nomeação e mera expectativa de direito 185
5. Direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado dentro do número de vagas 190
6. Conclusão..... 193
7. Referências 193

Capítulo VII

A POSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO DA SOBERANIA DE UM ESTADO PARA A GARANTIA DO DIREITO

FUNDAMENTAL DE LOCOMOÇÃO: UMA ANÁLISE DA SITUAÇÃO DOS REFUGIADOS NA EUROPA.....197

Larissa Nobre de Santana Santos

| | |
|---|-----|
| 1. Introdução | 200 |
| 2. A soberania e a possibilidade de limitação..... | 202 |
| 2.1. Conceito clássico de soberania, aspectos históricos e soberania como elemento do estado..... | 202 |
| 2.2. Soberania jurídica e política..... | 206 |
| 2.3. Relativização da soberania | 208 |
| 3. Direito fundamental à locomoção e a situação dos refugiados na europa | 209 |
| 3.1. Antecedentes relevantes para o surgimento da situação | 215 |
| 3.2. Proteção dos direitos humanos para os refugiados | 217 |
| 3.3. A atuação dos países europeus | 222 |
| 4. A possibilidade de limitação da soberania de um estado para garantir o direito à locomoção dos refugiados .. | 223 |
| 5. Conclusão..... | 226 |
| 6. Referências | 228 |

Capítulo VIII

A VULNERABILIDADE DOS TRANSEXUAIS E TRAVESTIS NO SISTEMA CARCERÁRIO231

Luana Alvarez e Sabrina Rigaud

| | |
|--|-----|
| 1. Introdução | 234 |
| 2. A questão do gênero (Transexuais e travestis) | 235 |
| 3. A vulnerabilidade e as suas nuances | 241 |
| 4. A vulnerabilidade no sistema carcerário | 246 |
| 5. Conclusão..... | 254 |
| 6. Referências | 256 |

Capítulo IX

INTERESSE PÚBLICO E PROPRIEDADE PRIVADA: UMA ANÁLISE DA DESAPROPRIAÇÃO PARA A CONSTRUÇÃO DE VIAS PÚBLICAS261

Luciana Afonso Silva Azevedo

SUMÁRIO

| | |
|--|-----|
| 1. Introdução..... | 264 |
| 2. O direito a propriedade à luz do ordenamento jurídico brasileiro..... | 265 |
| 2.1. Conceito: delineamento constitucional e infra-constitucional | 266 |
| 2.2. Limitações: a propriedade e sua função social | 269 |
| 3. Desapropriação..... | 271 |
| 3.1. Conceito | 272 |
| 3.2. A questão do interesse público na desapropriação..... | 273 |
| 3.3. Requisitos legais | 275 |
| 3.3.1. Desapropriação por necessidade pública.. | 278 |
| 3.3.2. Desapropriação por interesse social | 279 |
| 3.3.3. Desapropriação por utilidade pública | 281 |
| 3.3.3.1. A construção de vias públicas... .. | 281 |
| 4. Conclusão..... | 286 |
| 5. Referências | 287 |

Capítulo X

LIMITES SUBJETIVOS DAS CLÁUSULAS COMPROMISSÓRIAS DA ARBITRAGEM NO DIREITO SOCIETÁRIO.....291

Olívia Nobre da Hora

| | |
|---|-----|
| 1. Introdução..... | 294 |
| 2. Arbitragem — Aspectos gerais | 295 |
| 3. A Arbitragem no âmbito do Direito Societário | 297 |
| 3.1. Limites Subjetivos da Cláusula Compromissória | 299 |
| 4. Conclusão..... | 304 |
| 5. Referências | 305 |

Capítulo XI

DROGAS DESCARTÁVEIS PARA PACIENTES DESCARTÁVEIS: A RESPONSABILIDADE SOCIAL DA EMPRESA DE ACORDO COM O FILME O JARDINEIRO FIEL.....307

Priscilla Machado Melo Sapucaia da Silva

| | |
|---|-----|
| 1. Introdução..... | 310 |
| 2. Questões pertinentes ao Direito Empresarial..... | 311 |

| | |
|---|-----|
| 2.1. Conceito de Empresa | 311 |
| 2.2. Distinções terminológicas necessárias..... | 313 |
| 2.3. No que consiste a função social..... | 315 |
| 2.3.1. Função social da pessoa jurídica..... | 315 |
| 2.3.2. Função social vs Responsabilidadesocial.. | 317 |
| 2.4. O Direito Societário e a Responsabilidade social: sobre a proteção aos direitos humanos..... | 319 |
| 3. Do filme <i>O Jardineiro Fiel</i> : aspectos e breve contex- tualização | 322 |
| 4. Sobre a questão da função social e a responsabilidada- de da empresa perante as <i>Três Abelhas</i> | 324 |
| 5. Conclusão..... | 327 |
| 6. Referências bibliográficas..... | 328 |

Capítulo XII

A RELAÇÃO DO EMPREGADO HIV POSITIVO COM O DIREITO DO TRABALHO.....331

*Rafaela Melo Cavalcante e Tâmara Caroline Sento-Sé
Lobão Meneses de Sousa*

| | |
|--|-----|
| 1. Introdução | 334 |
| 2. Do dano moral | 334 |
| 2.1. Do dano moral na relação de trabalho..... | 336 |
| 3. A proteção do mercado de trabalho do HIV positivo e a despedida discriminatória..... | 338 |
| 4. Da lei 12.984/14 | 341 |
| 5. Conclusão..... | 344 |
| 6. Referências | 344 |

Capítulo I

Poder constituinte e a (i)mutabilidade das cláusulas pétreas

Bruno Porangaba Rodrigues

Acadêmico de Direito da Faculdade Baiana de Direito e Gestão.
E-mail: rodriguessbruno@hotmail.com.

Poder constituinte e a (i)mutabilidade das cláusulas pétreas

Resumo: O presente trabalho tem como escopo desmistificar a interpretação restrita e equivocada acerca da imutabilidade das cláusulas pétreas à luz das Emendas à Constituição que, *in concreto*, modificaram direitos previstos no rol do art. 60, §4º da Constituição Federal. Corroborando tal tese, busca-se evidenciar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal no que diz respeito à constitucionalidade das reformas constitucionais promovidas pelo Poder Constituinte Derivado Reformador. Conclui-se pela possibilidade de redução das cláusulas pétreas, sem que, todavia, seu núcleo essencial seja atingido.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Poder Constituinte. Poder de reforma. Imutabilidade. Cláusulas pétreas.

Sumário: 1. Introdução — 2. Poder constituinte: 2.1. Poder constituinte originário; 2.2. Poder constituinte derivado — 3. Limites ao poder constituinte derivado reformador: 3.1. Limites formais; 3.2. Limites circunstanciais; 3.3. Limites materiais (cláusulas pétreas); 3.3.1. Limitações expressas; 3.3.2. Limitações implícitas; 4. a (i)mutabilidade das cláusulas pétreas — 5. Considerações finais — 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Ab initio, faz-se mister registrar as razões que deram azo ao estudo em questão: 1) a atemporal relevância temática do Poder Constituinte (originário e derivado); 2) a necessidade de delimitação do alcance constitucional dos limites substanciais explícitos; 3) as teses contemporâneas acerca da (in)constitucionalidade das matérias que impactam diretamente na reforma constitucional.

Destarte, far-se-ão análises assentes nas principais reformas legislativas-constitucionais com vistas a comprovar juridicamente a possibilidade de modificação das matérias constantes no art. 60, § 4º, inclusive, vale dizer, restringindo tais direitos, desde que, obviamente, o seu núcleo essencial permaneça tutelado.

A par disso, cumpre mencionar a tese do ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Eros Roberto Grau, aduzindo que o Direito não se interpreta em tiras, aos pedaços¹. Tal posicionamento demonstra-se vivaz à medida que, comumente, intérpretes do direito limitam o sistema jurídico à norma *stricto sensu*.

Neste sentido, busca-se afastar o reducionismo interpretativo, de modo que a conclusão pela (in)constitucionalidade de reformas — ou mesmo de possíveis reformas, *v.g.*, redução da maioria penal sob o enfoque constitucional — deverá ser fruto da juridicidade, levando-se em conta, portanto, as normas e os princípios expressos na Constituição Federal, assim como aqueles cujo Estado brasileiro seja signatário.²

1 GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 41.

2 Art. 5º, § 2º, CF: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios

2. PODER CONSTITUINTE

2.1. Poder constituinte originário

O poder constituinte originário “é poder político supremo, destinado a elaborar o texto da Constituição do Estado e que, para tal mister, não encontra qualquer condição ou limites pré-estabelecidos no Direito, pois a este precede.”³

Com efeito, cumpre ressaltar as características inerentes ao poder de criação de uma Constituição suscitadas uniformemente pela doutrina, quais sejam:

- Inicial, visto que a manifestação deste poder dá-se com a elaboração de nova Constituição e, como consectário lógico-jurídico, rompe-se com a ordem jurídica vigente;
- Ilimitado, já que como visto conceitualmente, o poder constituinte originário não está sujeito a limitações prévias, diferentemente do poder de reforma, como se verá mais adiante;
- Incondicionado, em razão de sua eclosão não se sujeitar às condições procedimentais.

Insta observar, todavia, que, hodiernamente, tais características não mais representam conceitos estanques, fechados, sofrendo, portanto, mitigações. Desse modo, desarrazoado seria se nova Constituição modificasse radicalmente os valores (internos e internacio-

por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

3 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 8 ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 198.

nais) assegurados em dada comunidade jurídica. Eis, então, nova aceção acerca das limitações ao poder inovador, apontada pela doutrina de vanguarda.

Finda a análise das linhas gerais do poder constituinte originário, parte-se à compreensão do poder de reforma, cujos impactos serão esmiuçados.

2.2. Poder constituinte derivado

como visto alhures, o poder constituinte originário goza da prerrogativa inovadora e, em decorrência disso, não se sujeita a limitações senão as valorativas. A seu turno, o poder constituinte derivado encontra naquele seu primeiro freio. Isto porque, em verdade, trata-se de poder constituído, cuja função é modificar pontualmente a ordem jurídica vigente à luz dos preceitos pré-estabelecidos.

Nesse ínterim, evidencia-se que o propósito do poder constituído é evitar a manifestação do poder constituinte originário para mudanças meramente pontuais, reduzindo, dessa forma, os efeitos nefastos das contínuas rupturas da ordem constitucional.⁴

Caracteriza-se, doutrinariamente, o Poder Constituinte Derivado como sendo:

- Derivado, levando-se em conta que sua manifestação pressupõe, anteriormente, a exteriorização do poder constituinte originário;

4 MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 118.

- Limitado, em atenção às limitações temporais, circunstanciais, formais e materiais, exigidas pela Constituição Federal;
- Condicionado, pois sua materialização advém posteriormente ao preenchimento das formalidades impostas pela Lei Maior.

Outrossim, classifica-se o poder constituinte derivado em: a) reformador; b) decorrente. Aquele tem o condão de modificar a ordem constitucional através de emendas constitucionais (reforma *stricto sensu*) e revisão constitucional (reforma *lato sensu*); este, por outro lado, destina-se à elaboração e modificação das constituições estaduais.

Deveras, utilizar-se-á como alicerce deste trabalho tão somente o poder constituinte derivado reformador. À vista disso, as idiosincrasias relativas ao poder constituinte derivado decorrente não serão abordadas.

Ademais, é forçoso convir que a disposição normativa acerca da revisão constitucional endossou lapso temporal para a produção de seus efeitos⁵. Com isso, a referida norma adquiriu status de eficácia exaurida e, portanto, a Constituição apenas poderá ser emendada e não mais revisada.⁶

Dissecada a temática do Poder Derivado Reformador, resta examinar os seus limites. Note-se que

5 ADCT, art. 3º: “A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral”.

6 Nesse sentido, SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Elementos de teoria geral do direito*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 40.

esta análise será de suma importância para a compreensão da proposta do presente estudo.

3. LIMITES AO PODER DERIVADO REFORMADOR

3.1. Limites formais

A compreensão dos limites formais remonta à ponderação do constitucionalismo moderno, aflorado no final do século XVIII com a Independência dos Estados Unidos e a Revolução Francesa⁷.

Como corolário deste histórico movimento, a rigidez constitucional difundiu-se entre as Constituições modernas, condicionando, assim, as reformas constitucionais a procedimentos específicos. Aduz, nesse viés, o Ministro Luís Roberto Barroso⁸:

Da rigidez constitucional resulta a existência de um procedimento específico para reforma do texto constitucional, que há de ser mais complexo do que o adotado para a aprovação da legislação ordinária. Esse procedimento envolverá, normalmente, regras diferenciadas em relação à iniciativa, ao quórum de votação das propostas de emenda e às instâncias de deliberação.

Assim sendo, as fases atinentes ao processo de mudança podem ser decompostas didaticamente em:

- Iniciativa
- Constitutiva
- Complementar

⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.10 et seq.

⁸ *Ibidem*, p. 152.

A iniciativa, de acordo com o texto constitucional, refere-se à apresentação da proposta de Emenda Constitucional através de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; do Presidente da República; de mais da metade das Assembleias Legislativas, manifestando-se, cada casa, pela maioria relativa de seus membros.

No que concerne à fase constitutiva, exige-se a anuência de 3/5 da Câmara dos Deputados e 3/5 do Senado Federal, sendo deliberada duas vezes em cada Casa. Converte-se, então, a proposta de Emenda em Emenda propriamente dita.

Finalmente, a etapa complementar envolve a promulgação e publicação da Emenda. Promulgar, pois, significa o atestado de regularidade do processo legislativo-constitucional; ao passo que publicar, consequentemente, relaciona-se à divulgação do ato de promulgação. Tal procedimento será realizado conjuntamente pelas Mesas da Câmara e do Senado, nos termos do art. 60, § 3º.⁹

3.2. Limites circunstanciais

o legislador constituinte, acertadamente, dispôs acerca dos limites circunstanciais, cuja nomenclatura colabora consideravelmente ao entendimento. Fala-se, então, em limites circunstanciais enquanto impedimento de reforma constitucional durante a vigência de determinadas circunstâncias anômalas que potencializam abalos ao Estado Democrático de Direito.

⁹ Art. 60, § 6º, CF: “A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem”.

Em síntese, tais circunstâncias dividem-se em: a) intervenção federal, enquanto mecanismo que retira temporariamente a autonomia política de algum ente da federação; b) estado de defesa, sendo decretado pelo Presidente da República e controlado pelo Congresso Nacional, com vistas a restabelecer a ordem pública em locais determinados; e c) estado de sítio, que, diante da insuficiência do estado de defesa, restringe direitos fundamentais em razão da instabilidade que assola o país.

Ora, como cedo, o processo legislativo representa crucial momento democrático, razão pela qual os congressistas necessitam de equilíbrio institucional para deliberarem as reformas à Lei maior. Dessa forma, o art. 60, § 1º tutelou a matéria, garantindo, por consequência, segurança aos destinatários da reforma constitucional.¹⁰

3.3. Limites materiais (cláusulas pétreas)

os limites materiais, por sua vez, constituem desconfiças do legislador. Isto é, quando da elaboração da Constituição Cidadã, o constituinte tutelou determinadas matérias, vedando alterações que restrinjam seus núcleos principais.

Tal proteção, inclusive, vai além: não se admitem as propostas tendentes a abolir as cláusulas pétreas. Neste caso, portanto, há controle preventivo de constitucionalidade, o que impede a tramitação da proposta por ser flagrantemente inconstitucional.

¹⁰ Art. 60, §1º, CF: “A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou estado de sítio”.

Ademais, tais limitações podem ser expressas (previstas explicitamente na Constituição Federal) ou implícitas (não previstas explicitamente pela Constituição, mas que gozam do mesmo respaldo).

Analisemo-las.

3.3.1. Limitações expressas

Estas, como dito, encontram-se previstas no texto constitucional, *in verbis*:

Art. 60. [...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I — a forma federativa de Estado;

II — o voto direto, secreto, universal e periódico;

III — a separação dos Poderes;

IV — os direitos e garantias individuais.

Não constitui objetivo desta produção dissecar individualmente as matérias amparadas pela Lei Maior. Sem embargo, cumpre advertir que o inciso IV em questão é alvo de embates doutrinários. Uns, apegados à literalidade do dispositivo constitucional, interpretam-no restritivamente¹¹; outros, contudo, decifram a expressão “direitos e garantias individuais” como sendo espécie do gênero direitos fundamentais, optando-se, assim, pela interpretação ampliativa.¹²

11 Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes: “Parece inquestionável, assim, que os direitos e garantias individuais a que se refere o art. 60, § 4º, IV, da Constituição são, fundamentalmente, aqueles analiticamente elencados no art. 5º” (Os limites da revisão constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, 21:69, 1997, p. 86).

12 Nesse sentido, Dirley da Cunha Júnior: “É inegável que a proteção alcança todos os direitos e garantias fundamentais, incluindo os

Em busca da interpretação adequada às cláusulas pétreas, salienta o Ministro Luís Roberto Barroso¹³:

A locução tendente a abolir deve ser interpretada com equilíbrio. Por um lado, ela deve servir para que se impeça a erosão do conteúdo substantivo das cláusulas protegidas. De outra parte, não deve prestar-se a ser uma inútil muralha contra o vento da história, petrificando determinado status quo. A Constituição não pode abdicar da salvaguarda de sua própria identidade, assim como da preservação e promoção de valores e direitos fundamentais; mas não deve ter a pretensão de suprimir a deliberação majoritária legítima dos órgãos de representação popular, juridicizando além da conta o espaço próprio da política. O juiz constitucional não deve ser prisioneiro do passado, mas militante do presente e passageiro do futuro. (grifei)

As limitações explícitas na Carta Constitucional, portanto, são imprescindíveis à ordem constitucional; entretanto, o intérprete constitucional deve, casuisticamente, sopesar os valores inatos à Constituição objetivando salvaguardá-la e prosperá-la, simultaneamente.

3.3.2. Limitações implícitas

Conquanto tais limitações não estejam previstas no texto constitucional, suas funções seguem mesma

de natureza coletiva e difusa e os direitos sociais, em razão da concepção hoje dominante da *unidade e indivisibilidade* dos direitos e garantias” (*Curso de Direito Constitucional*. 8 ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 204).

13 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 169.

lógica das limitações expressas, enquanto mecanismo fundamental de ponderação ao exercício do poder reformador.

A respeito destas limitações implícitas, Nelson de Sousa Sampaio fixou entendimento como sendo: “1^a) as relativas aos direitos fundamentais; 2^a) as concernentes ao titular do poder constituinte; 3^a) as referentes ao titular do poder reformador; 4^a) as relativas ao processo da própria emenda ou revisão constitucional”.¹⁴

O raciocínio, portanto, é tutelar, em linhas gerais, o próprio sistema que instituiu as cláusulas pétreas. *A contrario sensu*: incongruente seria estabelecer um sistema e, simultaneamente, não oferecer ferramentas necessárias à sua proteção.

De maneira latente, pois, percebe-se que a doutrina tradicional já mencionava a necessidade de custodiar o sistema instituidor das cláusulas pétreas, de modo que, contemporaneamente, há plenitude doutrinária acerca do tema.

4. A (I)MUTABILIDADE DAS CLÁUSULAS PÉTREAS

Tecidas as ponderações cruciais à tônica do Poder Constituinte, analisa-se, doravante, a situação-problema investigada por este estudo.

À luz das diretrizes outrora construídas, percebe-se que, em verdade, as cláusulas pétreas são mutáveis, isto é, a forma federativa de estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos pode-

14 SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O poder de reforma constitucional*. 3 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1995, p. 95.

res; e os direitos e garantias individuais podem, em certa medida, sofrer alterações.

A priori, faz-se mister por razões históricas e pela relação intrínseca com o cerne do debate, aludir ao julgamento acontecido sob a égide da Constituição de 1967-69 na Suprema Corte:

Os Exmos. Srs. Senadores Itamar Franco e Antonio Mendes Canale requerem mandado de segurança contra a Mesa do Congresso Nacional, na pessoa de seu Presidente, o Exmo. Sr. Senador Luiz Viana Filho, a fim de que seja impedida a tramitação das Propostas de Emendas Constitucionais nºs 51 e 52/80, bem assim da Emenda nº 3 às referidas Propostas.

Argumentam que ditas Emendas, visando à prorrogação dos mandatos dos atuais Prefeitos, Vice-Prefeitos e Vereadores, não podem ser objeto de deliberação, ante o que dispõe o art. 47, § 1º, da Constituição, segundo o qual “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a Federação e a República”¹⁵.

[...]

A emenda constitucional, em causa, não viola, evidentemente, a república, que pressupõe a temporariedade dos mandatos eletivos. De feito, prorrogar mandato de dois para quatro anos, tendo em vista a conveniência da coincidência de mandatos nos vários níveis da Federação, não implica introdução do princípio de que os mandatos não mais são temporários, nem envolve, indiretamente, sua adoção de fato, como sustentam os impetrantes, sob a alegação de que, a admitir-se qualquer prorrogação, ínfima que fosse,

15 Relatório do julgamento MS 20.257/DF.

estar-se-ia a admitir prorrogação por vinte, trinta ou mais anos. Julga-se à vista do fato concreto, e não de suposição, que, se vier a concretizar-se, merecerá, então, julgamento para aferir-se da existência, ou não, de fraude à proibição constitucional¹⁶. (MS 20.257/DF, Rel. originário Min. Cordeiro Guerra, Rel. p/ o acórdão Min. Moreira Alves, DJ 27/02/1981) (grifei)

Notabiliza-se, já na vigência da Constituição Federal de 1988, o julgamento da ADI n° 2.024-MC, cuja relatoria incumbiu ao Ministro Sepúlveda Pertence:

I. Ação Direta de Inconstitucionalidade: seu cabimento — afirmado no STF desde 1926 — para questionar a compatibilidade de emenda constitucional com os limites formais ou materiais impostos pela Constituição ao poder constituinte derivado: precedente.

[...]

1. A “*forma federativa de Estado*” — elevado a princípio intangível por todas as Constituições da República — não pode ser conceituada a partir de um modelo ideal e apriorístico de Federação, mas, sim, daquele que o constituinte originário concretamente adotou e, como o adotou, erigiu um limite material imposto às futuras emendas à Constituição; de resto, as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do seu núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege. (ADI 2.024-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 01/12/00) (grifei)

Em outra oportunidade, quando do julgamento do MS 23.047/DF, o Ministro Sepúlveda Pertence proferiu o seguinte voto:

16 Voto do Ministro Moreira Alves.

Reitero de logo que a meu ver as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do seu núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação neles se protege.

Convém não olvidar que, no ponto, uma interpretação radical e expansiva das normas de intangibilidade da Constituição, antes de assegurar a estabilidade institucional, é a que arrisca legitimar rupturas revolucionárias ou dar pretexto fácil à tentação dos golpes de Estado. (MS 23.047, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14/11/03)

Este viés do Supremo Tribunal Federal é louvável. Com a devida vênia aos doutrinadores que, modernamente, ainda insistem em examinar o rol das matérias tuteladas à reforma constitucional como sendo imodificável, tal posicionamento contradiz os postulados consolidados pela jurisprudência pátria antes mesmo da promulgação da Constituição Federal de 1988.

Compreendida a mutabilidade das cláusulas pétreas, parte-se às suas possibilidades de alterações.

Indaga-se, de antemão, se uma Emenda Constitucional poderá, eventualmente, restringir determinada cláusula pétrea. Como visto, cláusulas pétreas podem ser restringidas, desde que seu núcleo principal permaneça incólume. Este núcleo, portanto, nada mais representa que a estrutura substancial de determinado instituto jurídico.

Compreender desta forma, pois, permite ao intérprete enxergar além do dispositivo constitucional e,

consequentemente, evita decisões teratológicas, aproximando-se da justiça interpretativa.

Nesse sentido, uma Emenda Constitucional poderá impactar, *v.g.*, na separação dos poderes, sem, no entanto, violar o seu conteúdo mínimo. Explica-se: a EC n° 45/2004, denominada “Reforma do Judiciário”, modificou, dentre outros imbróglis jurídicos, as competências do STF e STJ. Para tanto, corrigiu a incoerência que previa a possibilidade de interposição de Recurso Especial no caso de conflito entre lei local e federal, ao passo que, simultaneamente, a competência para processar e julgar originariamente as causas envolvendo a União, nos termos da Constituição, seria do STF. Diante da iminência de decisões conflitantes, visto que a mesma situação jurídica poderia ser submetida, concomitantemente, ao STF e STJ, sobreveio a reforma constitucional, atribuindo-se ao Supremo a competência para julgar o conflito entre lei local e federal mediante Recurso Extraordinário.¹⁷

Percebe-se, claramente, que a modificação, notadamente a restrição das cláusulas péticas, é possível. No caso explicitado, a Emenda Constitucional restringiu a competência do STJ, já que, anteriormente, o órgão adequado ao julgamento do conflito entre lei local e federal seria o próprio STJ através da interposição de Recurso Especial.

17 Art. 102, CF: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I — julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal”. (Incluída pela Emenda Constitucional n° 45, de 2004)

Outrossim, não há dúvidas que o núcleo essencial da separação de poderes permaneceu tutelado, o que comprova, novamente, a tese aqui defendida.

Vencida a questão atinente à restrição das cláusulas pétreas, interpela-se: as reformas às cláusulas pétreas podem ser ampliativas?

Seguindo o raciocínio construído, a resposta apenas poderá ser negativa. Isto porque, como visto, o poder constituinte derivado reformador é outorgado pelo poder constituinte originário e, assim sendo, sofre limitações impostas exclusivamente pelo poder criador. Isto é, o poder reformador não sofre limitações de outro poder reformador (e nem poderia!). Caso fosse admitida, *v.g.*, a instituição de nova cláusula pétrea por determinado poder reformador, o poder reformador futuro estaria restrito às determinações dadas por outro poder reformador, o que seria uma afronta à estrutura do poder constituinte.

Isto não obsta, todavia, que uma Emenda Constitucional tenha no seu bojo o objetivo de ampliar direitos e garantias fundamentais (os direitos e garantias individuais, conforme verificado anteriormente, são espécies). Aliás, coibir reformas ampliativas aos direitos fundamentais seria petrificar o sistema constitucional, desprezando-se, inclusive, os objetivos fundamentais consagrados pela Lei Fundamental.

À vista disso, elucida-se o magistério de Dirley da Cunha Júnior¹⁸:

18 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 8 ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 203.

Ora, é indubitável que uma emenda constitucional pode reformar o catálogo dos direitos e garantias fundamentais para *acrescentar* ao texto constitucional *novos* direitos (por exemplo, o *direito social à moradia*, que foi acrescentado ao art. 6º pela EC nº 26/2000) e *novas* garantias (por exemplo, a *garantia da razoável duração do processo*, que foi inserida, como inciso LXXVIII, ao art. 5º pela EC nº 45/2004). A própria lei pode ampliar o conteúdo dos direitos e garantias constitucionais, porém jamais esvaziá-lo. Podemos dar o seguinte exemplo: uma lei pode ampliar a garantia constitucional do Júri para, além da sua competência garantida para julgar os crimes dolosos contra a vida, acrescentar outros crimes (como latrocínio, lesão corporal seguida de morte, etc); só não pode a lei, nem emenda constitucional, retirar da competência do Júri os crimes dolosos contra a vida, pois se trata aí de seu conteúdo mínimo, que é imutável.

Isto exposto ratifica-se a mutabilidade das cláusulas pétreas — e, obviamente, a mutabilidade em questão refere-se à modificação em sentido amplo, abrangendo, portanto, a redução e a ampliação. Interpretá-la como intangível destoa da doutrina de vanguarda, bem como do posicionamento firmado pela cúpula máxima do poder judiciário brasileiro anteriormente ao advento da Lei Maior, estagnando o sistema interpretativo-constitucional.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se, ao longo deste estudo, examinar os principais aspectos relativos ao tema Poder Constituinte para, posteriormente, esmiuçar as cláusulas pétreas, na qualidade de limitações à reforma constitucional.

Todavia, com isso não se quer dizer que a temática em questão fora esgotada. Aliás, tal conjuntura seria impossível em virtude do propósito do presente trabalho, qual seja o de trazer à baila a mutabilidade dos limites materiais ao poder constituinte derivado reformador.

Convém acentuar, dessa forma, os desfechos obtidos:

- O poder constituinte originário é a potência inovadora de uma ordem constitucional e, assim sendo, não se sujeita a limitações senão as de ordem axiológica;
- O poder constituinte derivado, por consequência, atua em ordem constitucional existente, razão pela qual sua competência é mitigada pelas limitações impostas diretamente pelo poder originário;
- As limitações fixadas ao poder reformador, por sua vez, servem para a manutenção do sistema jurídico-constitucional, coibindo eventuais abusos do poder de reforma;
- No que se refere às cláusulas pétreas, o entendimento dominante doutrinário e jurisprudencial pauta-se pela mutabilidade, isto é, as cláusulas pétreas podem ser alteradas, desde que seu conteúdo central mantenha-se protegido;
- É vedado ao poder de reforma a ampliação de cláusulas pétreas, visto que as limitações do poder constituinte reformador decorrem, exclusivamente, do poder originário.

- Uma Emenda Constitucional, entretanto, poderá ampliar direitos e garantias fundamentais, a exemplo das EC nº 26/00 e EC nº 45/04; afinal, ampliá-los representa, conseqüentemente, a evolução da ordem constitucional.

6. REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 20.257* — DF, Impetrantes: Itamar Augusto Cautiero Franco e Antonio Mendes Canale, Impetrado: Mesa do Congresso Nacional. Relator originário: Min. Cordeiro Guerra, Brasília, D.J 27 fev. 1981. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 29 nov. 2015.

_____. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.024-2* — DF, Requerente: Governador do Estado do Mato Grosso do Sul, Requerido: Congresso Nacional. Relator: Min Sepúlveda Pertence. D.J. 01 dez. 2000. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 29 nov. 2015.

_____. *Mandado de Segurança nº 23.047-3* — DF, Impetrantes: Miro Teixeira e outros, Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. D.J 14 nov. 2003. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 29 nov. 2015.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 8 ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRUNO PORANGABA RODRIGUES

MENDES, Gilmar Ferreira. Os limites da revisão constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, 21:69, 1997.

_____. GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

SAMPAIO, Nelson de Sousa. *O poder de reforma constitucional*. 3 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1995.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Elementos de teoria geral do direito*. São Paulo: Saraiva, 2013.

Capítulo II

Distinguishing à luz do CPC/2015: instrumento para aplicação dos precedentes judiciais

Elis Costa Menezes

Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Baiana de
Direito e Gestão. Bacharel em Direito pela Faculdade Baiana de
Direito e Gestão. Advogada.

Distinguishing à luz do CPC/2015: instrumento para aplicação dos precedentes judiciais

RESUMO: A discussão sobre os Precedentes Judiciais se encontra em posição de destaque no Código de Processo Civil de 2015. A razão disso está, em especial, na repercussão que os entendimentos dos Tribunais são capazes de trazer para a vida de toda a comunidade, seja ela jurídica ou não. Nesse sentido, o presente trabalho tem por objetivo provocar reflexão sobre o mecanismo do *distinguishing*, enquanto instrumento imprescindível à aplicação dos precedentes judiciais. Para tanto, se mostra necessário o estudo das previsões legais pertinentes, presente novo Código de Processo Civil, bem como os enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis sobre o tema.

Palavras-chave: Código de Processo Civil de 2015. Precedentes judiciais. *Distinguishing*.

Sumário: 1. Introdução: 1.1. Conceitos prévios; 1.1.1. A *ratio decidendi* (ou *holding*); 1.1.2. O *obiter dictum* — 2. O *distinguishing*: 2.1. Um conceito: a tentativa de construí-lo; 2.2 Os fatos relevantes — 3. O *distinguishing* no Brasil: 3.1. Sobre o

juízo de julgamento dos recursos repetitivos; 3.2. A suspensão das demandas no juízo ordinário — 4. O *distinguishing* no novo CPC: 4.1. A previsão legal; 4.2. Um pouco sobre a fundamentação das decisões judiciais — 5. Conclusão — 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O tema dos precedentes judiciais se revela como um mecanismo em potencialidade para efetivar a celeridade processual, a previsibilidade (ou certeza do direito), a segurança jurídica e a igualdade. Diante disso, emerge a importância do tema do *distinguishing* uma vez que é a partir dele que a aplicação do sistema de precedentes se faz possível. Sendo assim, o *distinguishing* será estudado através de conceitos e exemplos. Será aberto também espaço para a discussão da fundamentação das decisões como maneira de se concretizar o *distinguishing* e a aplicação dos precedentes. Não se deixará de fora, contudo, as previsões legais do NCPC que demonstram a preocupação com a temática dos precedentes judiciais.

1.1. Conceitos prévios

1.1.1. A *ratio decidendi* (ou *holding*)

A *ratio decidendi* (para os ingleses), ou o *holding* (para os norte-americanos), são expressões sinônimas e significam a razão que ensejou a conclusão do processo, isto é, a “razão de decidir”.¹ São, noutras palavras, os fundamentos fáticos e jurídicos que leva-

1 TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.177.

ram o juiz, após processo hermenêutico, a decidir a demanda daquela maneira e não de outra.

Pode-se dizer que a *ratio decidendi* seria a resposta para o questionamento mental de o porquê de ser aquela a solução da desavença, ou seja, de todos os elementos que influenciaram para a solução do caso que foi levado ao judiciário. Sendo assim, dentro do modelo estrutural da sentença é na fundamentação o melhor local para encontrá-la. Daí porque se dizer que “a razão de decidir, numa primeira perspectiva, é a tese jurídica ou a interpretação da norma consagrada na decisão, de modo que a razão de decidir certamente não se confunde com a fundamentação, mas nela se encontra”.²

Diz-se que melhor se entende “as razões determinantes” de um precedente quando se separa as ideias de texto e de norma, sendo essa última a interpretação propriamente dita do caso concreto, ou seja, a conclusão capaz de dar sentido ao direito.³

Embora se fale em encontrar a *ratio decidendi*, ela é formulada a partir de todos os elementos da decisão, quais sejam: o relatório, a fundamentação e o dispositivo. Assim, para delimitar o *holding* se faz necessária a análise: “a) dos fatos relevantes do caso concreto, b) da questão posta em juízo, c) da fundamentação e d) do que restou decidido”.⁴ Dessa forma,

2 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010b, p. 221.

3 MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. Curso de processo civil Vol. 1. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013b, p. 194.

4 MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 120.

embora o *holding* possa ser basicamente extraído da fundamentação, todas as demais questões mencionadas precisam também ser interpretadas.

Mesmo com alguns dos problemas para a verificação do *holding*, Thomas da Rosa de Bustamante compreende que a solução ideal seria a utilização de um *silogismo jurídico* que demonstraria todo o caminho seguido pelo magistrado na construção da decisão judicial.⁵ Nas fiéis palavras: seria uma “elucidação das premissas normativas tomadas como etapas de justificação de uma decisão judicial”, seria “a estrutura de raciocínio ‘premissa maior — fatos — decisão judicial’”⁶.

Tem-se, assim, que o problema da *ratio* está justamente na compreensão da extensão do raciocínio interpretativo, o que pode ocasionar insegurança aos cidadãos. Por outro lado, da mesma maneira que a *ratio decidendi* possui importância, existem também fundamentos que podem ser descartados, o que se convencionou chamar de *obiter dictum*.

1.1.2. O *obiter dictum*

O *obiter dictum* são as passagens de uma fundamentação que somente se referem às questões acessó-

5 BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 277-282.

6 Como anota Bustamante: “normalmente a premissa normativa em um silogismo judicial pode ser apresentada como uma regra estruturada segundo um esquema simples do tipo: ‘sempre que OF, então NC’ — onde OF representa os fatos operativos (*operative facts*) e NC as respectivas consequências normativas (*normative consequences*)” (MACCORMICK, 2006, p. 43 apud BUSTAMANTE, 2012, p. 277-282).

rias e que foram mencionadas como forma de complementar as ideias narradas, mas que não são definitivas para a solução do problema posto em análise.⁷

A ideia sobre o *obiter dictum* pode ser extraída do enunciado n. 318 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), como se vê: “**318.** (art. 927). Os fundamentos prescindíveis para o alcance do resultado fixado no dispositivo da decisão (*obiter dicta*), ainda que nela presentes, não possuem efeito de precedente vinculante”⁸.

Percebe-se que *obiter dictum* não possui, em regra, força obrigatória, justamente por se tratar de considerações feitas pelo(s) julgador(es) na decisão que não eram necessárias para se chegar à solução da lide.⁹ Ele possui uma verificação subsidiária, uma vez que primeiro se encontra o *holding* e, em momento posterior, conclui-se o que era *dictum*. Seria, por exemplo, o caso de o juiz fazer menção a outros julgados como parâmetros analógicos no momento de julgar ou ao voto vencido de uma decisão colegiada.¹⁰

Ocorre que o *obiter dictum* pode em algum momento tornar-se relevante e, portanto, transformar-se

7 LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 168-169.

8 ENUNCIADOS DO FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Vitória, 1º, 2 e 3 de maio de 2015, p. 47, grifo do autor. Disponível em: <http://www.academia.edu/12754850/Enunciados_do_F%C3%B3rum_Permanente_de_Processualistas_Civis_-_FPPC_sobre_o_NCPC_-_atualizados_at%C3%A9_Vit%C3%B3ria-2015>. Acesso em: 24 jun. 2015.

9 MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.125-126.

10 Ibidem, p.125.

em *ratio decidendi*. Isso poderá acontecer, como explica Patrícia Perrone de Mello, em uma demanda onde várias *questões de direitos* sejam levantadas simultaneamente e alguma das afirmações podem se tornar tão relevantes, que chegam a se consolidar como um *holding* alternativo.¹¹

Nesse sentido é que se diz que “aquilo que em tese e à primeira vista, é *obiter dictum*, pode se transformar em *ratio decidendi*”.¹² Afinal, os fundamentos proferidos pelos magistrados, aparentemente sem intuito de serem eles determinantes para o deslinde da discussão, podem tomar grau de aprofundamento tamanho, a ponto de, em outra perspectiva, tornarem-se fundamentais. Não é à toa que Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira se ocuparam de ensinar que:

[...] o *obiter dictum*, embora não sirva como precedente, não é desprezível. O *obiter dictum* pode sinalizar uma futura orientação do tribunal, por exemplo. Além disso, o voto vencido em um julgamento colegiado (exemplo de *obiter dictum*, como dito) tem sua relevância para a elaboração do recurso dos embargos infringentes, bem como tem eficácia persuasiva para uma tentativa futura de superação do precedente.¹³

Cumpra-se observar que essa maneira de visualizar o *obiter dictum* não seria frutífera em um ordena-

11 Ibidem, p.126.

12 MARINONI, Luiz Guilherme. Elaboração dos conceitos de *ratio decidendi* (fundamentos determinantes da decisão) e *obiter dictum* no direito brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). *A força dos precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2010a, p.272.

13 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2013, v. 2, 2013, p.431.

mento onde os precedentes, como em geral, tivessem a eficácia persuasiva.¹⁴ Isso porque não faria sentido diferenciar o *dictum* da *ratio*, já que ambos possuiriam a mesma eficácia no final das contas. Sabe-se, todavia, que as decisões são capazes de formar precedentes com eficácia vinculante ou persuasiva, como diz o enunciado de n. 315 do FPPC: “**315.** (art. 927). Nem todas as decisões formam precedentes vinculantes”.¹⁵

Diante disso, como a questão da eficácia¹⁶ deve ser visualizada não de forma impositiva (ou é vinculante ou é persuasiva), e sim como *graus*, a referência ao *obiter dictum* se faz importante para entender a dinâmica dos precedentes judiciais.

2. O DISTINGUISHING

Até o momento foram vistos os conceitos introdutórios, uma vez que “a necessidade de *distinguishing* exige, como antecedente lógico, a identificação da *ratio decidendi* do precedente”.¹⁷ Para que um precedente judicial possa ser aplicado a um caso futuro, é preciso que este caso gire em torno da mesma questão de direito do fato ocorrido no passado. Dessa maneira, o “*distinguishing* expressa a distinção entre casos para o efeito de se subordinar, ou não, o caso sob julgamento a um precedente”.¹⁸

14 BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 277.

15 ENUNCIADOS..., 2015, p. 47.

16 Sobre eficácia, adota-se no presente trabalho o conceito utilizado por José Joaquim Calmon de Passos: “aptidão meramente formal de produzir efeitos, especificamente jurídica e indissociável de toda decisão válida”. Cf. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 72.

17 MARINONI, 2010b, p. 326.

18 *Ibidem*, p. 326.

O *distinguishing* se relaciona com a eficácia do precedente, em especial aos precedentes com eficácia vinculante, pois a distinção aparece também como a possibilidade de se afastar um precedente que, embora devesse ser necessariamente seguido (pela sua obrigatoriedade), não o será. Daí porque se entende que o sistema inglês de precedentes possui “técnicas sofisticadas de argumentação” para desconsiderar como vinculante o precedente que deveria ser seguido¹⁹. É, noutras palavras, maneira de oxigenar o sistema de precedentes e não de engessar as normas.

Tanto é assim que Francisco Rosito entende a técnica do *distinguishing* como uma diferenciação entre os fatos do caso concreto e os do caso paradigma. Nesse sentido, conclui que a técnica “parte do pressuposto de que há fatos distintos que autorizam julgamento em sentido diverso do precedente”, afinal, “fatos diversos requerem julgamento diferenciado”.²⁰

2.1. Um conceito: a tentativa de construí-lo

Apontada a ideia básica sobre o *distinguishing*, adverte-se que a técnica precisa ser compreendida não

19 TARUFFO, Michelle. Precedente y jurisprudencia. Artigo traduzido do Italiano para o Espanhol por Claudia Martínez Vallecilla e Fernando Gandini. *Precedente*, 2007, p. 92. No original: “Es notorio que también en el sistema inglés, que parece ser aquel en el que el precedente está dotado de mayor eficacia, los jueces usan numerosas y sofisticadas técnicas argumentativas, entre ellas el *distinguishing* y el *overruling*, a fin de no considerar como vinculante el precedente que no pretenden seguir”. Em tradução livre: É evidente que também no sistema inglês, que parece ser aquele em que o precedente está dotado de maior eficácia, os juízes usam numerosas e sofisticadas técnicas argumentativas, entre elas o *distinguishing* e o *overruling*, com finalidade de não considerar como vinculante o precedente que não pretendem seguir.

20 ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais*: racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012, p.300.

somente pelos magistrados ou tribunal, mas também pelos advogados, para que eles tenham alicerces básicos ao embasar os seus pleitos.²¹ Os representantes das partes litigantes precisam distinguir o caso, mesmo que isso ocorra em momento posterior ao proferimento da sentença, para, se for o caso, impugná-la.

Diferente do conceito que já foi introduzido sobre “a distinção”, para Marcelo Alves Dias de Souza, o *distinguishing* seria um instrumento processual criado no *common law* para não se aplicar um precedente.²² Nesse sentido, Júlia Schledorn de Camargo também disserta que é através do *distinguishing*, e após a análise específica dos dois casos (o precedente e o novo caso), que se poderia afastar o precedente.²³

Segundo os ensinamentos de Patrícia Perrone de Mello, a técnica da distinção pode ser entendida como a “não-aplicação de um precedente, a despeito de o caso concreto aparentemente se incluir no âmbito normativo de seu *holding*, ao argumento de que a nova hipótese possui especificidades que demandam um tratamento diferenciado”.²⁴ A autora enxerga tam-

21 MOTTA, Tatiana Maria Oliveira Prates; PERTENCE, Pedro Correa. *Distinguishing*, súmulas e precedentes. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n. 19, p. 86-94, 2012, p. 90.

22 SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 142.

23 CAMARGO, Júlia Schledorn de. A divergência de interpretação dentro de um mesmo tribunal: análise comparativa do sistema do *common law* e da solução existente no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, v. 20, n. 79, p. 91-110, jul./set. 2012, p. 94.

24 MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.202.

bém o *distinguishing* como instrumento utilizado na hipótese de não de se aplicar um precedente, afastando-o e dando ao caso discutido uma solução diversa.

Então, entende-se que essa técnica é usada para se verificar a compatibilidade fática do caso paradigma e não somente para justificar a sua inaplicabilidade, sendo esse último caso, o resultado. Ou seja: a consequência lógica observada a partir da distinção. A técnica serviria não somente para confirmar a não aplicação do precedente judicial, pois não se descarta a possibilidade de, após o *distinguishing*, constatar-se a aplicabilidade do precedente. Diante do confronto entre entender o *distinguishing* como uma técnica utilizada para afastar o precedente ou como uma técnica para fazer verificação de compatibilidade, é preferível a consideração trazida por Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, quando dizem:

Sendo assim, pode-se utilizar o termo “*distinguish*” em duas acepções: (i) para designar o método de comparação entre o caso concreto e o paradigma (*distinguish*-método); (ii) e para designar o resultado desse confronto, nos casos em que se concluir haver entre eles alguma diferença (*distinguish*-resultado).²⁵

Assim, será um método quando ocorrer a distinção entre as circunstâncias fundamentais dos casos, de modo a verificar a compatibilidade, podendo, em um segundo momento, resultar no afastamento do precedente. No entanto, observa-se que quando a técnica é vista como o fatal distanciamento do precedente, significaria criar uma exceção à regrad geral de obediência

25 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. 2013, v. 2, 2013, p. 454.

ao precedente. Isso porque, como o objetivo seria afastá-lo, pressuporia que os casos analisados não seriam correspondentes, daí por que se diz que “a distinção só ocorre quando a regra fixada no precedente coloca sob seu âmbito normativo o caso atual e, ainda assim, o juiz decide contrariamente àquela regra”.²⁶

Embora sejam muitos os autores que entendam o *distinguishing* como o resultado, este artigo, sem descartar essa postura, filia-se impreterivelmente a verificá-lo como um *método*, método este que deve ser utilizado todas as vezes que se pretenda aplicar um precedente, e não somente quando existir dúvida. Daí porque se afirmar que o *distinguishing* é um “instrumento para aplicação dos precedentes”, uma vez que ele se revela como o primeiro passo na verificação da possibilidade de aplicação de qualquer precedente.

2.2. Os fatos relevantes

o ato de realizar a distinção é um dever de todo órgão julgador.²⁷ Nesse ponto, é oportuno ressaltar que a possibilidade de a distinção ser realizada por qualquer órgão judicante (tanto pelo qual emanou o precedente quanto pelos juízos vinculados) é o que a diferencia da superação do precedente, pois essa última precisa da análise de competência.²⁸ É nesse

26 SILVA, Celso de Albuquerque. *Súmula vinculante: teoria e prática da decisão judicial com base em precedentes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 156.

27 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10 ed. Salvador. Juspodivm, 2015, p. 493.

28 MACÊDO, Lucas Buril. *Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 351.

sentido que o enunciado de n. 174 do FPPC se enquadra: “**174.** (art. 1.037, § 9º). A realização da distinção compete a qualquer órgão jurisdicional, independentemente da origem do precedente invocado”.²⁹

Diante disso, existem critérios que precisam ser observados pelos operadores, uma vez que a faculdade dada ao juiz não pode ser arbitrária, devendo-se evitar as inconveniências e perigos de uma má aplicação dos precedentes.³⁰

São quatro os elementos que devem ser observados no momento de se distinguir, segundo Patrícia Perrone de Mello, quais sejam: “a) os fatos *relevantes* apresentados por cada um; b) os *valores e normas* que eles suscitam; c) a *questão de direito* em exame; e d) os *fundamentos* imanentes à decisão”.³¹ Através desse processo comparativo, o magistrado colocaria o precedente já existente ao lado do caso em cotejo e verificaria a possibilidade de se aplicar, ou não, o precedente existente. Observa-se, ainda, que todo o ato de inteligência do magistrado deverá ser fundamentado.

Normalmente o juízo que irá utilizar o paradigma no caso concreto (vinculada) é quem realiza a técnica do *distinguishing*, sendo efetuada pela corte vinculante quando ela mesma for decidir questão idêntica já vista por ela em anterior oportunidade.

Sobre as questões idênticas, é preciso ter em mente que não existem situações exatamente iguais, pois sempre, ou quase sempre, haverá circunstâncias ca-

29 ENUNCIADOS..., 2015, p. 30.

30 MARINONI, 2010b, p. 327.

31 MELLO, 2008, p. 202.

pazes de diferenciarem determinados eventos. Em todo processo existe uma particularidade, da mesma forma como em todo indivíduo é possível se encontrar especificidades, e, ainda assim, no plano jurídico, são-lhe assegurados a igualdade. Aliás, a distinção é justamente uma consequência lógica do princípio da igualdade.³² Nesse sentido, mesmo que em todos os processos possuam razões diferentes, poderá haver também similitudes que implicarão soluções iguais para ambas as demandas.

Nota-se que a aproximação entre os dois casos (o paradigma e o atual em análise) deve ser jurídica e não meramente fática. Trata-se dos pontos de direito (*point of law*) que realmente importam em uma demanda e que são necessários para garantir a procedência dos pleitos de um autor que teve legítimo direito violado.³³ Mesmo assim, não se descarta que diferenças fáticas relevantes façam surgir, diante de um novo caso, direito não verificado no caso que gerou um precedente. Razão essa que leva Thomas da Rosa de Bustamante afirmar que os fatos e as regras sempre estão conexos, não podendo se compreender cada um desses elementos separadamente.³⁴ Isto é vislumbrado quando, em episódios corriqueiros, os fatos são determinantes para o deslinde de um processo.

Assim, a título ilustrativo, imagina-se que um sujeito se dirigiu até uma agência bancária para fazer pagamentos mensais, mas, até ser atendido, esperou

32 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10 ed. Salvador. JusPodivm, 2015, p. 492.

33 MARINONI, 2010b, p. 250.

34 BUSTAMANTE, 2012, p. 471.

por algum tempo. O cidadão tem ciência de que existe, na cidade onde reside (Salvador, capital da Bahia), Lei Municipal de n. 5.978/2001 que dispõe que o limite de espera para ser atendido em dias normais é de 15 (quinze) minutos, e, na véspera e após feriados prolongados, de 25 (vinte e cinco) minutos. Esse sujeito, então, tendo em mãos o comprovante do horário em que chegou à agência e o comprovante do protocolo dos pagamentos ingressa no judiciário para pleitear indenização decorrente de danos morais que acredita ter sofrido pela espera prolongada. Para sua surpresa, o juiz, ao analisar a demanda, entende que o sujeito não sofreu lesões na sua esfera extrapatrimonial, não fazendo jus, portanto, a indenização. Como fundamentação pela improcedência do pedido, o juiz utiliza o seguinte argumento: meros aborrecimentos da vida cotidiana. Complementa o magistrado que: o tempo de espera na fila do banco configura irregularidade administrativa na relação banco/cliente que, uma vez ocorrida, gera apenas multa a ser aplicada pelo Poder Público. Sendo breve, rechaça a pretensão do autor convicto de que haveria direito a ser resguardado, afinal, existe lei que inibe a conduta do banco e mesmo assim é desrespeitada.

Para embasar sua decisão, o juiz de primeiro grau utilizou acórdão do STJ, como segue:

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO — ESPERA EM FILA DE BANCO POR TEMPO SUPERIOR AO DE MEIA HORA FIXADO POR LEGISLAÇÃO LOCAL — INSUFICIÊNCIA DA SÓ INVOCAÇÃO LEGISLATIVA ALUDIDA — OCORRÊNCIA DE DANO MORAL AFASTADO PELA SENTENÇA E PELO COLEGIADO ESTADUAL APÓS ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DO CASO CONCRETO — PREVALÊNCIA DO JUL-

GAMENTO DA ORIGEM. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ — RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. 1 — A só invocação de legislação municipal ou estadual que estabelece tempo máximo de espera em fila de banco não é suficiente para ensejar o direito à indenização, pois dirige a sanções administrativas, que podem ser provocadas pelo usuário. 2 — Afastado pela sentença e pelo Acórdão, as circunstâncias fáticas para configuração do dano moral, prevalece o julgamento da origem (Súmula 7/STJ). 3 — Recurso Especial improvido. (STJ — REsp: 1340394 SP 2012/0148970-1, Relator: Ministro SIDNEI BENE- TI, Data de Julgamento: 07/05/2013, T3 - TERCEI- RA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/05/2013)

Superado o ocorrido, outra pessoa ingressa com uma ação indenizatória; o seu pedido é o mesmo (reparação pecuniária), a causa de pedir é a mesma (espera demasiada na fila de banco). No entanto, neste caso existe uma especificidade: trata-se de uma senhora que permaneceu de pé na fila de espera, inclusive sem a possibilidade de usar sanitário, pois sequer existia. Vê-se que as circunstâncias fáticas foram capazes de submeter a autora à situação humilhante. Não se exclui a tese de que a legislação que determina o tempo máximo de espera tem cunho administrativo e trata da responsabilidade da instituição financeira perante a Administração Pública, mas, entendeu-se que o dano moral decorrente da demora no atendimento ao cliente não surgiu apenas da violação da lei, e sim da verificação dos fatos que causaram sofrimento, além do normal, ao consumidor. Vê-se acórdão do STJ, neste sentido:

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ESPERA EM FILA DE BANCO POR MAIS DE UMA HORA. TEMPO SUPERIOR AO FIXADO POR LEGISLAÇÃO LOCAL. INSUFICI-

ÊNCIA DA SÓ INVOCAÇÃO LEGISLATIVA ALUDIDA. PADECIMENTO MORAL, CONTUDO, EXPRES-SAMENTE ASSINALADO PELA SENTENÇA E PELO ACÓRDÃO, CONSTITUINDO FUNDAMENTO FÁTICO INALTERÁVEL POR ESTA CORTE (SÚMULA 7/STJ).INDENIZAÇÃO DE R\$ 3.000,00, CORRIGIDA DESDE A DATA DO ATO DANOSO (SÚMULA 54/STJ). 1 — A espera por atendimento em fila de banco quando excessiva ou associada a outros constrangi-mentos, e reconhecida faticamente como provocado-ra de sofrimento moral, enseja condenação por dano moral. 2 — A só invocação de legislação municipal ou estadual que estabelece tempo máximo de espe-ra em fila de banco não é suficiente para desejar o direito à indenização, pois dirige a sanções admi-nistrativas, que podem ser provocadas pelo usuário. (...) (STJ — REsp: 1218497 MT 2010/0184336-9, Relator: Ministro SIDNEI BENETI, Data de Julga-mento: 11/09/2012, T3 — TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/09/2012)

Dessa maneira, fica demonstrado que o juiz, ao analisar uma demanda e distinguir se deverá ou não aplicar um precedente, precisa perpassar pela análise das minúcias, para descobrir se a regra pré-existente é compatível com o novo problema. Isto porque, um único detalhe é capaz de diferenciar um caso de outro e gerar conclusões diametralmente opostas. A situação exemplificada acima revela que fenômenos aparente-mente simples precisam também de atenção, sobretudo porque casos como esses são os grandes responsáveis pelo sobrecarregamento de ações no Poder Judiciário.

Por outro lado, não são todas as diversidades fáticas que geram consequências diferentes, daí porque se falar em “distinção inconsistente”. Explica Patrícia Perrone de Mello: “certas diversidades fáticas não

constituem diferenças juridicamente relevantes. Embora seja importante examinar as especificidades de cada causa, a excessiva particularização é um equívoco de desqualifica o teor normativo dos julgados”.³⁵

No exemplo suscitado pouco importava o tipo de serviço que os clientes do banco desejavam fazer, se iriam pagar uma conta, retirar dinheiro ou qualquer outra solicitação. Seriam esses exemplos de distinções sem lógica, que não teriam capacidade de alterar significativamente o resultado. O que se levou em consideração, em cada um dos casos, foram eventos realmente determinantes para atribuir uma conduta ilícita perpetrada pela instituição bancária capaz de atingir a esfera íntima dos seus clientes.

Finda a distinção entre os fatos concretos e a hipótese normativa, o magistrado poderá entender que não se coaduna ao novo caso a *ratio decidendi* (*restrictive distinguishing*), ficando livre, após motivação, para dar “qualquer” outra solução. Ou, por outra vertente, poderá entender que, mesmo diante de algumas peculiaridades, será caso de aplicar o precedente (*ampliative distinguishing*).³⁶ Logo, o magistrado poderá restringir a margem do precedente, não o utilizando para o novo caso, ou, em sentido oposto, expandir a margem além do caso anterior, se entender que será a forma justa e correta de resolver a questão.

Infelizmente, o que normalmente vem ocorrendo é, ao contrário do que se previa, o uso demasiado das jurisprudências, ampliando o seu âmbito de aplica-

35 MELLO, 2008, p. 206.

36 TUCCI, 2004, p. 171.

ção. Seria, noutras palavras, a visão ampliativa da distinção que dilata tanto o sentido do precedente que acaba por torná-lo “sem sentido”.

3. O DISTINGUISHING NO BRASIL

Não há como se valer somente do resultado da aplicação dos precedentes judiciais sem estudar a matéria de forma ampla, comparar os casos, adequar aos princípios constitucionais e também estudar doutrina sobre o tema. O que deve ser feita é uma análise sistêmica do que é levado a julgamento, pois “a citação mecânica de acórdãos não pode deixar de conduzir a erros graves”.³⁷

Ronald Dworkin explicou que os juízes tenderiam a concordar com as decisões anteriores, ainda quando muitas divergências tivessem. Embora o magistrado possua total independência para explicar a coerência da sua decisão, são poucos que assim o fazem, pois “tentará, sempre, associar a justificação que ele fornece para uma decisão original às decisões que outros juízes ou funcionários tomaram no passado”.³⁸

Também por conta desta problemática, em contexto muito atual, se encontram as palavras de Piero Calamandrei:

Mas eis que ao juiz, que vivia tranquilo com a convicção de ter pronto para todos os casos o compartimento apropriado dentro dos lúcidos esquemas da jurisprudência consolidada, apresenta-se um caso

37 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 149.

38 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 175.

imprevisto que perturba sua tranquilidade, porque dele percebe que, se quisesse encaixá-lo a qualquer preço naqueles esquemas, resultaria uma solução contra a qual seu sentimento se rebela.³⁹

Nesse sentido, o que se poderia visualizar seria o uso demasiado do precedente, até mesmo quando ele deveria em verdade ser distanciado. No entanto, por outro lado, a distinção dos casos, tendo como consequência o afastamento do precedente-guia, também seria um problema na medida em que se encontrariam soluções diversas baseadas em pequenos detalhes irrelevantes. Daí porque um dos grandes defeitos da aplicação da teoria do *stare decisis* seriam as distinções ilógicas, ou seja, é que “o uso exagerado do poder de distinguir pode levar a que certas questões do direito se tornem complexas demais. Isso porque as diferenças entre certos casos se tornam muito sutis, e as decisões tomadas parecem, de certo modo, ilógicas.”⁴⁰

Vê-se que, ao contrário do exagero, o uso tímido ou o não uso do instituto da distinção (resultado) também é questão para a qual se chama atenção neste artigo. É necessária a razoabilidade no momento de se analisar o conjunto de questões postas em comparação.

Segundo Alexandre Bahia, Humberto Theodoro Junior e Dierle Nunes, uma das premissas essenciais para aplicabilidade legítima e eficiente (efetiva) do precedente é perceber que:

A relação é dinâmica, de construção do direito e não estática de quem toma os precedentes como um dado

39 CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. Tradução de Paolo Barile. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 185.

40 SOUZA, 2011. p. 286.

do passado a que se deva repetir sem mais. Não bastasse, há duas técnicas que nos interessam em particular. Uma delas é o método de superação dos precedentes (*overruling*): os demandantes podem postular, junto à Corte que emitiu o precedente (ou esta pode fazê-lo, de ofício), a abolição/releitura do antigo precedente mostrando a alteração nas hipóteses fáticas/jurídicas que lhes deram origem. **A outra é o *distinguishing*, uma forma de se fugir ao rigor dos precedentes; pode-se mostrar que o caso possui particularidades que o diferenciam, isto é, para além das similaridades, advoga-se para que o Tribunal julgue o caso em razão de novas questões jurídicas (ou de particularidades fáticas) não pensadas/discutidas no precedente.**⁴¹

Não se pode, contudo, esperar eficiência quantitativa em prol da qualitativa. Sabe-se que o Poder Judiciário passa por uma crise e não consegue obter êxito “em face das exigências de produtividade numérica e rapidez procedimental máxima”⁴², todavia, o uso das decisões prontas para casos similares, embora pareça atribuir maior celeridade para resposta das questões, deixam de lado a qualidade da análise que os casos merecem.

Hoje parece que os juízes encontram uma (ou mais) jurisprudência(s) que podem ser prontamente aplicadas para os casos atuais que devem decidir. Ocorre

41 BAHIA, Alexandre; THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação de direito brasileiro: análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas de padronização decisória. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 35, n. 189, p. 9-52, nov. 2010, p. 42, grifo nosso.

42 *Ibidem*, p. 16.

que o instituto do *distinguishing* precisa ser entendido como um ato de inteligência do magistrado, que exige dele atenção, dedicação e coerência para utilização apropriada do precedente, de maneira que sempre projete as consequências futuras do paradigma gerado. Infelizmente se constata que não existem “técnicas de *distinguishing* no Brasil hábeis a permitir uma discussão mais efetiva e democrática dos casos”.⁴³

3.1. Sobre o julgamento dos recursos repetitivos

Exemplo de *distinguishing* que ocorre com frequência no Brasil é o utilizado na seleção dos casos similares que deveriam constituir os blocos de julgamento dos recursos repetitivos, também conhecidos como julgamento por amostragem, presente nos artigos 1.036 a 1.041 do CPC/2015.⁴⁴

O procedimento positivado tem por finalidade atribuir maior coerência às demandas, quando seleciona alguns casos “pilotos” para serem julgados e a única decisão encontrada servirá de modelo para os outros casos futuros. Do ponto de vista da vinculabilidade das decisões, o próprio texto legal traz a inequívoca necessidade de os demais tribunais seguirem o decidido pelo órgão de cúpula, seja quando este reconhece a existência de repercussão geral ou não.⁴⁵

43 NUNES, Dierle. et al. Precedentes: alguns problemas na adoção do *distinguishing* no Brasil. *Revista Libertas*, UFOP, v. 1, n. 1, jan./jun. 2013. Disponível em: <<http://www.libertas.ufop.br/Volume1/n1/vol1n1-3.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2013.

44 Também estava previsto no antigo CPC/73, nos artigos 543-B e 543-C.

45 MEDINA, José Miguel Garcia. *Código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao projeto do novo CPC*. 2.

No contexto, se enquadram os enunciados de números 168⁴⁶ e 314⁴⁷ do FPPC:

168. (art. 927, I; art. 988, III) Os fundamentos determinantes do julgamento de ação de controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo STF caracterizam a *ratio decidendi* do precedente e possuem efeito vinculante para todos os órgãos jurisdicionais.

[...]

314. (arts. 926 e 927, I e V). As decisões judiciais devem respeitar os precedentes do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, e do Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional federal.

A adoção do julgamento dos recursos repetitivos no âmbito do STJ (art. 543-C, do antigo CPC/73), teve por objetivo diminuir o número físico das demandas levadas ao Superior Tribunal, para que essa Corte pudesse otimizar sua produção e se dedicasse a exercer sua função, hoje primordial, de uniformização de jurisprudências.⁴⁸ Sendo assim, em última análise, o julgamento por amostragem também gerará precedentes judiciais com o propósito de garantir a conformidade das decisões.

No NCPC, o julgamento dos recursos por amostragem, além dos recursos especiais e extraordinários que já estavam no Código de 73, também prevê o “incidente de resolução de demandas repetitivas”.⁴⁹ Mesmo que

ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 670. Observa-se que o autor comentava o artigo 543-B do antigo CPC.

46 ENUNCIADOS..., 2015, p. 30.

47 Ibidem, p. 47.

48 ROSITO, 2012, p. 436.

49 MEDINA, , 2012, p. 670. O Capítulo VIII trata “Do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas”, a partir do art. 976, do CPC/2015.

pareça novidade, entende-se que a ideia dos institutos é a mesma. É o que diz o enunciado n. 345 do FPPC:

345. (arts. 976, 928 e 1.03679). O incidente de resolução de demandas repetitivas e o julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos formam um microsistema de solução de casos repetitivos, cujas normas de regência se complementam reciprocamente e devem ser interpretadas conjuntamente.⁵⁰

Surge a possibilidade de se provocar a uniformização para situações repetidas, todavia, é necessário que já existam casos divergentes.⁵¹ Isso porque, o instituto foi pensado para proteger a segurança jurídica, isonomia, duração razoável do processo, moralidade, boa-fé objetiva e a liberdade.⁵²

Trata-se do mecanismo da concentração de todos os recursos que cuidam de “idêntica questão de direito”, para que sejam decididos da mesma forma. Daí porque “fala-se que a via do recurso repetitivo está aberta quando há “multiplicidade de recursos” tratando da mesma questão jurídica”.⁵³ Assim sendo, até

50 ENUNCIADOS..., 2015, p. 50.

51 CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie; ARAÚJO, José Henrique Mouta; KLIPPEL, Rodrigo (Coord.). *O projeto do novo código de processo civil: estudos em homenagem ao prof. José de Albuquerque Rocha*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 274-275.

52 BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. A potencialidade de gerar relevante multiplicação de processos como requisito do incidente de resolução de causas repetitivas no projeto do novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie; ARAÚJO, José Henrique Mouta; KLIPPEL, Rodrigo (Coord.) *O projeto do Novo Código de Processo Civil: estudos em homenagem ao prof. José de Albuquerque Rocha*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 21-40.

53 MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013a, p. 227.

que a decisão que influenciará todos os casos seja tomada, ficarão os demais processos que tratem da mesma matéria suspensos.

Justamente na possibilidade de sobrestar os julgamentos é que está o maior perigo e constatação da ausência de utilização do instituto do *distinguishing* pelos tribunais ordinários.

Muitos despachos são proferidos sem verificar-se o total contexto da demanda, fazendo, inclusive, com que matérias diversas sejam sobrestadas ou, ainda, aquelas que não deveriam, pois já havia ultrapassado a fase de conhecimento, restando somente a execução dos direitos reconhecidos anteriormente na sentença, por exemplo.

3.2. A suspensão das demandas no juízo ordinário

A forma como são sobrestados os processos ainda pelos tribunais inferiores através de um despacho padrão é um problema. Também se discute o mecanismo que as partes afetadas possuem para reverter a situação ao se sentirem prejudicadas por entenderem que não se trata de caso idêntico aos que foram suspensos.

Na maioria das vezes é difícil entender a similitude dos casos que levarão à decisão do magistrado. Dessa maneira, verifica-se uma zona cinzenta nas técnicas processuais postas à disposição das partes para o controle das decisões que, erradamente, sobrestam recursos não idênticos.⁵⁴ Por isso, os tribunais superiores já foram provocados, através diver-

54 NUNES, 2013.

sos meios processuais, com o objetivo de discutir a suspensão de um processo não idêntico aos demais casos pilotos.

No que diz respeito à Reclamação, que poderá ser interposta diante de uma das Cortes Supremas (STF e STJ), para conservar suas competências e garantir a autoridade das suas decisões, ela não se mostrou remédio eficaz para se discutir a questão da falta de distinção entre o julgamento paradigma e o sobrestado. Para o STF⁵⁵, não seria possível reconhecer a Reclamação, caso contrário seriam abertas portas para que naquela instância fosse demonstrada a distinção entre os recursos comparados. Para o STJ⁵⁶, a Reclamação não poderia ser apreciada, uma vez que seria evidente violação ao pacto federativo, se a decisão do tribunal inferior fosse revista por outro órgão.⁵⁷

No que tange à Medida Cautelar, o STJ, em outubro de 2012, decidiu que também não era esse o meio adequado para se analisar o *distinguishing* do recurso suspenso equivocadamente.⁵⁸

Também, sobre o Agravo de Instrumento, entendeu-se não ser o recurso cabível para demonstrar a ausência de relação entre os processos, pois não se tratava de inadmissão de REsp. ou REEx.; já a decisão proferida com o despacho de sobrestamento não

55 Decidido no julgamento da Rcl. n. 7569/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, em 19 de nov. 2009, publicado no DJe em 11 dez. 2009.

56 Decidido na Rcl. n. 3652/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, em 14 de out. de 2009, publicado no DJe em 04 dez. 2009.

57 NUNES, *op cit.*

58 Medida Cautelar n. 17.226/RJ de relatoria do Min. Massami Uyeda. Data de Julgamento: 05/10/2010, terceira turma.

possui cunho decisório e sequer chegou a analisar os requisitos de admissibilidade.⁵⁹

O entendimento do STJ foi o mesmo, quando negou conhecimento a Mandado de Segurança impetrado contra decisão de sobrestamento. Nesse caso, a sentença foi mais prática. A corte invocou conteúdo da sua Súmula n. 41, cuja redação “o Superior Tribunal de Justiça não tem competência para processar e julgar originariamente, mandado de segurança contra ato de outros tribunais ou dos respectivos órgãos” caiu como luva ao problema que precisava ser enfrentado em algum momento, mas naquele não foi.⁶⁰

Restou, dentre os instrumentos legalmente previstos, a interposição de Agravo Interno para o próprio tribunal que proferiu a decisão que sobrestou erroneamente o recurso. Esse entendimento pode se dar, também, em decorrência lógica da Súmula já mencionada e das melhores condições que o próprio juízo proferiu.

O que se percebe, entretanto, é a resistência dos tribunais em rever suas decisões de suspensão, mesmo quando é evidente a existência de erro.

Importante salientar que, embora o STJ tenha dito que o ato que suspende o processo, não tem cunho decisório, isso não é verdade. De fato, os despachos são atos processuais sem conteúdo decisório, pois sequer adentram ao mérito, utilizando-se deles o magistrado para impulsionar o processo.⁶¹ No entanto,

59 NUNES, op. cit.

60 NUNES, 2013.

61 SOUZA, Wilson Alves de. *Sentença civil imotivada: caracterização da sentença civil imotivada no direito brasileiro*. Salvador: Juspo-divm, 2008, p. 179.

é mais coerente entender que a decisão proferida, ao contrário de um despacho, é uma decisão interlocutória e que, portanto, não pode dispensar a devida fundamentação.

De qualquer sorte, verifica-se que a decisão que suspende os processos, por se tratarem de demandas repetitivas, não pode ser considerada despacho sem cunho decisório. São sim decisões interlocutórias e que pressupõem, de logo, a cognição da matéria processual.

Nota-se a confusão por que passam as partes de um processo, quando, por ausência de distinção entre os recursos, o seu processo é suspenso. O julgamento em bloco, devido à ausência do *distinguishing*, prejudica a continuidade de muitas ações que não deveriam se prolongar quando não houvesse necessidade de esperar o último veredicto das cortes superiores.

4. O *DISTINGUISHING* NO NOVO CPC

Os primeiros esboços do projeto do NCPC nada traziam sobre *distinguishing*, bem como os outros institutos (*ratio decidendi*, *obiter dictum*, *overriding* e *overruling*). Por esse motivo, acreditava André Luiz Bitar de Lima Garcia ter se perdido a oportunidade de melhor tratamento do sistema de precedentes judiciais.⁶²

Luiz Guilherme Marinoni já haveria, inclusive, sugerido proposta de alteração do CPC/73 com a fi-

62 GARCIA, André Bitar de Lima. A ausência de um sistema de precedentes no NCPC: uma oportunidade perdida. In: DIDIER JR., Fredie; ARAÚJO, José Henrique Mouta; KLIPPEL, Rodrigo. (Coord.). *O projeto do novo código de processo civil: estudos em homenagem ao prof. José de Albuquerque Rocha*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 13-20.

nalidade de atribuir força aos precedentes judiciais. Na sua proposta, inclusive, estaria presente um artigo com a seguinte redação:

Os precedentes dotados de eficácia vinculante podem não ser adotados quando o Tribunal ou Juízo **distinguirem** o caso sob julgamento, demonstrando, mediante argumentação racional e justificativa convincente tratar-se de caso particularizado por situação fática distinta ou questão jurídica não tratada no precedente, a impor outra solução jurídica.⁶³

Tal artigo, que seria o 5º no projeto do autor, prevê a dinâmica do *distinguishing* bem como a possibilidade de se afastar o precedente mediante utilização, por exemplo, do *overruling*.

Na Exposição de Motivos do anteprojeto do CPC/2015⁶⁴ elaborada pela Comissão de Juristas instituída pelo Ato n. 379/2009 e que serviu de base para o encaminhando do PL n. 166, foi demonstrada a preocupação de se estabelecer um código coerente com a Constituição Federal e, mais do que isso, capaz de efetivar os princípios elencados por ela. Naquele momento, atentou-se para a necessidade de buscar segurança jurídica, assim como atribuir autoridade às decisões dos tribunais superiores.

No projeto do novo Código de Processo Civil, na versão Câmara dos Deputados aprovada em 26 de março

63 MARINONI, 2010a, p. 281-282, grifo nosso.

64 BRASIL. Senado Federal. *Anteprojeto do novo código de processo civil*. Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 379, de 2009, destinada a elaborar Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2013.

de 2014, no que diz respeito ao tema em destaque, era possível encontrar o Capítulo XV “Do Precedente Judicial”. No entanto, o capítulo com a referida denominação não foi levado para a versão final do atual CPC, mas o mesmo conteúdo pode ser encontrado a partir do artigo 926 do novo código.

4.1. A previsão legal

O capítulo que trata das disposições gerais dos processos nos tribunais e os meios de impugnação, no CPC/2015⁶⁵, traz importantes direções sobre os precedentes judiciais e o *distinguishing*. Dessa maneira, verifica-se dos artigos que o *distinguishing* aparece enquanto método de aplicação dos precedentes judiciais, cabendo ao magistrado demonstrar a similaridade entre o caso concreto e o caso paradigma anterior, ou seja, nas palavras do dispositivo: “demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”.

A previsão normativa, todavia, demonstra a importância de os interessados no julgamento do processo estar conscientes da *ratio decidendi* de um precedente e da distinção que deverá ser realizada.

Sobre alteração dos precedentes, ainda, o artigo 927, §4^o⁶⁶ do Capítulo XV prevê a necessidade de

65 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 24 jun. 2015.

66 Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

fundamentação adequada e específica, como forma de concretização dos princípios norteadores da Teoria dos Precedentes Judiciais, o que realmente é um problema verificado nas sentenças do Poder Judiciário.

A questão de como se realizar o devido *distinguishing* está intimamente ligada à necessidade de se fundamentar a decisão, uma vez que o magistrado deve explicar o seu raciocínio para que as partes envolvidas possam se convencer ou até mesmo tentar recorrer, no caso de perceberem eventual arbitrariedade.

Não parece desnecessário discorrer, ainda que breve, sobre a motivação das decisões judiciais, pois esta, mais do que pressuposto para verificação da *ratio* e da formulação de precedente, é um princípio processual constitucional inerente ao Estado Constitucional.⁶⁷ Sempre são bem-vindas as lições de J. J. Calmon de Passos, como seguem:

Devido processo constitucional jurisdicional, cumpre esclarecer, para evitar sofismas e distorções maliciosas, não é sinônimo de formalismo, nem culto da forma pela forma, do rito pelo rito, sim *um complexo de garantias mínimas contra o subjetivismo e o arbítrio dos que tem poder de decidir*. Exige-se, sem que seja admissível qualquer exceção, a prévia instituição e definição da competência daquele a quem se atribua o poder de decidir o caso concreto (juiz natural), a bilateralidade da audiência (ninguém pode sofrer restrição em seu patrimônio

67 MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e Precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. In: MITIDIERO Daniel; RIZZO, Guilherme. (Coord.). *Processo civil: estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Álvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 86.

ou em sua liberdade sem previamente ser ouvido e ter o direito de oferecer suas razões) a publicidade (eliminação de todo procedimento secreto e da inacessibilidade ao público interessado de todos os atos praticados no processo), a fundamentação das decisões (para se permitir a avaliação objetiva e crítica da atuação do decisor) e o controle dessa decisão (possibilitando-se, sempre, a correção da ilegalidade praticada pelo decisor e sua responsabilização pelos erros inescusáveis que cometer). Dispensar ou restringir qualquer dessas garantias não é simplificar, desformalizar, agilizar o procedimento privilegiando a efetividade da tutela, sim favorecer o arbítrio em benefício do desafogo de juízos e tribunais.⁶⁸

Verifica-se, assim, que a ausência da fundamentação/motivação, além de violação da ordem jurídica, é diretamente violação das partes do processo que possuem a garantia de exercer o seu contraditório. O discurso presente na fundamentação, capaz de gerar ou não um precedente, estaria de todo prejudicado. No que diz respeito ao direito de exercício do contraditório e a formação do precedente, importante se faz transcrever o enunciado n. 2 do FPPC: “Para a formação do precedente, somente podem ser usados argumentos submetidos ao contraditório”.⁶⁹

No que diz respeito à procedimentalização do direito, entende-se que antes mesmo de uma decisão que venha sobrestar um processo em decorrência de julgamentos repetitivos, ou até mesmo que julgue improcedente o pleito autoral de logo (como é o caso do art. 332 do CPC — da improcedência liminar do pedi-

68 PASSOS, 1999, p. 69, grifo do autor.

69 ENUNCIADOS..., 2015, p. 8.

do), seria importante intimar as partes interessadas para se manifestarem.

Bem verdade que ao magistrado caberia a realização da adequada distinção, mas, até pelo princípio da cooperação, não existe razão para que as partes não sejam previamente convidadas a se manifestar sobre a identidade dos casos. A possibilidade de abertura ao diálogo neste momento é essencial para conferir legitimidade ao *distinguishing* que antecede a decisão.

Chamar as partes para se manifestarem significa, noutros termos, criar um espaço onde o próprio juiz decisor tem a oportunidade de melhor refletir e amadurecer a decisão que irá proferir.

O magistrado não pode abrir mão da participação de todos os sujeitos envolvidos para desenvolver o seu convencimento, uma vez que o próprio processo deve ser compreendido, na sua estrutura dialógica, enquanto um espaço comunicativo.⁷⁰

Parece entendível o porquê de o legislador positivar a abertura do diálogo no momento de se decidir o caso piloto. No entanto, afirma-se que o diálogo deve ser aberto muito antes da decisão mestra, no espaço reservado ao ato de proferir a decisão interlocutória de sobrestamento, ao ato do *distinguishing*.

Não se trata de precisionismos procedimentais que vão de encontro à celeridade processual, muito ao contrário, trata-se de prevenir o momento de construção do entendimento sobre a matéria. Todavia, enunciado do FPPC prevê que:

70 CERQUEIRA, Târsis Silva de. *O julgamento dos recursos repetitivos nos tribunais superiores: uma nova leitura do princípio da inafastabilidade da jurisdição*. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 59.

348. (arts. 987, 1.037, II, §§ 5º, 6º, 8º e seguintes) Os interessados serão intimados da suspensão de seus processos individuais, podendo requerer o prosseguimento ao juiz ou tribunal onde tramitarem, demonstrando a distinção entre a questão a ser decidida e aquela a ser julgada no incidente de resolução de demandas repetitivas, ou nos recursos repetitivos.⁷¹

Evidencia-se, ao contrário do que se pensa aqui, que somente serão intimados os interessados após a suspensão do processo. Ocorre que o procedimento prévio a ser adotado antes da decisão de sobrestamento requerer a manifestação da parte sobre a compatibilidade do caso em cotejo e o precedente.

4.2. Um pouco sobre a fundamentação das decisões judiciais

O ato de sentenciar requer raciocínio do juiz e, ainda, “tem natureza de norma jurídica individualizada, na medida em que o juiz decide certificando uma situação de incerteza jurídica entre os sujeitos em conflito num determinado caso concreto”.⁷² Através da fundamentação, como explicam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, é que existe a possibilidade de controle da atividade jurisdicional, assim como a oportunidade de o recorrente e do tribunal de segundo grau, se for o caso de recurso, entenderem, de maneira adequada, os motivos que levaram o julgador *a quo* a decidir daquela maneira.⁷³

71 ENUNCIADOS..., 2015, p. 51.

72 SOUZA, 2008, p. 184.

73 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 411.

Assim, do ponto de vista subjetivo, a motivação da sentença tem por escopo imediato demonstrar ao próprio juiz, antes mesmo do que às partes, a *ratio scripta* que legitima o decisório, cujo teor se encontrava em sua intuição.⁷⁴ Somente com a devida motivação que o sentenciante terá possibilidade de identificar os pontos que foram relevantes para o fim do conflito. É que: “o juiz cuida de interpretar, hermeneuticamente, um passado, que é a lide, para construir, com justiça, uma solução adequada, segundo os padrões do Direito, sem dívida; mas igualmente conforme aos valores vigentes na respectiva comunidade social.”⁷⁵

O artigo 489 do CPC/2015 traz a necessidade de o juiz demonstrar a interpretação que foi atribuída ao caso concreto. Não basta que o julgador invoque um precedente ou enunciado de Súmula para justificar sua decisão, será preciso que identifique os fundamentos determinantes contidos nas regras pré-existentes e mostre que o caso em julgamento se enquadra aos mesmos fundamentos.

Dessa maneira, os jurisconsultos esperam, mais do que a decisão favorável, uma decisão motivada. A fundamentação da decisão será igualmente importante para o intérprete evidenciar a realidade dos fatos que ficaram provados nos autos.⁷⁶ E sobre os

74 TUCCI, José Rogério Cruz e. Ainda sobre a nulidade da sentença imotivada. In: PINTO, Teresa Celina de Arruda Alvim (Coord.). *Revista de Processo*, ano 14, n. 56, 1989, p.223.

75 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da Silva. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. In: ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Coord.) *Direito e processo: estudos em homenagem ao desembargador Noberto Ungaretti*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 739.

76 *Ibidem*, p.743.

fatos, como já dito, são estes determinantes para se distinguir o caso em apreço do paradigma que eventualmente será utilizado.

Robert Alexy explica que são duas regras principais para se utilizar os precedentes:

- (1) Se é possível utilizar um precedente favorável ou contrário a uma decisão, ele deverá ser utilizado.
- (2) Aquele que pretende afastar o precedente tem o ônus argumentativo para tanto.⁷⁷

Sendo assim, evidenciam a aplicabilidade do precedente, sempre que possível, e, na impossibilidade de utilização deste, o dever de argumentação através de fundamentação. A existência da fundamentação adequada como maneira de exteriorizar o *distinguishing* para as partes envolvidas, bem como a coletividade que espera compreender o posicionamento de um tribunal, parte da ideia de enxergar a distinção não somente como técnica de conflito, tendo como resultado o afastamento de um precedente, mas também como método primário de aplicação do precedente.

5. CONCLUSÃO

Mesmo com a implementação de novos dispositivos legais para a motivação das decisões, como se vê no artigo 489 do CPC/2015, o que realmente se espera é a prática dos julgadores para que se possa atribuir efetividade e celeridade ao sistema processual. Afinal, somente a fundamentação adequada das

⁷⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 556.

decisões é o que possibilitará identificar o adequado uso do *distinguishing* no ordenamento jurídico.

6. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BAHIA, Alexandre; THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação de direito brasileiro: análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas de padronização decisória. *Revista de Processo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 9-52, nov. 2010.

BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. A potencialidade de gerar relevante multiplicação de processos como requisito do incidente de resolução de causas repetitivas no projeto do novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie; ARAÚJO, José Henrique Mouta; KLIPPEL, Rodrigo (Coord.) *O projeto do Novo Código de Processo Civil: estudos em homenagem ao prof. José de Albuquerque Rocha*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 21-40.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 24 jun. 2015.

_____. Senado Federal. *Anteprojeto do novo código de processo civil*. Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 379, de 2009, destinada a elaborar Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2013.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial*. São Paulo: Noeses, 2012.

- CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. Tradução de Paolo Barile. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- CAMARGO, Júlia Schledorn de. A divergência de interpretação dentro de um mesmo tribunal: análise comparativa do sistema do *common law* e da solução existente no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, v. 20, n. 79, p. 91-110, jul./set. 2012.
- CERQUEIRA, Társis Silva de. *O julgamento dos recursos repetitivos nos tribunais superiores: uma nova leitura do princípio da inafastabilidade da jurisdição*. Salvador: Juspodivm, 2012.
- CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie; ARAÚJO, José Henrique Mouta; KLIPPEL, Rodrigo (Coord.). *O projeto do novo código de processo civil: estudos em homenagem ao prof. José de Albuquerque Rocha*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 269-292.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, v. 2.
- _____.; _____.; _____. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.
- ENUNCIADOS DO FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Vitória, 1º, 2 e 3 de maio de 2015. Disponível em: <http://www.academia.edu/12754850/Enunciados_do_F%C3%B3rum_Permanente_de_Processualistas_Civis_-_FPPC_sobre_o_NCPC_-_atualizados_at%C3%A9_Vit%C3%B3ria-2015>. Acesso em: 24 jun. 2015.

- GARCIA, André Bitar de Lima. A ausência de um sistema de precedentes no NCPC: uma oportunidade perdida. In: DIDIER JR., Fredie; ARAÚJO, José Henrique Mouta; KLIPEL, Rodrigo. (Coord.) *O projeto do novo código de processo civil: estudos em homenagem ao prof. José de Albuquerque Rocha*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 13-20.
- LEAL, Roger Stiefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MACÊDO, Lucas Buriel. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 351.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Elaboração dos conceitos de *ratio decidendi* (fundamentos determinantes da decisão) e *obiter dictum* no direito brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). *A força dos precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2010a, p. 249-280.
- _____. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013a.
- _____. *Precedentes obrigatórios*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010b.
- _____.; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- _____. *Teoria geral do processo*. Curso de processo civil Vol. 1. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013b.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *Código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao projeto do novo CPC*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

- MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e Precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. In: MITIDIERO Daniel; RIZZO, Guilherme. (Coord.). *Processo civil: estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Álvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 85-99.
- MOTTA, Tatiana Maria Oliveira Prates; PERTENCE, Pedro Correa. *Distinguishing*, súmulas e precedentes. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n. 19, p. 86-94, 2012. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2013/04/D19-08.pdf>>. Acesso em: 2 out. 2013.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- NUNES, Dierle. et al. Precedentes: alguns problemas na adoção do *distinguishing* no Brasil. *Revista Libertas*, UFOP, v. 1, n. 1, jan./jun. 2013. Disponível em: <<http://www.libertas.ufop.br/Volume1/n1/vol1n1-3.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2013.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012.
- SILVA, Celso de Albuquerque. *Súmula vinculante: teoria e prática da decisão judicial com base em precedentes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da Silva. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. In: ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. (Coord.). *Direito e processo: estudos em homenagem ao desembargador Noberto Ungaretti*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 737-757.

ELIS COSTA MENEZES

- SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2011.
- SOUZA, Wilson Alves de. *Sentença civil imotivada: caracterização da sentença civil imotivada no direito brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2008.
- TARUFFO, Michelle. Precedente y jurisprudencia. Artigo traduzido do Italiano para o Espanhol por Claudia Martínez Vallecilla e Fernando Gandini. *Precedente: anuário jurídico*, p. 85-99, 2007. Disponível em: <http://bibliotecadigital.icesi.edu.co/biblioteca_digital/bitstream/item/2184/1/04.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2013.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Capítulo III

The world trade organization dispute settlement system and the stabilization of international relations

Eric Bastos Deiró de Mello

Graduating Law Student at Faculdade Baiana de Direito e Gestão.
Graduating Economic Sciences Student at Universidade Federal da
Bahia. Associate member of the Young International Council of
Commercial Arbitration (Young ICCA). Email: deiro.eric@gmail.com

The world trade organization dispute settlement system and the stabilization of international relations

Abstract: The relations between States are marked by disagreements, and the pursuit of commercial advantages in disregard of other nations economies can lead to more severe international conflicts. This paper analyses the role of the Dispute Settlement Body of the World Trade Organization in regulating international commerce and solving disputes arisen from the noncompliance of multilateral trade system rules, by providing a historical and contextualized study and showcasing some outcomes of the Body's practice. The primary target of this paper is to examine if the function of the Dispute Settlement Body can contribute to the stabilization of international relations.

Keywords: International Trade. World Trade Organization. Dispute Settlement. International Relations.

Summary: 1. Introduction — 2. The world trade organization — 3. The wto dispute settlement body — 4. The stabilization of international relations by means of the wto dispute settlement — 5. Challenges faced — 6. Conclusion — 7. References.

1. INTRODUCTION

Commercial relations among peoples have been present since long before the foundation of modern nations. Nevertheless, the establishment of structured and organized States gave another dimension to the trade of goods across the globe, by permitting that each community explores its territory with more efficiency, getting the most of what they have in higher quantity or quality, compared to what other States had.

From this perspective of efficient exploitation of State's resources and, consequently, the development on manufacturing of goods, the importance of international trade increased, notably once nations started to seek abroad what they produce less efficiently.

Those commercial interactions over the world fostered the development of societies and of human standard of living. On the other hand, it entailed disagreements between cultures, self-centered nationalist policies and destabilization of international relations, that, at times, made States resort to force due to their lack of capability to resolve the dispute peacefully.

After the Great Wars, a multilateral system for regulation of free trade was proposed, with the intent to reestablish balance in economic order, severely disrupted by the belligerent hostilities. In this context, one of the pillars of the system was the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), that, subsequently, served as basis for the creation of the World Trade Organization (WTO), in 1994, whose main goal is to promote free trade of goods and services, achieving development for States and better quality of life for peoples.

Notwithstanding WTO's creation, disagreement between States is inherent to the nature of relations between subjects, and it was necessary for WTO to create a body to resolve the disputes among its members. It was, then, created the Dispute Settlement Body, establishing an unparalleled form of dispute resolution in the international sphere.

Simply put, States member to the WTO can resort to an institutional dispute settlement system, by which they can confront irregularities committed by other nations and defend the interests of their goods and services producers, as well as its own.

This article analyses the establishment of a Dispute Settlement Body within the context of WTO, and its role to stabilize international relations, notably through the examination of its rules and objectives, as well as its application to international dispute cases.

2. THE WORLD TRADE ORGANIZATION

Trade is an important element of modern society. Since the inception of civilized associations of people, the change of goods is being essential for States to fulfill its necessities with efficiency. Perceiving that trade is adamant to achieve State's goals was part of Adam Smith's thoughts, as put in 1776 *The Wealth of Nations*.

The mercantilism, and the State's need to have a positive trade balance, led to an unsustainable system, where every colonialist nation wanted to protect its internal market (hugely grounded on the exploitation of *prima materia* from the colonies and the manufacturing of colonialist territory) to enhance its commercial advantage compared to others.

In 1817, David Ricardo contributed to develop this idea with his most famous work, *Principles of Political Economy and Taxation*, from which is drawn the notion of comparative advantages, according to which a State might benefit from importing goods when, comparatively, nationalizing it is less expensive than producing it internally (or when, by the lack of know-how, it is more advantageous for the State to produce its specialty and *trade*).

As protectionism poses detrimental effects in the development of trade and international relations¹, it was necessary to overcome this idea, mainly to hinder the possibility of international tensions likely to turn into serious conflicts. With the advent of both World Wars, and the (mainly economical) fragility of European States, the United Kingdom and the United States took the role of start drawing the organization of international trade political and legal relations, as it is inferred from the work of John Stuart Mill², *in verbis*:

The modern trade system emerged from the ruins of the Second World War, and was principally the creation of the United Kingdom and the United States. Some of the same problems that plagued US policy after the First World War returned in the second, but the Roosevelt (1933-1945) and Truman (1945-1952) administrations were better able to manage them. From the start of the war, the US government engaged in a series of inter-agency, public-private and

-
- 1 MAIA, Jayme de Mariz. *Economia internacional e comércio exterior*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 300.
 - 2 MILL, John Stuart. *The creation of the multilateral trading system* In *The history and the future of the World Trade Organization* (Org. Craig VanGrasstek). Geneva: World Trade Organization, 2013, p. 43.

Anglo-American meetings to explore the likely problems and potential solutions in the post-war economic order. Building upon the bilateral trade agreements that the United States had been negotiating since 1934, the UK and US negotiators worked out in broad terms a shared view of the rationale and structure for a proposed international organization devoted to trade liberalization.

Catalyzing plurilateral trade agreements was not just a measure of trade liberalization, but also an US expansion strategy in the European territory, which was severely financially impaired with the outcome of the wars. Nonetheless, despite of the political harness of the situation, it is incontrovertible that the restructure of the world economic order was a milestone on the establishment of multilateral trade system that enhances stabilization of international relations.

This new order, discussed in the Bretton Woods Conference, was based on the intervention of three institutions (namely, World Bank, International Monetary Fund — IMF and General Agreement on Tariffs and Trade — GATT) in the international economic relations. The present work focus on the latter, the 1947 GATT, whose role was to strengthen free trade among nations, and was, later, the basis for the World Trade Organization (WTO). Professor Antonio Cassese's accurate teachings corroborate the abovesaid:

The Second World War left Europe in a shambles: the economies of both Western European countries and the Soviet Union had been disrupted by the fighting or converted to the war effort. Japan too was on its knees. The USA was the only big Power whose territory had been spared by invasion or bombardment and whose economy had been boosted by the war. Af-

ter the war it became by far the most powerful State militarily; it was in its interest to increase its economic power by allowing its capital to be invested abroad, thus expanding its economy on a world scale. The US economic expansion on European territory and in the Far East was salutary, at least in the short run, to the countries disrupted by war. They could not but benefit from the flow of American capital into their markets. Hence they keenly welcomed the restructuring of international economic relations propounded by the USA. To implement the new scheme it was, however, necessary to dismantle all the barriers that over the years had been erected in the world community by States increasingly bent on protectionism (this of course included colonialist countries, which drew much benefit from the exploitation of primary commodities produced in colonial territories). Thus the USA launched a *free trade and free market philosophy*. In addition, it succeeded in having three important international institutions (the World Bank, the IMF, and the GATT) established for the purpose of creating the necessary international mechanisms for realizing that philosophy on a multilateral, stable and continuing basis.

[...]

The GATT was intended to abolish traditional tariff restrictions on free trade which greatly hampered free competition on the world market.³

The treaty, composed by a complex set of more than 100 agreements, aimed to foster international flow of commerce through moderation of foreign trade policies within the States party to it⁴. Under GATT,

3 CASSESE, Antonio. *International law*. 2 ed. New York: Oxford University Press, 2005, p. 510-511.

4 JANIS, Mark W. *An introduction to international law*. 4. ed. New York: Aspen Publishers, 2003, p. 295-296.

which subsumed within the WTO system⁵, States shall refrain from implementing nontariff barriers that benefit the internal market in detriment of foreign goods. Those obligations are based on reciprocity and a series of principles, among which is the non-discrimination.

However, the way the GATT was built allowed more political resorts, in a manner that the economically developed States tended to impose their trade policies over the less developed ones in blatant disregard of the agreement. The settlement of disputes, therefore, was much more based on political power than in a series of pre-established rules, which undermined the purpose of the treaty. As Marcelo Dias Varella⁶ noted:

In the previous Dispute Settlement System, within GATT, one could count on its fingers the number of contentious cases with participation of developing countries. This is because the poorer did not believe that the system actually worked, but that it was a little neutral instrument, more political than legal, that is, more favorable to richer States.

It was clear for States that the operating system was not adequate. Professor John Jackson affirmed that “the world was becoming increasingly complex

5 SHAW, Malcolm N. *International law*. 5 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 1168.

6 Free translation from the original, quote “*No Sistema de solução de controvérsias anterior, no GATT, podia-se contar no dedo o número de contenciosos com participação dos países em desenvolvimento. Isso porque os mais pobres não acreditavam que o sistema funcionava de fato, mas que era um instrumento pouco neutro, mais político que jurídico, ou seja, mais favorável aos Estados mais ricos*”. VARELLA, Marcelo Dias. *Direito internacional público*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 451-452.

and interdependent, and it was becoming more and more obvious that the GATT rules were not satisfactorily providing the measure of discipline that was needed to prevent tensions and damaging national activity⁷.

Since the GATT contracting parties wanted to develop a better structured system, they agreed to start a round of negotiations at Punta del Este, Uruguay, to discuss a very broad agenda of new subjects that nations desired to have within the scope of trade multilateral cooperation system. Following to Canada's formal proposal of establishment of a "World Trade Organization" in April 1990, within the Uruguay Round context, States parties to GATT negotiated the implementation of a series of rules regarding trade in goods, including agricultural products and trade in textile and clothing, and also trade in services⁸.

The Agreement Establishing the World Trade Organization was signed in Marrakesh, Morocco, four years later, in April 1994. Professor Thiago Carvalho Borges's teachings clearly demonstrates the scholars and practitioners' perspective of this landmark transition, that changed the world economic order:

The World Trade Organization was created at the end of the Uruguay Round, as a result of a negotiation process marked by the end of a bipolar model of international relations, that turned to be characterized by multilaterality, as well as by fragility of political frontiers and by international trade as a result of a process of globalization. The Uruguay Round began in

7 JACKSON, John. *The World Trade Organization: Constitution and Jurisprudence*. Royal Institute of International Affairs, 1998, p. 24.

8 BOSSCHE, Peter Van den. *The law and policy of the World Trade Organization*. New York: Cambridge University Press, 2005, 82-85.

1986, at Punta del Este, in Uruguay, and just ended up eight years later, in Morocco, in 1994. Despite the several impasses that marked the negotiation rounds, the result was deemed positive especially by the creation of WTO, that represented the continuity of the GATT's work on creating a multilateral trade system, but represented a real revolution in a sense of perceiving that the discipline created so far was insufficient.⁹

Then, the multilateralism was established in the international sphere, where the WTO is intended to promote free trade through its ultimate objectives, that are notably to increase standards of living, to attain full employment, to foster the growth of real income and effective demand and to expand production of, and trade in, goods and services. Those objectives are drawn by the WTO Agreement preamble, *verbis*:

Recognizing that their relations in the field of trade and economic endeavour should be conducted with a view to raising standards of living, ensuring full employment and a large and steadily growing volume of real income and effective demand, and expanding the

9 Free translation from original, quote “*A Organização Mundial do Comércio foi criada no final da Rodada Uruguai, resultante de um processo de negociações marcado pelo fim de um modelo bipolar das relações internacionais, que passaram a ser marcadas pela multilateralidade, bem como pela fragilidade das fronteiras políticas e de comércio internacional como resultado do processo de globalização. A Rodada Uruguai iniciou em 1986, em Punta del Este, no Uruguai, e só terminou oito anos depois, em Marraqueche, no Marrocos, em 1994. Apesar dos muitos impasses que caracterizaram a rodada de negociações, o resultado foi considerado positivo especialmente pela criação da OMC, que representou a continuidade dos trabalhos de criação do sistema multilateral de comércio iniciado pelo GATT, mas representou uma verdadeira revolução no sentido de perceber que a disciplina criada até então se revelava insuficiente*”. BORGES, Thiago Carvalho. *Curso de direito internacional público e direito comunitário*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 289.

production of and trade in goods and services, while allowing for the optimal use of the world's resources in accordance with the objective of sustainable development, seeking both to protect and preserve the environment and to enhance the means for doing so in a manner consistent with their respective needs and concerns at different levels of economic development.

Recognizing further that there is need for positive efforts designed to ensure that developing countries, and especially the least developed among them, secure a share in the growth in international trade commensurate with the needs of their economic development [...].¹⁰

Without prejudice to the aspirations embodied in the Agreement's preamble, the main practical objective of WTO "consists in gradually suppressing customs tariffs that turn international commercial relations difficult and discriminatory, serving as negotiations forum for new rules and matters related to trade"¹¹.

Australian Professor Gary Sampson, former GATT Director and WTO Director, highlight that "those who constructed the WTO are proud of having created what has been described as the greatest ever achievement in institutionalized global economic cooperation"¹².

10 Agreement Establishing the World Trade Organization, preamble.

11 Free translation from original, quote "*O objetivo primordial da OMC consiste na supressão gradual das tarifas alfandegárias que tornam difíceis e discriminam as relações comerciais internacionais, servindo de foro para negociações de novas regras ou temas relativos ao comércio*". MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 666.

12 SAMPSON, Gary. *The role of the World Trade Organization in global governance*. New York: United Nations University Press, 2001, p. 5.

The success of the WTO is largely due to the establishment of an effective system of settlement of disputes, composed by an unparalleled structure and form of dispute resolution, which will be further addressed below.

3. THE WTO DISPUTE SETTLEMENT BODY

States, very often, disagree with each other, which can lead to a tension that, depending on the conducts and policies undertaken, can turn into a severe international conflict. This could undermine one of the modern purposes of international law, that is to maintain peace and stability through the development of a legal framework that give nations the predictability of the legal consequences for their acts.

In order to ensure the peaceful settlement of disputes, States usually empower secondary subjects of international law (that is, international organizations originated from the will of States) to regulate a specific subject matter and to determine the applicable norms.

The WTO — empowered by the will of more than 160 nations¹³ — have established an unparalleled system to do so: the Dispute Settlement Body (DSB). In function since 1 January 1995, it serves as a form of resolution when members of the WTO cannot settle their differences regarding the application or interpretation of a WTO agreement. Academics and practitioners praise its role as one of the main structures of

13 According to the WTO website, available at: <https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm>. Accessed: mar.15.2016.

contemporary multilateral trade system. In this regard, it is worthwhile to cite one of the teachings of Marcelo Dias Varella¹⁴ on the subject matter:

The Dispute Settlement Body of the World Trade Organization (DSB) is the main forum of multilateral trade. Even though there is no formal hierarchy between international tribunals, this tribunal, created in 1995, acquired sufficient legitimacy to generate a *strong paralyzing effect* on the development of other international norms and internal norms from all of the more than 150 Member-States of WTO. It is one of the main vertexes of modern multilateral trade system that guarantees international law effectiveness, with an important level of cogency. [...].

Annex 2 of the WTO Agreement creates the DSB. Pursuant to article 2, the DSB is allowed to establish rules and procedures. Moreover, it authorizes the DSB to institute panels (that “are *ad hoc* bodies established for the purpose of adjudicating a particular dispute and are dissolved once they have accomplished this task”¹⁵), adopt panel and Appellate Body reports (that

14 Free translation from original, quote “*O Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio (OSC) é o principal foro comercial multilateral. Muito embora não exista uma hierarquia formal estabelecida entre os diferentes tribunais internacionais, este recente tribunal, criado em 1995, ganhou legitimidade suficiente para gerar um forte efeito paralisante sobre o avanço de outras normas internacionais e de normas nacionais de todos os mais de 150 Estados-membros da OMC. Trata-se de um dos principais vértices do sistema comercial multilateral contemporâneo que garante a efetividade ao direito internacional, com um importante nível de cogência. [...]*”. VARELLA, Marcelo Dias. *Direito internacional público*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 449.

15 BOSSCHE, Peter Van den. *The law and policy of the World Trade Organization*. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 231.

are the findings and conclusions on the conduct consistency with the WTO Agreements), implement the ruling or recommendation and monitor its compliance and lastly — but with upmost importance — to authorize the suspension of obligations imposed to the harmed State to follow the WTO Agreements (allowing it the resort to the so-called “retaliation”)¹⁶. The following teaching summarize the path of proceedings:

The system allows, at any time, the settlement of the dispute through an agreement between the parties. If this agreement is not reached, they resort to proceedings established in the contention settlement mechanism to solve the dispute, which can be classified in four main phases: (i) consultations; (ii) panel; (iii) appeal; and (iv) implementation.¹⁷

Then, the DSB is remarkable for its four phases structure. States can consult the WTO to outline the authorities applicable to the specific case, trying to resolve the dispute peacefully. If this first phase is not successful, the difference can be referred to a panel for adjudication (second phase). Those recourses

16 Understanding on rules and procedures governing the settlement of disputes, Annex 2 of the WTO Agreement, article 2 (Administration).

17 Free translation from original, quote “O sistema permite, a qualquer momento, a solução do conflito por meio de acordo entre as partes. Caso esse acordo não seja atingido, elas utilizarão os procedimentos estabelecidos no mecanismo de solução de controvérsias para solucionar a disputa, que podem ser classificados em quatro fases principais: (i) consultas; (ii) painel; (iii) apelação; e (iv) implementação”. PE-REIRA, Celso de Tarso; COSTA, Valéria Mendes; ARAUJO, Leandro Rocha de. *100 Casos na OMC: a experiência brasileira em solução de controvérsias* In Revista Política Externa. Ed. 121. Vol 20. N. 4. Mar/Abr/Maio 2012. Available at: <http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/114232/mod_resource/content/2/Artigo_Solucao_Controversias_OMC.pdf>. Accessed: mar.14.2016.

are only available to States, which reinforces the WTO role under public international law¹⁸.

The panel will issue a report, indicating the rules applicable and the recommendations for States to comply with the agreements. This phase confers more jurisdictionality to the proceeding, since it diminishes the political discussion of the trade dispute and submits it to a impartial analysis, based on pre-established rules¹⁹.

If any of the litigants want to impugn the report, they can appeal, and the role of reviewing and issuing a final decision will rest with the Appellate Body, in a procedure that is deemed by academics and practitioners as one of the cornerstones of the DSB's success, as put, illustratively, by Marion Panizzon²⁰:

The WTO dispute settlement process operates under a two-tier system, meaning that appeals regarding Panel cases may be heard by the AB (Appellate Body). Its possibility for appeal makes the WTO dispute resolution system unique among the judicial processes of dispute settlement in general public international law.

Mark W. Janis share a similar view, stressing the importance of the appeal possibility to an adjudicative international legal system and to the development of international law:

18 TANUGUCHI, Yasuhei. WTO Dispute Settlement System as seen by a proceduralist. In: *Direito Processual Comparado*. Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Processual, 2008, p. 41.

19 FINKELSTEIN, Cláudio. *Direito internacional*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 75-76.

20 PANIZZON, Marion. *Good faith in the jurisprudence of the WTO*. Portland: Hart Publishing, 2006, p. 275.

Another important change from the old 1947 GATT — based international trade system to the 1994 WTO is the institution of a formal dispute settlement procedure involving WTO panels and the possibility of appealing panel decisions to a WTO Appellate Body. The creation of this legalistic process adds to the proliferation of international courts, the WTO panels and Appellate Body joining the international adjudicative ranks alongside the International Court of Justice, the International Tribunal for the Law of the Sea, the European Court of Human Rights, the Inter-American Court of Human Rights, the international criminal tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda, the permanent International Criminal Court, and the European Court of Justice. Now that settling trade disputes has become less diplomatic and more “judicialised”, more cases are finding their way to the WTO dispute settlement body, over 200 in the first five years between 1995 and 2000. This WTO case law is making an increasingly important contribution to the general development of international law. [...].²¹

The powers given by article 21 and 22 of the Dispute Settlement Understanding, permitting WTO surveillance if the party is implementing the findings and recommendations of the DSB, to order compensation and to allow suspension of concessions and other obligations under the WTO Agreements are indispensable for the effectiveness of the system.

In article 3 of the Annex 2, that establishes General Provisions, it was put as core role for the DSB to provide security and stability to the multilateral trade

21 JANIS, Mark W. *An introduction to international law*. 4. ed. New York: Aspen Publishers, 2003, p. 296.

system, which has to be granted promptly, in order to safeguard the effectiveness of the system. The text of the provision follows:

Article 3

General Provisions

[...]

2. The dispute settlement system of the WTO is a central element in providing security and predictability to the multilateral trading system. The Members recognize that it serves to preserve the rights and obligations of Members under the covered agreements, and to clarify the existing provisions of those agreements in accordance with customary rules of interpretation of public international law. Recommendations and rulings of the DSB cannot add to or diminish the rights and obligations provided in the covered agreements.

3. The prompt settlement of situations in which a Member considers that any benefits accruing to it directly or indirectly under the covered agreements are being impaired by measures taken by another Member is essential to the effective functioning of the WTO and the maintenance of a proper balance between the rights and obligations of Members.²²

Notwithstanding the existence and usefulness of the DSB, States are not prevented from settling the dispute by other forms of resolution, such as negotiation, good offices, conciliation, mediation and arbitration²³, though the DSB has compulsory jurisdiction since the

²² Understanding on rules and procedures governing the settlement of disputes, Annex 2 of the WTO Agreement, article 3 (General Provisions).

²³ BOSSCHE, Peter Van den. *The law and policy of the World Trade Organization*. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 186.

establishment of panels, according to articles 23(1)²⁴ and 6(1)²⁵ of the Dispute Settlement Understanding.

The upmost goal of an adjudicative procedure, and the reason for elaborating all these different forms of solving conflicts, is to find a more stable and comprehensive system where parties can foresee what is deemed right, and have access to adequate and prompt measures if those rights are disrespected. The following excerpt summarizes the importance of the institutional forms of dispute resolution, notably of DSB within the context of WTO:

The development of institutional means of dispute resolution is a crucial factor to any organized social system, from the smallest cells of physical persons, to the most complex systems of coordination between States and international organizations. Its importance is shown, by the frequency of its usage, not just for the functioning of WTO and of multilateral trade system, but also for the international law as a whole.²⁶

24 Article 23, paragraph 1, of the Dispute Settlement Understanding, reads “Article 23. Strengthening of the Multilateral System. 1. When Members seek the redress of a violation of obligations or other nullification or impairment of benefits under the covered agreements or an impediment to the attainment of any objective of the covered agreements, they shall have recourse to, and abide by, the rules and procedures of this Understanding”.

25 Article 6, paragraph 1, of the Dispute Settlement Understanding, reads “Article 6. Establishment of Panels. 1. If the complaining party so requests, a panel shall be established at the latest at the DSB meeting following that at which the request first appears as an item on the DSB’s agenda, unless at that meeting the DSB decides by consensus not to establish a panel”.

26 Free translation from original, quote “*O desenvolvimento dos meios institucionais de solução de controvérsias é dado crucial para qualquer sistema de convivência organizada, desde as menores células de pessoas físicas, aos mais complexos sistemas de coordenação entre estados e organizações internacionais. Mostra-se a sua importância, pela frequência da sua utilização, não somente para o*”

The WTO Dispute Settlement Body is, therefore, a important international legal mechanism to stabilize the relations among States, as will be shown in the next topic.

4. THE STABILIZATION OF INTERNATIONAL RELATIONS BY MEANS OF THE WTO DISPUTE SETTLEMENT

Since the eighteenth century, the reciprocal benefit of commerce to peace is acknowledged by leading philosophers. As Montesquieu elucidated in 1748 *De L'Esprit des Loix* (The Spirit of the Laws), “The natural effect of commerce is to bring peace. Two nations that negotiate between themselves become reciprocally dependent, if one has an interest in buying and the other in selling. And all unions are based on mutual needs”²⁷.

This view that commerce increases dependence between States was subsequently developed by Immanuel Kant, stressing that the “commercial spirit” is incompatible with war, and that nations are regulated by the reliable “power of money”, making it advert to war or other conflicts that could impair their capabi-

funcionamento da OMC e do sistema multilateral de comércio, como também para o conjunto do direito internacional”. CASELLA, Paulo Borba; ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. Manual de direito internacional público. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 466.

27 Free translation from original, quote “*L'effet naturel du commerce est de porter à la paix. Deux nations qui négocient ensemble se rendent réciproquement dépendantes: si l'une a intérêt d'acheter, l'autre a intérêt de vendre; et toutes les unions sont fondées sur des besoins mutuels*”. MONTESQUIEU, Baron de. *De L'Esprit des Loix* (The Spirit of the Laws). 1748. Tome Premier, Quatrième Partie, Livre XX, Chapitre II, De l'esprit du commerce. Available at: <<http://www.efm.bris.ac.uk/het/montesquieu/mont20.htm>>. Accessed: mar.16.2016.

lity to profit by means of trade. The following excerpt from the work of the abovementioned philosopher in 1795 *Zum ewigen Frieden* (Perpetual Peace) is clarifying to the present matter:

Nature wisely separates the nations which the will of each State, even according to the principles of International Right, would fain combine into one by fraud or force. But, on the other hand, she again unites the nations whom the idea of a universal Cosmopolitan Right would not have secured from violence and war by regard to their mutual interests. This is effected by the commercial spirit which cannot exist along with war, and which sooner or later controls every people. Among all the means of power subordinate to the regulation of the State, the power of money is the most reliable, and thus the States find themselves driven to further the noble interest of peace, although not directly from motives of morality. Hence wherever war threatens to break out in the world, the States have an interest to avert it by mediations, just as if they stood in a constant league with each other for this purpose. Thus great combinations with a view to war can but very rarely occur from the very nature of things, and still more rarely can they succeed.²⁸

28 Free translation from original, quote “*So wie die Natur weislich die Völker trennt, welche der Wille jedes Staats, und zwar selbst nach Gründen des Völkerrechts, gern unter sich durch List oder Gewalt vereinigen möchte: so vereinigt sie auch andererseits Völker, die der Begriff des Weltbürgerrechts gegen Gewalttätigkeit und Krieg nicht würde gesichert haben, durch den wechselseitigen Eigennutz. Es ist der Handelsgeist, der mit dem Kriege nicht zusammen bestehen kann, und der früher, oder später sich jedes Volks bemächtigt. Weil nämlich unter allen, der Staatsmacht untergeordneten, Mächten (Mitteln) die Geldmacht wohl die zuverlässigste sein möchte, so sehen sich Staaten (freilich wohl nicht eben durch Triebfedern der Moralität) gedrungen, den edlen Frieden zu befördern, und, wo auch immer in der Welt Krieg auszubrechen droht, ihn durch Vermittelungen abzuwehren,*

However, the development of trade in the nineteenth century showed the opposite. States, seeking their individual advantages, rushed to establish nationalist policies. The lack of *prima materia* led European powers to seek resources outside its territory, creating an expansionist movement beyond seas, in order to safeguard protectionist measures that limited importations and to guarantee a positive trade balance.

All the tension arisen from this nationalist and expansionist movement led to the Great Wars, proving that commerce, without any regulation, is not suffice to avoid belligerent conflicts. The reestablishment of the world order required the development of a multilateral system of international trade, which was primarily made by the GATT, as a result of the Bretton Woods Conference, and, subsequently, by the WTO, as already discussed in chapter 2 of this paper.

In this context, WTO is a strong mechanism for stabilizing international relations. By means of a series of agreements and predictable rules, it give States a reliable tool for them to employ policies and measures with the guarantee that other nations rights will not be impaired — and even if it is, that the conflict will be resolved peacefully, by a pre-established procedure.

gleich als ob sie deshalb im beständigen Bündnisse ständen; denn große Vereinigungen zum Kriege können, der Natur der Sache nach, sich nur höchst selten zutragen, und noch seltener glücken. — Auf die Art garantiert die Natur, durch den Mechanism in den menschlichen Neigungen selbst, den ewigen Frieden; freilich mit einer Sicherheit, die nicht hinreichend ist, die Zukunft desselben (theoretisch) zu weis-sagen, aber doch in praktischer Absicht zulangt, und es zur Pflicht macht, zu diesem (nicht bloß schimärischen) Zwecke hinzuarbeiten". KANT, Immanuel. *Zum ewigen Frieden* (Perpetual Peace). 1795, p. 20.650-20.660. Available at: <<http://homepage.univie.ac.at/benjamin.opratko/ip2010/kant.pdf>>. Accessed mar.16.2016.

As Baudouin Dupret teaches, legal rules — such as those established by WTO — are one of the paths to “regulate and stabilize relations among members of any given societies”²⁹.

Nevertheless, the main reason for WTO’s success in stabilizing international relations is due to its unique dispute settlement system, allowing States to initiate consultation (in order to settle the difference amicably) and to resort to procedures of adjudication (*i.e.* Panels and Appellate Body) empowered to implement the ruling of a report or to permit the suspension of obligations by the harmed State (as retaliation) — that all without prejudice to other forms of dispute resolution, among which are conciliation, mediation and arbitration. The teachings Welber Barral show that:

The main innovation of WTO substantiates in its Dispute Settlement Body, which constitutes a more effective decision-making system than that existent within the GATT context. The dispute settlement system within GATT did not envisage definite deadlines, it was easily obstructed and the panel mechanism was lengthy, with the elaboration of reports that, many times, were not approved by the GATT’s Council or were obstructed by the defeated State, once decisions could only be implemented by consensus.

In WTO, on the contrary, the Dispute Settlement Body presents a more complex structure, with established deadlines for the constitution and functioning of the panels and reports elaboration, as well as for presentation of defense and appellation, re-

²⁹ DUPRET, Baudouin. *Adjudication in action: an athnomethodology of law, morality and justice*. Farnham: Ashgate Publishing, 2011, Chapter 1

quiring the consensus rule only to the rejection of a report in WTO's Council. The defeated State is obliged to offer compensation or to adjust its trade policy to the approved report. Still, remains with WTO, theoretically, the role to impel unilateral sanctions, adopted frequently by developed States, particularly the United States. Thus, the new body ensures powers to WTO for it to function as an institution responsible for the implementation of sanctions to States that insist on employing policies that disrespect principles and practices of free trade.³⁰

The effectiveness of the DSB as a mechanism of peaceful resolution of conflicts is easily comprehended if taken into account the General Provisions of

30 Free translation from original, quote: “A grande inovação da OMC se substancia no Órgão de Solução de Controvérsias, que constitui um sistema decisório mais eficaz que o existente no âmbito do GATT. O sistema de solução de controvérsias do GATT não previa prazos fixos, era facilmente obstruído e o funcionamento dos painéis era demorado, com a elaboração de relatórios que muitas vezes não eram aprovados pelo Conselho do GATT ou eram obstruídos pelo Estado vencido, uma vez que as decisões só poderiam ser implementadas por consenso. Na OMC, ao contrário, o Órgão de Solução de Controvérsias apresenta estrutura mais complexa, com a definição de prazos para a constituição e o funcionamento dos painéis e a elaboração dos relatórios, bem como para a apresentação de defesa e de apelação, exigindo-se a regra do consenso somente para a rejeição de um relatório no Conselho da OMC. O Estado vencido é obrigado a oferecer uma compensação ou ajustar a sua política comercial ao relatório aprovado. Cabe, ainda, em tese, ao Órgão de Solução de Controvérsias, impedir as sanções unilaterais, adotadas com frequência pelos países desenvolvidos, particularmente pelos Estados Unidos. Assim, o novo órgão assegura poderes à OMC para funcionar como uma instituição responsável pela imposição de sanções aos Estados que insistirem em implementar políticas que desrespeitem os princípios e práticas do livre comércio”. BARRAL, Welber. *O Brasil e a OMC* (Org. Welber Barral). Florianópolis: Diploma Legal, 2000, p. 27.

the Understanding accountable for its inception. It sets two key purposes of the Body: to provide security and predictability³¹.

In the case “Japan — Alcoholic Beverages II”, the WTO Appellate Body concurred with the Panel’s report, which deemed that the Japanese Liquor Tax Law violated 1994 GATT rules. When assessing the WTO rules, the Appellate Body reaffirmed that the dispute settlement system enhances “security and predictability” in the multilateral trading system, and therefore in international relations. The pertinent excerpt from the report follows:

WTO rules are reliable, comprehensible and enforceable. WTO rules are not so rigid or so inflexible as not to leave room for reasoned judgements in confronting the endless and ever-changing ebb and flow of real facts in real cases in the real world. They will serve the multilateral trading system best if they are interpreted with that in mind. In that way, we will achieve the ‘security and predictability’ sought for the multilateral trading system by the Members of the WTO through the establishment of the dispute settlement system.³²

This view was further developed by the WTO Panel, in the report concerning “US — Section 301 Trade Act”, by discussing the importance of “security and predictability” as a central object and purpose of the DSB. It was stated that:

31 Understanding on rules and procedures governing the settlement of disputes, Annex 2 of the WTO Agreement, article 3 (General Provisions).

32 WTO’s Appellate Body Report, Japan — Alcoholic Beverages II, p. 31.

Providing security and predictability to the multilateral trading system is another central object and purpose of the system which could be instrumental to achieving the broad objectives of the Preamble. Of all WTO disciplines, the DSU is one of the most important instruments to protect the security and predictability of the multilateral trading system and through it that of the market-place and its different operators. DSU provisions must, thus, be interpreted in the light of this object and purpose and in a manner which would most effectively enhance it. In this respect we are referring not only to preambular language but also to positive law provisions in the DSU itself.³³

Also, the rules and procedures of the DSB, besides enabling the achievement of the WTO's purposes, is essential to guarantee a efficient functioning of the multilateral trade system, since it binds WTO Member States and Panels, when performing their obligations in accordance with the standard of good faith, to resolve the dispute fairly, promptly and effectively³⁴.

Achieving security in multilateral trade system is also of paramount importance for less developed States, since it enables those weaker nations to have commercial relations with more developed countries and stronger economies without being arbitrarily subject to political or economical coercion. The work of Peter Van den Bossche³⁵ reinforces the WTO's prominent role in ensuring equality of rights between economically unequal nations:

33 WTO's Panel Report, US — Section 301 Trade Act, para. 7.75.

34 PANIZZON, Marion. *Good faith in the jurisprudence of the WTO*. Portland: Hart Publishing, 2006, p. 275.

35 BOSSCHE, Peter Van den. *The law and policy of the World Trade Organization*. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 298.

It brings a degree of security and predictability in international trade to all its members and their citizens. The WTO dispute settlement system offers an opportunity for economically weak countries to challenge trade measures taken by economically stronger countries. The system works to the advantage of all Members, but it especially gives security to the weaker members that have often, in the past, lacked the political or economic clout to enforce their rights and to protect their interests.

It is incontrovertible, then, that the Dispute Settlement Body of the WTO plays an important role in stabilizing the relations between States, notably when it confers security and predictability to international relations by means of a series of rules and procedures built to solve differences peacefully. Nonetheless, there are still some challenges do be resolved, in order to develop even further the fairness of the multilateral trade system.

5. CHALLENGES FACED

Despite the remarkable success of WTO DSB, and the incontrovertibility of its role as “an effective and efficient system for the peaceful resolution of disputes”³⁶, some challenges are still present for the development of the multilateral trade system.

It is widely observed that the development of an efficient system for stabilizing international relations in the multilateral trade context is impaired by the difficulty for States to reach an agreement in respect to some sensitive matters.

³⁶ BOSSCHE, Peter Van den. *The law and policy of the World Trade Organization*. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 298.

The State's inability to agree and establish clearer rules on sensitive issues, notably those that are politically controversial. As a result, members of the WTO are unlikely to reach a substantial agreement on areas of public health, environmental protection, cultural identity, taxation and foreign and development policy³⁷.

This can lead to an excess of adjudication that can impair the peacefulness of the system, and end up disruption this idea of maintaining security and predictability — that leads to stabilization — which could turn international disagreements into more severe conflicts.

However, this issue can be resolved if states use more of political negotiations and consensual forms of dispute resolution rather than always using adjudication as the first resort. The duty to guarantee the effectiveness of the system, in a multilateral context, remains with the States themselves, that are, at the same time, the main interested parties and the lawmakers of the international trade rules they will be bound by.

John H. Jackson, distinguished professor of international trade law, synthetize clearly the interaction of the WTO and its challenges in a globalized context:

Globalization is forcing the creation or adaptation of institutions that can cope with some of these problems. Clearly, many of these problems could involve more than just border measures (and indeed, the GATT itself has never limited itself to just border measures, but includes a number of

37 *Idem.*

clauses that penetrate deeply into nation-state “sovereignty” decisions about economic regulation). This means that any international cooperative mechanism will, of necessity, clash with national “sovereignty”, and with special national interests whose particular economic well being will be affected by the international decisions. It is not surprising therefore, that the WTO is both a candidate for filling institutional needs to solve current world level problems, but also is currently coming under attack.³⁸

It is important to recall that, notwithstanding those challenges still to be overridden, the Dispute Settlement Body of the WTO is already an outstanding mechanism of international resolution of conflicts, whose contribution to multilateral trade system and, thus, to the stabilization of international relations is undeniable.

6. CONCLUSION

Contemporary international relations rely hugely on cooperation between States to promote worldwide development. In the economic order context, the trade of goods and services creates a situation of interdependence among nations, and also raises people’s standard of life.

Nevertheless, disagreements on commercial relations are expected to occur, since States differ in the

38 JACKSON, John H. *Sovereignty, subsidiarity, and separation of powers: The high-wire balancing act of globalization* In *The Political Economy of International Trade Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 29. Available at: <<http://catdir.loc.gov/catdir/samples/cam034/2002511582.pdf>>. Accessed: mar.14.2016.

undertaking of its policies, the aspects of its cultures and the singular characteristics of its economies. It was necessary to have, in international society, a body capable of reducing these complexities and regulating trade relations by pre-established rules, what was materialized with the conception of the World Trade Organization (WTO).

With the intent of resolving the disagreements that endured despite of that regulation, the Dispute Settlement Body (DSB) was created within the context of WTO, by which countries can resort to a procedure that is built to confer security and predictability to the multilateral trade system, notably through the establishment of panels to examine confrontations to WTO agreements, issuing reports that can be appealed.

WTO's power to implement and monitor the compliance of the rulings of the DSB, as well as the authority to allow States to suspend the obligations arisen from the WTO agreements are of paramount importance to safeguard the effectiveness of the system proposed.

Therefore, the Dispute Settlement Body of the WTO plays an essential role, in the world economic order, to stabilize international relations, through the institution of an unparalleled procedure that worships promptness of the resolution of a disagreement, in a fair and effective form. Thus, at the same time that WTO congregates States seeking regulation of free trade to achieve growth in economic and social standards, the Organization itself makes the means of solving the dispute available, discouraging that member States resort to forceful and self-centered measures in the attempt to settle the dispute.

As the WTO is part of a multilateral trade system, the development of the system itself relies on the participation of nations. In this multifaceted institution where States are the lawmakers and also the aim of the rule, it is likely that sensitive obstacles will be encountered. However, nations must try to achieve consensus and resolve the dispute peacefully without adjudication.

If Montesquieu and Kant could see a positive aspect of commerce to international relations, certainly nowadays, with a structured and organized multilateral trade system, the perspectives are even better. The WTO, notably by the establishment of the DSB, provides more tools to make trade among States more safe and reliable.

Hence, despite of the disagreements that will always occur in the relation between subjects with different interests (such as nations), the Dispute Settlement Body of the World Trade Organization is of paramount importance to the stabilization of international relations, allowing States to resolve their disputes peacefully through the establishment procedure that regulates activities in discordance with WTO rules, providing security and predictability to the global and multifaceted commercial interactions.

7. REFERENCES

BOOKS, TREATISES AND ARTICLES

BARRAL, Welber. *O Brasil e a OMC* (Org. Welber Barral). Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

BORGES, Thiago Carvalho. *Curso de direito internacional público e direito comunitário*. São Paulo: Atlas, 2011.

- BOSSCHE, Peter Van den. *The law and policy of the World Trade Organization*. New York: Cambridge University Press.
- CASELLA, Paulo Borba; ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. *Manual de direito internacional público*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CASSESE, Antonio. *International law*. 2 ed. New York: Oxford University Press, 2005.
- DUPRET, Baudouin. *Adjudication in action: an athnomethodology of law, morality and justice*. Farnham: Ashgate Publishing, 2011.
- FINKELSTEIN, Cláudio. *Direito internacional*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- JACKSON, John H. *Sovereignty, subsidiarity, and separation of powers: The high-wire balancing act of globalization* In *The Political Economy of International Trade Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002. Available at: <<http://catdir.loc.gov/catdir/samples/cam034/2002511582.pdf>>. Accessed: mar.14.2016.
- JACKSON, John. *The World Trade Organization: Constitution and Jurisprudence*. Royal Institute of International Affairs, 1998.
- JANIS, Mark W. *An introduction to international law*. 4. ed. New York: Aspen Publishers, 2003.
- KANT, Immanuel. *Zum ewigen Frieden* (Perpetual Peace). 1795. Available at: <<http://homepage.univie.ac.at/benjamin.opratko/ip2010/kant.pdf>>. Accessed: mar.16.2016.
- MAIA, Jayme de Mariz. *Economia internacional e comércio exterior*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- MILL, John Stuart. *The creation of the multilateral trading system* In *The history and the future of the World Trade Organization* (Org. Craig VanGrasstek). Geneva: World Trade Organization, 2013.
- MONTESQUIEU, Baron de. *De L'Esprit des Loix* (The Spirit of the Laws). 1748. Tome Premier, Quatrième Partie, Livre XX. Available at: <<http://www.efm.bris.ac.uk/het/montesquieu/mont20.htm>>. Accessed: mar.16.2016.
- PANIZZON, Marion. *Good faith in the jurisprudence of the WTO*. Portland: Hart Publishing, 2006.
- PEREIRA, Celso de Tarso; COSTA, Valéria Mendes; ARAUJO, Leandro Rocha de. *100 Casos na OMC: a experiência brasileira em solução de controvérsias* In *Revista Política Externa*. Ed. 121. Vol 20. N. 4. Mar/Abr/Maio 2012. Available at: <http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/114232/mod_resource/content/2/Artigo_Solucao_Controversias_OMC.pdf>. Accessed: mar.14.2016.
- SAMPSON, Gary. *The role of the World Trade Organization in global governance*. New York: United Nations University Press, 2001.
- SHAW, Malcolm N. *International law*. 5 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- TANUGUCHI, Yasuhei. *WTO Dispute Settlement System as seen by a proceduralist* In *Direito Processual Comparado*. 1. ed. Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Processual, 2008.
- VARELLA, Marcelo Dias. *Direito internacional público*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

WTO RULES AND AGREEMENTS

WORLD TRADE ORGANIZATION. Agreement Establishing the World Trade Organization. Available at: <https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/04-wto.pdf>. Accessed: mar.14.2016.

_____. Understanding on rules and procedures governing the settlement of disputes. Available at: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dsu_e.htm>. Accessed: mar.14.2016.

WTO REPORTS

WORLD TRADE ORGANIZATION. *Appellate Body Report, Japan — Alcoholic Beverages II*.

_____. *Panel Report, US — Section 301 Trade Act*.

MISCELLANEOUS

WORLD TRADE ORGANIZATION. *Members and Observers*. Available at: <https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm>. Accessed: mar.15.2016.

Capítulo IV

A aplicação do devido processo legal substancial nas ações cíveis sob rito sumaríssimo da lei 9.099/95

Gabrielly Tamirys Barboza de Souza

Graduanda do curso de Direito pela Faculdade Baiana de
Direito e Gestão.

A aplicação do devido processo legal substancial nas ações cíveis sob rito sumaríssimo da lei 9.099/95

Resumo: O presente trabalho se propõe a analisar a aplicação do conteúdo substancial do devido processo legal nas ações cíveis que tramitam sob rito da lei dos juizados especiais cíveis (9.099/95). Parte de uma breve análise histórica do devido processo legal, bem como do atual patamar em que se encontra o referido princípio, traçando contornos aos seus sentidos. Esta análise é conjugada à verificação da aplicação do conteúdo substancial nos tribunais brasileiros. Analisa-se, também, aspectos gerais da Lei 9.099/95, com enfoque nos seus princípios orientadores, objetivando auferir (in) compatibilidade deste rito com o conteúdo substancial do devido processo legal. Por fim, empreende reflexão acerca da possibilidade/necessidade da aplicação deste conteúdo do devido processo legal nas ações cíveis sob rito sumaríssimo da lei 9.099/95.

Palavras-chave: Princípio do devido processo legal. Sentido substancial. Juizados especiais cíveis. Critérios orientadores. Informalidade. Economia processual. Acesso à justiça.

Sumário: 1. Introdução — 2. Princípio do devido processo legal: 2.1. Origem e evolução histórica; 2.2. Conteúdo procedimental e substancial; 2.3. Devido processo legal

substancial no brasil — 3. Rito sumarís-
simo da lei 9.099/95 — 4. A aplicação do
devido processo legal substancial nas ações
cíveis sob rito sumaríssimo da lei 9.099/95.
— 5. Conclusão — 6. Referências

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre o devido proces-
so legal, princípio constitucional que se aplica aos
procedimentos implementados nas três esferas de po-
der do Estado: Legislativa, Administrativa e Judicial.
Majoritariamente, entende-se por existir dois senti-
dos do princípio constitucional em tela: substancial
e procedimental.

Por se tratar de um princípio de natureza consti-
tucional, como já explicitado, possui uma vasta apli-
cabilidade. O presente ensaio, no entanto, se atém à
investigação quanto à compatibilidade, possibilidade
e necessidade de aplicação do viés substancial deste
princípio na atividade jurisdicional. Pretende auferir a
pertinência da aplicação do devido processo legal subs-
tancial na atividade judicante, especialmente o desem-
penho desta atividade no âmbito dos juizados espe-
ciais cíveis, instituídos pela Lei Federal nº 9.099/95.

A pesquisa se encarregará de traçar contornos
quanto às noções de devido processo legal, procedi-
mental e substancial, visando atingir uma noção básica
do que representam estes dois conteúdos no nosso or-
denamento jurídico. Tal aferição se faz necessária, vez
que percebe-se na praxe judicial diversas decisões que
extinguem ou dão seguimento aos procedimentos, fun-
damentando-se no princípio do devido processo legal,
sem, no entanto, empreender satisfatórias reflexões e

elucidações acerca do mesmo, pairando dúvida quanto à pertinência da fundamentação decisória, especialmente em virtude do atual cenário jurídico brasileiro.

Buscará, para tanto, tecer breves considerações acerca do percurso histórico empreendido pelo princípio em tela, apontando na sequência as acepções doutrinárias acerca do sentido substancial do princípio, bem como evidenciará a repercussão do mesmo nos tribunais brasileiros. Por fim, explana, resumidamente, noções acerca do rito sumaríssimo previsto na Lei 9.099/95, para emitir posicionamento acerca da (in)compatibilidade e (des)necessidade deste rito com o conteúdo substancial do devido processo legal.

2. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Como assevera Nelson Nery Junior¹, o devido processo legal é um princípio constitucional fundamental que serve de base para os demais princípios e regras processuais se estruturarem, amplamente conhecido, também, pela expressão inglesa *due process of law*.

Convém mencionar que o princípio do devido processo legal se estende às esferas legislativa, administrativa e jurisdicional, logo, atos implementados nestas três searas sem a observância da garantia do devido processo legal serão ilegítimos, isto por que, segundo Paula Sarno Braga², legisladores, gestores e

1 NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2010, p.79.

2 SARNO, Paula. Aplicação do devido processo legal (formal e material) ao processo de formação dos contratos de prestação de serviços médicos — Com enfoque no consentimento informado. In DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Processo e direito material*. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 170.

juízes possuem poderes limitados pelo respeito às garantias fundamentais.

Tem aceitação pacífica dos estudiosos a ideia também defendida por Nelson Nery Junior³ de que compete a este dispositivo plasmar uma tríplice proteção aos bens jurídicos: vida, liberdade e propriedade.

Seriam desdobramentos deste princípio, no âmbito jurisdicional: a garantia do Contraditório e ampla defesa, Publicidade dos Atos, impossibilidade de julgamento com base em provas obtidas por meios ilícitos, imparcialidade do juiz, Princípio da estabilidade da demanda, e diversos outros mecanismos legais que versam sobre processo.

Paula Sarno Braga⁴ coloca o devido processo legal na condição de postulado fundamental de um Estado Democrático de Direito, que agrega diversos princípios constitucionais, consolidando limitação ao Poder Estatal e garantindo tutela aos bens maiores dos cidadãos, quais sejam, vida, liberdade e propriedade. Diz, ainda, que a concretização do devido processo legal é condição sem a qual não resta assegurado o amplo acesso a uma ordem jurídica justa. Sendo assim, resta evidente que o devido processo legal guarda forte relação com o direito fundamental de Acesso à Justiça. Ainda valendo-se das expressões de Paula Sarno Braga, o princípio do devido processo legal re-

3 SARNÓ., Paula. Aplicação do devido processo legal (formal e material) ao processo de formação dos contratos de prestação de serviços médicos — Com enfoque no consentimento informado. In DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Processo e direito material*. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 80.

4 *Ibidem*, p. 170.

presenta uma amálgama e não mera justaposição de princípios, é dizer, o referido princípio não consiste em determinadas garantias processuais fundamentais meramente posicionadas lado a lado. Ao invés disso, consiste na fusão e combinação das garantias retro mencionadas, trata-se de um princípio de extensa aplicabilidade e proporcional importância.

Calmon de Passos⁵ asseverou que, para haver concretização do devido processo legal, seria imprescindível a presença de três condições mínimas, sendo estas a garantia do Contraditório, o Acesso à Justiça e um Juiz Imparcial.

Alexandre Freitas Câmara⁶ é categórico ao afirmar que o devido processo legal seria, em verdade, a causa de todas as outras garantias fundamentais referentes a processo, assevera, ainda, que se trata do princípio processual mais importante por assegurar um processo justo, garantindo, entre outras coisas, um tratamento isonômico, contraditório equilibrado, e perseguindo, antes de qualquer outro fim, uma tutela jurisdicional efetiva.

Imperioso mencionar a previsão do art. 5º, LIV, da Constituição Federal, onde está estabelecido que ninguém suportará privação da liberdade ou de seus bens sem que haja o devido processo legal.⁷

5 PASSOS, Calmon de. *O devido processo legal e o duplo grau de jurisdição*. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 86.

6 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 21 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 35.

7 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso: 24 nov. 2015.

O dispositivo constitucional mencionado concentra previsão acerca do *due process of law* no nosso ordenamento jurídico e, nas palavras de Fredie Didier Jr.⁸, confere a todo sujeito de direito, no Brasil, o direito fundamental a um processo justo, devido e equitativo.

Há de se perceber certo grau de abstratividade na norma mencionada. Isto ocorre em razão do dispositivo constitucional supracitado consagrar a cláusula geral do devido processo legal no ordenamento pátrio, esta última, segundo ensinamentos de Fredie Didier Jr., é “uma espécie de texto normativo cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o conseqüente (efeito jurídico) é indeterminado”⁹.

Em outras palavras, a referida cláusula resulta de uma técnica legislativa onde, propositalmente, o legislador dota a norma de certa indeterminação quanto ao suporte fático e jurídico, a fim de conceder uma maior “vida útil” à norma, possibilitando que a mesma não tenha sua efetividade e aplicabilidade prejudicadas diante das alterações da realidade social.

2.1. Origem e evolução histórica

para efetiva compreensão do tema proposto, se faz mister tecer breves e modestas considerações acerca da origem, modelação ao longo do tempo, bem como do atual patamar ocupado pelo Princípio do devido processo legal. Isso se faz, tão somente, por reconhecer que qualquer fenômeno jurídico, especialmente o devido processo legal, é construto cultural, sempre

8 DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 17 ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 63.

9 *Ibidem*, p. 51.

proveniente da contribuição humana, porquanto, alterado de acordo com as variações históricas.

Oportunamente, assinala Ada Pellegrini Grinover que “justiça, irrepreensibilidade, ‘*due process of law*’ são conceitos históricos e relativos, cujo conteúdo pode variar de acordo com a evolução da consciência jurídica e política de um país”¹⁰.

Ruitemberg Nunes¹¹ menciona o Édito de Conrado II, para afirmar que no século XI, ano de 1037, já pairava uma ideia de devido processo legal, quando este Decreto Feudal Alemão registrou por escrito que todos, inclusive o Imperador, deviam observância às leis imperiais.

Percebe-se que aqui não havia, ainda, uma ideia bem sedimentada e sistematizada do que seria o devido processo legal, seria um momento embrionário deste, que haveria surgido com o intuito de impor limites à atuação do Estado, nesse momento representado pelo Imperador.

A Magna Carta é considerada o mais obsoleto certificado normativo a consagrar o princípio em questão, em que pese se valer de locução diversa da atualmente consagrada, devido processo legal, ao utilizar a expressão *law of the land*, que numa tradução livre, corresponde a “lei da terra” ou “lei do país”, no seu art. 39.

Apesar de se tratarem de expressões distintas, pontua Siqueira Castro¹², existem várias decisões da

10 GRINOVER. Ada Pellegrini. *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 34-80.

11 PEREIRA, Ruitemberg Nunes. *O Princípio do Devido Processo Legal Substantivo*. Rio de Janeiro: Renovar. 2005, p. 18-27.

12 CASTRO. Siqueira. *O Devido Processo Legal e a razoabilidade das leis na nova constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

Suprema Corte dos Estados Unidos que identificam sinonímia entre estas expressões.

Segundo Antônio Roberto Sampaio Dória, a Carta Magna “assegurava ao baronato revoltoso a inviolabilidade de seus direitos relativos à vida, liberdade e propriedade, cuja supressão só se daria através da ‘Lei da terra’ (*per legem terrae* ou *law of the land*)”¹³.

Na *sequência de acontecimentos históricos*, a expressão consagrada “devido processo legal” surgiu apenas em 1354 d. C, em termos ingleses, como *due process of law*. Com efeito, em 1354, aparece a expressão atualmente consagrada, *due process of law*, no entanto, é no início do século XVIII que essa expressão passa a ter suas dimensões expandidas e revistas.

Geisa de Assis Rodrigues e Robério Nunes¹⁴ mostram que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, adota expressamente, em seu art. 7º, a preocupação em condicionar eventuais limitações da propriedade e da vida a um processo que respeite as garantias legais.

Os mesmos autores pontuam que a Constituição dos Estados Unidos da América passou a adotar cláusula semelhante através da V Emenda, editada em 1791, e que dessa forma começou a contemplar expressamente a garantia do devido processo legal,

13 SAMPAIO DÓRIA, Antônio Roberto. *Direito constitucional tributário e 'due process of law'*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p.11.

14 RODRIGUES, Geisa de Assis; ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. Breves Anotações sobre a garantia do devido processo legal no processo administrativo. *Revista Baiana de Direito*, Direitos Fundamentais. Salvador: Juspodivm, jan./jun. 2008, p.201-227, p. 203.

muito embora neste momento o foco se ativesse ao aspecto meramente procedimental deste¹⁵.

Como será demonstrado mais à frente, atualmente, entende-se por existir dois sentidos do devido processo legal: substancial e formal. O sentido substancial, no entanto, aparece apenas um pouco mais tarde, em meados do século XIX, quando a Suprema Corte passa a indicar em diversos julgados o existir de um aspecto material da cláusula do devido processo legal.¹⁶

Carlos de Siqueira Castro ainda assevera que a partir desses julgados da Suprema Corte da América do Norte restou consubstanciada a máxima de que “uma lei não pode ser considerada uma *law of the land*, ou consentânea com o *due process of law*, quando incorrer na falta de ‘razoabilidade’ ou de ‘racionalidade’, ou seja, em suma, quando for arbitrária”.

O autor aludido expõe que, com o surgimento do conteúdo substancial do devido processo legal, os atos/decisões devem obedecer aos parâmetros da razoabilidade, sob pena de não serem consideradas como garantidoras de um devido processo legal.

No Brasil, por fim, a expressão consagrada só aparece em 1988, plasmada expressamente na Constituição Federal, conforme já mencionado, no art. 5º, inciso LIV.

Inobstante a complexidade inerente ao tema, o próximo tópico encarregar-se-á de traçar contornos às duas modalidades do *due process of law*.

15 RODRIGUES, Geisa de Assis; ANJOS FILHO. Robério Nunes dos. Breves Anotações sobre a garantia do devido processo legal no processo administrativo. *Revista Baiana de Direito, Direitos Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, jan./jun. 2008, p.201-227, p. 204.

16 *Ibidem*, p. 206.

2.2. Conteúdo procedimental e substancial do devido processo legal

Conforme já mencionado, atualmente, entende-se por existir dois sentidos do *due process of law*: substancial, também abordado como material, e formal, também conhecido como procedimental.

O conteúdo formal, ou procedimental, segundo ensinamentos da Paula Sarno Braga,¹⁷ “confina os poderes estatais no que tange à forma como produzem seus atos normativo/decisórios — exigindo-se que se siga um percurso pautado nas formalidades legais”.

É o conteúdo do devido processo legal mais maduro, e conseqüentemente, o mais aludido na prática judicial, por contemplar as formas procedimentais a serem observadas, identifica-se com a visão tradicional do devido processo legal.

Diante da necessidade de criar, *in abstracto*, mecanismos aptos a garantirem a concretização do devido processo legal, isto é, de gerar justas decisões, em conformidade com o ideal constitucional, o legislador abstratamente estabelece determinadas formas mínimas a serem observadas, visando, frise-se, tão somente, garantir os direitos fundamentais chancelados pelo texto constitucional. É dizer, as formas são meios para atingir determinado fim, qual seja, a concretização do devido processo legal, mediante limitação do Poder Estatal e proteção de direitos fundamentais.

17 SARNO, Paula. Aplicação do devido processo legal (formal e material) ao processo de formação dos contratos de prestação de serviços médicos — Com enfoque no consentimento informado. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Processo e direito material*. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 169-193.

Das noções já explanadas depreende-se que o devido processo legal formal consubstancia um entrelaçamento de garantias procedimentais (que pertinem à forma dos atos) mínimas a serem observadas na aplicação do direito.

Nota-se também que são garantias estabelecidas, *in abstracto*, voltadas ao fim de garantir a efetiva tutela jurisdicional através de procedimentos justos, que observem as garantias fundamentais do processo, como Contraditório e Ampla Defesa, Isonomia (formal e material), Acesso à justiça, Duração Razoável do Processo, Celeridade, entre outras constitucionalmente exaradas ou delas emergentes, como possibilita o art. 5º, §2º, da Constituição Federal de 1988.

Já o conteúdo substancial, ou material, tem conotação distinta do conteúdo procedimental, e, apesar de sentido distinto, tem a mesma finalidade: garantir que ninguém seja atingido por atos estatais sem a observação de mecanismos que a Constituição Federal valorou como indispensáveis.

Fredie Didier Jr. defende não atender à finalidade do *due process of law* a mera observância das formas estabelecidas para o processo, é necessário que as decisões sejam substancialmente devidas.¹⁸

Reside nisto a essência do *substance due process*: o não bastar da regularidade formal/procedimental, a necessidade de atingir substancialmente o que a Constituição Federal instituiu como fundamental em se tratando de processo.

18 DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 67.

Pois bem, a partir desta ótica refletir-se-á.

Segundo conhecida lição de Paula Sarno Braga, conteúdo substancial do devido processo legal comporta comando de observância à razoabilidade e proporcionalidade, impondo que a procedimentalidade, uma vez que criada para determinado fim, não tenha sua finalidade deturpada, isto é, as formalidades processuais devem ser conjugadas à observância dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Neste sentido, exara: “este último (o substancial) restringe o exercício de tais poderes no que se refere à substância (matéria ou conteúdo) de seus atos normativos/decisórios — reclamando resultados essencialmente corretos, justos e razoáveis”.¹⁹

Nas palavras de Carlos Roberto de Siqueira Castro²⁰, o sentido substancial do devido processo legal é um “mecanismo de controle axiológico da atuação do Estado e de seus agentes”, com isso, é possível dizer que o conteúdo do devido processo legal em comento objetiva fulminar a exigência unicamente de regularidade formal do atos, há que se falar aqui numa exigência adicional, algo que vem para complementar a observância das formas procedimentais, pretende-se atingir substancialmente o ato, isto é, garantir que aquela decisão/ato seja plenamente adequada, justa e proporcional para o caso concreto.

19 SARNO, Paula. Aplicação do devido processo legal (formal e material) ao processo de formação dos contratos de prestação de serviços médicos — Com enfoque no consentimento informado. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Processo e direito material*. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 170.

20 SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto de. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 17.

Ora, consiste numa negativa à aplicação cega e fria do formalismo processual.

De grande valia pontuar, a esta altura, que não se trata de uma negativa quanto às formalidades processuais. Estas não devem, sob consequência de sermos submetidos a uma indesejada insegurança jurídica, serem colocadas em segundo plano.

O conteúdo substancial não pretende rechaçar a procedimentalidade dos atos, e sim o contrário, visa complementá-la, a pretensão é agregar-lhe novo fôlego a fim de assegurar um efetivo e concreto acesso à justiça, contraditório, duração razoável do processo, entre outras garantias constitucionais.

Percebe-se uma espécie de função saneadora do conteúdo substancial, é um conteúdo que irá complementar o sentido procedimental/formal quando este se mostrar desarrazoado ou desproporcional na prática, principalmente no que tange ao acesso à justiça. Percebe-se que este viés do devido processo legal guarda íntima relação com os princípios da instrumentalidade das formas, duração razoável do processo e economia processual.

No mesmo viés leciona Cândido Rangel Dinamarco²¹, assinalando que o devido processo legal no seu sentido substancial configura um “vínculo auto limitativo do poder estatal como um todo, fornecendo meios de censurar a própria legislação e ditar a ilegitimidade de leis que afrontem as grandes bases do regime democrático (*substantive due process of law*)”.

21 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 245.

Cândido Dinamarco evidencia a ideia de que o conteúdo substancial permite limitação do poder estatal quanto a legitimidade de seus atos/decisões que, eventualmente, contrariem garantias intrínsecas ao Estado democrático de Direito.

Paulo Henrique dos Santos Lucon²² traz a ideia de que a cláusula geral do devido processo legal exerce proteção, tanto de direitos processuais típicos, previstos expressamente, quanto atípicos (não expressos, mas que emergem da ordem jurídica), estes últimos devem possuir bases democráticas e o objetivo de oferecer oportunidades efetivas e dotadas de equilíbrio no âmbito processual. Exara, ainda, que o princípio do devido processo legal substancial trata de uma atipicidade salutar, isto é, revigorante e benéfica, outorgada pelo art. 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988, que determina: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”²³.

Ainda quanto a esta distinção dos conteúdos, imperioso mencionar a ideia defendida por Humberto Ávila. O autor entende desnecessária dicotomia aqui defendida, ao exarar que “não é correto usar o dispositivo relativo ao “devido processo legal” como fundamento dos deveres de proporcionalidade e de razoabilidade e,

22 SANTOS LUCON. Paulo Henrique dos. Devido Processo Legal Substancial. In: DIDIER JR. Fredie (Coord.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 09-23.

23 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso: 24 nov. 2015.

portanto, do chamado “devido processo legal”²⁴, usando como fundamento a ideia de que o dever de observar a razoabilidade e proporcionalidade dos atos reside na adoção dos princípios da liberdade e igualdade, não decorrendo, desta forma, do princípio do “devido processo”, termos do autor supra mencionado.

Todavia, impera salientar que a reflexão de Humberto Ávila não tem a pretensão de negar a existência de um dever de observar os padrões da razoabilidade e proporcionalidade no que tange à formalidade dos atos, note-se que a alegação de inexistência do sentindo substancial consiste em dizer que o dever de observar a razoabilidade e proporcionalidade na aplicação do formalismo processual decorre, exclusivamente, dos princípios da liberdade e igualdade.

Sendo assim, apesar da divergência a respeito da origem do dever de observar a razoabilidade e a proporcionalidade, é incontroverso que esta observância deve existir, não prejudicando, em aspecto algum, a ideia aqui defendida de que não basta a regularidade formal dos atos/decisões, mas estes devem ser, também, substancialmente adequados e proporcionais.

Opta-se, no presente trabalho, pela bipartição do devido processo legal.

2.3. Devido processo legal substancial no Brasil

Com o fito de reafirmar a pertinência da bipartição tratada no tópico anterior, apontar-se-á algumas decisões de tribunais brasileiros, inclusive das Cortes Superiores, que aderem a divisão do devido processo

²⁴ ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal?”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2008, n. 163, p. 51-59.

legal em substancial/material e procedimental/formal. Busca-se explicar, ainda que de forma sucinta, a existência de elo entre o conteúdo substancial/material do *due process of law* com as figuras da proporcionalidade e razoabilidade, e, o reconhecimento deste elo por parte dos tribunais brasileiros.

Menciona Gilmar Mendes²⁵ que o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 855-2-PR de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence representa a demarcação do reconhecimento, na Jurisprudência brasileira, da relação entre os princípios da proporcionalidade e razoabilidade e o princípio do devido processo legal.

O Supremo Tribunal Federal, em seus julgados, não se priva de extrair da cláusula geral do devido processo legal a ideia de observância aos parâmetros da proporcionalidade e razoabilidade, a exemplo o Recurso Extraordinário n. 374.981²⁶, relatado pelo Ministro Celso de Mello, no Informativo Jurisprudencial n. 381, onde o Ministro aludido exara que é imposto ao Estado a observância da razoabilidade, ressaltando ainda que todas as normas emanadas do Poder

25 MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade. Estudos de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 1998, p. 83.

26 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 374.981. Recorrente: RIOPEL S/A. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator Min. Celso de Mello. Brasília, DJ 08 abr. 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+374981%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/amy5vt9>>. Acesso em: 30 dez. 2015.

Público devem observar a cláusula que consagra a vertente material, isto é, o “*substantive due process of law*”. Tal entendimento consubstancia tanto a ideia de que o sentido substancial do devido processo legal é aplicado no nosso ordenamento jurídico, quanto a de que as decisões judiciais também devem observar os parâmetros do devido processo legal substancial, já que estas últimas não são nada mais além do que normas aplicadas pelo Poder Público, *in concreto*.

Tais posicionamentos só levam a crer que todos os atos estatais, sejam de natureza legislativa, administrativa ou jurisdicional devem atender aos fins constitucionais e, frise-se, à necessidade social.

Ante a breve exposição, não restam dúvidas quanto à aceitabilidade, por parte dos tribunais brasileiros, da bifurcação do devido processo legal em conteúdo substancial e procedimental.

3. RITO SUMARÍSSIMO DA LEI 9.099/95

A concepção de algo sumário remete à ideia de simplicidade, algo com baixo teor de complexidade, nesta senda, a locução “sumaríssimo” refere-se a algo dotado de bastante simplicidade. Foi tomado por esse *animus* de simplificação que surgiu o rito sumaríssimo positivado pela Lei Federal nº 9.099 de 1995.

Veja-se o que prescreve o art. 98 da Constituição Federal de 1988, no seu inciso I:

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

I — juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor

complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau²⁷ (grifos nossos)

Como evidencia a própria redação legal, consiste num microssistema, de direito processual, direcionado às causas cíveis de menor complexidade e que se vale, para tanto, de um procedimento sumaríssimo. Esse microssistema teve suas bases lançadas no Brasil no começo da década de 1980, com a publicação da Lei Federal n° 7.244 de 7 de novembro de 1984.

Por esta razão, pertinente mencionar que, antes da instituição dos juizados especiais cíveis, através da Lei 9.099/95, falava-se, também, em Juizados de Pequenas Causas, tratava-se de microssistema parecido, mas distinto, instituído através Lei Federal 7.244/84, conforme acima mencionado, este microssistema segundo Cândido Rangel Dinamarco²⁸ tinha dois objetivos principais: dotar o procedimento de celeridade e agilidade, bem como fulminar os obstáculos ao Acesso à justiça.

Ocorre que, como assinala Arruda Alvim²⁹, com o vigor da Lei dos juizados especiais cíveis (Lei n° 9.099/95), houve uma unificação quanto à sistemática de processamento e julgamento das pequenas causas (anteriormente reguladas pela lei n° 7.244/84) e

27 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso: 24 nov. 2015.

28 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Manual dos Juizados Especiais Cíveis*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p.11.

29 ARRUDA, Alvim. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.1, p. 119.

das causas cabíveis aos juizados especiais cíveis, isto por que, o art. 97 da Lei Federal 9.099/95 revogou expressamente a lei que instituía os Juizados de Pequenas Causas, exarando que “ficam revogadas a Lei nº 4.611, de 2 de abril de 1965 e a Lei nº 7.244, de 7 de novembro de 1984.”³⁰

Eduardo Sodré³¹ menciona, nas notas introdutórias da sua obra, que a proposta legislativa, tanto dos Juizados de Pequenas Causas, quanto dos juizados especiais cíveis era, e é, de implementar uma espécie de procedimento simplório, dotado de agilidade de baixo/nenhum custo e desprovido de rigorosidade formal, em regra presente na justiça comum, com o objetivo de aperfeiçoar o Acesso à Justiça.

No mesmo viés leciona Ada Pellegrini Grinover³² dizendo que a instituição dos Juizados de Pequenas Causas denotava um esforço desempenhado pelo Estado no sentido de aniquilar ou amenizar os obstáculos para o alcance de um efetivo Acesso à Justiça.

Maria Auxiliadora Sobral Leite³³, por sua vez, assinala que a Lei dos juizados especiais cíveis aparece

30 BRASIL. *Lei 9.099/95, de 26 de setembro de 1995*. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>. Acesso: 24 nov. 2015

31 SODRÉ, Eduardo. *Juizados especiais cíveis. Processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

32 GRINOVER, Ada Pellegrini. Aspectos constitucionais dos juizados de pequenas causas. In: WATANABE, Kazuo (Coord.). *Juizado especial de pequenas causas; Lei 7.244 de 7 de novembro de 1984*. São Paulo: RT, 1984, p.10.

33 SOBRAL LEITE, Maria Auxiliadora. Juizados especiais cíveis: processo de conhecimento. In: CHAVES, Cristiano. DIDIER, Fredie. (Coord.) *Procedimentos especiais cíveis — Legislação Extravagante*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 461-519.

como forma de prestação de tutela jurisdicional diferenciada, contemplando um procedimento célere, informal, de cognição sumária e hodierna envergadura judicial, visando, antes de tudo, a oferta de um processo efetivo.

Ante o exposto, convém mencionar a importância dos juizados especiais cíveis num Estado Democrático de Direito, representando mecanismo que visa viabilizar um melhor Acesso à Justiça e não mero acesso ao Poder Judiciário.

Quanto a esta distinção, de grande valia ressaltar os ensinamentos do Ministro Luis Felipe Salomão³⁴, este autor assevera que não há valor algum no estabelecimento apenas formal de direitos e garantias constitucionais, até mesmo por que as formas têm o objetivo, tão somente, de materializar as garantias nelas consubstanciadas. A distinção entre efetivo acesso à justiça e acesso ao poder judiciário, no entendimento do autor, consistiria no seguinte: aquele viabiliza acesso a um ato decisório justo, sem entraves e delongas desnecessários, enquanto este se limitaria à obtenção de um ato decisório formalmente regular, mas substancialmente despido de garantias processuais mínimas, trata-se de um atendimento à formalidade, sem atentar para a substância do ato e sua adequação à necessidade social.

Há ainda que se falar na contribuição de Alcides Leopoldo e Silva Junior³⁵, que elenca algumas caracte-

34 SALOMÃO, Luis Felipe. *Roteiro dos juizados especiais cíveis*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009, p.3.

35 SILVA E JUNIOR, Alcides Leopoldo. In: TOSTA, Jorge. (Coord.) *Juizados Especiais Cíveis*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 23.

terísticas peculiares do rito sumaríssimo dos juizados especiais cíveis, quais sejam: a gratuidade no primeiro grau de jurisdição, a “desformalização”, a facultatividade de advogados nas causas de valor até 20 salários mínimos e a possibilidade do magistrado proferir a decisão que entender mais justa e adequada para o caso concreto.

No que tange aos juizados especiais cíveis, compete, ainda, mencionar a previsão do art 2^a, da Lei 9.099/95, que estabelece que “o processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação”³⁶.

O referido dispositivo legal prevê os critérios orientadores dos processos que tramitam sob rito sumaríssimo dos juizados especiais cíveis, sendo eles: oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade.

Maria Auxiliadora Sobral Leite³⁷ pontua que o microssistema dos Juizados Especiais é regido por seus princípios/critérios orientadores, sem, no entanto, olvidar-se dos princípios do Direito Processual Civil, propondo, a referida autora, uma conjugação no momento de aplicação destes dois feixes de Princípios.

36 BRASIL. *Lei 9.099/95, de 26 de setembro de 1995*. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>. Acesso: 24 nov. 2015.

37 SOBRAL LEITE, Maria Auxiliadora. Juizados especiais cíveis: processo de conhecimento. In: CHAVES, Cristiano. DIDIER, Fredie. (Coord.) *Procedimentos especiais cíveis — Legislação Extravagante*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 465.

No mesmo sentido, contribui Maria do Carmo Honório³⁸ assinalando que os critérios exarados no art 2º, da Lei nº 9.099/95 decorrem diretamente dos princípios tradicionais do Direito Processual Civil, lhes devendo subordinação, implicando, desta forma, numa aplicação mútua dos Princípios do Direito Processual Civil, inclusive o do devido processo legal, e os critérios orientadores.

O critério da oralidade, segundo Eduardo Sodré,³⁹ denota uma atenuação quanto à forma escrita, e decorre de uma tendência expansiva do direito processual hodierno. A exemplo deste critério, nota-se o art. 14, § 3º, da Lei 9.099/95, que possibilita a existência de petição inicial interposta oralmente.

Os critérios da simplicidade e informalidade, ainda sob doutrina do referido autor, contempla a ideia do Instrumentalismo das formas, existindo entre ambos uma relação de simbiose e retroalimentação. Em suma, a soma destes dois critérios objetiva alcançar a efetividade dos atos processuais.

Seria uma medida para “descomplicar” o procedimento, termos usados pelo Ministro Luis Felipe Salomão⁴⁰.

A economia processual e celeridade, também critérios orientadores do rito sumaríssimo dos juizados

38 HONÓRIO, Maria do Carmo. *Os critérios do processo no juizado especial cível: teoria e prática*. São Paulo: Fiuza, 2007, p. 9.

39 SODRÉ, Eduardo. *Juizados especiais cíveis. Processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 5.

40 SALOMÃO. Luis Felipe. *Roteiro dos juizados especiais cíveis*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 4.

especiais cíveis, também se complementam, e nas palavras de Eduardo Sodré⁴¹ consistem numa imposição em face do operador do direito para que este alcance o melhor, e máximo, resultado processual, com o mínimo dispêndio de esforço, custos e tempo.

Neste ponto cabe ainda mencionar a nítida relação existente entre esses dois critérios e o princípio do direito processual civil da duração razoável do processo, todos abarcam a equação agilidade-qualidade no que tange aos atos processuais e corroboram o intento de alcançar o ideal já apontado por Ruy Barbosa⁴² de uma Justiça ágil e eficaz, ao dizer que “a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no seu patrimônio, honra e liberdade”.

Ante o exposto, imperioso reconhecer a importância que possuíram os Juizados de Pequenas Causas e possuem juizados especiais cíveis, enquanto instrumentos legais de promoção da garantia do efetivo acesso à justiça. Nas palavras da Ministra Nancy Andrighi,⁴³ o efeito dos Juizados de Pequenas Causas e juizados especiais cíveis consiste no fato de que “com tal denominação o cidadão foi estimulado a exercer cidadania, no sentido de buscar a justiça para resolver seus conflitos”.

É dizer, por força dos juizados especiais cíveis, houve uma espécie de desmistificação do Acesso à

41 SODRÉ, Eduardo. *Juizados especiais cíveis. Processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 5.

42 BARBOZA, Ruy. *Oração aos moços*. São Paulo: Papagaio, 2003, p.43.

43 ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Juizados especiais cíveis e criminais*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 11.

justiça, fazendo com que, até mesmo a população menos instruída, ficasse motivada para reivindicar seus direitos e crente numa tutela efetiva destes. Trata-se de uma verdadeira faceta da democratização da Justiça.

4. A APLICAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANCIAL NAS AÇÕES CÍVEIS SOB RITO SUMARÍSSIMO DA LEI 9.099/95

Diante do que foi explicitado, passa-se, a partir de agora, a analisar a pertinência e compatibilidade da aplicação do conteúdo substancial do devido processo legal nas ações cíveis que tramitam sob rito sumaríssimo da lei 9.099/95.

Conforme abordado anteriormente, o princípio do devido processo legal substancial viabiliza, entre outras coisas, a garantia de um efetivo acesso à justiça, atendendo aos direitos e garantias constitucionais mediante observância dos parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade, possibilitando, inclusive, a não observância das formas procedimentais, quando estas macularem a finalidade principal do devido processo legal.

Na mesma senda, assinala Cândido Rangel Dinamarco⁴⁴ que o devido processo legal substancial tem a finalidade precípua de tutelar garantias intrínsecas ao Estado democrático de Direito.

44 DINAMARCO, Cândido Rangel. Manual dos Juizados Especiais Cíveis. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p.11.

Ada Pellegrini Grinover⁴⁵ ressalta que a ideia de Acesso à justiça, além de ser compatível com o princípio supramencionado, não deve em momento algum desvincular-se deste.

Também restou evidenciado, mediante exposição da opinião dos mais variados autores, que os juizados especiais cíveis têm como fito específico dinamizar o processo, facilitando cada vez mais o acesso à justiça.

Resta evidente que a primazia pelo efetivo acesso à justiça é um ponto em comum entre o devido processo legal substancial e o rito sumaríssimo aludido.

Valendo-se também dos ensinamentos de Maria do Carmo Honório⁴⁶, o devido processo legal, enquanto princípio processual, deve ser observado nos juizados especiais cíveis, apesar da existência de critérios orientadores específicos neste ramo. Tal entendimento sedimenta a ideia de compatibilidade e aplicabilidade do conteúdo substancial do referido princípio no âmbito dos juizados especiais cíveis, sobretudo, pela forte congruência existente entre os critérios orientadores dos juizados e a ideia contemplada pelo conteúdo substancial do princípio do devido processo legal.

Logo, é correto afirmar que a aplicação do devido processo legal substancial, que prima pela essência/substância do ato, se faz compatível com rito sumaríssimo da lei 9.099/95, que tem como uma de suas

45 GRINOVER, Ada Pellegrini. Aspectos constitucionais dos juizados de pequenas causas. In: WATANABE, Kazuo (Coord.). *Juizado especial de pequenas causas; Lei 7.244 de 7 de novembro de 1984*. São Paulo: RT, 1984, p. 9.

46 HONÓRIO, Maria do Carmo. *Os critérios do processo no juizado especial cível: teoria e prática*. São Paulo: Fiuza, 2007, p. 10.

principais características a “desformalização” dos atos. Ambos pretendem dinamizar e descomplicar os procedimentos, e, se identificam pois convergem no intuito de garantir um efetivo acesso à justiça, olvidando às exigências formais que se mostrem empecilhos injustos ao reconhecimento de um direito.

O que mais seria isso, senão, um forte indício de compatibilidade entre o conteúdo substancial do devido processo legal e o regimento das ações cíveis que tramitam nos Juizados Especiais? Com efeito, note-se que ambos (devido processo legal substancial e rito sumaríssimo dos juizados especiais) objetivam dinamizar as demandas, promovendo composições ágeis e de qualidade, garantindo um efetivo acesso à justiça, fulminando, desta maneira, a demora injusta de uma prestação jurisdicional que, enquanto eivada pelo formalismo exacerbado será inefetiva e, conseqüentemente, maculada pela injustiça *in concreto*.

5. CONCLUSÃO

A partir das considerações expostas, que militam no sentido de defender a compatibilidade do devido processo legal substancial com o rito sumaríssimo da lei 9.099 /95, conclui-se que, além da existência de compatibilidade entre estes últimos, há que se falar, também, numa necessidade de aplicação deste conteúdo substancial na atividade judicante no âmbito dos juizados especiais cíveis.

Ora, como é cediço, os juizados especiais cíveis representam um dos órgãos mais democráticos do poder judiciário, que prezam, tanto quanto o conteúdo subs-

tancial do devido processo legal, pelo efetivo acesso à justiça.

Releva lembrar que os juizados especiais cíveis foram instituídos com o intento de promover uma justiça célere e efetiva, mitigando, na medida do possível, o formalismo processual.

Afirma-se que o conteúdo substancial do devido processo legal assume singular importância na atividade judicante no âmbito dos juizados especiais, principalmente por que serve como um dos instrumentos aptos a concretizar a ideia que serviu de eixo estruturante para a Lei Federal 9.099/95, qual seja, o fornecimento de um procedimento judicial ágil, justo e efetivo.

É atentando para este conteúdo substancial que o magistrado avaliará a razoabilidade e proporcionalidade da extinção de um feito, por mero vício sanável de representação, ou, por juntada tardia de um documento, por exemplo, evitando uma extinção processual nos casos em que esta representa brutal agressão aos critérios norteadores dos juizados especiais cíveis e até mesmo a direitos constitucionalmente consagrados.

Evitará, outrossim, a extinção de processos que certamente seriam ajuizados novamente, gerando mais gastos, tanto para o erário, quanto para as partes, fulminando a criação de obstáculos injustos à análise do mérito de processos, criação esta que acaba por contrariar o direito fundamental de acesso à justiça.

Ante o exposto, destaca-se ainda que o não bastar da regularidade formal/procedimental, essência do devido processo legal substancial, tem nítida com-

patibilidade com o intento precípua do rito sumaríssimo da Lei Federal 9.099/95.

Por fim, repisa-se, não apenas há compatibilidade do devido processo legal substancial com o rito sumaríssimo citado, como também entende-se por existir uma verdadeira necessidade de aplicação deste conteúdo substancial nas ações cíveis que tramitam perante os juizados especiais cíveis.

6. REFERÊNCIAS

- ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Juizados especiais cíveis e criminais*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- ARRUDA, Alvim. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.1
- ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal?”. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2008, n. 163, p. 51-59.
- BARBOZA, Ruy. *Oração aos moços*. São Paulo: Papagaio, 2003.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 374.981*. Recorrente: RIOPEL S/A. Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator Min. Celso de Mello. Brasília, DJ 08 abr. 2005.
- DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Garantias Constitucionais do Direito de Ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Aspectos constitucionais dos juizados de pequenas causas. In: WATANABE, Kazuo

- (Coord.). *Juizado especial de pequenas causas; Lei 7.244 de 7 de novembro de 1984*. São Paulo: RT, 1984.
- HONÓRIO, Maria do Carmo. *Os critérios do processo no juizado especial cível: teoria e prática*. São Paulo: Fiuza, 2007.
- MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade. Estudos de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 1998.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 10.ed. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2010.
- PASSOS, Calmon de. *O devido processo legal e o duplo grau de jurisdição*. São Paulo: Saraiva, 1981.
- PEREIRA, Ruitemberg Nunes. *O Princípio do Devido Processo Legal Substantivo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- RODRIGUES, Geisa de Assis; ANJOS FILHO. Robério Nunes dos. Breves Anotações sobre a garantia do devido processo legal no processo administrativo. *Revista Baiana de Direito, Direitos Fundamentais*. Salvador: Juspodivm, jan./jun. 2008.
- SALOMÃO. Luis Felipe. *Roteiro dos juizados especiais cíveis*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- SANTOS LUCON. Paulo Henrique dos. Devido Processo Legal Substantivo. In: DIDIER JR. Fredie (Coord.). *Leituras Complementares de Processo Civil*. Salvador: Juspodivm, 2006, p. 09-23.
- SAMPAIO DÓRIA. Antônio Roberto. *Direito constitucional tributário e 'due process of law'*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- SARNO, Paula. Aplicação do devido processo legal (formal e material) ao processo de formação dos contratos de prestação de serviços médicos — Com enfoque no consentimento informado. In DIDIER JR., Fredie (Coord.). *Processo e direito material*. Salvador: Juspodivm, 2009.

- SILVA E JUNIOR, Alcides Leopoldo. In: TOSTA, Jorge. (Coord.) *Juizados Especiais Cíveis*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto de. *O Devido Processo Legal e a razoabilidade das leis na nova constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- SOBRAL LEITE, Maria Auxiliadora. Juizados especiais cíveis: processo de conhecimento. In: CHAVES, Cristiano. DIDIER, Fredie. (Coord.) *Procedimentos especiais cíveis — Legislação Extravagante*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SODRÉ, Eduardo. *Juizados especiais cíveis. Processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

Capítulo V

Os mecanismos de efetivação do
cumprimento da vontade do doador
de órgãos e tecidos *post mortem*

Guilherme Cardoso de Matos

Graduando em Direito pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão.

Os mecanismos de efetivação do cumprimento da vontade do doador de órgãos e tecidos *post mortem*

Resumo: Artigo destinado à análise da eficácia da vontade do doador no caso da doação dos órgãos e tecidos *post mortem*. O transplante de órgãos e tecidos é uma prática que vem ganhando força por causa dos avanços tecnológicos, porém, assuntos, sobretudo jurídicos, inerentes a ele ainda carecem de maior pesquisa e respostas. Diante disso surge a necessidade tentar esmiuçar, com base no ordenamento jurídico e na doutrina, como essa manifestação de vontade deve ser feita para que seja efetiva e, conseqüentemente, respeite a escolha do indivíduo. Assim, o cumprimento do desejo do doador não pode carecer de mecanismos concretos para ser efetivado, a exemplo de se manter a decisão sobre isso na competência dos familiares.

Palavras-chave: Remoção de órgãos e tecidos. Autonomia privada. Direito ao próprio corpo. Manifestação de vontade do doador.

Sumário: 1. Introdução — 2. A disposição de órgãos e tecidos *post mortem*: 2.1. Da autorização para a doação *post mortem* — 3. Autonomia e manifestação da vontade: 3.1. O direito ao próprio corpo e a eficácia da vontade do doador — 4. Os mecanismos para a efetivação: 4.1. As diretivas antecipativas

de vontade; 4.1.1. O mandato duradouro e o testamento vital; 4.2 Banco de registro de doadores — 5. Conclusão — 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Dispor de órgãos e tecidos é uma prática cada vez mais recorrente na atualidade. Para que isso se dê da melhor maneira, é importante que a vontade do pretenso doador seja respeitada em sua totalidade, pois é totalmente contra o direito que algo tão peculiar e inerente à pessoa seja desrespeitado. Assim, dada a importância do tema para a sociedade como um todo, a exploração de maneiras para acabar com este problema é de suma importância para que a segurança jurídica, ao passo que poderá guiar os passos a serem dados nas antinomias existentes.

Primeiramente são feitas considerações sobre a disposição de órgãos e tecidos *post mortem*, a qual está fundada, basicamente, na possibilidade de um indivíduo dispor de partes do seu corpo em atenção a outro, deixando que o fim deve ser altruístico e a vontade do doador deve ser obedecida.

Após, são feitas considerações sobre o tema no ordenamento jurídico brasileiro. A importância da doação de órgãos é percebida quando se vê que ela está inserida no bojo do direito que a Carta Magna garante à saúde, que é transindividual, ou seja, pertence a pessoas indeterminadas que possuem determinada ligação. Para regular a norma trazida na Constituição, que é de eficácia limitada, foi criada uma lei que trouxe em seu bojo, no que tange à doação *post mortem*, a figura do doador presumido. Após reformas, isto não existe mais, porém, o problema referente à efetivação

da manifestação de vontade do doador ainda existe, porque: a) ele já está morto e b) a lei dá à família a legitimidade para escolher se doará os órgãos ou não.

Assim se percebe que um dos princípios basilares do Direito, que é a autonomia privada, é, de forma clara, desrespeitado por esse dispositivo. O direito à pessoa escolher seu destino está fundamentado também na Constituição Federal por meio princípio da dignidade da pessoa humana, o qual serve como base para diversos outros, e não deve ser ferido de tal maneira, justificado tanto na sua base constitucional quanto nas páginas do livro de História, que mostram como se deu a obtenção de tais direitos. Cumpre dizer que a autonomia da vontade não é absoluta, porém uma intervenção injustificada na vida privada do indivíduo atenta, inclusive, contra os direitos da personalidade, que consistem em figuras importantíssimas trazidas pelo atual Código Civil.

As soluções podem ser trazidas pelas diretivas antecipadas de vontade e pela criação de um sistema nacional de doadores. Aquelas dizem respeito a possibilidades de a pessoa manifestar sua vontade quanto a tratamentos futuros quando esta não puder ser expressa e poderiam se aplicar, de maneira analógica, aos casos de manifestação da vontade quanto à doação de órgãos *post mortem*. Já a criação de um sistema nacional de doadores permitiria que a informação sobre a vontade daquela pessoa no que diz respeito a doar seus órgãos ficasse desde sempre registrada, o que causaria uma maior segurança, tanto jurídica quanto médica.

A dificuldade para chegar a tais soluções, todavia, está na própria dificuldade de percepção, sobretudo do Poder Legislativo, das situações do mundo real.

2. A DISPOSIÇÃO DE ÓRGÃOS E TECIDOS *POST MORTEM*

A disposição de órgãos e tecidos é realizada, principalmente, por uma técnica da Medicina chamada transplante de órgãos e tecidos humanos, a qual é definida por Daisy Gogliano¹ como “o ato ou o efeito de transplantar, ou seja, mudar de um lugar para o outro, uma porção de tecido corporal ou órgão, para enxertar em outra parte do mesmo indivíduo ou em outrem”.

Tais práticas, segundo Ana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf², tornaram-se mais seguras e eficazes graças aos progressos científicos, de maneira geral, e na área médica, de maneira específica, vivenciados durante o século XX, o que trouxe diversos proventos para grande parte, senão todas, das especialidades médicas, inclusive a mais novas, a exemplo das que se dedicam às pesquisas com células-tronco.

O transplante de órgãos e tecidos pode ser *inter vivos* (entre pessoas vivas) ou *post mortem* (quando o doador já é falecido), existindo, no ordenamento jurídico brasileiro, permissão para ambas e especificações no que tange aos requisitos para o cabimento delas.

De acordo com Washington de Barros Monteiro e Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto³, a Lei traz alguns requisitos para que a doação de órgãos e

- 1 GOGLIANO, Daisy *apud* MALUF, Ana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de Bioética e Biodireito*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.338.
- 2 MALUF, Ana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de Bioética e Biodireito*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.332.
- 3 MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. *Curso de Direito Civil*. 42.ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v.1, p.64.

tecidos depois da morte seja válida, os quais são: a) a remoção do órgão ou tecido só deve ser realizada após a morte do doador, ou seja, quando estiver cessada a atividade cerebral; b) o motivo gerador da doação não deve envolver lucro, de modo que o fim deve ser científico ou altruístico; c) a doação deve ser previamente autorizada pelo doador ou pela sua família. Tais requisitos possuem diversos objetivos, sendo exemplo a possibilidade de evitar que se crie um “mercado de órgãos” e tornar algo que deveria ser nobre, por dar às pessoas mais possibilidade de permanecerem vivas, em algo que é totalmente desconexo aos bons costumes.

Dessa forma, fica claro que a remoção da(s) parte(s) do corpo para a realização do(s) transplante(s) só deve acontecer a partir da constatação da morte encefálica do indivíduo, evitando-se, assim, a mistanásia (morte fora do momento certo) e a grande reprovabilidade que tal conduta geraria, aponta Ana Caldas do Rego Freitas Maluf⁴.

Dispõe o § 4º do artigo 199 da Constituição Federal da República Federativa do Brasil⁵:

Art. 199. A assistência à saúde é à iniciativa privada.
[...]

§ 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

4 MALUF, Ana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de Bioética e Biodireito*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.354.

5 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

O constituinte originário trouxe, ao tratar sobre a Saúde, a atenção para o transplante de órgãos e tecidos humanos, tornando-a direito de todos e dever do Estado, além de fazer com que o resguardo do direito fundamental à vida, que está presente no *caput* do artigo 5º, seja mais eficiente com a disposição constitucional da possibilidade da doação trazida pelo parágrafo citado anteriormente, observa Giovanni Ettore Nanni⁶.

Para regulamentar o § 4º do artigo 199 da Constituição Federal foi promulgada a Lei nº 9.434/1997, a qual traz diretrizes para doação de órgãos e tecidos destinados a transplantes. A doação *post mortem* é especificamente regulada pelos artigos 3º a 8º da referida lei.

2.1. Da autorização para a doação *post mortem*

A redação original da Lei nº 9.434/1997⁷ trazia que a pessoa, após sua morte, era considerada um doador presumido. De acordo com o seu artigo 4º, a presunção só não aconteceria se houvesse alguma manifestação em contrário do *de cuius* em vida, não importando nem o consentimento ou não dos familiares. A forma de expressar esse não-consentimento era trazida pelos parágrafos do referido artigo, a qual, basicamente, consistia na gravação da expressão “não

6 NANNI, Giovanni Ettore. A autonomia privada sobre o próprio corpo, o cadáver, os órgão e tecidos diante da Lei Federal n. 9.434/97 e da Constituição Federal. In: LOTUFO, Renan (Coord.). *Direito Civil Constitucional (Cadernos 1)*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 268.

7 BRASIL. Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm>. Brasília, DF. Acesso em: 18 nov. 2015.

doador” na Carteira de Identidade Civil e na Carteira Nacional de Habilitação.

Igual previsão faz o artigo 14 do Decreto n° 2.268/1997⁸, o qual regulamenta a referida Lei e institui o Sistema Nacional de Transplantes. Ao ler o artigo se vê que o consentimento da doação de órgãos para depois da morte é presumido, devendo o futuro não-doador deixar expresso que não deseja isto. Ainda de acordo com o Decreto, o consentimento da família não tem nenhuma importância para tal decisão.

De acordo com Sergio Nogueira Reis e Monica Aguiar⁹, a presunção de que todas as pessoas são doadoras foi desastrosa, de modo que causou uma redução nos transplantes feitos no país. Além disso, houve um temor de que a morte poderia ser apressada, ou seja, haveria a distanásia para que se aumentasse a oferta de órgãos a serem transplantados.

Devido a tal problema se fez necessária uma reforma na lei de órgãos e tecidos brasileira.

A primeira tentativa se deu com a Medida Provisória n° 1.718 de 1998¹⁰, que trouxe a possibilidade

8 BRASIL. *Decreto n° 2.268*, de 30 de junho de 1997. Regulamenta a Lei n° 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fim de transplante e tratamento, e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1997/d2268.htm>. Acesso em: 18 nov. 2015.

9 REIS, Sérgio Nogueira; AGUIAR, Monica. *Bioética no Cinema*. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 2009, p. 96.

10 BRASIL. *Medida Provisória n° 1.718-3*, de 30 de dezembro de 1998. Acresce parágrafo ao art. 4o da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. Brasília, DF. Dispo-

de, diante da ausência de manifestação de vontade do falecido em relação à doação de seus órgãos e tecidos, o filho, o pai, a mãe ou o cônjuge poderia manifestar-se contrariamente, o que deveria ser acatado pela equipe de transplante e de remoção. Enxerga-se a boa vontade em mudar a situação, todavia não foi efetiva, isto porque surgiram outros questionamentos, como a necessidade da homogeneidade da manifestação de vontade do legitimado ou se haveria a prevalência da vontade de um sobre a do outro, como bem trazem Maria de Fátima de Sá e Bruno Torquato Naves¹¹.

A elucidação do problema aconteceu, de certa forma, com a nova e atual redação do artigo 4º da Lei Nº 9.434/97 instituído pela Lei Nº 10.211/2001¹². A redação do artigo ficou a seguinte:

Art. 4º A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte.

Esse novo dispositivo tornou ilegal a presunção da vontade em doar os órgãos e tecidos em caso de

nível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas/1718-3.htm>. Acesso em: 18 nov. 2015.

11 SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual do Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 288.

12 BRASIL. *Lei nº 10.211*, de 23 de março de 2001. Altera dispositivos da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que "dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento". Brasília, DF. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10211.htm#art1>. Acesso em: 18 nov. 15.

ausência da manifestação expressa da vontade do *de cuius*. Dessa forma, a autorização para a retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo do doador falecido deve se dar de maneira expressa dele ou de sua família, observada a ordem do regramento sucessório trazido, na qual a autorização do parente mais próximo se sobrepõe a do mais remoto.

Em resumo, segundo Ana Bandeira¹³, o óbito é comunicado aos familiares que, a partir desse momento, podem consentir ou recusar que os órgãos sejam doados. Com esse consentimento a extração de órgãos dos órgãos estará autorizada e o transplante estará prestes a ser feito.

Diante disso é perceptível que a última palavra será dos familiares trazidos no bojo da legislação, o que torna necessário que os indivíduos deixem claro se desejam ou não ser doadores de órgãos. O que fica claro é que a vontade do propenso doador não será atendida, pois não se sabe se, por questões culturais, religiosas etc. a vontade dele será respeitada por quem deve decidir isto de fato.

3. AUTONOMIA E MANIFESTAÇÃO DA VONTADE

Ressurgida no século XVIII, a autonomia da vontade tem como objetivo desvincular as relações de cunho do Estado e fazer da manifestação da vontade dos cidadãos o principal aspecto do Direito. Com isso havia bastante liberdade para se contratar o que quisesse, com quem quisesse e da forma que quisesse, apenas sendo necessário atentar-se à ordem pública e aos bons costumes.

¹³ BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá. *Consentimento no Transplantes de Órgãos*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 140.

Segundo Pietro Perlingieri¹⁴, autonomia privada dos indivíduos consiste no poder reconhecido ou dado, pelo ordenamento estatal, aos indivíduos para que os seus comportamentos sejam determinantes de mudanças jurídicas, sendo atualmente um direito fundamental baseado no princípio da dignidade da pessoa humana. Com isso a autonomia privada é algo que deve ser respeitado pelos outros e pelo ordenamento como um todo, além de lhe serem impostos limites para que, ao se objetivar o respeito excessivo à vontade de alguém se despreste o direito de outrem, evitando, assim, coisas como o abuso de direito.

Tecidas essas considerações, mostra-se salutar perceber que o regramento trazido pela lei de transplantes de órgãos e tecidos brasileira fere a autonomia da vontade, pois, não confere a devida segurança de que a manifestação da vontade do morto será ou não obedecida.

A autonomia privada, como já dito, é algo inerente ao direito privado. O direito privado, por sua vez, tem, basicamente, todo o seu regramento trazido pelo Código Civil. O atual, que foi inspirado pela Constituição Cidadã de 1988, traz em seu bojo os chamados “direitos da personalidade”. Tais direitos, segundo Roxana Borges¹⁵, “visam garantir as razões fundamentais da vida da pessoa e o desenvolvimento físico e moral

14 PERLINGIERI, Pietro *apud* NANNI, Giovanni Ettore. A autonomia privada sobre o próprio corpo, o cadáver, os órgãos e tecidos diante da Lei Federal n. 9.434/97 e da Constituição Federal. In: LOTUFO, Renan (Coord.). *Direito Civil Constitucional* (Cadernos 1). São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 268.

15 BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.22.

de sua existência, tendo por objeto modos de ser da mesma pessoa”, ou seja, são meios de fazer com que os indivíduos possam desfrutar dos mais diversos sentidos da dignidade da pessoa humana, os quais envolvem aspectos patrimoniais, familiares, de personalidade jurídica e da própria autonomia da vontade.

Para Orlando Gomes¹⁶, os direitos da personalidade são, de maneira geral, absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários, opõem-se *erga omnes e inalienáveis*.

Em que pese a interpretação do Código denotar tais características, deve-se entender que em certas situações se faz por demais necessário admitir sua disponibilidade dentro certos limites. Isso deve se dar apenas em algumas situações e não pode ofender a dignidade do indivíduo, apontam Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald¹⁷.

3.1. O direito ao próprio corpo e a eficácia da vontade do doador

O direito ao próprio corpo, que é um direito da personalidade, é tratado da seguinte forma pelo Código Civil¹⁸:

16 GOMES, Orlando. *Introdução do Direito Civil*. 19.ed. rev. atual. e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2001, por Evaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 137.

17 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB*. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015, p.181.

18 BRASIL. *Lei nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 18 nov. 2015.

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

O que se vê é a proteção dada ao corpo humano tanto durante vida quanto durante a morte, ou seja, o direito à integridade física, que, segundo Roxana Borges¹⁹, deve ser tratado, no viés do direito da personalidade ao próprio corpo, juntamente com: direito à doação de órgãos, direito ao embelezamento, direito à mudança de sexo, direito à autolesão e direito à reprodução humana.

Tal proteção se consubstancia à proteção dada à autonomia da vontade pelo artigo 14, de modo que torna válida a disposição do próprio corpo e não a submetem à opinião de terceiros.

Tais considerações trazem a afronta ocorrida entre o artigo 4º da Lei 9.434/97 em relação à autonomia da vontade quando não traz mecanismos eficazes para a efetivação da vontade do doador, pois, como já foi dito, dependerá da autorização ou não de família-

19 BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.168.

res que poderão ou não obedecer a vontade do pretenso doador. E isto é muito grave, porque ao afrontar a autonomia privada está a se afrontar, como consequência, a dignidade da pessoa humana.

O conflito que existe entre o artigo 4º da Lei Nacional de Transplante de Órgãos e o artigo 14 do Código Civil é resolvido, para Cristiano Chaves e Nelson Rosenthal²⁰, entendendo-se que em existindo a manifestação clara e válida do titular, ainda vivo, de ser ou não doador de órgãos esta deve ser respeitada. Os familiares do *de cujus* só poderiam decidir isto se em momento algum o indivíduo expôs sua vontade.

Tal entendimento é trazido pelo Enunciado 227 da Jornada de Direito Civil²¹, que diz que o art. 14 do Código Civil, “ao afirmar a validade da disposição gratuita do próprio corpo, com objetivo científico ou altruístico, para depois da morte, determinou que a manifestação expressa do doador de órgãos em vida prevalece sobre a vontade dos familiares”, fazendo com que “a aplicação do art. 4º da Lei n. 9.434/97 ficou restrita à hipótese de silêncio do potencial doador”.

4. OS MECANISMOS PARA A EFETIVAÇÃO

Diante de tudo que foi exposto, percebe-se que o ordenamento jurídico brasileiro não traz, em seu sis-

20 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB*. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015, p. 182.

21 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (organizador). *Jornadas de Direito Civil I, III e IV — Enunciados Aprovados*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados>>. Acesso em: 04 dez. 2015.

tema de leis positivadas, soluções que salvaguardem, com a segurança desejada, a vontade do indivíduo quanto à disposição de seus órgãos e tecidos após a sua morte. Diante disso, as soluções para tal problema são apresentadas pelos instrumentos de integração do Direito, os quais servem para preencher as lacunas que o sistema jurídico pátrio possui.

Os mecanismos efetivadores propostos neste trabalho estão assentados no instrumento de integração da analogia, que é definida, por Ricardo Maurício Freire Soares²², como o emprego de uma norma jurídica que trata de determinada situação fática concreta a outra semelhante. Ainda de acordo com o jurista, deve-se constatar empiricamente que há uma semelhança entre os fatos e um juízo de valor que legitime a relevância das semelhanças.

4.1. As diretivas antecipativas de vontade

trazida para o ordenamento jurídico pátrio pela Resolução 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina (CFM), o instituto das diretivas antecipadas de vontade, pode se constituir um instrumento salutar na resolução deste problema.

Ele consiste, aponta David Lingerfelt²³, basicamente, na declaração prévia realizada pelo paciente no que tange aos tratamentos que poderão ser reali-

22 SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Elementos de Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 118.

23 LINGERFELT, David; *et al.* Terminalidade da vida e diretiva antecipadas de vontade do paciente. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UNIFACS*, fev. 2013, n. 152. Disponível em: <www.revistas.unifacs.br >. Acesso em: 20 nov. 2015.

zados nele ou não em caso de que se torne impossível a manifestação de sua vontade. Dessa forma percebe-se que tal instituto permite uma eficácia da autonomia privada do doador o que, ao mesmo tempo, protege a dignidade da pessoa humana inerente a ele.

Segundo Luciana Dadalto²⁴, as diretivas antecipadas de vontade tiveram o surgimento nos Estados Unidos e foram legalizadas em 1991, por meio da PSDA — *Patient Self-Determination Act*. Em tradução livre, o nome dessa lei é “Lei de Auto-Determinação do Paciente”.

O instituto começou a ser adotado em outros países do mundo, pois denotava o avanço que o Direito privado causava ao permitir às pessoas decidirem como gostariam de ser tratadas em caso de não ser possível, no momento do tratamento, saber o que gostaria que fosse feito. Com isso se vê que a autonomia da vontade é a mesma, o que muda é apenas o momento e a forma que ela é manifestada. No Brasil, entretanto, como dito acima, só foi regulamentado há três anos e por um ato administrativo.

Salienta-se que a aplicação desse instituto não é tão simples como se pensa. Devem ser levados em conta diversos aspectos técnicos da Medicina, para que se evite, principalmente, o risco ao paciente e a consequente responsabilização do médico.

O que se pode vislumbrar é a possibilidade da utilização das diretivas antecipadas de vontade como meio para a efetivação da escolha do doador de órgãos

24 DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 64.

independente da vontade de seus familiares trazidos pela lei nacional de transplantes de órgãos. É um árduo caminho, pois enquanto a Lei diz que quem deve decidir, na prática, são os parentes, como uma Portaria poderia contrariar isto?

A Resolução nº 1.995/2012 do CFM²⁵ possui a seguinte redação:

RESOLUÇÃO CFM nº 1.995/2012

Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes

Art. 1º Definir diretivas antecipadas de vontade como o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade.

Art. 2º Nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade.

§ 1º Caso o paciente tenha designado um representante para tal fim, suas informações serão levadas em consideração pelo médico.

§ 2º O médico deixará de levar em consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente ou representante que, em sua análise, estiverem em de-

25 BRASIL. *Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 1.995*, de 9 de agosto de 2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Brasília, DF. Disponível em: <www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2015.

sacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica.

§ 3º As diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares.

§ 4º O médico registrará, no prontuário, as diretivas antecipadas de vontade que lhes foram diretamente comunicadas pelo paciente.

§ 5º Não sendo conhecidas as diretivas antecipadas de vontade do paciente, nem havendo representante designado, familiares disponíveis ou falta de consenso entre estes, o médico recorrerá ao Comitê de Bioética da instituição, caso exista, ou, na falta deste, à Comissão de Ética Médica do hospital ou ao Conselho Regional e Federal de Medicina para fundamentar sua decisão sobre conflitos éticos, quando entender esta medida necessária e conveniente.

Dentre as muitas possíveis conclusões, percebe-se que a decisão prévia manifestada pelo paciente deverá prevalecer sobre quaisquer outras, com exceção se violar o que é ditado pelo Código de Ética Médica.

Outro aspecto extraído do texto da Resolução é que ela não define forma. Assim, não se faz obrigatório ser por escrito e por instrumento público, muito menos precisa ser reconhecido por um juiz. O que importa é que ocorra a manifestação da vontade e que seja registrada no prontuário médico do paciente.

Uma possibilidade trazida pela Resolução é a de o paciente designar um representante específico para que, em caso de necessidade de escolha do tratamento e impossibilidade de manifestação da vontade, escolha se o paciente deve ou não ser submetido àquele

tratamento. A isto a doutrina deu o nome de mandato duradouro. Isso se aproxima bastante do artigo 4º da Lei 9.434/97, mas não é igual, pois lá o familiar já está previamente determinado, enquanto aqui quem determina o representante é o próprio paciente.

Assim, mesmo não havendo previsão legal, seria por demais interessante que as diretivas antecipadas da vontade pudessem valer como manifestação prévia da vontade em relação à doação de órgãos *post mortem*, o que permitiria um maior respeito à autonomia privada das pessoas.

Além disso, mesmo que o Ministério da Saúde aponte que o programa de transplantes brasileiros seja o segundo maior do mundo, os índices de doação são muito baixos, devido, por exemplo, a questões técnicas. Porém, o que contribui de forma salutar para que isso ocorra é a falta de conhecimento dos parentes que têm o poder de decidir, seja sobre a vontade do falecido, seja sobre o procedimento, permitindo que a incerteza e o medo falem mais alto que a possibilidade de salvar outra vida, como apontam os professores Júlio Francisco Barros Neto e Leticia Freire de Souza²⁶.

A título de curiosidade, o Ministério Público Federal propôs, em face do CFM, ação civil pública visando

26 NETO, Júlio Francisco Barros; SOUSA, Leticia Freire de. *Doação de órgãos e tecidos uma percepção do nível de conscientização e importância do ato de doar da sociedade fortalezense*. XVIII ENCONTRO NACIONAL DOS GRUPOS PET — ENAPET. Recife-PE, 2013. Disponível em: <<http://www.portalpet.feis.unesp.br/media/grupos/pet-informatica-recife/atividades/xviii-enapet-recife-pe/artigos/CC%20Doa%C3%A7%C3%A3o%20de%20C3%93rg%C3%A3os.pdf.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

a suspensão da referida Resolução. De acordo com o MPF, esta, além de dever ser considerada inconstitucional, o CFM estaria a extrapolar os seus limites de atuação trazidos na Lei.

A 1ª vara do Tribunal Regional Federal de Goiás decidiu, em sede de decisão liminar, pela manutenção da Resolução nº 1.995/2012, de modo que não foi considerada inconstitucional, além de a Justiça Federal daquele estado não ter considerado que o CFM extrapolou seus limites de atuação.

Quanto às formas de registro da vontade do pretenso doador, estas serão tratadas a seguir.

4.1.1. O mandato duradouro e o testamento vital

O mandato duradouro e o testamento vital consistem em espécies de diretivas antecipativas de vontade trazidas pela Resolução 1.995/2012 do CFM que poderiam ser aplicadas, analogicamente, ao problema da autonomia da vontade e a doação de órgãos *post mortem*.

O primeiro, que já foi explicado acima, consistiria na designação de um indivíduo que decidiria, em nome do *de cuius*, se seus órgãos e tecidos poderão ou não ser doados caso haja possibilidade disso. Em tese, o designado tomaria a decisão baseado na vontade do sujeito que faleceu, sendo este o principal ponto positivo desta alternativa. Entretanto, como assevera Luciana Dadalto²⁷, o problema dessa diretiva é que a pessoa a

27 DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. Rio de Janeiro: São Paulo: Lumen Juris, 2010, p. 68-69.

ser escolhida pode, no momento da decisão, tomá-la baseado em sua emoção (sua própria vontade e concepções religiosas e/ou éticas) e não em sua razão (a verdadeira vontade do sujeito que lhe deu essa função).

O testamento vital também teria a sua função entendida. O indivíduo, além de deixar escrito a quais tratamentos quer ou não ser submetido em caso de inconsciência no momento da necessidade de aplicação de tais tratamentos, já deixaria a sua vontade de doar ou não os seus tecidos e órgãos num documento que permitiria o respeito à autonomia privada dele. O testamento vital, que também é chamado de declaração prévia de vontade, serviria, desta forma, para assegurar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da autonomia da vontade, assim como os direitos da personalidade, pois a vontade é algo absolutamente pessoal e de íntima decisão, devendo ser respeitada mesmo após a morte.

Poderá existir a preocupação quanto à validade da manifestação de vontade do pretense doador. Logicamente chega-se à conclusão de que a vontade, para ser válida, deve apresentar os requisitos trazidos pelo CC referente aos Negócios jurídicos, ou seja, o agente deve ser capaz e a manifestação deve ser livre de qualquer vício (coação, dolo, erro etc.).

Para que essas duas diretivas possuam essas características propostas é necessário haver uma reforma legislativa que transforme a Resolução do CFM em Lei Ordinária, com o texto adaptado.

4.2. Banco de registro de doadores

Seria um banco de registro gerido pelo Ministério da Saúde em que qualquer cidadão capaz poderia se

cadastrar como doador ou como não doador de órgãos e tecidos. Os requisitos para que o cidadão desse o seu posicionamento poderiam ser os mais simples, apenas levando em conta se o indivíduo é capaz. A obrigatoriedade ou não desse registro pode gerar discussões, pois tornar obrigatório, feriria, para alguns, a autonomia da vontade. De fato fere, entretanto consistiria numa ferramenta de enfrentamento a um problema muito maior que envolve a autonomia, cujo é tema deste artigo.

Conclui-se, então, que seria uma forma de garantir que a vontade do doador fosse obedecida a partir do momento em que ele se cadastrasse em tal banco. Com isso, seria evitada uma manifestação viciada relativa ao momento dela (pouco antes da morte) ou até que tal manifestação fosse esquecida, impossibilitando, assim, que ela se tornasse real, ou seja, o doador já avisaria previamente o seu interesse em ser doador de órgãos e estaria respeitado o princípio da autonomia da vontade. A forma de se fazer isto deveria ser a mais simples possível, de modo que se poderia tornar possível, por exemplo, fazer a inscrição em tal banco de registros num posto de saúde credenciado, numa unidade de saúde da família etc. É claro que, a partir do registro, a sua revogação deve ser permitida, para que, mais uma vez, o princípio da autonomia da vontade prevaleça. Para que isso exista também é preciso haver uma reforma legislativa, realizando adições na Lei Nacional de Transplantes e, conseqüentemente revogando disposições em contrário.

Semelhante a essa medida já existe o Registro Nacional de Doadores de Medula Óssea (REDOME), o qual é utilizado para casos em que não há compatibilidade entre pessoas da mesma família e poderia ser

aplicado analogicamente como instrumento de integração contra as lacunas jurídicas.

A aplicação do banco de registro de doadores pode ser aplicada conjuntamente às diretivas antecipativas de vontade propostas na forma acima. Uma, inclusive, pode complementar a outra. A título de exemplo, um indivíduo poderia fazer o seu registro no banco e, para assegurar que a sua vontade seria obedecida, fazer um testamento vital e vice-versa. É fato que poderiam ocorrer falhas e a vontade do indivíduo serem contrapostas no registro de doadores e no seu testamento vital. Para que isso não ocorra é salutar que se garanta um serviço eficiente, que permita ao Estado controlar tais declarações.

5. CONCLUSÃO

Resta comprovado que a Lei 9.434/97 fere a autonomia privada e a manifestação da vontade. Isso se dá porque ela não dá efetividade à escolha do indivíduo sobre a doação ou não de seus órgãos e tecidos pois a escolha fica a cargo da família. Salienta-se, todavia, que a atual redação da referida lei é um avanço, visto que sua redação original previa algo ainda mais prejudicial: a figura do doador presumido.

Como sempre acontece, o Direito busca meios de se adaptar às situações. No caso em tela, visto que o número de transplantes tenderia a aumentar, surgiram mecanismos para, ao mesmo tempo, facilitar a doação de órgãos e tecidos e torná-la a mais segura possível, evitando dúvidas em todos os componentes da sociedade.

A partir disso se tem hoje, aqui no Brasil, a figura das diretivas antecipadas de vontade, que, embora

tenham sido criadas com outro objetivo (decidir se o paciente terá determinado tratamento ou não), podem ser aplicadas ao caso tratado neste artigo. Apesar de serem recentes (datam do ano de 2012), constituem uma das soluções para tal problema, pois permite uma maior garantia de que a vontade do doador será obedecida. Outro fator que conta como ponto positivo para tal instituto é a desnecessidade de forma, o que possibilita que a manifestação seja, inclusive, de forma oral. É importante lembrar que a vontade do paciente prevalecerá em qualquer hipótese, mesmo que depois da morte algum parente, inclusive se for um dos que são trazidos pelo artigo 4º da lei de transplantes de órgãos, decida conforme suas próprias concepções.

Outra solução seria a criação de um registro nacional de doadores, o qual deixaria cadastrado as informações referentes aos pretensos doadores e permitiria uma efetivação maior da manifestação da vontade deles. Cabe dizer que ele deveria ser o mais simples possível, evitando-se, assim, a burocracia com possibilidade, por exemplo, de poder se inscrever nele em um posto de saúde e, a qualquer tempo, cancelar a inscrição.

As duas ações se tornariam realidade por meio da atuação maciça dos três Poderes. Ao Legislativo caberia a criação e/ou a modificação de leis para a efetivação de tais políticas. Esta é, inclusive, a ação que carece de maior urgência. A obrigação do Executivo seria aplicar a lei de maneira responsável, levando em consideração a importância do tema sem esquecer das questões conjuntas a ele, como por exemplo estruturas minimamente aceitáveis nos hospitais. Ficaria a cargo do Poder Judiciário os possíveis conflitos surgidos a partir disto, devendo a decisão trazer a melhor e mais benéfica interpretação para todos.

6. REFERÊNCIAS

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (organizador). *Jornadas de Direito Civil I, III e IV — Enunciados Aprovados*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados>>. Acesso em: 04 dez. 2015.
- BANDEIRA, Ana Cláudia Pirajá. *Consentimento no Transplantes de Órgãos*. Curitiba: Juruá, 2009.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.
- _____. *Decreto n° 2.268*, de 30 de junho de 1997. Regulamenta a Lei n° 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fim de transplante e tratamento, e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1997/d2268.htm>. Acesso em: 18 nov. 2015.
- _____. *Lei n° 9.434*, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm>. Brasília, DF. Acesso em: 18 nov. 2015.
- _____. *Lei n° 10.211*, de 23 de março de 2001. Altera dispositivos da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que “dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento”. Brasília, DF. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10211.htm#art1>. Acesso em: 18 nov. 2015.

_____. *Lei n° 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 18 nov. 2015.

_____. *Medida Provisória n° 1.718-3*, de 30 de dezembro de 1998. Acresce parágrafo ao art. 4o da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. Brasília, DF. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas/1718-3.htm>. Acesso em: 18 nov. 2015.

CFM. *Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 1.995*, de 9 de agosto de 2012. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Brasília, DF. Disponível em: <www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2015.

DADALTO, Luciana. *Testamento Vital*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB*. 15. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015.

GARRIDO, Samantha Santana. *Doação de órgãos e tecidos post mortem: uma análise da manifestação de vontade do doador à luz do sistema jurídico brasileiro*. 2013. Monografia. (Curso de Graduação em Direito) — Faculdade Baiana de Direito, Salvador.

GOIÁS. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. *Ação Civil Pública 0001039-86.2013.4.01.3500*. Disponível em: <http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?trf1_captcha_id=5a66r8ew9p95848s4fc3cd82a0137b26&trf1_captcha=UBS9&enviar=Pesquisar&secao=GO&proc=10398620134013500>. Acesso em: 21 nov. 2015.

GOMES, Orlando. *Introdução do Direito Civil*. 19. ed. rev. atual. e aumentada, de acordo com o Código Civil de

2001, por Evaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

- LINGERFELT, David; HUPSEL, Laís; MACEDO, Lucas; MENDONÇA, Marcela; RIBEIRO, Raissa; GUSMÃO, Yuri; MOURA, Yuri. Terminalidade da vida e diretiva antecipadas de vontade do paciente. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UNIFACS*, fev. 2013, n. 152. Disponível em: <www.revistas.unifacs.br>. Acesso em: 20 nov. 2015.
- MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de Bioética e Biodireito*. São Paulo: Atlas, 2010.
- MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. *Curso de Direito Civil*. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1.
- NANNI, Giovanni Ettore. A autonomia privada sobre o próprio corpo, o cadáver, os órgão e tecidos diante da Lei Federal N. 9.434/97 e da Constituição Federal. In: LOUTUFO, Renan (Coord.). *Direito Civil Constitucional* (Cadernos 1). São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 255-286.
- NETO, Júlio Francisco Barros; SOUSA, Letícia Freire de. *Doação de órgãos e tecidos uma percepção do nível de conscientização e importância do ato de doar da sociedade fortalezense*. XVIII ENCONTRO NACIONAL DOS GRUPOS PET — ENAPET. Recife-PE, 2013. Disponível em: <<http://www.portaletpet.feis.unesp.br/media/grupos/pet-informatica-recife/atividades/xviii-enapet-recife-pe/artigos/CC-%20Doa%C3%A7%C3%A3o%20de%20%C3%93rg%C3%A3os.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2015.
- REIS, Sérgio Nogueira; AGUIAR, Monica. *Bioética no Cinema*. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 2009.
- SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual do Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Elementos de Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2013.

Capítulo VI

O direito à nomeação do candidato aprovado em concurso público segundo a jurisprudência do STJ e STF

Ivan Luis Lira de Santana

Graduando em Direito pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão.

O direito à nomeação do candidato aprovado em concurso público segundo a jurisprudência do STJ e STF

Resumo: Por meio do presente artigo será mostrado como se comporta a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal acerca dos direitos que têm os candidatos que são classificados e aprovados no concurso público, bem como será ressaltada a divergência existente entre a jurisprudência dos dois tribunais.

Palavras-chave: Concurso público. Jurisprudência. STF. STJ. Nomeação. Direito. Surgimento. Vagas.

Sumário: 1. Introdução — 2. Do concurso Público e do seu prazo de validade — 3. Da nomeação como forma de provimento originário de cargo público — 4. Aprovação e classificação: direito à nomeação e mera expectativa de direito — 5. Direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado dentro do número de vagas — 6. Conclusão — 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Nos dias de hoje é cada vez maior o número de pessoas que buscam uma vaga no serviço público, por conta, principalmente, da estabilidade que é pro-

porcionada, bem como pelos diversos direitos que são assegurados na legislação, sem contar a boa remuneração que geralmente é paga aos servidores públicos.

Todo mundo que estuda ou já estudou para concurso sabe das dificuldades que são encontradas pelos candidatos para chegar à tão sonhada aprovação. São horas diárias de dedicação aos estudos, inclusive nos finais de semana e feriados. São milhares de reais investidos em cursos, materiais e livros, tudo isso visando a aprovação, que é o resultado prático que todo concursando (ou concurseiro) almeja alcançar.

Quando o sonho se torna realidade e o candidato é aprovado no concurso, é necessário ainda aguardar sua nomeação no diário oficial, para que depois ele tome posse, entre em exercício e seja um servidor público ocupante de cargo efetivo.

Entretanto, como será visto, é necessário ressaltar que existe grande diferença entre o candidato aprovado (aquele que fica dentro do número de vagas que originariamente foram ofertadas no edital) e o candidato classificado (aquele que fica no chamado cadastro de reserva, aguardando o surgimento de uma vaga para que ele possa ser nomeado).

O objetivo desse artigo é exatamente verificar, com fulcro na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF), o direito que tem o candidato aprovado em concurso público de ser nomeado para que venha a tomar posse e entrar em exercício, bem como o do candidato que somente é classificado no concurso, ficando no cadastro de reserva.

2. DO CONCURSO PÚBLICO E DO SEU PRAZO DE VALIDADE

O concurso público é condição sem a qual não se pode ingressar como servidor efetivo nos quadros da administração pública. Por sua importância, tem previsão constitucional e busca atender ao interesse público, permitindo que a administração selecione quem esteja mais bem preparado para o exercício das funções, bem como visa atender aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, que estão previstos expressamente no *caput* do artigo 37 da CF/88.

O concurso é o meio posto à disposição da Administração Pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público, bem como tem finalidade de proporcionar igualdade de oportunidade a todos os que tenham interesse e que atendam aos requisitos previstos em lei (MEIRELES, 2013, p. 494).

José Maria Pinheiro Madeira (2007, p. 84) ensina que concurso é um complexo de procedimentos para apurar as aptidões pessoais apresentadas por um ou vários candidatos que se empenham para a obtenção de uma ou mais vagas, em que se submetem voluntariamente aos trabalhos de julgamento de uma comissão organizadora.

Diógenes Gasparini (2012, p. 231) diz que o concurso público é o procedimento que foi posto à disposição da Administração Pública, tanto direta quanto indireta, autárquica ou fundacional para a seleção do melhor candidato (futuro servidor). Não é procedimento de simples habilitação, é um processo competitivo, onde há disputa entre os vários candidatos.

Desse modo, o concurso é, pois, um procedimento administrativo que declara a habilitação à investidura do futuro servidor no cargo. É um processo competitivo, em que os cargos e empregos são disputados por todos que preencherem os requisitos previstos no edital (MADEIRA 2007, p. 84).

Marçal Justen Filho (2014, p. 912) traz a melhor e mais completa definição do que é o concurso público, ao afirmar que:

O concurso público é um procedimento conduzido por autoridade específica, especializada e imparcial, subordinado a um ato administrativo prévio, norteado pelos princípios da objetividade, da isonomia, da impessoalidade, da legalidade, da publicidade e do controle público, destinado a selecionar os indivíduos mais capacitados para serem providos em cargos públicos de provimento efetivo ou em empregos públicos.

Ademais, o concurso público pode ser de provas ou de provas e títulos, a depender do nível de complexidade do cargo que será ocupado pelo candidato.

O concurso de provas é aquele em que o candidato demonstra, através de prova escrita, oral ou prática, as suas qualidades intelectuais relacionadas ao cargo a ser ocupado por ele, caso logre êxito, sendo aprovado dentro do número de vagas. O concurso de títulos, por sua vez, é aquele que consiste na apresentação, pelo candidato, de todos os documentos que tenham relação com o cargo e que demonstrem atividades que o candidato já desenvolveu, tais como diplomas de graduação, especialização, experiência profissional, livros, artigos, dentre outros. O concurso de provas e títulos é a união de ambos. Cumpre salientar, ainda,

que o concurso de títulos não é mais possível por não ter previsão constitucional (MADEIRA, 2007, p.84).

O concurso será de provas e títulos dependendo da natureza e complexidade do cargo. A CF/88 exige expressamente o concurso de provas e títulos para alguns cargos, como nos casos de juiz, promotor, advogado da união, procurador do Estado, dentre outros (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 973).

Assim, o concurso público nada mais é do que o processo administrativo, que pode ser de provas ou de provas e títulos, em que os candidatos disputam as vagas que foram disponibilizadas no edital. Depois que o candidato logra êxito no certame público, ele é provido no cargo através da nomeação e é investido através da posse. A partir de então ele é servidor público, ocupante de cargo público efetivo.

Quanto ao prazo de validade, o próprio texto constitucional prevê, no inciso II do artigo 37, que o concurso público terá validade de até dois anos, prorrogável por igual período. Veja que é até dois anos, e não obrigatoriamente de dois anos, e não é prorrogável por dois mais anos, e sim pelo mesmo período de validade que foi previsto no edital.

Decorrido o prazo de validade, restam extintos automaticamente os efeitos jurídicos do concurso, o que significa que o candidato que foi aprovado não pode invocar a sua aprovação, bem como não pode a administração promover a nomeação dos candidatos (JUSTEN FILHO, 2014, p. 931).

O STJ já assentou entendimento no sentido de que inexistente direito à nomeação de candidato quando

o prazo do concurso já expirou e todas as vagas foram preenchidas corretamente. Veja:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATA APROVADA EM 9º LUGAR. PRETENZA CONVOCAÇÃO PARA NOMEAÇÃO. REMOÇÃO DA CANDIDATA APROVADA EM 8º LUGAR. EXPIRAÇÃO DO PRAZO DE VALIDADE DO CONCURSO. 1. Não há direito líquido e certo à nomeação em concurso público, quando todas as vagas foram preenchidas corretamente e já expirado o seu prazo de validade. 2. O fato que alega a recorrente fazer nascer seu direito, ou seja, a Portaria nº 1276/05 (fl. 48) que ordenou e remoção da candidata classificada em 8º lugar, foi publicada depois do término do prazo de validade do concurso, não fazendo jus, portanto, à nomeação. Recurso desprovido.

(STJ — RMS: 24489 PR 2007/0150027-0, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 30/05/2008, T5 — QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/06/2008).

O ato de prorrogar a validade do concurso nada mais é do que um ato discricionário da Administração Pública, o que significa ausência de direito do candidato aprovado de exigir sua nomeação depois de decorrido o prazo de validade, se a Administração não tiver promovido a prorrogação do certame público (JUSTEN FILHO, 2014, p. 931).

Desse modo, expirado o prazo de validade do concurso, restam extintos os efeitos provenientes do certame, não podendo a administração convocar candidatos quando o prazo de validade já está expirado, sob pena do administrador que vier a realizar a nomeação praticar ato de improbidade administrativa.

3. DA NOMEAÇÃO COMO FORMA DE PROVIMENTO ORIGINÁRIO DE CARGO PÚBLICO

A nomeação é forma originária de provimento de cargo público. “É o ato inicial do processo de provimento originário” (MOREIRA NETO, 2014, p 443).

É ato administrativo emanado da autoridade que tenha poder para tanto, geralmente por meio de portaria publicada no Diário oficial, que convoca o candidato (futuro servidor) aprovado no concurso de provas ou de provas e títulos para que ele possa ser investido no cargo que está vago.

É o ato que materializa o provimento originário e, como regra, exige que o nomeado não somente tenha logrado êxito previamente em concurso público como também tenha preenchido os demais requisitos legais de cada cargo (CARVALHO FILHO, 2013, p. 621).

Diz-se ser a nomeação forma de provimento originária porque será ela o liame inicial entre o cargo público que está vago e o indivíduo aprovado em concurso público, que irá ocupar o cargo na estrutura da administração pública.

No caso de provimento por nomeação, tem que se ressaltar que, para que o servidor ocupe o cargo para o qual foi nomeado, é preciso que ele tome posse, onde será investido no cargo e depois entre em exercício.

Por ser a nomeação a mais comum e importante forma de provimento de cargos públicos, é importante que seja falado sobre todo o procedimento desde a publicação do ato no diário oficial até o efetivo exercício.

Nesse ponto, é imperioso tratar do que vem a ser a investidura em cargo público. Diz o artigo 7º

do Estatuto dos Servidores Públicos Federais (Lei nº 8.112/1990) que a investidura ocorre com a posse.

A posse, por sua vez, que é tratada no artigo 13 da mesma lei, é a assinatura do chamado Termo de Posse, que nada mais é do que um documento assinado pelo agente que está sendo empossado e a autoridade competente em que constam os deveres e atribuições do cargo que o agora servidor irá ocupar. É um ato solene, que por vezes é feito de modo coletivo para que os servidores sejam apresentados ao órgão ou entidade que irão servir, de modo a conhecer toda a sua estrutura e a hierarquia administrativa.

Depois que o ato é publicado no Diário Oficial, o nomeado deve tomar posse no prazo de 30 dias, conforme § 1º do artigo 13 da Lei nº 8112/1990. Caso isso não ocorra, sua nomeação será tornada sem efeito e o fato administrativo provimento não estará completo, pois, em sendo o ato tornado sem efeito, o cargo não será preenchido até que o próximo candidato da lista de aprovados no concurso seja nomeado.

Situação diversa, mas que tem o mesmo efeito prático de deixar o cargo vago, é o caso do agente que é nomeado, toma posse, mas não entra em exercício no prazo legal. Exercício, conforme artigo 15 da Lei nº 8.112/1990, é o efetivo desempenho das atribuições do cargo público. O prazo para que o servidor entre em exercício após ter sido empossado é de 15 dias, conforme §1º do artigo 15 do Estatuto dos Servidores Públicos Federais, e, caso isso não ocorra, ele será exonerado *ex officio* e o cargo restará vago novamente, e por isso foi dito que tem o mesmo efeito prático de deixar o cargo vago. A diferença é que quando o agente é nomeado e não toma posse, o ato é tornado

sem efeito, então o cargo não chega a ficar ocupado. Quando ele é nomeado, toma posse, mas não entra em exercício, o cargo, teoricamente, foi ocupado, mas na prática não foi, porque o servidor não desempenhou durante um dia sequer as atribuições do cargo, e quando ele é exonerado de ofício, resta vago de novo, precisando passar por todo o ritual para que novamente possa ser ocupado.

4. APROVAÇÃO E CLASSIFICAÇÃO: DIREITO À NOMEAÇÃO E MERA EXPECTATIVA DE DIREITO

Como dito alhures, é assaz diferente o candidato ser aprovado em concurso e ser somente classificado. Os efeitos jurídicos são distintos, e os direitos que são gerados pela aprovação e pela classificação também são bastante distintos.

No informativo nº 803, de 16 de outubro de 2015, o STF firmou entendimento que, no que toca aos candidatos que ficam dentro do número de vagas previstas em edital, ou seja, os candidatos aprovados, a Administração poderia, dentro do prazo de validade do certame, escolher o momento em que se realizaria a nomeação, mas não poderia dispor sobre a própria nomeação. Essa última passaria a constituir um direito do concursando aprovado, sendo um dever imposto ao Poder Público. Porém, não se poderia dizer o mesmo daqueles aprovados fora do número de vagas (os candidatos classificados). Esses candidatos possuiriam mera expectativa de direito à nomeação, situação que, apenas excepcionalmente, se convolaria em direito subjetivo.

No mesmo informativo, o STF destacou, ainda, que incumbiria à Administração, no âmbito de seu Poder

Discrecionário, avaliar a conveniência e oportunidade de novas convocações durante a validade do certame. Assim, o surgimento de novas vagas durante o prazo de validade de concurso não geraria, automaticamente, um direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas do edital, nem mesmo que novo concurso fosse aberto durante a validade do primeiro.

Continuando, o STF decidiu que a aprovação em concurso público só geraria direito subjetivo à nomeação em três hipóteses: a) quando o candidato for aprovado dentro do número de vagas previstas no edital; b) quando houvesse preterição na nomeação, e a Administração não observa a ordem de classificação no concurso; e c) quando surgissem novas vagas durante a validade do concurso e, excepcionalmente, a Administração Pública, mesmo após reconhecer, de forma inequívoca e demonstrada casuisticamente, a necessidade do provimento das vagas durante a validade do concurso, deixasse o prazo escoar para nomear candidatos de concurso superveniente.

Tal posicionamento do STF diverge do que o STJ vinha decidindo, tendo em vista que o STJ entende que o surgimento de novas vagas durante o prazo de validade do concurso gera sim direito subjetivo à nomeação do candidato que foi aprovado fora do número de vagas que estavam previstas originalmente no edital do concurso. Diz a jurisprudência do STJ:

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. CONCURSO PÚBLICO. CADASTRO DE RESERVA. EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. PREENCHIMENTO DAS VAGAS POR SERVIDORES PÚBLICOS E POLICIAIS MILITARES. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. O candidato inscrito

em cadastro de reserva possui mera expectativa à nomeação, apenas adquirindo esse direito caso haja a comprovação do surgimento de novas vagas durante o prazo de validade do concurso público. 2. O mandado de segurança sob exame não foi instruído com acervo probatório apto a comprovar as alegadas contratações que implicariam a preterição por parte da Administração Pública de nomear a impetrante para o cargo para o qual fora aprovada em concurso público. 3. Agravo regimental não provido.

(STJ — AgRg no RMS: 38736 RJ 2012/0154361-0, Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Data de Julgamento: 07/05/2013, T2 — SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/05/2013).

O STJ vai além nesse entendimento, afirmando que o candidato aprovado fora do número de vagas também terá direito à nomeação quando a Administração Pública contratar pessoal de forma precária para o exercício das atividades que deveriam ser exercidas pelos candidatos aprovados no concurso público. Assim entende o STJ:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATOS APROVADOS FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. CADASTRO DE RESERVA. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DOS IMPETRANTES. SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS DURANTE O PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. EXPECTATIVA DE DIREITO QUE SE CONVOLA EM DIREITO LÍQUIDO E CERTO. 2. O Superior Tribunal de Justiça adota o entendimento de que os candidatos aprovados em posição classificatória compatível com as vagas previstas em edital possuem direito subjetivo à nomeação e posse dentro do período de validade do concurso, o que não se constata *in casu*. Precedentes do

STJ. 3. Já em relação aos candidatos aprovados fora do número de vagas estabelecido originariamente no edital, os quais integram o cadastro de reserva, o STJ entende não possuírem direito líquido e certo à nomeação, mas mera expectativa de direito para o cargo a que concorreram. Precedentes do STJ. 4. Entretanto, a mera expectativa se convola em direito líquido e certo a partir do momento em que, dentro do prazo de validade do concurso, há contratação de pessoal, de forma precária, para o preenchimento de vagas existentes, em flagrante preterição àqueles que, aprovados em certame ainda válido, estariam aptos a ocupar o mesmo cargo ou função. Precedentes do STJ. 5. Se, durante o prazo de validade do concurso público, são abertas novas vagas, preenchidas por contratação temporária, é obrigatória a nomeação dos candidatos aprovados.

(STJ — EDcl no RMS: 34138 MT 2011/0062996-4, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 18/10/2011, T2 — SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/10/2011).

Assim, nota-se que há clara divergência jurisprudencial acerca do tema. Entretanto, como a decisão do STF é mais nova, é possível que o STJ siga o mesmo entendimento do STF, onde o candidato que foi aprovado fora do número de vagas previsto no edital e que fica no cadastro de reserva, não tem direito líquido e certo à nomeação, tendo mera expectativa de direito.

Com a devida vênia, o entendimento do STJ aparenta mais correto e mais coerente. Veja que quando a Administração Pública realiza o concurso, no edital são publicadas as vagas que estão disponíveis naquele momento. Porém, é muito comum que dentro do prazo de validade do concurso surjam novas vagas,

seja por meio de vacância ou até pelos pela criação de novos cargos.

Assim, caso essas vagas que surgiram dentro do prazo de validade do concurso já estivessem disponíveis para a Administração no momento em que o edital foi publicado, é certo que elas estariam abarcadas no concurso. E mais, o sentido de existir cadastro de reserva é justamente prover as vagas que não estavam previstas no edital e que surgem durante o prazo de validade. Assim, não há razão para que a Administração não proceda ao provimento dos cargos que estão vagos com os candidatos que estão no cadastro de reserva, a não ser que haja justificativa plausível para o não provimento, como nos casos em que os recursos públicos estão escassos ou no caso de já ter sido ultrapassado o limite prudencial de gasto de pessoal previsto na Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000).

Desse modo, a decisão do STF foi extremamente infeliz e equivocada, pois não faz sentido a administração não convocar o candidato que está no cadastro de reserva do concurso quando há o surgimento de novas vagas.

Com a expansão dos serviços públicos, a demanda por servidores públicos é cada vez maior, e o cadastro de reserva é exatamente o instrumento que permite que a administração preencha essas novas vagas que surgiram dentro do prazo de realidade do concurso.

Além disso, é muito mais simples, fácil e menos custoso que a administração pública nomeie os candidatos que estão no cadastro de reserva do que proceda com a realização de um novo concurso, que

demanda um tempo enorme, da contratação de empresa, depois a realização das provas, depois aguardar o resultado, os recursos, a homologação, para, por fim, poder nomear os candidatos aprovados.

Nessa senda, o que resta é aguardar um *overruling* jurisprudencial para que o STF possa superar esse entendimento equivocado, passando a compreender que, com exceção de casos excepcionais e devidamente justificados, a administração pública tem o dever de nomear os candidatos que estão no cadastro de reserva quando há o surgimento de novas vagas durante o prazo de validade do concurso.

5. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DO CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS

Diferentemente do candidato que foi aprovado fora do número de vagas, ficando no cadastro de reserva, que não tem direito à nomeação, aquele que foi aprovado dentro do número de vagas previsto no edital do concurso tem sim direito líquido e certo à nomeação. Nada mais justo e lógico.

José Afonso da Silva (2012, p. 681-682) lembra que a exigência de prévia aprovação em concurso público implica a classificação dos candidatos e sua nomeação se dará na ordem dessa classificação, e não basta estar aprovado em concurso para ter direito à investidura no cargo, é necessário que o candidato esteja classificado na posição correspondente às vagas que foram ofertadas no certame.

Marçal Justen Filho (2014, p. 932) assevera que, tradicionalmente, entendia-se que mesmo aquele candidato aprovado dentro do número de vagas não ti-

nha direito à nomeação, entendimento esse que já resta superado, tendo em vista que viola o princípio da eficiência o Estado realizar concurso público, o que demanda dispêndio de recursos, e não convocar os candidatos. Se o Estado promoveu o concurso e homologou o resultado, pode apenas deixar de nomear mediante motivação mais que satisfatória, e ela não pode restringir-se a dizer que a nomeação dos candidatos é um ato discricionário.

Nesse ponto, Fabrício Motta (2011, p.09), em perfeita análise do caso aduz que

O concurso materializa-se em uma sequência de atos interligados destinados a identificar os mais aptos para ocupar os cargos efetivos e empregos públicos. Ao iniciar um procedimento seletivo, a Administração exterioriza a necessidade de prover os cargos ou empregos. Há, mais que isso, uma clara manifestação da intenção de se preencher as posições permanentes em disputa. Como o concurso não pode ser somente mais uma via para o aumento de receitas públicas, é um contrassenso imaginar-se um certame concluído sem que os aprovados sem, ao final, nomeados ou contratados.

A jurisprudência do STF e STJ já assentou entendimento nesse mesmo sentido:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. CONCURSO PÚBLICO. PREVISÃO DE VAGAS EM EDITAL. DIREITO À NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS. I. DIREITO À NOMEAÇÃO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. Dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a

nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público. Uma vez publicado o edital do concurso com número específico de vagas, o ato da Administração que declara os candidatos aprovados no certame cria um dever de nomeação para a própria Administração e, portanto, um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas.

(STF. RE 598.099/MS, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 10.08.2011, dje 03.10.2011).

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. MAGISTÉRIO. APROVAÇÃO EM PRIMEIRO LUGAR. DIREITO À NOMEAÇÃO. 1. Há direito subjetivo à nomeação do candidato aprovado em primeiro lugar no concurso público se havia previsão de vaga, entre as 5.896 ofertadas, no cargo e localidade para a qual se inscreveu, nada importando que tenha sido divulgado apenas o quantitativo total das vagas existentes. 2. Agravo regimental improvido.

(STJ, AgRg no RMS 26202 RS 2008/0017656-3. Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 10/04/2012, T6 - SEXTA TURMA).

Assim, apesar de em algum momento já ter havido posicionamento em contrário, hoje é mais que pacífico o entendimento de que o candidato que é aprovado dentro do número de vagas ofertadas no concurso tem sim direito líquido e certo à nomeação, não podendo a Administração Pública deixar de nomeá-lo.

6. CONCLUSÃO

Desse modo, conforme entendimento jurisprudencial do STJ, o candidato que é classificado fora do número de vagas mas que durante o prazo de validade do concurso há o surgimento de novas vagas, existe para ele o direito subjetivo à nomeação, enquanto para o STF, tal candidato continua tendo mera expectativa de direito, com três exceções, a saber: a) quando o candidato for aprovado dentro do número de vagas previstas no edital; b) quando houvesse preterição na nomeação, e a Administração não observa a ordem de classificação no concurso; e c) quando surgissem novas vagas durante a validade do concurso e, excepcionalmente, a Administração Pública, mesmo após reconhecer, de forma inequívoca e demonstrada casuisticamente, a necessidade do provimento das vagas durante a validade do concurso, deixasse o prazo escoar para nomear candidatos de concurso superveniente.

Com a devida vênia, a decisão do STF foi assaz infeliz e certamente irá prejudicar muitos candidatos que se encontram nessa situação e que aguardava o surgimento de uma nova vaga para poder ser nomeado. Para a administração pública, que vem passando por graves dificuldades financeiras, foi a decisão perfeita, que forneceu o embasamento jurídico perfeito para que não nomeie os candidatos que estão no cadastro de reserva.

7. REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[193](http://www.planal-</p></div><div data-bbox=)

to.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 abr. 2016.

_____. *Lei nº 8.112*, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/18112cons.htm>. Acesso em: 10 abr. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Mandado de segurança : MS 24489/PR*. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/781227/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-24489-pr-2007-0150027-0>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo regimental: AGRG 38736/RJ*. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23277068/agravo-regimental-no-recurso-em-mandado-de-seguranca-agrg-no-rms-38736-rj-2012-0154361-0-stj>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo regimental: AGRG 26202/RS*. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21588806/agravo-regimental-no-recurso-em-mandado-de-seguranca-agrg-no-rms-26202-rs-2008-0017656-3-stj>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo regimental: AGRG 34138/MT*. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21050803/emargos-de-declaracao-no-recurso-em-mandado-de-seguranca-edcl-no-rms-34138-mt-2011-0062996-4-stj>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Informativo nº 803*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo803.htm>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

- _____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de segurança: MS 598.099/MS*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/re598099GM.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2016.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Servidor público na atualidade*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- MOREIRA NETO, Diego de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- MOTTA, Fabrício. Concurso Público: Direito à nomeação e a existência de Cadastro de Reserva. *Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 17, fev. 2011. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rere-24-dezembro-janeiro-fevereiro-2011-fabricio-motta.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2016.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

Capítulo VII

A possibilidade de limitação da soberania de um estado para a garantia do direito fundamental de locomoção: uma análise da situação dos refugiados na Europa

Larissa Nobre de Santana Santos

Graduanda em Direito pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão.

A possibilidade de limitação da soberania de um estado para a garantia do direito fundamental de locomoção: uma análise da situação dos refugiados na Europa

Resumo: Artigo destinado à análise da possibilidade de relativização da soberania de um Estado para a proteção do direito fundamental à locomoção dos refugiados na Europa durante o ano de 2015. A partir disso, surge a necessidade de conceituar a soberania, desde o seu aspecto histórico, jurídico e político até o seu aspecto atual, analisando a possibilidade de relativização da soberania de um Estado. Além disso, considera-se o direito fundamental à locomoção no seu âmbito nacional e internacional, relacionando esse direito à situação dos refugiados na Europa. Essa situação dos refugiados engloba a análise de alguns países de origem dessas pessoas, a atuação dos Estados europeus e os devidos direitos humanos que são garantidos a esses indivíduos. Enfim, chega-se a reflexão da possibilidade de limitação da soberania de um Estado para garantir o direito à locomoção dos refugiados na Europa.

Palavras-chave: Soberania política e jurídica. Refugiados. Europa. Direito internacional. Direito à locomoção. Direitos humanos. Limitação à soberania.

Sumário: 1. Introdução — 2. A soberania e a possibilidade de limitação: 2.1. Conceito clássico de soberania, aspectos históricos e soberania como elemento do estado; 2.2. Soberania jurídica e soberania política; 2.3. Relativização da soberania — 3. Direito fundamental à locomoção e a situação dos refugiados na Europa: 3.1. Antecedentes relevantes para o surgimento da situação; 3.2. Proteção dos direitos humanos para os refugiados; 3.3. A atuação dos países europeus. — 4. A possibilidade de limitação da soberania de um estado para garantir o direito à locomoção dos refugiados — 5. Conclusão — 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Durante o ano de 2015, a população mundial vivenciou um enorme fluxo de refugiados para países localizados na Europa. Os diversos meios de comunicação noticiaram as condições desses refugiados, desde travessias em precárias condições para conseguir chegar aos países do continente europeu até sua situação em acampamentos provisórios, revelando assim a flagrante violação de diversos direitos humanos. Ademais, noticiaram também a atuação de diversos países europeus.

Alguns desses países demonstraram um efetivo engajamento social, enquanto outros adotaram posturas contrárias ao acolhimento desses refugiados. Além disso, violaram direitos básicos e fundamentais de qualquer ser humano.

A partir da atuação desses países conservadores, o presente artigo visa analisar a possibilidade de limita-

ção da soberania de um Estado para garantir o direito fundamental à locomoção dos refugiados na Europa.

Para tanto, há que se questionar se o Estado pode alegar a soberania de forma absoluta e ilimitada, podendo causar violações aos direitos humanos, principalmente ao direito à locomoção, ou se esse conceito de soberania não é mais coerente com a realidade atual.

Nesse sentido, é importante identificar o conceito de soberania política e a sua distinção em relação à soberania jurídica, os aspectos históricos relevantes para o surgimento da concepção de soberania e a possibilidade da sua relativização. É necessário também avaliar a proteção dos direitos humanos para os refugiados, verificando a aplicabilidade do direito fundamental à locomoção no âmbito nacional e internacional. Por fim, ressalte-se a imprescindibilidade de verificar se realmente é possível limitar a soberania de um Estado para garantir o direito fundamental à locomoção dos refugiados.

Por ser uma questão atual, envolvendo conceitos arraigados no direito internacional em contraposição aos direitos humanos, esse tema é de fundamental relevância jurídica e social.

Juridicamente é importante, pois o Direito tem que refletir a situação fática da coletividade. O Direito não é imutável, ele deve ser transformado a partir do momento que os ideais de uma sociedade são alterados. Por isso, é necessário identificar se o conceito de soberania amplamente utilizado desde o século XVI ainda está em consonância com os anseios sociais atuais. Do ponto de vista social, a relevância para a discussão entre uma nova visão de direito internacio-

nal e uma visão tradicionalista é a efetiva proteção aos direitos humanos para todos os indivíduos, inclusive para os refugiados. Deve-se questionar se o foco central do direito internacional continua a ser o Estado ou passa a ser o indivíduo.

Por fim, a pretensão desse artigo é demonstrar a existência de obrigações para todos os Estados quanto à proteção dos direitos humanos e a tentativa de solução dos problemas que envolvem os refugiados. A partir da globalização, todos os países estão interconectados e interdependentes. Por isso, questões globais de grande proporção demandam a adoção de medidas cooperativas, visto que esses problemas afetam toda a coletividade.

2. A SOBERANIA E A POSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO

A concepção tradicional de soberania envolve a capacidade de um Estado atuar com autoridade dentro do seu limite territorial sem nenhum tipo de limitação. Por isso, a soberania seria absoluta. Com a mudança do direito internacional, essa noção clássica de soberania passou a ser questionada, visto que existem situações fáticas que provocam a relativização dessa soberania para garantir direitos fundamentais.

2.1. Conceito clássico de soberania, aspectos históricos e soberania como elemento do estado

a noção de soberania surgiu com a consolidação do Estado Moderno. Isto ocorreu pela insatisfação da sociedade, principalmente dos senhores feudais, com o sistema que estava vigorando naquele período, ou seja, o Estado Medieval. Os senhores feudais não ad-

mitiam mais as imposições dos monarcas, como os altos índices tributários.¹

Em consequência disso, era necessário um único poder que sobressaísse em relação a todos sobre um determinado território, surgindo assim a ideia de poder soberano. O principal marco histórico que corrobora essa nova forma de pensar da sociedade é o Tratado de Westfália, assinado em 1648. A partir desse tratado, a guerra dos trinta anos foi extinta e os signatários do mesmo reconheceram a soberania dos outros Estados, já que cada signatário respeitou os limites territoriais dos outros Estados.²

A ideia de soberania não foi discutida antes do Estado Moderno, pois, durante a Antiguidade, não existia divergência entre o poder estatal e os poderes privados. Como o Estado somente atuava em questões mínimas, como, por exemplo, garantindo a segurança da coletividade, este não restringia os poderes privados, conseqüentemente, não havia necessidade de hierarquizar os poderes.³

O conceito de soberania foi proposto pela primeira vez por Jean Bodin no século XVI, em seu livro “*Les Six Livres de La République*”. Ele trouxe o seguinte conceito: “a soberania é o poder absoluto e perpétuo de uma República”, sendo que a palavra República significa Estado para a sociedade contemporânea.⁴

1 AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 44. ed. São Paulo: Globo, 2005, p. 50-51.

2 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 78.

3 *Ibidem*, p. 82.

4 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 84.

Por ser absoluto, Jean Bodin quis dizer que o Estado não sofre qualquer tipo de limitação humana, sofrendo apenas uma limitação divina, ou seja, o soberano tem que se sujeitar a vontade de Deus. E a soberania é perpétua porque ela não tem uma duração certa. Para que o governante tenha poder soberano, ele tem que receber esse poder absoluto sem nenhum tipo de duração específica. Ser perpétuo significa “eternizar” esse poder. Por conta disso, as únicas formas de governo capazes de manter a perpetuação são: a monarquia hereditária, os governos populares e os Estados aristocráticos.⁵

Apesar de não citar diretamente a ideia de inalienabilidade como uma característica da soberania, indiretamente Bodin trouxe essa característica para o seu conceito, visto que ele afirma que o soberano pode conceder uma atividade, um poder específico para outra pessoa, porém esse soberano, ainda assim, possui mais poder que o outro. Por isso, pode-se afirmar que Bodin já sustentava a ideia de não ser possível ceder todo o poder soberano a um sujeito específico, pois a soberania é inalienável. Então o soberano é hierarquicamente superior a qualquer membro do Estado e ele tem a capacidade de aderir ou não ao direito internacional.⁶

Além disso, outros autores trazem outras características para a soberania, considerando-a una, já que não é possível ter dois poderes soberanos em um mesmo território, indivisível, pois a soberania é

5 AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 44. ed. São Paulo: Globo, 2005, p.53.

6 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Op. cit.*, 2013, p. 84.

aplicada a todos os fatos ocorridos no Estado, sendo impossível a divisão da soberania e imprescritível, já que o soberano não detém um prazo específico para exercer o seu poder.⁷

Com o surgimento do Estado Moderno, muitos teóricos começaram a questionar quais seriam os elementos formadores desse Estado. Alguns afirmam que os únicos elementos são: território e povo. Outros dizem que existem três elementos: território, povo e soberania. Ainda há doutrinadores que afirmam que o Estado possui quatro elementos: território, povo, soberania e finalidade.⁸

Em relação à soberania, há uma divergência doutrinária quanto ao seu enquadramento como um elemento ou não do Estado. Para Santi Romano, a “potestade” ou soberania é um elemento essencial do Estado, pois desde o momento de formação do Estado, a soberania e o ordenamento jurídico estão presentes.⁹

Não sendo um elemento do Estado, a soberania seria uma qualidade, um adjetivo do Estado e não um pressuposto de existência. Isso acontece porque no seu aspecto externo, a soberania seria uma demonstração de independência do Estado e essa soberania é necessária para que esse Estado seja reconhecido perante a sociedade internacional.¹⁰

7 BASTOS, Celso Ribeiro; TAVARES, André Ramos. *As tendências do Direito Público*. São Paulo: Saraiva, 2000, p.100.

8 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 79.

9 ROMANO, Santi. *O ordenamento jurídico; tradução de Arno Dal Ri Júnior*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 117.

10 BORGES, Thiago Carvalho. *Curso de Direito Internacional Público e Direito Comunitário*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 135.

Existem Estados que não possuem soberania, como o Estado da Bahia ou do Paraná. Eles possuem um território bem delimitado, possuem uma população específica e essa população é governada por um poder superior. O Estado da Bahia não deixa de ser um Estado, mas não é soberano, pois ele está subordinado a uma autoridade maior (o Estado brasileiro).¹¹

A soberania não é um elemento, não é um pressuposto de existência de um Estado, mas uma qualidade deste. Por exemplo, o Estado Medieval é um Estado, porém não possui a qualidade de ser soberano. Segundo Georg Jellinek, *“La Edad Media, por el contrario, no conoció ni el concepto de la independencia y sustantividad del Estado, ni la existencia separada del derecho publico.”*¹²

2.2. Soberania jurídica e política

como a soberania surgiu em um momento em que era necessária a unificação, a centralização do poder para trazer uma maior organização, a qual era praticamente inexistente durante a Idade Média, independentemente da caracterização da soberania como elemento ou não do Estado, como soberania jurídica, política, social, todos esses “tipos” de soberania estão voltados à “concepção de poder”.¹³

Pela ideia de soberania política, o soberano não precisava ser justo, legítimo, correto em suas deci-

11 REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público, Curso Elementar*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 259.

12 JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 267.

13 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 86.

sões. Ele possuía o poder absoluto, supremo perante toda a sociedade e, por ser absoluto, não tinha nenhum tipo de limitação. Esse tipo de comportamento gerou um enorme conflito entre os Estados, pois todos afirmavam que eram soberanos, absolutos e que não tinham que aceitar a imposição do outro. Internacionalmente, portanto, não existia uma cooperação entre os Estados.¹⁴

A partir dessa ideia de soberania política fica evidente que o conceito de soberania trazido por Jean Bodin é um conceito eminentemente político. É importante destacar que, apesar desse conceito trazer muitos conflitos internacionais, por conta da falta de cooperação entre os Estados, este conceito não pode ser considerado inválido, pois foi criado em um momento histórico em que era justificável a ideia de poder absoluto, já que a sociedade estava vivendo uma insegurança política e jurídica durante a Idade Média. Por isso, é um conceito de fundamental importância, apesar de estar em oposição ao tema de pesquisa proposto.

Já a soberania jurídica significa o poder de decidir em última instância sobre as normas jurídicas, sobre a “eficácia do direito”. Portanto, um Estado é soberano a partir do momento que ele decide quais são as normas, as regras que serão aplicadas para o seu próprio Estado. Por essa ideia de soberania, não há um Estado que seja melhor que outro, já que todos têm soberania jurídica para criar as suas próprias leis e decidir os casos ocorridos no seu território.¹⁵

14 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 86.

15 *Ibidem*, loc. cit.

Essa face da soberania faz com que possa existir o julgamento de antijuridicidade perante um ato de determinado Estado, mesmo que ele seja considerado economicamente mais forte, por exemplo. Um Estado pode se opor ao julgamento de outro Estado por considerá-lo antijurídico, ilícito.¹⁶

2.3. Relativização da soberania

Quando há uma insatisfação social em relação ao sistema que está sendo adotado em um determinado período e, com base nisso, a sociedade substitui um modo de ser por outro que atenda melhor as suas necessidades, entende-se que houve uma crise. Durante toda a História, há diversos momentos em que ocorreram crises, como no feudalismo e no mercantilismo.¹⁷

Atualmente, pode-se considerar que há uma crise do Estado decorrente do fenômeno da globalização, visto que, através dos diversos meios de comunicação e de tecnologia, principalmente a internet, os países estão cada vez mais interligados e interconectados.¹⁸

Com o surgimento de diversos problemas globais, os quais afetam toda a população do planeta, o princípio da soberania vem sendo relativizado. Muitos países assinam tratados que versam sobre questões mundiais, como poluição, alimentação, energia, garantindo a cooperação entre os Estados. Há uma “interdependência” entre os Estados, os quais não po-

16 *Ibidem*, loc. cit.

17 BASTOS, Celso Ribeiro; TAVARES, André Ramos. *As tendências do Direito Público*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 98.

18 *Ibidem*, loc. cit.

dem mais invocar de maneira discricionária e arbitrária a ideia de limite territorial.¹⁹

O conceito tradicional de soberania como um poder absoluto ou ilimitado deve ser utilizado nos dias atuais de forma mitigada. Esse conceito não condiz com a realidade se ele for utilizado como um poder que não possa ser restringido em nenhuma situação, mesmo que envolva problemas internacionais. Ao mesmo tempo, o conceito está em coerência com a situação atual mundial se ele for utilizado como a ideia de soberania jurídica. Internamente, o Estado ainda é soberano, pois não há nenhum outro poder que seja superior a ele.²⁰

3. DIREITO FUNDAMENTAL À LOCOMOÇÃO E A SITUAÇÃO DOS REFUGIADOS NA EUROPA

No ano de 2015 a população mundial foi surpreendida pela crise de refugiados na Europa. Muitos deles saíram dos seus Estados de origem porque sofriam constantes violações aos direitos humanos e, por isso, buscavam uma melhor qualidade de vida nos países europeus, os quais são considerados países de “primeiro mundo”.

Segundo o chefe da Agência responsável pelos refugiados da ONU (ACNUR), as pessoas vivenciaram “o maior fluxo de refugiados para a Europa” durante o ano de 2015. Por ser um problema com tamanha extensão, a solução dada a essa crise deve envolver diversos países, os quais precisam contribuir, cooperar para que os refugiados tenham as garantias de vida que lhes são devidas.²¹

¹⁹ *Ibidem*, p. 99.

²⁰ *Ibidem*, *loc. cit.*

²¹ CHEFE do ACNUR pede estratégia comum para resolver crise de refugiados na Europa. *ACNUR*, 04 set. 2015. Disponível em:

O principal caso que chamou a atenção de toda a sociedade sobre esse problema foi o de um menino de 3 anos de idade, chamado Aylan, que não resistiu a violenta travessia pelo Mar Mediterrâneo e acabou morrendo.

Sua foto foi divulgada através dos meios de comunicação e comoveu muitas pessoas, já que encontrar o corpo desse pequeno garoto sírio em uma praia turca representa o sofrimento vivenciado por todos os refugiados para alcançar melhores qualidades de vida, como ter uma moradia, água, comida e a possibilidade de dar aos seus filhos a chance de viverem em um local mais seguro. Infelizmente, muitos refugiados não conseguem atingir os seus objetivos, pois acabam morrendo durante a perigosa travessia.²²

Além do risco de morte enfrentado durante a passagem de um país para outro, os refugiados que conseguem efetivamente chegar a Europa sofrem outros tipos de transtornos, quais sejam a dificuldade de abrigar-se no país de sua entrada. Há uma Convenção de Dublin que regulamenta a questão do asilo na União Européia. Nela, está prevista a seguinte regra: o primeiro país europeu que o refugiado chegar tem o dever de conceder asilo.²³

Na prática, essa regra não é viável e não está sendo efetivamente aplicada por alguns países europeus por

<<http://www.acnur.org/t3/portugues/noticias/noticia/chefe-do-acnur-pede-estrategia-comum-para-resolver-crise-de-refugiados-na-europa/>>. Acesso em: 13 nov. 2015.

²² *Ibidem.*

²³ Por que alguns imigrantes conseguem refúgio na Europa e outros não? *BBC BRASIL*, 10 de set. 2015. Acesso em: 04 nov. 2015. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/09/150910_imigrantes_recusa_tg>. Acesso em: 13 nov. 2015.

diversas causas. Primeiro por uma questão de fronteira. Muitos refugiados chegam a um território europeu por esse país estar mais próximo do seu local de origem. Isso não garante que o refugiado queira viver no primeiro local que ele ingressou e muito menos que esse país será receptivo a sua chegada. É óbvio que as pessoas preferem ficar nos locais que elas são bem-vindas. Por isso, a Alemanha, Suécia e Áustria têm sido os países mais procurados pelos refugiados.²⁴

A segunda causa é a questão familiar. Muitas vezes um refugiado consegue asilo em um determinado país e espera que o seu familiar também fique no mesmo Estado que ele se encontra. É muito mais fácil reestruturar a vida em um território novo quando o indivíduo tem o apoio familiar, por isso, não seria razoável separar essas pessoas simplesmente porque elas ingressaram primeiro em um Estado europeu diferente.²⁵

A terceira causa é a impossibilidade de um país abrigar a enorme massa populacional que pede refúgio. Por essa regra, todos os refugiados teriam que pedir asilo no primeiro território que eles chegassem, o que causaria uma sobrecarga populacional nos países mais próximos dos Estados de origem dos refugiados. É o que tem acontecido com a Hungria, a Itália e a Grécia.²⁶

24 PERGUNTAS e respostas: crise migratória na Europa, *Carta Capital*, 11 de set. 2015. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/internacional/perguntas-e-respostas-crise-migratoria-na-europa-9337.html>> Acesso em: 13 nov. 2015.

25 Por que alguns imigrantes conseguem refúgio na Europa e outros não? *BBC BRASIL*, 10 de set. 2015. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/09/150910_imigrantes_re-cusa_tg>. Acesso em: 04 nov. 2015.

26 PETER, Laurence. O que há por trás da crise de imigrantes na Europa, *G1*, 29 ago. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/>

Apesar de alguns países estarem descumprindo a regra prevista na Convenção de Dublin, outros afirmaram que seguiram rigorosamente o que foi estabelecido, como a Hungria. Declarou que o bloqueio feito nas estações de trem que levariam os refugiados a Alemanha aconteceu porque a Hungria estava cumprindo com a regra da Convenção.²⁷

Na realidade, de forma totalmente irresponsável e desumana, o primeiro-ministro húngaro tentou encontrar uma justificativa para a sua ação deplorável em relação aos refugiados. Manter essas pessoas em acampamentos e tratá-las de forma repugnante não pode acontecer só porque o país está “cumprindo uma regra da Convenção”. Os direitos humanos têm sido constantemente violados dentro desses acampamentos e também fora deles, já que o primeiro-ministro húngaro impediu a locomoção desses refugiados para outros Estados pelos trens localizados na Hungria.²⁸

Em relação ao direito de locomoção no âmbito internacional há um princípio basilar para os refugiados, que é o princípio de “*non refoulement*” (não devolução). Está definido no art. 33 da Convenção de 1951. Por esse princípio um Estado não pode proibir a entrada de uma pessoa que busca asilo em seu

27 mundo/noticia/2015/08/o-que-ha-por-tras-da-cri-se-de-imigrantes-na-europa.html>. Acesso em: 05 nov. 2015.

27 PERGUNTAS e respostas: crise migratória na Europa, *Carta Capital*, 11 de set. 2015. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/internacional/perguntas-e-respostas-cri-se-migratoria-na-europa-9337.html>> Acesso em: 05 nov. 2015.

28 ÁUSTRIA compara tratamento de refugiados na Hungria ao nazismo, *G1*, 12 de set. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/09/austria-compara-tratamento-de-refugiados-na-hungria-ao-nazismo.html>>. Acesso em: 07 nov. 2015.

território e também não pode forçar o sujeito a voltar para o seu Estado de origem.²⁹

Apesar de ser considerado uma norma de “*jus cogens*”, esse princípio sofre restrições nos casos em que há uma proteção a segurança pública do país almejado pelos refugiados ou para “salvaguarda da população, como no caso de uma massa de pessoas” buscarem asilo. Esse país não é obrigado a aceitar a “massa de pessoas”, mas ele deve, no mínimo, dar a oportunidade delas irem a outro país que as recebam bem ou conceder-lhes um asilo provisório. Portanto, o Estado deve garantir o direito à locomoção.³⁰

No âmbito nacional, o direito fundamental à liberdade de locomoção está presente no inciso XV, art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Nesse sentido, a Constituição Brasileira prescreve que o direito à liberdade de locomoção engloba tanto o direito de circular dentro do Estado nacional, o direito de manter domicílio, o direito de sair e o de entrar no território nacional. Em outros instrumentos, como no Estatuto dos Refugiados em seu art. 26, esses direitos são independentes.³¹

“A liberdade de locomoção é uma liberdade em sentido negativo”. Isso significa que uma pessoa tem autonomia para escolher qual ação ela irá tomar e

29 MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, v. 2, p. 1099.

30 MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, v. 2, p. 1098.

31 STEINMETZ, Wilson. Direito à liberdade de locomoção: um esboço de interpretação constitucional. In: GARCIA, Maria (Coord.). *Revista de Direito Constitucional e Internacional (RDCl)* (ano 21, v. 83, abril-junho/2013). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 165.

essa ação de permanecer, entrar ou sair do território nacional não deve ser obstaculizada, em princípio, visto que a Constituição não as proíbe.³²

Significando “liberdade negativa em sentido estrito”, a liberdade de locomoção representa um dever de abstenção dos particulares e, principalmente, do Estado. Este não deve impedir a escolha alheia. Não pode exercer medidas coercitivas que proíbam a decisão dos titulares do direito de locomoção (brasileiros natos ou naturalizados e estrangeiros residentes ou não).³³

Essa liberdade é limitada pela expressão “em tempo de paz” presente no inciso XV do art. 5º da Constituição Brasileira de 1988. Isso significa que, como qualquer direito, a liberdade de locomoção não é absoluta. O seu exercício pode ser limitado a partir do momento que o Brasil esteja enfrentando o estado de sítio ou tempo de guerra, por exemplo. Essa limitação é razoável, pois garante a segurança das pessoas que se encontram no território brasileiro.³⁴

Além disso, essa liberdade também é limitada por se tratar de uma norma-princípio, segundo Robert Alexy³⁵. Ou seja, a liberdade de locomoção deve ser garantida “na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”. Se houver alguma norma jurídica ou algum acontecimento fá-

32 *Ibidem*, *loc.cit.*

33 *Ibidem*, p. 167-170.

34 *Ibidem*, p. 167.

35 ALEXY, Robert *apud* STEINMETZ, Wilson. Direito à liberdade de locomoção: um esboço de interpretação constitucional. In: GARCIA, Maria (Coord.). *Revista de Direito Constitucional e Internacional (RDCI)*, ano 21, v. 83, abr./jun. 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 166.

tico, como a ocorrência de uma guerra, o exercício a liberdade de locomoção pode sofrer certa restrição.³⁶

Por ser uma norma-princípio, deve-se utilizar o princípio da proporcionalidade, o qual indica uma ideia de ponderação. Verificar no caso concreto se a limitação à liberdade de locomoção é essencial para a proteção de outros direitos fundamentais. Cada situação tem que ser analisada minuciosamente para que tenha a certeza de que a restrição à liberdade de locomoção foi necessária. Caso contrário, a liberdade de locomoção é o direito fundamental que deve ser protegido.³⁷

3.1. Antecedentes relevantes para o surgimento da situação

Existem diversos motivos para a grande crise de refugiados no ano de 2015. O principal deles é a perseguição sofrida pelas pessoas em seus países de origem e o medo ocasionado por conflitos armados, existentes principalmente na Ásia e na África.³⁸

Muitos refugiados saem da Síria fugindo da Guerra Civil que está ocorrendo nesse país desde 2011. Essa guerra civil decorre da insatisfação popular com o

36 STEINMETZ, Wilson. Direito à liberdade de locomoção: um esboço de interpretação constitucional. In: GARCIA, Maria (Coord.). *Revista de Direito Constitucional e Internacional (RDCI)*, ano 21, v. 83, abr./jun. 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 166.

37 *Ibidem*, p. 169.

38 BALBINO, Daniel Avelar Leda. Saiba quais são os conflitos que alimentam a crise de refugiados na Europa, São Paulo, *Folha de São Paulo*, 03 set. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/asmais/2015/09/1676793-saiba-quais-sao-os-conflitos-que-alimentam-a-crise-de-refugiados-na-europa.shtml>>. Acesso em: 01 nov. 2015.

regime implementado pelo ditador Bashar Al-Assad. O país vive em uma instabilidade política e uma enorme onda de violência, já que o controle do território está dividido entre pessoas que sejam fiéis a Assad e grupos que se rebelam contra o ditador, como o Exército Livre da Síria. Uma parte dos sírios fugiu para outras regiões da Síria, outra parte foi para outros países e uma parcela menor desses refugiados busca asilo em países europeus economicamente privilegiados.³⁹

Outros refugiados estão deixando o Afeganistão, pois este Estado vivenciou diversos conflitos desde a década de 70. A dispersão do povo com nacionalidade afegã por conta do preconceito ou por perseguição política, religiosa ou étnica ocorreu principalmente por causa dos seguintes períodos: invasão soviética (1978 a 1979), guerra civil (1992 a 1996), regime fundamentalista do Taleban (1996 a 2001) e intervenção militar americana depois dos atentados terroristas no dia 11 de setembro de 2001.⁴⁰

Atualmente, o grupo radical islâmico Taleban vem tentando dominar novamente o Afeganistão, aproveitando-se da saída de grande parte das forças estrangeiras ocorrida no final de 2014. Com medo desses ataques violentos e da possível instabilidade política, muitos refugiados afegãos têm buscado asilo em países europeus.⁴¹

39 *Ibidem.*

40 BALBINO, Daniel Avelar Leda. Saiba quais são os conflitos que alimentam a crise de refugiados na Europa, São Paulo, *Folha de São Paulo*, 03 set. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/asmais/2015/09/1676793-saiba-quais-sao-os-conflitos-que-alimentam-a-crise-de-refugiados-na-europa.shtml>>. Acesso em: 01 nov. 2015.

41 AGÊNCIAS de Notícia. Taleban ataca comboio da Otan em Cabul deixando 2 mortos e 26 feridos, *Folha de São Paulo*, 30 jun. 2015.

A Eritreia é outro país de origem dos refugiados. Esse país é governado por um ditador desde 1993. O principal motivo da saída dos eritreus do seu país é o aumento do recrutamento militar, o qual é obrigatório. Como o país vive em constante conflito, as pessoas não querem ser obrigadas a defender o território nacional, participando do Exército Militar e colocando em risco as suas próprias vidas. Consequentemente, muitos eritreus procuram uma vida melhor na Europa.⁴²

É impossível analisar todas as situações dos países de origem dos refugiados, visto que esses refugiados saem de diversos Estados, como Nigéria e Somália. Porém, é importante destacar a semelhança entre esses países. Em sua grande maioria há uma instabilidade política, grande nível de pobreza, muitos conflitos armados e uma constante violação de direitos humanos.

3.2. Proteção dos direitos humanos para os refugiados

um dos principais instrumentos que protege os direitos humanos dos refugiados atualmente é o Estatuto dos Refugiados, o qual foi criado na Convenção de 1951, mas, somente entrou em vigor em 1954.⁴³

A Convenção de 1951, em seu art. 1º, A, n. 2 conceitua o refugiado como aquele que está fora do seu país de origem, pois teme ser perseguido por motivo

Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2015/06/1649579-carro-bomba-atinge-comboio-da-otan-no-afeganistao-e-fere-dezenas.shtml>>. Acesso em: 07 nov. 2015.

42 *Ibidem*.

43 MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, v. 2, p. 1097.

de raça, religião, grupo social, nacionalidade ou opinião pública.⁴⁴

Esse conceito trazido na convenção de 1951 atualmente tem sido bastante criticado, pois ele foi feito com a finalidade de proteger vítimas da Segunda Guerra Mundial que estavam sendo perseguidas e não protege os casos mais recentes de refugiados, como os refugiados por causas ambientais. Aqueles que não eram enquadrados nesse conceito viviam em “uma zona de não-direito do sistema tradicional de proteção internacional dos refugiados”. Ou seja, não recebiam a devida proteção pelo sistema internacional.⁴⁵

Para que qualquer tipo de indivíduo tenha a garantia dos seus direitos humanos, em vários locais do mundo tem-se adotado o conceito de refugiado trazido pela OUA (Convenção da Organização da Unidade Africana de 1969), o qual define o refugiado como o indivíduo que tem que deixar o seu país de origem e buscar um abrigo em outro local por diversas causas, como, por exemplo, a ocorrência de eventos que perturbem seriamente a ordem pública.⁴⁶

Há ainda uma classificação diferente para as pessoas que não conseguiram passar por uma fronteira internacional porque foram impedidas pelos Estados. Elas são conhecidas como pessoas deslocadas.

44 *Ibidem*, p. 1094.

45 BREITWISSER, Liliane Graciele. Refugiados ambientais: breves notas sobre sua proteção jurídica internacional. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. (Orgs). *Doutrinas Essenciais Direitos Humanos. Proteção Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. VI, p. 895.

46 MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, v. 2, p. 1094.

Apesar de não serem classificadas como refugiados, porque na verdade essas pessoas não conseguiram o refúgio que elas almejavam, a mesma proteção que é dada aos refugiados também é garantida as pessoas deslocadas. “Elas têm o direito de pedir e receber assistência humanitária”.⁴⁷

Através dessa classificação, pode-se entender que a atuação da Hungria criando barreiras para impedir o fluxo de pessoas pelo seu país criou um enorme número de pessoas deslocadas. A maioria dessas pessoas não queria permanecer no território húngaro. Visavam alcançar os países que estavam “de portas abertas” para recebê-los, garantindo asilo, comida e condições básicas de vida.

Em regra, todos os direitos e deveres que são garantidos aos estrangeiros também são garantidos aos refugiados. Além disso, a Convenção de 1951 protegerá indiscriminadamente todos os refugiados. Portanto, não há uma desigualdade quanto à proteção dessas pessoas, as quais possuem características próprias, como a escolha religiosa, o país de origem e o tipo de raça.⁴⁸

Os refugiados têm direito à liberdade religiosa, liberdade de associação, direito ao exercício de determinadas profissões liberais, como ser comerciante, direito à vida, direito à propriedade, são beneficiados pela legislação trabalhista, previdenciária e de educação pública e também possuem o direito à locomoção. Porém, o direito à locomoção pode sofrer algumas res-

⁴⁷ *Ibidem*, p. 1095.

⁴⁸ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, v. 2, p. 1097.

trições, as quais devem ser as mesmas impostas aos estrangeiros.⁴⁹

O direito de asilo é um direito almejado por todos os sujeitos que querem ser efetivamente refugiados, já que através da concessão de asilo por um Estado há uma possibilidade maior dos direitos humanos serem efetivamente garantidos. O asilo traz uma segurança para esses indivíduos.

O direito de asilo tem como objetivo proteger o indivíduo. Inicialmente o asilo territorial era concedido apenas para aquelas pessoas que sofriam algum tipo de perseguição em seu país de origem. Porém, se o motivo da perseguição fosse a prática de crimes de direito comum ou a prática de atos que violam os objetivos e princípios das Nações Unidas, esse direito não seria garantido. O direito ao asilo territorial está previsto no art. XIV da Declaração Universal dos Direitos do Homem.⁵⁰

Discute-se se o asilo é um direito do Estado ou do indivíduo. A Constituição brasileira de 1988 estabelece, a partir de uma interpretação do art. 4º, que o asilo é um direito do Estado, já que este irá qualificar o sujeito como perseguido político ou não e este não tem a obrigação de conceder o asilo. Na Convenção Interamericana sobre asilo territorial (Caracas, 1954), em seu art. 1º, também há a afirmação de que o asilo é um direito do Estado, já que o Estado permitirá “dentro do seu território as pessoas que julgar conveniente.”⁵¹

A doutrina critica esses artigos, de forma plausível, considerando que seria um dever do Estado a

49 *Ibidem*, loc.cit.

50 *Ibidem*, p. 1091.

51 *Ibidem*, p. 1093.

concessão de asilo. Por ser um instituto com essência humanitária, ou seja, que visa à proteção do indivíduo, o asilo só irá cumprir com o seu objetivo primordial quando o considerarem um direito do indivíduo, e não do Estado.⁵²

Decerto a crítica doutrinária é adequada, visto que, se o asilo fosse aplicado dessa forma, muitos conflitos seriam evitados e haveria uma maior proteção aos direitos humanos dos refugiados. É importante destacar que o recebimento de refugiados através da concessão de asilo não deve acontecer apenas por um Estado, pois, territorialmente, é impossível acolher todos em um único local. A crise de refugiados envolve uma assistência humanitária que deveria ser realizada por diversos países do mundo em conjunto.

Há uma limitação para conceder o abrigo. O Estado não teria o dever de aceitar qualquer pedido de asilo. O refugiado deveria demonstrar objetivamente que ele se encontra em uma situação inaceitável no seu país de origem e que está disposto a cumprir todas as normas do novo Estado que ele irá morar. Na prática, o problema está exatamente nessa situação. Algumas pessoas burlam as regras, fingem que são refugiados e ingressam em outros países simplesmente por questões econômicas ou para cometer ataques violentos. Em contrapartida, alguns Estados europeus têm adotado o ultranacionalismo, impedindo a passagem de qualquer indivíduo, até os que realmente são refugiados e violando direitos fundamentais.

52 MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, v. 2, p. 1093.

3.3. A atuação dos países europeus

O cenário atual demonstra que alguns países europeus têm sido bastante solidários, receptivos e engajados com a crise dos refugiados ocorrida em 2015. Em contrapartida, outros países têm se mostrado bastante conservadores, xenofóbicos e individualistas.

A Hungria adotou diversas posturas que violam direitos básicos de qualquer ser humano. Primeiramente construiu uma cerca para obstaculizar a passagem dos refugiados pelo seu território, violando o direito à locomoção. Além disso, diversos refugiados relatam atos de discriminação e intolerância praticados por alguns húngaros.⁵³

Países localizados na Europa Oriental, como Bulgária, Romênia e Sérvia declararam que irão fechar as suas fronteiras para conter o enorme fluxo migratório. A Eslovênia é outro país que provavelmente adotará as mesmas atitudes tomadas pela Hungria ao bloquear a passagem das pessoas através da criação de uma cerca.⁵⁴

Por outro lado, a população alemã e austríaca tem se mostrado bastante receptiva com a chegada dos refugiados, doando roupas de frio, sapatos, oferecendo caronas para o deslocamento dessas pessoas e criando diversos abrigos ao redor do país.

53 CASO de cinegrafista que deu ‘rasteira’ em refugiado ilustra crescimento de intolerância na Hungria, Brasília, *BBC BRASIL*, 09 set. 2015. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/09/150909_hungria_cinegrafista_extremista_fd>. Acesso em: 05 nov. 2015.

54 PAÍSES da Europa Oriental estudam ‘mega-fechamento’ de fronteiras contra refugiados, *BBC BRASIL*, 25 out. 2015. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/10/151025_balcas_refugiados_fd>. Acesso em: 08 nov. 2015.

A chanceler alemã declarou que o país está disposto a ajudar esses refugiados, mas que outros países da União Europeia também devem apoiar esses indivíduos. A crise migratória é mundial. Por isso, afeta todos os países indiscriminadamente.⁵⁵

O chanceler austríaco, por sua vez, criticou o posicionamento tomado pelo primeiro-ministro húngaro, comparando essa atitude com o período nazista. Primeiramente a Hungria adotou um bloqueio nas estações de trem em Budapeste. Depois resolveu encaminhar todos esses refugiados para outros países, sendo que essas pessoas se encontravam em uma situação deplorável nos trens, pois ultrapassou a capacidade permitida.

Já os que permaneciam em território húngaro recebiam um péssimo tratamento, demonstrando o autoritarismo, a falta de capacidade para lidar com a diversidade e a falta de proteção aos direitos humanos dos refugiados.⁵⁶

4. A POSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO DA SOBERANIA DE UM ESTADO PARA GARANTIR O DIREITO À LOCOMOÇÃO DOS REFUGIADOS

Após a Segunda Guerra Mundial que provocou a morte de milhares de pessoas por atos discrimina-

55 AUSTRIACOS recebem refugiados com doações de roupa e sapatos, *BBC BRASIL*, 07 set. 2015. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/09/150907_doacoes_austria_ab>. Acesso em: 11 nov. 2015.

56 ÁUSTRIA compara tratamento de refugiados na Hungria ao nazismo, *G1*, 12 set. 2015. Acesso em: 07 nov. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/09/austria-compara-tratamento-de-refugiados-na-hungria-ao-nazismo.html>>.

tórios e ultranacionalistas, a sociedade internacional passou a se preocupar efetivamente com a proteção dos direitos humanos. Era necessário que esses direitos fossem verdadeiramente observados, cumpridos por toda a coletividade para evitar o acontecimento de novas barbaridades, como essa ocorrida durante a Segunda Guerra Mundial.⁵⁷

O direito internacional passou a proteger o ser humano através da criação de normas específicas que devem ser cumpridas. Essas normas versam sobre os direitos humanos. A partir desse momento, os indivíduos também são sujeitos de direito internacional e ocupam a posição central deste direito.⁵⁸

Ocorreu uma mudança de pensamento no direito internacional. Antigamente, o Estado era considerado o único sujeito desse direito e, por isso, o Estado possuía uma posição superior em relação aos indivíduos. Hoje isso não condiz mais com a realidade. Deve-se proteger primeiro os direitos humanos em detrimento da soberania absoluta de um Estado.⁵⁹

Por isso, o conceito tradicional de soberania absoluta, conceito classificado como soberania política, não deve mais ser utilizado. O poder soberano tem sim uma limitação, portanto, ele deve ser relativizado. Essa limitação ocorre justamente quando há uma proteção aos direitos humanos.⁶⁰

57 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos, dois fundamentos irreconciliáveis. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 52, jul./set. 2005, p. 482.

58 *Ibidem*, p. 483.

59 *Ibidem*, *loc. cit.*

60 *Ibidem*, *loc. cit.*

No âmbito interno, classificado como soberania jurídica, o Estado ainda é soberano, pois ele é responsável pela edição das próprias leis que irão regulamentar as questões internas do seu país. Além disso, não há nenhum poder que seja hierarquicamente superior a ele.⁶¹

Isso não ocorre com a soberania externa de um Estado. Esse país pode e deve sofrer limitações, seja ratificando tratados, seja no cumprimento dos direitos fundamentais do indivíduo. Essa responsabilidade é atribuída a todos os Estados, já que eles se encontram em uma situação de igualdade e devem cooperar para que haja um equilíbrio entre as nações.⁶²

Como o direito à locomoção é um dos direitos humanos garantidos aos refugiados através da Convenção de 1951, o Estado tem que garantir o direito de ir e vir a esses indivíduos. O país não pode invocar uma suposta soberania, uma superioridade em relação a essas pessoas, aplicando medidas coercitivas que ele supõe serem adequadas. A proteção aos direitos humanos, como o direito à locomoção, deve sobressair em relação à soberania externa.

A atitude tomada pela Hungria exemplifica a prática de uma visão tradicional de soberania e a falta da aplicação do princípio da não devolução. Esse princípio determina que o Estado não devolva o refugiado ao seu país de origem. Além disso, quando há uma

61 *Ibidem*, p. 486.

62 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos, dois fundamentos irreconciliáveis. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 52, jul./set. 2005, p. 486.

massa populacional requerendo asilo, o Estado deverá garantir o asilo provisório ou a possibilidade dos refugiados se deslocarem para outro território. O não cumprimento desse princípio ocorreu no momento em que a Hungria impediu a utilização dos seus trens pelos refugiados que queriam se deslocar para outros Estados.

Ressalta-se ainda o fechamento de suas fronteiras através da construção de cercas que impossibilitaram a locomoção desses refugiados para países receptivos. Isso demonstra mais uma violação de um direito fundamental praticada pelo território húngaro.

Realizadas tais considerações, fica evidenciado que existe a possibilidade de limitação da soberania de um Estado para garantir o direito fundamental à locomoção dos refugiados.

5. CONCLUSÃO

Após as constantes violações de direitos humanos ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial, o direito internacional passou a adotar um novo paradigma para orientar os conflitos entre as nações. Esse paradigma indica a superioridade dos direitos fundamentais do cidadão em detrimento do princípio da não-intervenção.

Apesar do princípio da não-intervenção ser considerado um *jus cogens*, ou seja, ser um princípio imperativo do direito internacional, este pode sofrer limitações quanto ao seu exercício quando a sua utilização puder ocasionar um desrespeito aos direitos fundamentais.

Isso significa que um país não pode propor medidas coercitivas aos sujeitos justificadas pelo princípio da não-intervenção e pelo princípio da soberania quando essas medidas violarem drasticamente os direitos humanos.

Desta forma, como o direito à liberdade de locomoção é um dos direitos humanos previstos para os refugiados, qualquer Estado europeu deve, no mínimo, garantir a liberdade de deslocamento dessas pessoas. A partir do momento que um determinado Estado impede o deslocamento dos refugiados para outros países receptivos a chegada desses indivíduos, esse Estado está utilizando uma noção de soberania que não é mais condizente com a realidade atual.

Portanto, há uma clara violação ao direito fundamental de locomoção, a qual não deveria ocorrer, visto que existe uma efetiva limitação da soberania de um Estado. Além disso, outros direitos fundamentais também devem ser respeitados pelos países que recebem esses refugiados, como o direito à assistência aos desamparados e o direito à alimentação.

Como a crise dos refugiados engloba todos os países do mundo, a solução dada a essa crise deve ser formulada em conjunto, garantindo uma efetiva colaboração entre os Estados para alcançar uma situação mais equilibrada.

Por isso, um determinado território não tem mais a total discricionariedade para escolher as ações que ele irá tomar dentro das suas fronteiras, pois essas ações trarão consequências para toda a sociedade internacional.

Como o ser humano passou a ser o foco central do direito internacional, a assistência humanitária deve ser vista como um dos principais deveres dos Estados. Em contrapartida, o ultranacionalismo, a discriminação religiosa e o conservadorismo excessivo são características contrárias à assistência humanitária. Desse modo, essas características devem ser reformuladas para garantir a efetiva proteção de todos os direitos humanos dos refugiados.

6. REFERÊNCIAS

- AGENCIAS de Notícia. Taleban ataca comboio da Otan em Cabul deixando 2 mortos e 26 feridos, *Folha de São Paulo*, 30 de jun. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2015/06/1649579-carro-bomba-atinge-comboio-da-otan-no-afeganistao-e-fere-dezenas.shtml>>. Acesso em: 07 nov. 2015.
- ÁUSTRIA compara tratamento de refugiados na Hungria ao nazismo, *G1*, 12 de set. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/09/austria-compara-tratamento-de-refugiados-na-hungria-ao-nazismo.html>>. Acesso em: 07 nov. 2015.
- AUSTRÍACOS recebem refugiados com doações de roupa e sapatos, *BBC BRASIL*, 07 de set. 2015.. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/09/150907_doacoes_austria_ab>. Acesso em: 11 nov. 2015.
- AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 44. ed. São Paulo: Globo, 2005.
- BALBINO, Daniel Avelar Leda. Saiba quais são os conflitos que alimentam a crise de refugiados na Europa, São Paulo, *Folha de São Paulo*, 03 set. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/asmais/2015/09/1676793-saiba-quais-sao-os-conflitos-que-ali>>

mentam-a-crise-de-refugiados-na-europa.shtml>. Acesso em: 01 nov. 2015.

BASTOS, Celso Ribeiro; TAVARES, André Ramos. *As tendências do Direito Público*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BORGES, Thiago Carvalho. *Curso de Direito Internacional Público e Direito Comunitário*. São Paulo: Atlas, 2011.

BREITWISSER, Liliane Graciele. Refugiados ambientais: breves notas sobre sua proteção jurídica internacional. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. (Orgs). *Doutrinas Essenciais Direitos Humanos. Proteção Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. VI, p. 887-910.

CASO de cinegrafista que deu 'rasteira' em refugiado ilustra crescimento de intolerância na Hungria, Brasília, *BBC BRASIL*. 09 set. 2015. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/09/150909_hungria_cinegrafista_extremista_fd> Acesso em: 05 nov. 2015.

CHEFE do ACNUR pede estratégia comum para resolver crise de refugiados na Europa. *ACNUR*, 04 set. 2015. Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/portugues/noticias/noticia/chefe-do-acnur-pede-estrategia-comum-para-resolver-crise-de-refugiados-na-europa/>>. Acesso em: 13 nov. 2015.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2002.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos, dois fundamentos irreconciliáveis. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 52, jul./set. 2005, p. 327-339.

- MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. v. 2. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- PAÍSES da Europa Oriental estudam ‘mega-fechamento’ de fronteiras contra refugiados, *BBC BRASIL*, 25 out. 2015. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/10/151025_balcas_refugiados_fd>. Acesso em: 08 nov. 2015.
- PETER, Laurence. O que há por trás da crise de imigrantes na Europa, *G1*, 29 ago. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/08/o-que-ha-por-tras-da-crise-de-imigrantes-na-europa.html>>. Acesso em: 05 nov. 2015.
- PERGUNTAS e respostas: crise imigratória na Europa, *Carta Capital*, 11 set. 2015. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/internacional/perguntas-e-respostas-crise-imigratoria-na-europa-9337.html>>. Acesso em: 08 nov. 2015.
- POR QUE alguns imigrantes conseguem refúgio na Europa e outros não? *BBC BRASIL*, 10 set. 2015. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/09/150910_imigrantes_recusa_tg>. Acesso em: 04 nov. 2015.
- REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público, Curso Elementar*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- ROMANO, Santi. *O ordenamento jurídico; tradução de Arno Dal Ri Júnior*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.
- STEINMETZ, Wilson. Direito à liberdade de locomoção: um esforço de interpretação constitucional. In: GARCIA, Maria (Coord.). *Revista de Direito Constitucional e Internacional (RDCI)*, ano 21, v. 83, abr./jun. 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 163-176.

Capítulo VIII

A vulnerabilidade dos transexuais e travestis no sistema carcerário

Luana Alvarez

Graduanda em Direito pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão.
Artigo produzido a partir do Grupo de pesquisa em Vulnerabilidade,
da Faculdade Baiana de Direito e Gestão, coordenado pelo Prof. Dr.
Maurício Requião (luanaalvarez@hotmail.com)

Sabrina Rigaud

Graduanda em Direito pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão.
Artigo produzido a partir do Grupo de pesquisa em Vulnerabilidade,
da Faculdade Baiana de Direito e Gestão, coordenado pelo Prof. Dr.
Maurício Requião (sbrigaud@hotmail.com)

A vulnerabilidade dos transexuais e travestis no sistema carcerário

Resumo: O presente artigo visa expor a vulnerabilidade em torno dos transexuais e travestis com o devido embasamento jurídico, trazendo dados sobre a questão da orientação sexual, identidade de gênero, enquadramento do grupo no sistema carcerário e trabalhando com a ideia da deficiência por parte do Estado em garantir direitos a esse grupo. Outrossim, demonstra que esse grupo sofre abusos e violações no local em que deveriam estar em segurança e com os direitos garantidos. O artigo, com fundamentos jurídicos, traz uma tentativa de quebrar a invisibilidade que ocorre em torno dos transexuais e travestis que se encontram em locais inadequados, de acordo com a sua identidade de gênero, para o cumprimento de uma pena. Ademais, externa que para ocorrer uma mudança na realidade desse grupo, tanto na sociedade como nas prisões, é preciso que haja uma quebra da estigmatização perpetrada pela comunidade e pelo Estado, e que o legislador opte por protegê-los.

Palavras-chave: Vulnerabilidade. Identidade de Gênero. Transexuais. Travestis. Sistema Carcerário Brasileiro.

SUMÁRIO: 1. Introdução — 2. A questão do gênero (Transexuais e travestis) — 3. A vulnerabilidade e as suas nuances — 4. A vulnerabilidade no sistema carcerário — 5. Conclusão — 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A vulnerabilidade pode ser entendida como a facilidade em ser ferido decorrente dos eventos da vida. No contexto do artigo os vulneráveis são aqueles que não se identificam com o seu gênero biológico e, por esse motivo, são esquecidos e tidos como invisíveis perante a sociedade e o Estado. Destarte, a situação toma outra dimensão quando os transexuais e travestis cometem algum ato infracional, pois são mantidos em um sistema prisional binário onde um homem que não se identifica com o sexo masculino deve ficar numa prisão masculina e uma mulher que não se identifica com o sexo feminino deve ficar numa prisão feminina.

Para mostrar a fragilidade de ser ferido dos transexuais e travestis no sistema carcerário brasileiro o presente artigo está dividido em três capítulos que tentam mostrar como se sucede essa vulnerabilidade e como que se pode superar este quadro a partir da efetivação das políticas públicas e a criação de legislação específica.

O primeiro capítulo aborda a questão da diferença entre orientação sexual, compreendida numa relação entre um sujeito e outro, e a identidade de gênero, compreendida numa relação interna do sujeito consigo mesmo. Não obstante, o capítulo traz também a definição de transexual e travesti e esclarecendo a diferença entre os dois conceitos.

O segundo capítulo traz as definições de vulnerabilidades encontradas na doutrina, assim como os tipos de vulnerabilidades que uma pessoa pode ter dentro da nossa sociedade. Menciona-se, também, o

caráter multifacetário da vulnerabilidade dos transexuais e dos travestis, pois se enquadram em mais de um tipo de vulnerabilidade, como, por exemplo, na social e na jurídica.

Por fim, o terceiro capítulo retrata a questão da vulnerabilidade dos transexuais e dos travestis no sistema carcerário brasileiro, ponto central do presente artigo, desdobrando-se sobre a realidade desse grupo nas prisões e mostrando o começo de uma possível mudança no sistema prisional por meio de algumas medidas adotadas por alguns Estados e penitenciárias.

O artigo tenta abordar e deixar claro o estado de vulnerabilidade dos transexuais e travestis tanto fora quanto dentro de uma prisão e com o intuito, também, de mostrar as formas de como alguns Estados estão atuando diante das violações que esse grupo vem sofrendo, para assim influenciar outros para uma possível melhora na tutela desse grupo.

2. A QUESTÃO DO GÊNERO (TRANSEXUAIS E TRAVESTIS)

“Não se nasce mulher: torna-se.”

Simone de Beauvoir em “O segundo sexo” (1949)

A questão da vulnerabilidade na seara da sexualidade tem uma abrangência muito maior do que a que se propõe o presente trabalho. As categorias sexuais mais comuns e estudadas se dividem em três grandes áreas de estudo: a orientação sexual, o sexo biológico e o gênero. É claro que todos os vulneráveis sociais dessa seara devem ser igualmente protegidos pelo sistema jurídico, mas sendo sobre esse último que recai o nosso objeto de estudo, será ele e sua sub-

divisão, expressão de gênero e identidade de gênero, que abordaremos com maior ênfase no capítulo.

No âmbito internacional, desde a década de 90 podemos verificar a tentativa de estimular discussões a respeito da proteção das sexualidades humanas. Mas só houve uma normatização plausível no ano de 2006¹, após a reunião da Comissão Internacional de Juristas, o Serviço Internacional de Direitos humanos e especialistas, na Indonésia, a qual resultou na elaboração dos “Princípios de Yogyakarta.”

Referem-se a “Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero”, conforme redação de sua ementa. Apesar de não ter caráter vinculativo para os estados, esse é um importante documento internacional para o tema estudado, pois além de trazer como um dos seus princípios o direito a tratamento humano durante a detenção (princípio 9), traz também a definição de orientação sexual e identidade de gênero em seu preâmbulo:

“COMPREENDENDO “orientação sexual” como estando referida à capacidade de cada pessoa de experimentar uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como de ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas;

ENTENDENDO “identidade de gênero” como estando referida à experiência interna, individual e profunda-

1 BOMFIM, Urbano Félix Pugliese do. *O direito como instrumento protetor dos vulnerados na seara das sexualidades*. 2015. Tese (Pós-graduação em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, p. 111.

mente sentida que cada pessoa tem em relação ao gênero, que pode, ou não, corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo-se aí o sentimento pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive o modo de vestir-se, o modo de falar e maneirismos;”

Assim, se entende que a orientação sexual se relaciona com o envolvimento/atração emocional, afetiva ou sexual do sujeito com outro indivíduo. Já a identidade de gênero é uma relação interna, tem a ver com o sentimento de correspondência que aquele indivíduo tem com um determinado gênero, podendo ou não haver coincidência entre o sexo biológico e o psicológico.

O conceito de gênero, conforme já foi dito, se subdivide em expressão de gênero e identidade de gênero.

O devir masculino e feminino são formas arbitrárias impostas ao comportamento humano e apreendidas naturalmente na formação social dos indivíduos. A sociedade, arbitrariamente, impõe valores ditos como feminino, e não admite ao masculino agir conforme esses valores.²

Segundo a Cartilha de Orientação para a Família sobre os Direitos das Crianças em Situação de Interssexo, gênero: “são característica psicológicas e sociais atribuídas pela sociedade a cada sexo. Determinadas culturas atribuem alguns comportamento, sentimen-

2 BOMFIM, Urbano Félix Pugliese do. *O direito como instrumento protetor dos vulnerados na seara das sexualidades*. 2015. Tese (Pós-graduação em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, p. 127.

tos e pensamento como próprio a meninos, meninas ou outros”.³

É dessa noção que decorre a expressão de gênero, pois ela diz respeito à exteriorização no mundo daquela maneira de agir a qual se acredita corresponder a um determinado gênero, seja ele feminino masculino ou neutro (andróginas). Ou seja, é a conformidade aos padrões que são estipulados pela sociedade para um determinado gênero. Essa expressão do gênero é refletida pelas escolhas comportamentais que aquele indivíduo tem quanto ao seu modo de viver.⁴

A sociedade sutilmente impõe que a expressão de gênero corresponda ao sexo biológico daquele indivíduo, por exemplo, que as pessoas que nascem como homens expressem o gênero masculino. Se o sujeito não se expressar nem como um gênero nem como o outro será dito como uma pessoa andrógina, ou seja, é um conceito feito pela exclusão, não enquadramento nem ao masculino nem ao feminino.⁵

A vulnerabilidade quanto à expressão de gênero nasce justamente no momento em que não se verifica essa correspondência entre o gênero tido em seu nascimento e a forma como aquele indivíduo se expressa para o mundo.

3 CANGUÇI, A. K.; LIMA, I. M. S. O. *Dignidade da Criança em situação de intersexo: orientações para família*. Disponível em: <<https://intersexualidade.files.wordpress.com/2014/10/versc3a3o-blog-intersexualidade.pdf>>. Acesso em: 03 dez. 2015. p. 44.

4 BOMFIM, Urbano Félix Pugliese do. *O direito como instrumento protetor dos vulnerados na seara das sexualidades*. 2015. Tese (Pós-graduação em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, p.128-129.

5 *Ibidem*, p. 130.

Já a identidade de gênero, conforme já vimos pelos Princípios de Yogyakarta, não tem a ver com o desejo sexual (orientação sexual), nem com a forma com que aquele indivíduo se comporta perante a sociedade (expressão de gênero), se refere a um sentimento interno do indivíduo, a forma como o indivíduo sente e percebe o seu gênero, e é nela que se encontra a vulnerabilidade objeto do presente artigo, a dos transexuais e travestis.

A Cartilha de Orientação para a Família sobre os Direitos das Crianças em Situação de Intersexo, define o que vem a ser a identidade de gênero:

“A identidade de gênero é como a pessoa se sente e percebe seu gênero. A identidade de gênero não está definida ao nascimento, é uma construção que envolve dimensões subjetivas e culturais”.⁶

A resolução n. 1, conjunta do CNPCP — CNCD/LGBT, em seu artigo 1º parágrafo único, conceitua os transexuais e travestis, para os efeitos daquela resolução⁷, sendo:

“IV — Travestis: pessoas que pertencem ao sexo masculino na dimensão fisiológica, mas que social-

6 CANGUÇI, A. K.; LIMA, I. M. S. O. *Dignidade da Criança em situação de intersexo: orientações para família*. Disponível em: <<https://intersexualidade.files.wordpress.com/2014/10/versc3a3o-blog-intersexualidade.pdf>>. Acesso em: 03 dez. 2015.

7 SÃO PAULO. Resolução Conjunta n.1, de 15 de abril de 2014. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Brasília, DF, 17 abr. 2014, seção 1, p. 1. Disponível em: <ftp://ftp.saude.sp.gov.br/ftpsessp/bibliote/informe_eletronico/2014/iels.abr.14/Iels74/U_RS-CJ-PR-CNPCP-CNCD-1_150414.pdf>. Acesso em: 04 dez. 2015.

mente se apresentam no gênero feminino, sem rejeitar o sexo biológico;

“V — Transexuais: pessoas que são psicologicamente de um sexo e anatomicamente de outro, rejeitando o próprio órgão sexual biológico.”

Esse conceito de transexual, se completa com a noção trazida na Cartilha de Orientação para a família sobre os direitos das crianças em situação de intersexo: “...Na transexualidade não há dúvida sobre o sexo da criança ao nascimento. Para as pessoas transexuais, seu corpo não expressa a forma como se sentem e como percebem seu gênero...”⁸

Outro conceito de transexual nos indica que:

“Transexual é uma pessoa humana cujo sexo biológico foi definido como de um dos supostos pólos — homem ou mulher — e, ao longo da vida e do viver houve a identificação com a identidade de gênero *inversa* ao quanto determinado pela normatização difusa social. Explicitando o quanto tido: um indivíduo nasce e é tido como homem — por razão do físico. Ao longo da vida e do viver tem a identidade sexual construída como mulher. Logo, para a sistemática jurídica, é um caso de transexualidade”.⁹

De um modo geral, o discurso científico de diferenciação do conceito de travestilidade e transexua-

8 CANGUÇI, A. K.; LIMA, I. M. S. *O.Dignidade da Criança em situação de intersexo: orientações para família*. Disponível em: <<https://intersexualidade.files.wordpress.com/2014/10/versc3a3o-blog-intersexualidade.pdf>>. Acesso em: 04 dez. 2015

9 BOMFIM, Urbano Félix Pugliese do. *O direito como instrumento protetor dos vulnerados na seara das sexualidades*. 2015. Tese (Pós-graduação em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, p. 34.

lidade se baseia no desejo ou não de uma mudança completa do corpo através da transgenitalização. De acordo com esse pensamento, travestis seriam aqueles indivíduos que se identificam como de um determinado gênero, e exteriorizam isso através do seu comportamento, mas que não buscam o procedimento cirúrgico. Já os transexuais seriam aqueles que além da identificação com o gênero, desejam e buscam uma modificação corporal completa, incluindo a cirurgia de “mudança de sexo”¹⁰.¹¹

3. A VULNERABILIDADE E AS SUAS NUANCES

A vulnerabilidade no direito civil é tida como uma falta ou menor proteção decorrente de aspectos biológicos, sociais, jurídicos, institucionais ou econômicos. Ou seja, existe uma deficiência em torno da proteção desses sujeitos intitulados vulneráveis, podendo ser feridos facilmente. Carneiro e Veiga, citados por Rosane Janczura, definem vulnerabilidade como exposição a riscos e baixa capacidade material, simbólica e comportamental de famílias e pessoas para enfrentar e superar os desafios com que se defrontam.¹²

10 Alguns autores optam por utilizar-se da nomenclatura “adequação de sexo”, por afirmarem que o sexo daquele indivíduo é o seu sexo psicológico e a cirurgia seria apenas uma forma de colocar a sua aparência física em consonância com seu verdadeiro sexo.

11 AGUINSKYA, B. G.; FERREIRA, G. G.; CIPRIANI, M. Vidas (hiper) precárias: Políticas públicas penais e de segurança face às condições e vida de travestis e transexuais no Rio Grande do Sul. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito*, n.2, v.6, p. 292-304, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/viewFile/18589/1263>>. Acesso em: 04 dez. 2015

12 JANCZURA, Rosane. Risco ou vulnerabilidade social?. *Textos e Contextos*, Porto Alegre, v. II, n. 2, p. 301-308, dez. 2012. Disponível em: <www.revistaseletronicas.pucrs.br>. Acesso em: 02 fev. 2016.

A vulnerabilidade pode ser entendida, também, como uma forma de desigualdade. Quando uma pessoa ou um grupo torna-se vulnerável significa que na relação, com a sociedade ou com o próximo, não existe igualdade pelo fato de que os dois polos não estão unidos das mesmas condições financeiras, sociais e jurídicas.

Segundo Inocêncio Mártires, citado por Diego Manassés, a proteção do vulnerável significa concretizar o princípio constitucional da igualdade ou isonomia, pelo qual serão tratados igualmente os iguais, e desigualmente os desiguais, na medida em que se desiguam.¹³ Portanto, o Estado tem o dever de proteger os sujeitos que se encontram em situação de vulnerabilidade assegurando-osos direitos fundamentais.

Para Márcio Fabri dos Anjos, a vulnerabilidade pode ter três aspectos importantes¹⁴:

Por referência aos sujeitos, a vulnerabilidade pode se referir a toda humanidade, a grupos sociais concretos e a indivíduos. Por referência à ação, a vulnerabilidade pode simplesmente estar assimilada na vida relacional ou estar exposta e, neste caso, estar sendo defendida ou explorada nas relações (quando a vulnerabilidade se torna vulneração). Por sua

13 MANASSÉS, Diogo Rodrigues. *Vulnerabilidade, hipossuficiência, conceito de consumidor e inversão do ônus da prova: notas para uma diferenciação*. ConteudoJuridico, Brasília-DF: 17 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.43983&seo=1>>. Acesso em: 02 fev. 2016.

14 DOS ANJOS, Márcio Fabri. A vulnerabilidade como parceira da autonomia. *Revista Brasileira de Bioética*, Brasília, a. 6, n. 2, p. 181, 2006. Disponível em: <https://rbbioetica.files.wordpress.com/2014/11/rbb2-2_completa.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2016.

qualidade, a vulnerabilidade pode ser moral — ética — ou operacional, quando se refere à falta não deliberada de condições pessoais ou ambientais para o viver como sujeitos humanos.

Logo, podemos perceber que nos três aspectos traçados por Márcio Frei os transexuais e travestis, sujeitos do presente artigo, encontram-se inseridos. Os transexuais e travestis formam um grupo social concreto que estão expostos e explorados nas relações e cujas condições pessoais, sociais e ambientais para se viver como sujeitos humanos estão em falta.

Não obstante, devemos diferenciar as situações que dão causa a vulnerabilidade, pois podemos ter os vulneráveis sociais, econômicos, jurídicos e os por aspectos institucionais ou biopsicológicos. No que tange aos transexuais e travestis, o centro do presente artigo, podemos encontra-los inseridos em mais de uma das vulnerabilidades citadas, pois se tornam vulneráveis por não se encaixarem no conceito de normalidade da sociedade e não terem a proteção devida pelo Estado.

A vulnerabilidade social é um conceito multidimensional, o qual se relaciona a combinação de aspectos sociais, políticos e culturais. Refere-se à situação de fragilidade de determinados indivíduos ou grupos, a qual os torna expostos a maiores níveis e riscos de desagregação social.¹⁵

Essa fragilidade no meio social é decorrente de processos acentuados de exclusão, discriminação ou

15 XIMENES, Daniel de Aquino. *Vulnerabilidade Social*. Disponível em: <<http://www.gestrado.net.br/?pg=dicionario-verbetes&id=235>>. Acesso em: 03 fev. 2016, p. 01.

enfraquecimento de determinados indivíduos ou grupos, provocado por diversos fatores, como disponibilidade de recurso materiais, poder de influenciar nas decisões políticas, possibilidade de enfrentar barreiras culturais, grau de escolaridade, entre outros.¹⁶

Um dos fatores que reforça o processo de exclusão social de transexuais e travestis é o baixo nível de escolaridade decorrente da evasão escolar desses grupos. Segundo a pesquisa “Direitos e violências na experiência de travestis e transexuais em Santa Catarina: construção de perfil psicossocial e mapeamento de vulnerabilidades”, apenas 8,1% das pessoas entrevistada completaram o ensino superior, enquanto 25,8% completaram apenas o ensino médio e 3,2% completaram apenas o ensino fundamental.¹⁷

Analisando por uma perspectiva ampliada e multidimensional do conceito, é possível observar que a fragilidade na escolarização relaciona-se de forma indissociável tanto com a dimensão social quanto com a dimensão econômica¹⁸.

Já a vulnerabilidade institucional ou programática está associada à capacidade de resposta das instituições públicas as necessidades de determinados

16 I PAZ, Adriana Aparecida; SANTOS, Beatriz Regina Lara dos; EIDT, Olga Rosaria. Vulnerabilidade e envelhecimento no contexto de saúde. *Acta Paulista de Enfermagem*, n. 19, v.3, jul./set. 2006.

17 BONASSI, Bruna Camillo; AMARAL, Marília dos Santos; TONELI, 1 Maria Juracy, QUEIROZ, Mariana Amaral de. Vulnerabilidades mapeadas, Violências localizadas: Experiências de pessoas travestis e transexuais no Brasil. *Quadernos de psicologia*, n.3, v.17, p. 89.

18 XIMENES, Daniel de Aquino. *Vulnerabilidade Social*. Disponível em: <<http://www.gestrado.net.br/?pg=dicionario-verbetes&id=235>>. Acesso em : 03 fev. 2016, p. 01.

indivíduos e grupos¹⁹, refere-se a necessidade de recursos sociais para a proteção dos indivíduos a risco quanto a sua integridade e seu bem-estar físico, psicológico e social.²⁰

No caso dos transexuais e travestis, ocorre com o despreparo do profissional da rede pública, de diversos setores e níveis, quanto à transexualidade/travestilidade e seus múltiplos fatores vivências. Assim como se verifica com a ausência de programas e ações que atendam a demandas específicas desses grupos.²¹

Por fim, a vulnerabilidade jurídica diz respeito a não institucionalização de regras do ordenamento jurídico-social vigente a determinados grupos.²²

Para Claudia Lima Marques, citada por Diego Manassés, a vulnerabilidade é uma característica, um estado do sujeito mais fraco, um sinal de necessidade de proteção.²³ Portanto, todo ser vulnerável necessita de proteção e o Estado deve criar meios de garantir.

19 CORREA, Carolina Salomão. Violência urbana e vulnerabilidades: O discurso dos jovens e as notícias de jornais. 2010. Dissertação (Mestrado em Psicologia) — PUC-Rio, p. 25.

20 RODRIGUES, Natália Oliveira; NERI, Anita Liberalesso. Vulnerabilidade social, individual e programática em idosos da comunidade: dados do estudo FIBRA, Campinas, SP, Brasil. *Revista Ciência e saúde coletiva*, n.8, v.17. Rio de Janeiro, ago. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-81232012000800023&script=sci_arttext>. Acesso em: 03 fev 2016.

21 G RANER, Barbara. *Travestis e Transexuais: do estigma às políticas de prevenção*. In: IX Congresso Brasileiro de Prevenção das DST e Aids. São Paulo, ago. 2012. Disponível em: <http://www.aids.gov.br/congressoprev2006//2/dmdocuments/Barbara_Granner_TRAVESTIS_E_TRANSEXUAIS.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2016.

22 SODRE, Muniz. *Por um conceito de minoria*. Disponível em: <<http://www.ceap.br/material/MAT16042010145008.pdf>>. Acesso em: 04 fev. 2016. p. 02.

23 MANASSÉS, Diogo Rodrigues. *Vulnerabilidade, hipossuficiência, conceito de consumidor e inversão do ônus da prova: notas para*

No sistema jurídico brasileiro se vislumbra uma clara insuficiência de normas e medidas protetivas estatais a essas populações de minorias sexuais. Concretamente, essa insuficiência é demonstrada tanto pelo parâmetro de distribuição, o qual reflete negativamente na educação e no acesso desses grupos ao mercado de trabalho, quanto no reconhecimento de direitos, com a resistência ao respeito à identidade de gênero e a violência sofrida por esses grupos.²⁴

4. A VULNERABILIDADE NO SISTEMA CARCERÁRIO

A vulnerabilidade, como explicar Maria do Céu Patrão, é irreduzivelmente definida como susceptibilidade de ser ferido²⁵, logo, toda pessoa que encontra-se em situações aptas a causar-lhe algum tipo de ofensa e prejuízo aos seus direitos fundamentais torna-se um vulnerável. Dessa forma, os transexuais e travestis tornam-se vulneráveis por não se encaixarem no conceito de normalidade da sociedade.

Em virtude da identificação dos transexuais e travesti por outro gênero diferente do seu biológico resulta na violação dos seus direitos humanos que são essenciais a toda e qualquer pessoa independen-

uma diferenciação. Conteudo Juridico, Brasília-DF: 17 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.43983&seo=1>>. Acesso em: 04 fev. 2016.

24 POLEZZE, Rogério Volpatti. Transexuais: a fragilidade do tratamento Jurídico. *Revista Juris Poiesis*, n. 18, v.18, 2015, p. 283.

25 PATRÃO, Maria do Céu. *Sentidos da vulnerabilidade: característica, condição, princípio*. *Revista Brasileira de Bioética*, Brasília, a. 6, n. 2, p. 158-159, 2006. Disponível em: <https://rbbioetica.files.wordpress.com/2014/11/rbb2-2_completa.pdf>. Acesso em: 03 dez. 2015.

te da sua orientação sexual ou identidade de gênero, como se extrai da Introdução aos Princípios de Yogyakarta²⁶:

"Entretanto, violações de direitos humanos que atingem pessoas por causa de sua orientação sexual ou identidade de gênero, real ou percebida, constituem um padrão global e consolidado, que causa sérias preocupações. O rol dessas violações inclui execuções extra-judiciais, tortura e maus-tratos, agressões sexuais e estupro, invasão de privacidade, detenção arbitrária, negação de oportunidades de emprego e educação e sérias discriminações em relação ao gozo de outros direitos humanos. Estas violações são com frequência agravadas por outras formas de violência, ódio, discriminação e exclusão, como aquelas baseadas na raça, idade, religião, deficiência ou status econômico, social ou de outro tipo."

Ademais, o estado de estigmatização que estes indivíduos se encontram no corpo social por serem julgados como anormais, já que não se encaixam biologicamente em um gênero, reflete na invisibilidade perante o Estado carecendo assim de políticas públicas e de segurança pública para este grupo. Como por exemplo, temos casos de violência contra os transexuais e travesti onde não há uma grande mobilização, pois a maior parte da coletividade enxerga estes sujeitos como se fossem a sujeira da sociedade. E assim, o faz também o Estado que na maioria das vezes torna-se omissor.

26 ONU. *Princípios de Yogyakarta*. Disponível em: <http://www.clam.org.br/pdf/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em 03 dez. 2015.

A vulnerabilidade desta classe de sujeitos vai além do convívio em sociedade e alcança o sistema carcerário nacional. É notório que, como qualquer outro indivíduo, os transexuais e travesti podem cometer crimes e estão sujeitos as consequências destes atos. Porém, a problemática surge a partir do binarismo do sistema prisional.

O Art. 5º da Constituição Federal assegura que a pena deverá ser cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado²⁷. Desta maneira, existem penitenciárias para o sexo feminino e para o sexo masculino resultando num sistema prisional binário que nega a identidade e a expressão de gênero da população carcerária transexual e travesti.

Este sistema binário ocasiona muitas vezes que o transexual masculino, quando uma mulher se identifica e se expressa como homem, seja encaminhado para presídios femininos e a transexual ou travesti feminina, quando um homem se identifica e se expressa como uma mulher, seja encaminhada para um presídio masculino. Sobrevindo assim, a violação não só do princípio constitucional da dignidade humana como também ao direito fundamental a liberdade de expressão, integridade física, personalidade e intimidade.

Destarte, este grupo acaba sofrendo uma dupla vulnerabilidade: uma advinda do preconceito e estigmatização da sociedade que resulta em violência física e psicológica e outra do sistema carcerário que resulta em violações aos direitos fundamentais.

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

Além do mais, o binarismo das penitenciárias ocasiona outros tipos de ofensas para os transexuais e travesti. Ao serem encaminhados para as prisões de acordo com o seu sexo biológico ficam sujeitos aos tratamentos que se tornam degradante de acordo com a sua identidade e expressão de gênero. Podemos citar como exemplo os casos das detentas transexuais ou travestis femininas de presídios masculinos que necessitam expor os seios nos banhos de sol constangendo-se com os olhares e insultos dos outros detentos.²⁸

Ademais, são submetidas a torturas, são esturpadas e sofrem abusos psicológicos cotidianamente como relata artigo da Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul²⁹:

“As travestis eram submetidas à violência sexual, tinham os cabelos raspados, sofriam espancamentos constantes tanto da polícia quanto dos outros presos e serviam como mulas para o tráfico de drogas... Sem contar os casos de prostituição e troca de travestis por drogas, ou quando as próprias eram usadas como mulas para o tráfico — tudo isso aponta para os significados de ser travesti na prisão: uma

28 COSTA, Célia. *Travestis e transexuais presos poderão escolher ir para ala feminina de penitenciárias do Rio*. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/rio/travestis-transexuais-presos-poderao-escolher-ir-para-ala-feminina-de-penitenciarias-do-rio-16299891>>. Acesso em: 05 dez. 2015

29 AGUINSKYA, B. G.; FERREIRA, G. G.; CIPRIANI, M. Vidas (hiper) precárias: Políticas públicas penais e de segurança face às condições e vida de travestis e transexuais no Rio Grande do Sul. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito*, n. 2, v. 6, p. 292-304, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/viewFile/18589/1263>>. Acesso em: 05 dez. 2015.

experiência, em uma expressão, de tornar-se inumano. A vivência mesma da objetualização.”

Os próprios agentes penitenciários, que deveriam proteger os detentos vulneráveis, cooperam para este cenário desumano que estão inseridas as transexuais e as travestis. O Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária, criado como uma forma de melhorar o sistema prisional, corrobora com as citadas situações ao trazer como uma das evidências para a sua criação a recorrência de violência física e psicológica contra a população LGBTTT nas unidades prisionais.³⁰

Conquanto, a invisibilidade que ocorria em torno dessas situações aos poucos está sendo diminuída visto que existem grupos que se unem em prol de direitos para essa parte da população carcerária e legislações são criadas para oferecer uma proteção e dignidade no cumprimento das penas como se extrai da Introdução dos Princípios de Yogyakarta³¹:

"Muitos avanços já foram conseguidos no sentido de assegurar que as pessoas de todas as orientações sexuais e identidades de gênero possam viver com a mesma dignidade e respeito a que todas as pessoas têm direito. Atualmente, muitos Estados possuem leis e constituições que garantem os direitos de igualdade e não-discriminação, sem distinção por motivo de sexo, orientação sexual ou identidade de gênero."

30 BRASIL. *Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. Ministério da Justiça, Brasília, DF, 26 abr. 2011. Disponível em: <<http://www.criminologiacritica.com.br/arquivos/1313007608.pdf>>. Acesso em: 05 dez. 2015.

31 ONU. Princípios de Yogyakarta. Disponível em: <http://www.clam.org.br/pdf/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2015.

Os Princípios de Yogyakarta, criada em âmbito internacional, por exemplo, em seu 9º princípio traz o direito de tratamento humano durante a detenção aos transexuais e travesti enunciando que toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com humanidade e com respeito pela dignidade inerente à pessoa humana.

A orientação sexual e identidade de gênero são partes essenciais da dignidade de cada pessoa.³² Além disso, traz medidas que os Estados deverão adotar para uma melhor satisfação de tal objetivo:

“Os Estados deverão:

- a) Garantir que a detenção evite uma maior marginalização das pessoas motivada pela orientação sexual ou identidade de gênero, expondo-as a risco de violência, maus-tratos ou abusos físicos, mentais ou sexuais;
- c) Assegurar, na medida do possível, que todos os detentos e detentas participem de decisões relacionadas ao local de detenção adequado à sua orientação sexual e identidade de gênero;
- d) Implantar medidas de proteção para todos os presos e presas vulneráveis à violência ou abuso por causa de sua orientação sexual, identidade ou expressão de gênero e assegurar, tanto quanto seja razoavelmente praticável, que essas medidas de proteção não impliquem maior restrição a seus direitos do que aquelas que já atingem a população prisional em geral;”

32 Ibidem.

Tais princípios trazem um caráter vinculante, porém, no âmbito nacional ainda não se enxerga uma aplicação intensa, pois as violações ainda são constantes e não foram criadas alas em todos os presídios que têm parcela da sua população com outra identidade ou expressão de gênero. A legislação que temos em caráter nacional trata-se do Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária³³, criado pelo Ministério da Justiça, e que traz apenas duas medidas para atender as demandas do público de transexuais e travesti presas:

“Medida 5: Ações específicas para os diferentes públicos

Detalhamento: As diferenças devem ser respeitadas para gerar igualdade de direitos. As questões de gênero, de condição sexual, de deficiência, de idade, de nacionalidade, entre outras, são vividas também no campo criminal e penitenciário, e não devem ser desconsideradas. É uma questão de acesso aos direitos e de gestão das políticas públicas. Requer:

- c) Elaborar políticas de respeito às mulheres transexuais e travestis nos presídios estaduais;
- d) Estudar a possibilidade de unidades específicas para população LGBTT (acompanhar a experiência em andamento, de Minas Gerais);”

Não obstante, tais medidas são apenas opções políticas trazidas para que os entes federados possam se basear, desta maneira, não possuem caráter vin-

33 BRASIL. *Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. Ministério da Justiça, Brasília, DF, 26 abr. 2011. Disponível em: <<http://www.criminologiacritica.com.br/arquivos/1313007608.pdf>>. Acesso em: 05 dez. 2015.

culante sobrevivendo ainda uma lacuna na legislação nacional para tutela dessa parcela da população que se encontra num cenário de vulnerabilidade e marginalização no sistema carcerário.

No âmbito dos entes federados alguns dos Estados começaram criando alas exclusivas para a população LGBTT nos presídios, temos como exemplo, o Estado de São Paulo que criou a Resolução SAP-11 dispondo sobre a atenção às travestis e transexuais no âmbito do sistema penitenciário³⁴ e trazendo regras para serem seguidas para um melhor atendimento das demandas deste público como a criação de alas específicas.

Ademais, a Resolução citada ainda traz a proteção da orientação sexual e da identidade de gênero assim como assegura às travesti e transexuais o uso de peças íntimas conforme seu gênero e a manutenção do cabelo na altura dos ombros³⁵ visto que o corte compulsório era uma das formas de violências impostas pelos outros detentos.

O problema que surge diante da criação das alas exclusivas para este público é a segregação visto que para não ter mais contato com outros detentos que discriminavam e oprimiam a identidade de gênero, este grupo passou a isolar-se, até mesmo sem trabalhar ou estudar no presídio. Contudo, aqueles que defendem as alas sustentam que segregar é um mal

34 SÃO PAULO. *Resolução SAP-11*. Dispõe sobre a atenção às travestis e transexuais no âmbito do sistema penitenciário. 30 jan. 2014. Disponível em: <<http://www.justica.sp.gov.br/StaticFiles/SJDC/ArquivosComuns/ProgramasProjetos/CPDS/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20SAP-n%C2%BA%2011.pdf>>. Acesso em: 05 dez. 2015.

35 *Ibidem*.

necessário, como explana o jornalista e ativista LGBT Gésner Braga³⁶:

“Alas LGBT podem ser uma forma de segregação? Sim, mas é um mal necessário num momento em que uma situação crítica exige tomada de atitude imediata. Enquanto tivermos um sistema prisional falido e corrupto em que LGBTs são “moeda de troca”, vendidos como escravos sexuais e estuprados sem piedade, essas alas servirão, sim, para a preservação da vida e para proporcionar um mínimo de dignidade a esta população que está à margem da margem.”

As alas exclusivas tornam-se medidas necessárias diante do cenário de violência e abusos constantes vivenciados pelas transexuais e travesti. É notório que o sistema penitenciário brasileiro deve ter uma melhora imediata no que tange as questões explanadas no presente artigo para que assim a dignidade humana seja atingida também no seu plano prático e não apenas no teórico.

5. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto podemos verificar que os transexuais e travestis estão inseridos em um grupo de minorias, o qual sofre um intenso processo de exclusão, estigmatização e preconceito dentro da sociedade e dos presídios.

36 BRAGA, Gésner. *Alas para LGBT nos presídios: quando segregar é um mal necessário*. Disponível em: <<http://www.clippinglgbt.com.br/alas-para-lgbt-nos-presidios-quando-segregar-e-um-mal-necessario/>>. Acesso em: 05 dez. 2015.

O preconceito sofrido por esse grupo, na maioria das vezes, inicia-se ainda no ambiente familiar. Durante o período que começam a se vestir com as roupas que consideram adequadas para o seu gênero, sofrem com a não compreensão do grupo familiar a sua situação, e esse preconceito intrafamiliar os levam a saírem de casa ainda jovens.

Outro ambiente no qual sofrem preconceito é o escolar, fazendo com que muitos abandonem a escola, gerando altos índices de evasão escolar e a baixa escolaridade dos travestis e transexuais. A maior parte deles abandona a escola entre os 16 e 19, período que coincide com o da mudança de suas vestimentas para adequação ao gênero.

A vulnerabilidade desses sujeitos é multicausal, e uma das causas que contribui para gerar essa fragilidade é exatamente o baixo grau de escolaridade, um dos fatores que gera a vulnerabilidade social enfrentada por eles. Esse fator juntamente com a falta de oportunidade no mercado de trabalho faz com que a maioria deles busque o mercado informal, principalmente a prostituição, o que acaba fortalecendo ainda mais o estigma social sofrido.

Outra vulnerabilidade é a jurídica, e é principalmente sobre ela que recai o objeto do presente trabalho, o sistema carcerário. O sistema prisional binário, ao separar os indivíduos de acordo com o seu sexo biológico, viola diversos direitos dos transexuais e travestis, como o princípio constitucional da dignidade humana, o direito fundamental a liberdade de expressão, integridade física, personalidade e intimidade.

Além disso, ao serem separados de acordo com o seu sexo biológico acabam sujeitos a tratamentos degradantes de acordo com a sua identidade e expressão de gênero, violando sua intimidade e até mesmo sendo submetidos a violências físicas e psíquicas.

Já é possível verificar iniciativas que buscam oferecer maior proteção e dignidade em prol desses grupos, como os Princípios de Yogyakarta. Mas as normas e políticas públicas que visam à proteção aos direitos e a diminuição das fragilidades dos transexuais e travestis são insuficientes, e as violações aos direitos desses grupos ainda são constantes.

O sistema prisional brasileiro é palco de grandes violações aos direitos desses grupos de minoria sexual e as normas vigentes ainda são ineficazes e insuficientes para a proteção desses direitos. Se faz necessário a implementação de mais programas de políticas públicas e normas que vissem assegurar e proteger os direitos dos transexuais e travestis, assim como diminuir o processo de exclusão e as fragilidades enfrentadas por eles, na sociedade e nas prisões.

6. REFERÊNCIAS

AGUINSKYA, B. G.; FERREIRA, G. G.; CIPRIANI, M. Vidas (hiper)precárias: Políticas públicas penais e de segurança face às condições e vida de travestis e transexuais no Rio Grande do Sul. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito*, n. 2, v. 6, p. 292-304, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/viewFile/18589/12630>>.

BOMFIM, Urbano Félix Pugliese do. *O direito como instrumento protetor dos vulnerados na seara das sexualida-*

- des. 2015. Tese (Pós-graduação em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador.
- BRAGA, Gésner. *Alas para LGBT nos presídios: quando segregar é um mal necessário*. Disponível em: <<http://www.clippinglgbt.com.br/alas-para-lgbt-nos-presidios-quando-segregar-e-um-mal-necessario/>>.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BRASIL. *Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. Ministério da Justiça, Brasília, DF, 26 abr. 2011. Disponível em: <<http://www.criminologiacritica.com.br/arquivos/1313007608.pdf>>.
- BONASSI, Bruna Camillo; AMARAL, Marília dos Santos; TONELI, Maria Juracy; QUEIROZ, Mariana Amaral de. Vulnerabilidades mapeadas, Violências localizadas: Experiências de pessoas travestis e transexuais no Brasil. *Quadernos de psicologia*, n.3, v.17, p. 89.
- CANGUÇI, A. K.; LIMA, I. M. S. O. *Dignidade da Criança em situação de intersexo: orientações para família*. Disponível em: <<https://intersexualidade.files.wordpress.com/2014/10/versc3a3o-blog-intersexualidade.pdf>>.
- CORREA, Carolina Salomão. *Violência urbana e vulnerabilidades: O discurso dos jovens e as notícias de jornais*. 2010. Dissertação (Mestrado em Psicologia) — PUC-Rio. p. 25.
- COSTA, Célia. *Travestis e transexuais presos poderão escolher ir para ala feminina de penitenciárias do Rio*. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/rio/travestis-transexuais-presos-poderao-escolher-ir-para-ala-feminina-de-penitenciarias-do-rio-16299891>>.
- DOS ANJOS, Márcio Fabri. *A vulnerabilidade como parceira da autonomia*. *Revista Brasileira de Bioética*, Brasília, a. 6, n. 2, p. 181, 2006. Disponível em: <https://rbbioetica.files.wordpress.com/2014/11/rbb2-2_completa.pdf>.

- GRANER, Barbara. *Travestis e Transexuais: do estigma às políticas de prevenção*. In: IX Congresso Brasileiro de Prevenção das DST e Aids. São Paulo, ago. 2012. Disponível em: <http://www.aids.gov.br/congressoprev2006//2/dmdocuments/Barbara_Graner_TRAVESTIS_E_TRANSEXUAIS.pdf>.
- I PAZ, Adriana Aparecida; SANTOS, Beatriz Regina Lara dos; EIDT, Olga Rosaria. Vulnerabilidade e envelhecimento no contexto de saúde. *Acta Paulista de Enfermagem*, n. 19, v.3, jul./set. 2006.
- JANCZURA, Rosane. Risco ou vulnerabilidade social? *Textos e Contextos*, Porto Alegre, v. II, n. 2, p. 301-308, dez. 2012. Disponível em: <www.revistaseletronicas.pucrs.br>.
- MANASSÉS, Diogo Rodrigues. Vulnerabilidade, hipossuficiência, conceito de consumidor e inversão do ônus da prova: notas para uma diferenciação. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 17 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.43983&seo=1>>.
- METROSEXUAL, I. P. *The Genderbread Person v 2.0*. Disponível em: <<http://itspronouncedmetrosexual.com/2012/03/the-genderbread-person-v2-0/>>.
- ONU. *Princípios de Yogyakarta*. Disponível em: <http://www.clam.org.br/pdf/principios_de_yogyakarta.pdf>.
- PATRÃO, Maria do Céu. Sentidos da vulnerabilidade: característica, condição, princípio. *Revista Brasileira de Bioética*, Brasília, a. 6, n. 2, p. 158-159, 2006. Disponível em: <https://rbbioetica.files.wordpress.com/2014/11/rbb2-2_completa.pdf>.
- POLEZZE, Rogério Volpatti. Transexuais: a fragilidade do tratamento jurídico. *Revista Juris Poiesis*, n. 18, v. 18, 2015. p. 283.
- RODRIGUES, Natália Oliveira; NERI, Anita Liberalesso. Vulnerabilidade social, individual e programática em

idosos da comunidade: dados do estudo FIBRA, Campinas, SP, Brasil. *Revista Ciência e saúde coletiva*, n. 8, v. 17. Rio de Janeiro, ago. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-81232012000800023&script=sci_arttext>.

SÃO PAULO. Resolução Conjunta n. 1, de 15 de abril de 2014. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Brasília, DF, 17 abr. 2014, seção 1, p. 1. Disponível em: <ftp://ftp.saude.sp.gov.br/ftpsessp/bibliote/informe_eletronico/2014/iels.abr.14/Iels74/U_RS-CJ-PR-CNPCP-CNCD-1_150414.pdf>.

SÃO PAULO. *Resolução SAP-11*. Dispõe sobre a atenção às travestis e transexuais no âmbito do sistema penitenciário. 30 jan. 2014. Disponível em: <<http://www.justica.sp.gov.br/StaticFiles/SJDC/ArquivosComuns/ProgramasProjetos/CPDS/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20SAP-n%C2%BA%2011.pdf>>.

SODRE, Muniz. *Por um conceito de minoria*. Disponível em: <<http://www.ceap.br/material/MAT16042010145008.pdf>>.

XIMENES, Daniel de Aquino. *Vulnerabilidade Social*. Disponível em: <<http://www.gestrado.net.br/?pg=dicionario-verbetes&id=235>>.

Capítulo IX

Interesse público e propriedade privada: uma análise da desapropriação para a construção de vias públicas

Luciana Afonso Silva Azevedo

Graduanda em Direito pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão.

Interesse público e propriedade privada: uma análise da desapropriação para a construção de vias públicas

Resumo: Artigo destinado à análise do conceito de propriedade como um direito fundamental, considerando as limitações para o seu pleno exercício: a sua função social, o interesse público e a necessidade do Estado de intervir na propriedade. No que tange à função social da propriedade, discute-se o bem-estar social como parâmetro da propriedade em decorrência da constitucionalização desse direito. Sobre a intervenção do Estado na propriedade, é abordado o instituto da desapropriação e as suas principais justificativas. A par disso, surge a necessidade de discutir a conformação adequada da propriedade ao interesse público na construção de vias públicas. Enfim, chega a reflexão sobre a existência ou não do caráter absoluto da supremacia do interesse público sobre o particular.

Palavras-chave: Propriedade. Função social da propriedade. Desapropriação. Interesse público. Utilidade pública. Vias públicas.

Sumário: 1. Introdução — 2. O direito de propriedade à luz do ordenamento jurídico brasileiro: 2.1. Conceito: delineamento constitucional e infraconstitucional; 2.2. Limitações: a propriedade e sua função social 3. Desapropriação: 3.1. Conceito; 3.2. A

questão do interesse público; 3.3. Requisitos legais da desapropriação; 3.3.1. Desapropriação por necessidade pública; 3.3.2. Desapropriação por interesse social; 3.3.3. Desapropriação por utilidade pública; 3.3.3.1. A construção de vias públicas — 4. Conclusão — 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Na sociedade moderna, a propriedade representa um dos pilares centrais do sistema capitalista, pois o a concepção liberal do direito fundamental à propriedade contribui com o desenvolvimento desse sistema. É de se notar que desde o início do processo da civilização humana há existência da propriedade, denotando, assim, a sua extrema relevância. Isso é evidenciado, precisamente, na primeira Constituição brasileira, onde a propriedade já possuía caráter de direito fundamental e, desde então, sempre esteve inserida no texto constitucional.

Com a Constituição de 1988, houve uma mudança paradigmática do modelo ideológico do nosso ordenamento jurídico, qual seja a consonância com o bem-estar social, decorrente do Estado Democrático de Direito. Dentro dessa perspectiva, a propriedade deixa de ser um valor absoluto em si mesma e passa a ser observada dentro da perspectiva da função social.

O objetivo deste trabalho é discutir o instituto da desapropriação, em especial para construção de vias públicas, analisando a consonância da propriedade com a sua função social, o embasamento legal e a motivação pela qual se deu o decreto expropriante, ea conformação com o interesse público.

Primeiramente serão tratadas as questões preliminares, ou seja, o delineamento constitucional e infraconstitucional da propriedade, bem como a sua função social, decorrente constitucionalização do direito privado.

Posteriormente, é abordada a conformação adequada da propriedade, em que se discute aplicação correta do instituto da desapropriação para fins de construção de vias públicas, bem como a proporcionalidade como mecanismo delineador do decreto expropriante. Também se discute a possibilidade de interferência ou não do Poder Judiciário como forma de controle à discricionariedade diante do Poder Público.

2. O DIREITO A PROPRIEDADE À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Desde a Constituição Imperial de 1824, primeira Constituição Brasileira, o direito de propriedade já era garantido em sua plenitude nos termos do artigo 179, inciso XXII.¹ Segundo o artigo 179, inciso XXII, da Constituição Política do Império do Brasil² (De 25 de março de 1824):

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte.

- 1 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 164.
- 2 BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil*, de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 20 out. 2015.

XXII. E' garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade, será elle préviamente indenmisado do valor della. A lei marcará os casos, em terá logar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indemnisação.

Verifica-se que, desde então, todas as Constituições brasileiras (incluindo a Emenda Constitucional nº 1/1969) garantiram o direito de propriedade.

2.1. Conceito: delineamento constitucional e infra-constitucional

Atualmente, a Constituição Federal³, ao introduzir o rol exemplificativo de direitos fundamentais no art. 5º, *caput*, mantém a importância do direito à propriedade, prezando pela inviolabilidade desta e de outros direitos, tais quais direito à vida, à liberdade, à igualdade e à segurança.

Além disso, o inciso XXII do art. 5º da Constituição Federal de 1988 versa que é garantido o direito de propriedade, reforçando a tutela genérica da inviolabilidade do direito de propriedade.⁴

A razão da edição dessas normas é a proteção da propriedade privada, uma indispensável garantia para o funcionamento do capitalismo tal como preconizado pelo liberalismo e adotado pela Constituição brasileira.⁵

3 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20 out. 2015.

4 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. 9 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2013, v. 5, p. 280.

5 MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 155.

O direito de propriedade não é definido nem no Código Civil de 2002⁶ nem no diploma civil de 1916.⁷ As limitações da faculdade do proprietário estão previstas no artigo 1.228: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou a detenha”.

Portanto, Orlando Gomes⁸ conceitua a propriedade como um direito complexo unitário, consistindo numa gama de direitos fundados nas faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar da coisa.

Prelecionam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald⁹:

A propriedade é um direito subjetivo no qual o titular exercita poder de dominação sobre um objeto, sendo que a satisfação de seu interesse particular demanda um comportamento colaboracionista. Além de direito subjetivo e fundamental, a propriedade é garantia institucional, prestando-se a assegurar bens jurídicos indispensáveis à preservação de certos valores tidos como essenciais em certa ordem jurídica.

Então, sendo a propriedade um direito individual, é assegurado ao seu titular uma série de poderes, tais quais usar, gozar e dispor da coisa, de maneira absoluta. Todavia, esses poderes não podem ser exer-

6 BRASIL. *Lei 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 05 nov. 2015.

7 GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 21. ed. rev. e atual. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 105.

8 *Ibidem*, p. 104.

9 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, 2008, p. 280.

cidos sem limites, visto que coexistem com direitos alheios, de mesma natureza.¹⁰

Historicamente, a propriedade era considerada direito individual e absoluto. Porém, atualmente, embora seja um direito assegurado individualmente, a propriedade deve estar em consonância com sua função social.¹¹

Não obstante a propriedade privada seja reconhecida e garantida pelos Estados, há um condicionamento do uso, gozo e disposição dessa propriedade em prol do bem-estar social. Diante disso, a propriedade, ao cumprir a sua função social, ao invés de ser um direito de caráter absoluto ou exclusivamente individual, torna-se um direito de dimensão social.¹²

Recentemente, o direito de propriedade deixou de ser considerado absoluto, houve uma relativização deste direito. Essa mudança de caráter absoluto caminhou juntamente ao deslocamento do instituto do Direito Privado para o Direito Público. A explicitação constitucional do conteúdo do direito de propriedade é decorrente da constitucionalização desse direito.¹³

Por meio dessa evolução, portanto, o conceito constitucional de direito de propriedade começou a se desprender, gradativamente, do conteúdo estritamente civilístico de que se vinculava.¹⁴

10 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 132.

11 TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 551.

12 CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. rev. ampl. e atual. Salvador, Juspodivm, 2014, p. 393.

13 TAVARES, André Ramos. *Op. cit.*, 2015, p. 551.

14 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 364.

A Constituição Federal de 1988, além de tratar da propriedade como direito fundamental e da necessidade de atender a sua função social, faz a inserção desta como um dos princípios gerais da atividade econômica, no artigo 170, incisos II e III.¹⁵

A propriedade privada abriga uma característica de ordem econômica, inclusive os meios de produção. O reconhecimento do uso de bens econômicos, pelos particulares, para obter lucro e acumular riqueza caracteriza o sistema econômico capitalista adotado pelo Brasil.¹⁶

A atividade econômica, ou seja, as diretrizes do Estado na economia têm como um dos princípios basilares a ideia de propriedade privada. Portanto, até as medidas econômicas devem respeitar esse princípio.

Então, existe a necessidade da consonância entre os preceitos constitucionais, ou seja, o teor estritamente individualista não pode mais residir na propriedade. Essa conclusão se dá pela constatação de que a ordem econômica tem como finalidade “assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social”, de acordo com o *caput* do artigo 170 da Constituição Federal, contexto este que a propriedade se insere expressamente.¹⁷

2.2. Limitações: a propriedade e sua função social

o art. 5º, XXIII, da Constituição Federal prevê que a propriedade deve atender a sua função social. Por-

15 TAVARES, André Ramos. *Op. cit.*, 2015, p. 558.

16 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 225.

17 TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 559.

tanto, pode-se afirmar que a Constituição só garantirá o direito de propriedade quando esta estiver em consonância com sua função social.¹⁸

Ao assegurar o direito à propriedade como direito fundamental e o atendimento de sua função social, a Constituição acolhe dois vetores deontológicos que nem sempre coincidem em direção e sentido.¹⁹

A ordem de colocação desses princípios não é ocasional, mas sim proposital. Não há discordância entre a propriedade e a sua função social, o que há é uma relação de complementação entre elas, pois são princípios hierarquicamente iguais.²⁰

Para Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco²¹ “a função social da propriedade — e, portanto, sua vinculação social — assume relevo no estabelecimento da conformação ou limitação do direito”.

Com isso, o interesse do proprietário pode não coincidir com a obrigatoriedade do cumprimento da função social. Porém, a função social deve obedecida, pois trata-se de motivação para reconhecer e assegurar a garantia do pleno direito de propriedade.²²

18 CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 563.

19 BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 112.

20 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. 9 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2013, v. 5, p. 314.

21 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 362.

22 TAVARES, André Ramos. *Op. cit.*, 2015, p. 560.

Condicionando a propriedade ao atendimento da sua função social, criou-se a possibilidade de intervenção estatal na propriedade quando esta não estivesse em conformidade ao pressuposto exigido na Constituição, pois o interesse público deve prevalecer sobre os interesses individuais.²³

A Constituição Federal estipula limites para a compreensão do significado de função social. O artigo 182 estabelece que “a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”. Esse artigo demonstra a exigência da racionalização do uso do solo urbano, impondo a propriedade urbana em adequação à sua função social.²⁴

3. DESAPROPRIAÇÃO

Por meio da função social da propriedade, o Estado é autorizado a intervir na propriedade privada sempre que for preciso para harmonizar o seu uso ao interesse público.²⁵

A intervenção do Estado na propriedade caracteriza-se como uma atividade estatal que objetiva o enquadramento da propriedade à sua função social. Portanto, qualquer intervenção estatal que não tenha essa finali-

23 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Atlas, 2015, p. 816.

24 TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 563.

25 CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 393.

dade será ilegal, pois é um pressuposto constitucional do qual a Administração não pode se distanciar.²⁶

A desapropriação é indicada como uma modalidade de restrição do Estado sobre a propriedade privada.²⁷

3.1. Conceito

A desapropriação é uma das mais violentas manifestações de intervenção estatal sobre a propriedade. Faz-se necessária, por expressa autorização constitucional, quando os interesses coletivos são incompatíveis com os interesses individuais. Não obstante atenda a todos os elementos do princípio da proporcionalidade, conclui-se que a supressão do direito de propriedade do particular seria a forma menos restritiva de atender o objetivo público, transferindo o bem do domínio privado para o domínio patrimonial público.²⁸

Marçal Justen Filho²⁹ afirma que “a desapropriação é um ato estatal unilateral que produz a extinção da propriedade sobre um bem ou direito e a aquisição do domínio sobre ele pela entidade expropriante, mediante indenização justa”.

Por meio de prévia declaração de necessidade pública, utilidade pública ou interessa social, o Poder Público ou seus delegados, impõem ao proprietário a perda de um bem, mediante justa indenização.³⁰

26 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Op. cit.* 2015, p. 812.

27 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 131.

28 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 246.

29 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 620

30 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 165-166

O Poder Público, ao realizar a desapropriação, priva alguém de uma propriedade e a adquire, mediante indenização. É imposto ao desapropriado um sacrifício de direito, em nome de um interesse público.³¹

De maneira sintética, a desapropriação pode ser definida como aquisição forçosa da propriedade pelo Estado mediante prévia indenização.³²

Portanto, verifica-se que a desapropriação é uma forma originária de aquisição, onde o Estado, em nome do interesse público e da sua função social, retira a propriedade de alguém, dando a destinação para o atendimento de utilidade pública ou necessidade pública ou interesse social.

3.2. A questão do interesse público na desapropriação

O artigo 2º, *caput*, da Lei 9.784/99³³, ao tratar dos princípios que regerão a Administração Pública, traz expressamente o princípio do interesse público como parâmetro a ser obedecido. Além disso, o parágrafo único, inciso II, exige que nos processos administrativos sejam observados os critérios de atendimento a fins de interesse geral, reforçando, portanto, o caráter irrenunciável do interesse público pela autoridade administrativa.³⁴

31 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 889.

32 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit.*, 2013, p. 247.

33 BRASIL. *Lei 9.784*, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, DF, 29 jan. 1999. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 01 nov. 2015.

34 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 68.

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é pressuposto lógico para o convívio social, visto que é princípio usual de Direito intrínseco a toda sociedade.³⁵

Complementa Marçal Justen Filho³⁶ que a supremacia do interesse público representa a necessidade da superioridade do interesse público sobre os demais interesses existentes na sociedade, não podendo, portanto, os interesses privados prevalecer sobre o interesse público. A indisponibilidade do interesse público é decorrente dessa supremacia, não sendo possível o sacrifício deste. O agente público encontra-se estritamente vinculado ao cumprimento do interesse público.

A supremacia do interesse público sobre o privado vincula a atuação estatal na medida em que o Estado só se justifica na busca do interesse geral, isto é, na busca do interesse da sociedade. Porém, há grande dificuldade na conceituação de interesse público prevalente, levando em consideração que é extraído casuisticamente da ordem jurídica.³⁷

O atendimento de interesse público, consistente em necessidade pública, utilidade pública ou em interesse social é o que fundamenta a tomada do domínio da propriedade de seu titular pelo Poder Público por meio da desapropriação. A desapropriação afeta o ca-

35 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 99.

36 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 150.

37 MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestro; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p.110.

ráter absoluto e imutável do direito de propriedade, é a forma mais drástica de intervenção do Estado na propriedade.³⁸

Para efeitos de consequências, o cumprimento da função social da propriedade, em prol do interesse público, dependerá de legislação que determine os limites e as condições da desapropriação.

3.3. Requisitos legais

A Constituição Federal prevê, em seu artigo 5º, XXIV, que “a lei estabelecerá o procedimento de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”.

Embora o poder expropriatório seja discricionário nas opções de utilidade e necessidade pública e interesse social, ele somente será legitimamente exercitável nas delimitações constitucionais e nos casos expressos em lei, respeitando o devido procedimento legal.³⁹

Não há um conceito absoluto de necessidade e utilidade pública e de interesse social, pois se trata de conceitos jurídicos indeterminados, passíveis de controvérsia.⁴⁰

38 CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 402.

39 MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestro; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 676.

40 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 386.

O art. 5º do Decreto-Lei 3.365/1941⁴¹, ao introduzir as hipóteses que dão embasamento à desapropriação, demonstra-se como *numerus clausus*, visto que a alínea “p” indica que os demais casos de desapropriação serão previstos por leis especiais. Portanto, a desapropriação só terá fundamento nas hipóteses legalmente previstas.⁴²

O regime jurídico dos casos de necessidade e utilidade públicas é o mesmo.⁴³

Ou seja, tanto a desapropriação por utilidade pública quanto a desapropriação por necessidade pública estão consubstanciadas no Decreto-Lei 3367/41 (a lei geral das desapropriações), porém só emprega a expressão “utilidade pública” em sua redação.⁴⁴

De outro lado, a desapropriação por interesse social possui legislação específica, a Lei 4.132/1962⁴⁵, utilizando o Decreto-Lei quando for necessário de complementar suas lacunas.⁴⁶

41 BRASIL. *Decreto-Lei n. 3.365*, de 21 de junho de 1941. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. Brasil, 21 jun. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3365.htm>. Acesso em: 01 nov. 2015.

42 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 897.

43 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 2 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 248.

44 MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Dêlcio Balestro; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Op. cit.*, 2013, p. 684.

45 BRASIL. *Lei 4.132*, de 10 de setembro de 1962. Define os casos de desapropriação por interesse social e dispõe sobre sua aplicação. Brasília, DF, 10 set. 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4132.htm>. Acesso em: 01 nov. 2015.

46 ARAGÃO, *Curso de Direito Administrativo*. 2 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 248.

Alguns exemplos de casos de desapropriação previstos na Constituição Federal são a desapropriação pelo não cumprimento da função social urbana (Artigo 182, § 4º, III), a desapropriação rural (Artigo 184) e a desapropriação confiscatória (Artigo 243). Tais casos não serão trabalhados nesse artigo, porém serão explicitados de maneira sucinta.

A desapropriação pelo não cumprimento da função social urbana, também chamada por José dos Santos Carvalho Filho⁴⁷ de desapropriação urbanística sancionatória, acontece quando a propriedade descumpre o estabelecido no plano diretor municipal.

De outro lado, a desapropriação rural é, em verdade, hipótese específica de desapropriação por interesse social, que recai sobre imóveis rurais que não estejam em consonância com a função social. Haverá a perda da propriedade com a finalidade de reforma agrária.⁴⁸

Já a desapropriação confiscatória acontece quando há a perda da propriedade pela constatação de cultivo ilegal de plantas psicotrópicas, destinando a terra ao assentamento de colonos.⁴⁹ Nos termos do artigo 243 da Constituição Federal:

As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário

47 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Atlas, 2015, p. 855.

48 *Ibidem*, p. 855-856.

49 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit.*, 2015, p. 249.

e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º.

De acordo com o parágrafo único do artigo 243, o valor econômico dos bens apreendidos em decorrência da exploração de trabalho escravo ou do tráfico ilícito de entorpecentes serão confiscados e revertidos, na forma da lei, a um fundo especial. Este valor econômico, segundo Maria Sylvania Zanella Di Pietro⁵⁰, serão revertidos em benefício de instituições com finalidade de tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio do combate ao crime de tráfico dessas substâncias.

3.3.1. Desapropriação por necessidade pública

As hipóteses de necessidade pública acontecem quando o Estado presencia um problema grave e incontornável, onde haverá impositiva incorporação do bem particular ao patrimônio público.⁵¹

O bem que se pretende desapropriar é totalmente necessário para desenvolver a atividade por parte do ente desapropriante, sob pena de comprometer a realização de serviço ou obra pública.⁵²

Trata-se, portanto, de situações de emergência defrontadas pela Administração, onde só serão resolvidas de maneira satisfatória quando houver a trans-

50 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 169.

51 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. cit.*, 2015, p. 248.

52 DECOMAIN, Pedro Roberto. A desapropriação por Utilidade ou Necessidade Pública. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Oliveira Rocha, v. 117, dez. 2012, p. 79.

ferência célere de bens de particulares para o domínio e uso imediato da Administração.⁵³

Para Alexandre Santos de Aragão⁵⁴, as hipóteses de desapropriação por necessidade pública correspondem aos quatro primeiros casos previstos pelo art. 5º do Decreto-Lei nº 3.365 de 1941: a segurança nacional, a defesa do Estado, o socorro público em caso de calamidade e a salubridade pública.

3.3.2. Desapropriação por interesse social

O interesse social relaciona-se especialmente com o interesse público na promoção do desenvolvimento e igualdade sociais.⁵⁵

O interesse social possui sua normatização própria que é a Lei 4.132 de 1962, também estando prevista em diversos dispositivos esparsos em outros diplomas legais.⁵⁶

O art. 2º da Lei nº 4.132 de 1962 estipula os casos de interesse social:

Art. 2º Considera-se de interesse social:

I — o aproveitamento de todo bem improdutivo ou explorado sem correspondência com as necessidades de habitação, trabalho e consumo dos centros

53 MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestro; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 684.

54 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 2 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 248.

55 *Ibidem*, loc. cit.

56 MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestro; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Op. cit.*, 2013, p. 684.

de população a que deve ou possa suprir por seu destino econômico;

II — a instalação ou a intensificação das culturas nas áreas em cuja exploração não se obedeça a plano de zoneamento agrícola, VETADO;

III — o estabelecimento e a manutenção de colônias ou cooperativas de povoamento e trabalho agrícola:

IV — a manutenção de posseiros em terrenos urbanos onde, com a tolerância expressa ou tácita do proprietário, tenham construído sua habilitação, formando núcleos residenciais de mais de 10 (dez) famílias;

V — a construção de casa populares;

VI — as terras e águas suscetíveis de valorização extraordinária, pela conclusão de obras e serviços públicos, notadamente de saneamento, portos, transporte, eletrificação armazenamento de água e irrigação, no caso em que não sejam ditas áreas socialmente aproveitadas;

VII — a proteção do solo e a preservação de cursos e mananciais de água e de reservas florestais.

VIII — a utilização de áreas, locais ou bens que, por suas características, sejam apropriados ao desenvolvimento de atividades turísticas. *(Incluído pela Lei nº 6.513, de 20.12.77)*

De maneira geral, o Estado não mantém os bens desapropriados em seu patrimônio, mas interessa-se na distribuição dos bens desapropriados.⁵⁷

Ou seja, distribui ou condiciona a propriedade no intuito de promover melhor aproveitamento, uti-

⁵⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Atlas, 2015, p. 868.

lização ou produtividade em prol da sociedade ou de categorias sociais tuteladas pelo Poder Público. Então esses bens no irão compor o patrimônio da Administração ou seus delegados, mas sim a própria sociedade ou beneficiários credenciados pela lei para receber e utilizar aquele bem de maneira conveniente.⁵⁸

3.3.3. Desapropriação por utilidade pública

A desapropriação por utilidade pública ocorre quando, para o interesse público, aquela propriedade expropriada lhe será proveitosa e conveniente.⁵⁹

Embora essa transferência da propriedade do particular para à Administração seja conveniente para o atendimento do interesse público, ela não é imprescindível.⁶⁰

3.3.3.1. A construção de vias públicas

O Estado encontra-se habilitado para superar os obstáculos de obras e serviços públicos, decorrentes da propriedade particular, por meio da desapropriação.⁶¹

Insta salientar que as hipóteses de desapropriação por utilidade pública são pouco abordadas doutrinariamente. No presente artigo, é importante indagar

58 MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestro; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Op. cit.*, 2013, p. 684.

59 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 2 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 248.

60 MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Délcio Balestro; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Op. cit.*, 2013, p. 684.

61 TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 569.

quais as limitações da propriedade frente ao interesse público para construção de vias públicas.

A construção de vias públicas é uma espécie de desapropriação por utilidade pública, possuindo a sua justificativa legal no artigo 5º, alínea “i”, do Decreto-lei nº 3365 de 1941. Segundo este artigo, consideram-se os casos de utilidade pública a abertura, conservação e melhoramento de vias ou logradouros públicos.

Primeiramente, a desapropriação pode incidir em qualquer bem particular, desde que haja prévia declaração de utilidade pública.⁶²

O artigo 6º da Lei 3.365 de 1941 estabelece que a declaração de utilidade pública se fará por meio de expedição de Decreto pelo Chefe do Executivo. Deverá o decreto identificar de forma precisa alvo da declaração.⁶³

Tratando-se de hipótese de desapropriação, e neste caso específico por utilidade pública, a conformação da propriedade privada em face da construção de vias públicas terá que se subordinar ao princípio da proporcionalidade.

É incontroverso que em todas as situações de desapropriação haverá restrição de direitos individuais. Diante disso, surge a necessidade de se sujeitar ao princípio da proporcionalidade. É imprescindível verificar a adequação e necessidade da desapropriação. Quando a desapropriação não é a solução adequada

62 DECOMAIN, Pedro Roberto. A desapropriação por utilidade ou necessidade pública. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Oliveira Rocha, v. 117, dez. 2012, p. 75.

63 *Ibidem*, loc. cit.

e necessária para cumprimento de suas funções, ela poderá ser invalidada.⁶⁴

O Decreto-Lei 3.365 de 1941 estabelece as normas gerais para o instituto da desapropriação. Contudo, esse diploma legal é antigo e os seus dispositivos deverão ser utilizados quando recepcionados e interpretados conforme a Constituição.

Para Gustavo Binenbojm⁶⁵, o constituinte, no direito brasileiro, deixou em aberto algumas questões que são complementadas por leis que versam sobre desapropriação. Usualmente, os juízos de ponderação deverão ser exercidos. Os administradores e juízes também devem exercer a função de concretizar *otimizada* os comandos da lei e da Constituição, de acordo com as circunstâncias casuísticas.

É imprescindível que a desapropriação seja motivada, de sorte que demonstre a necessidade da transferência de um bem privado para o Estado em prol do interesse público. A hipotética e genérica superioridade do interesse público em face do particular não é apta a instituir uma desapropriação válida. Diante disso, deve haver proporcionalidade (binômio necessidade- adequação) no controle do ato expropriatório, de modo que atenda um interesse concreto e determinado, titularizado pelo Poder Público.⁶⁶

64 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 11 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 625.

65 BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 113.

66 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 638.

Ou seja, a confrontação da desapropriação para fins de vias públicas, em prol do interesse público, com o direito fundamental à propriedade privada dependerá de um juízo de ponderação a ser analisado casuisticamente. A desapropriação para finalidade de construção de vias públicas se justificará quando constatar-se que é o meio necessário e adequado para o atendimento do interesse público.

Após a publicação do decreto que determinou a utilidade pública de uma propriedade, haverá abertura de um processo administrativo com um intuito de desapropriar aquele bem. No processo administrativo, como se trata de restrição de direito do proprietário, serão assegurados o devido processo legal, contraditório e ampla defesa, podendo se discutir, inclusive, a validade do decreto. Ou seja, o particular poderá discutir as razões que se deu o decreto.

Existe também a hipótese de o proprietário ajuizar com uma ação. O artigo 9º do Decreto-Lei 3.365/1941 estabeleceu que “ao Poder Judiciário é vedado, no processo de desapropriação, decidir se se verificam ou não os casos de utilidade pública”.

Para José dos Santos Carvalho Filho⁶⁷, em nome da autonomia de Poderes e de funções (artigo 2º da Constituição Federal), não poderia o Poder Judiciário apreciar o ato discricionário da Administração para a escolha de propriedade a ser expropriada, pois não caberia ao juiz interferir nesse poder de escolha, sendo que seria privativo da Administração.

67 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Atlas, 2015, p. 872.

Contudo, concordamos com Marçal Justen Filho⁶⁸ ao dizer que o Poder Judiciário poderá apreciar, de ofício, a validade da desapropriação.

Em função da inafastabilidade do poder jurisdicional, o Poder Judiciário está apto a apreciar tanto as questões que tanto dizem respeito à legalidade quanto ao mérito do decreto que determinou a utilidade pública para fins de construção de vias públicas de uma propriedade. O artigo 9º do Decreto-Lei 3.365 de 1941 é incompatível com a Constituição. A ampla defesa deve ser assegurada nos processos judiciais, ou seja, o proprietário tem a possibilidade de contraditar novamente em defesa de sua propriedade.

Além disso, com a possibilidade da apreciação do poder judiciário, há uma forma de contenção da discricionariedade dos decretos expropriatórios.

Portanto, o Estado não pode, em nome da supremacia do interesse público, suprimir direitos de seus cidadãos reconhecidos pela ordem jurídica. O Direito Administrativo atual deve ceder o princípio da autoridade em prol do princípio da dignidade da pessoa humana, de modo que o próprio interesse da coletividade deve ser harmonizado. Quando o interesse da coletividade entra em colisão com os direitos e interesses individuais de seus membros, aquele deverá ser ponderado ou sopesado com estes, de maneira que afaste a ideia de uma supremacia do interesse público *prima facie*.⁶⁹

68 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 11 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 642.

69 CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 13 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 36.

4. CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi exposto, conclui-se que o direito à propriedade é uma garantia fundamental. A propriedade não possui caráter absoluto. Ela, de forma genérica e abstrata, é relativa, confere-se ao seu proprietário os poderes de usar, gozar, dispor e reivindicar.

No que tange à função social, a propriedade ganha uma importância para a efetivação do bem-estar social. A Constituição Federal não dá a conceituação objetiva de função social da propriedade, mas estabelece limites e normas de competência.

No que concerne à desapropriação, faz-se necessária a constatação efetiva do interesse público para que o proprietário seja expropriado. O interesse público no cumprimento dessa função social depende da consonância com a legalidade, a legislação precisa definir quais as limitações e condições de interferência do Estado na propriedade. Não pode a Administração Pública, de maneira arbitrária, sob a mera retórica de atendimento ao interesse público, interferir na propriedade privada. Então, como regra geral, o enquadramento de utilidade pública, necessidade pública ou interesse social se faz necessário. Excepcionalmente, a desapropriação acontecerá para fins de reforma agrária, pelo descumprimento da função social da propriedade urbana ou para fins sancionatórios.

No tocante à construção das vias públicas é uma hipótese de desapropriação por utilidade pública, onde será necessária a constatação de motivação do decreto que declara a função social da propriedade em prol da utilidade pública. A utilidade pública não é impres-

cindível, mas acontece quando a propriedade expropriada é vantajosa e conveniente ao interesse coletivo. Além disso, a desapropriação para fins de construção de vis públicas deve passar por um juízo de ponderação e estar em consonância com a proporcionalidade, pois não seria justo a perda de propriedade de um particular caso a desapropriação não se representasse necessária e adequada.

É de suma importância a garantia de devido processo legal, ampla defesa e contraditório, tanto no processo administrativo, como no processo judicial, tendo em vista que a desapropriação representa uma intervenção na propriedade privada, de sorte que o proprietário terá restrições à sua esfera de direitos.

Finalmente, conclui-se que nem o direito fundamental à propriedade nem a supremacia do interesse público possuem caráter absoluto. A desapropriação para finalidade de construção de vias públicas deve ser analisada casuisticamente, sempre levando em consideração as garantias fundamentais e processuais do cidadão e o bem-estar social.

5. REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 2 ed. rev. atual. eampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20 out. 2015.

- _____. *Constituição Política do Império do Brazil*, de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 27 out. 2015.
- _____. *Decreto-Lei n. 3.365*, de 21 de junho de 1941. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. Brasil, 21 jun. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3365.htm>. Acesso em: 01 nov. 2015.
- _____. *Lei 4.132*, de 10 de setembro de 1962. Define os casos de desapropriação por interesse social e dispõe sobre sua aplicação. Brasília, DF, 10 set. 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4132.htm>. Acesso em: 01 nov. 2015.
- _____. *Lei 9.784*, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, DF, 29 jan. 1999. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 01 nov. 2015.
- _____. *Lei 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 05 nov. 2015.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Atlas, 2015.
- CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 13 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014.
- _____. *Curso de Direito Constitucional*. 8 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014.
- DECOMAIN, Pedro Roberto. A desapropriação por Utilidade ou Necessidade Pública. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Oliveira Rocha, v. 117, dez. 2012, p. 72-111.

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2013, v. 5.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- _____. 11. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 21. ed. rev. e atual. por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- MEIRELLES, Hely Lopes; ALEIXO, Dêlcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

Capítulo X

Limites subjetivos das cláusulas compromissórias da arbitragem no direito societário

Olívia Nobre da Hora

Graduanda em Direito pela Faculdade Baiana de Direito e Gestão.

Limites subjetivos das cláusulas compromissórias da arbitragem no direito societário

Resumo: O presente artigo traz em seu escopo a discussão acerca dos principais conflitos ocorridos no âmbito societário no que tange à utilização da arbitragem para resolução de controvérsias empresariais ou societárias. Pretende, portanto, relatar os aspectos gerais e introdutórios desta espécie de solução de conflitos, expondo, especialmente a sua aplicação dentro das organizações societárias. Ademais, pretende ainda compreender como ocorre a implementação das cláusulas compromissórias nos estatutos ou contratos sociais das referidas sociedades e como os sócios se vincularão a estas, ou seja, tem o intuito de compreender as diversas situações fáticas de ingresso dos sócios e quais os limites subjetivos de aplicação dessas cláusulas compromissórias a estas pessoas específicas. Neste sentido, passa a analisar as circunstâncias dos sócios que não anuíram expressamente com a aplicação das cláusulas compromissórias, como é o caso dos sócios entrantes, dos dissidentes, ausentes, membros da administração e dos conselheiros fiscais, figuras estas que não tiveram a oportunidade de votar — ou expressamente votaram contra — a referida cláusula. Para tanto, traz os diversos entendimentos doutrinários vigentes, as discussões e soluções dadas pelos autores brasileiros para as polêmicas relativas à matéria.

Palavras-chave: Direito societário. Arbitragem. Cláusulas compromissórias. Limitação subjetiva de cláusula compromissória.

Sumário: 1. Introdução — 2. Arbitragem — Aspectos Gerais. — 3. Arbitragem no âmbito societário: 3.1. Limites subjetivos das cláusulas compromissórias — 4. Conclusão — 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O estudo e as discussões acerca da solução de conflitos societários passaram a encontrar maior respaldo no Brasil a partir de 1996, com a promulgação da Lei 9.307, conhecida como Lei de Arbitragem. Segundo Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, o estudo da arbitragem está intimamente ligado ao acesso à justiça, na medida em que tem como objetivo o alcance da celeridade, economia e justiça no âmbito da composição do litígio¹.

Nesse sentido, cabe notar que o desenvolvimento do mercado de capitais e o aumento da autonomia privada devem vir acompanhados de um sistema efetivo de solução de conflitos no âmbito do Direito Societário, de modo que o presente trabalho tem como objetivo primordial o estudo da arbitragem nesse processo, destacando as possibilidades de sua utilização, seus limites como instrumento de solução de conflitos, especialmente no que tange à existência de pacto

1 ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. A arbitragem no Direito Societário. In: QUARESMA, Levi e outros. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Rio de Janeiro, ano VII, n. 9. jul./dez. 2006, p. 9-10.

compromissório no estatuto social das empresas e a sua extensão no Direito Brasileiro.

2. ARBITRAGEM — ASPECTOS GERAIS

Trata-se a arbitragem de uma forma pacífica de solução de conflitos, tal como a mediação e a conciliação, mas se diferencia destas, tendo em vista se tratar de “meio heterocompositivo de resolução de controvérsias, uma vez que a decisão é proferida por terceiro não titular dos interesses divergentes — o árbitro”.²

Quando se fala em arbitragem, se entende que existem litígios privados, de modo que as partes disporão preferencialmente em contrato, sobre a utilização da arbitragem para a resolução destas controvérsias, restando muito claro aqui o poder que tem a autonomia da vontade dos particulares no âmbito desta figura. Nota-se ainda que a própria autonomia desses particulares é tão forte que ele mesmos irão selecionar o órgão arbitral a ser constituído para resolver o conflito, dentro ou fora de um contrato, tendo em vista que pode haver cláusula prévia estabelecendo a utilização da arbitragem, como isso também pode ocorrer após a celebração do mesmo, ou seja, quando já se avista a existência de uma controvérsia, ou até mesmo se as partes, durante a vigência do contrato assim resolverem.

Nesse sentido, cabe compreender que o árbitro vai configurar como esse terceiro desinteressado a qual incumbe decidir sobre um determinado conflito, neste caso, de monta societária, dentro dos limites daquilo que foi apresentado a ele pelas partes, que inclusive

2 *Loc. cit.*

poderão livremente pactuar sobre as regras e princípios de direito a serem aplicadas dentro da arbitragem.

Ao árbitro serão atribuídos poderes a serem exercidos dentro desses limites, de modo que caberá ao Estado unicamente o limitar no que tange ao que Walfrido Jorge Warde Jr. e Fernando Antônio Maia da Cunha chamam de “intervenções eficacizantes”³, ou seja, intervenções pontuais que serviriam unicamente para promover a concretude do que foi posto na convenção ou sentença arbitral, dando eficácia à arbitragem ou retirando-a no todo ou em parte.

Nesse sentido, resta compreender que o Poder Judiciário intervirá na arbitragem unicamente quando existir uma necessidade de se impor força a uma daquelas partes que não tem a pretensão de cumprir com uma ou mais das obrigações ali estabelecidas.

Assim, esse juízo arbitral vai se dar por meio de um negócio jurídico, que é a convenção de arbitragem, também chamada cláusula arbitral, podendo se configurar através de uma cláusula compromissória ou compromisso arbitral.

A cláusula compromissória vai ser aquela que, dentro de um contrato estipula que advindo um litígio, as partes irão resolvê-lo por meio da arbitragem, como está definido no art. 4º da Lei 9.307/1996. Assim, não é necessária a efetiva ocorrência de um con-

3 WARDE JR., Walfrido Jorge; CUNHA, Fernando Antônio Maia. A Arbitragem e os Limites à Atuação do Judiciário nos Litígios Societários. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setogutti J. (Coords.). *Processo Societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 728.

flito para que se estabeleça a necessidade de implementação de arbitragem, tendo em vista que o próprio contrato pode estabelecer isso previamente.

Por outro lado, Luiz Olavo Baptista diferencia o compromisso arbitral da cláusula compromissória no sentido de que são elaboradas em momentos diferentes, tendo inclusive diferentes funções, tendo em vista que o compromisso arbitral é o “ato que tem por finalidade a escolha do modo pelo qual será realizada a arbitragem, pois (...) as partes designam as questões em litígio e o nome dos árbitros”⁴.

3. A ARBITRAGEM NO ÂMBITO DO DIREITO SOCIETÁRIO

A utilização da arbitragem nos litígios societários passou a se consolidar no Brasil especialmente após a reforma da Lei 6.404 de 15 de Dezembro de 1976 (Lei de Sociedade por Ações), em 2001, através da inserção do §3º do art. 109, que prevê a possibilidade de que o estatuto da sociedade traga a arbitragem como meio de solução para divergências entre acionistas e a companhia ou entre acionistas controladores e minoritários.

Antes da edição da Lei 9.307 de 1996, não se existia no Direito Societário Brasileiro a possibilidade de utilização de cláusula compromissória, bem como inexistia a exigência de uma homologação de laudo arbitral nos conflitos societários, de modo que havia grande polêmica acerca do instituto da arbitragem nesse ramo do Direito, dificultando em muito o seu desenvolvimento.

⁴ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem Comercial e Internacional*. São Paulo, 2011, p. 97.

Ocorre que, com o desenvolvimento econômico brasileiro, através da evolução dos mercados de capitais e o crescimento das empresas, a autonomia privada apontará justamente para a autoformação das relações jurídicas, ou seja, vai se basear nas vontades individuais. Eduardo Secchi Munhoz alega ser única a experiência brasileira no que tange a ligação entre a arbitragem e o mercado de capitais, pois entende que se buscou na arbitragem uma forma de solução dos defeitos da jurisdição estatal, motivo pelo qual tentou se defender a aplicação do instituto no Brasil. Entretanto, defende a impossibilidade de se utilizar do instituto como forma de solucionar problemas estruturais do sistema estatal, tendo em vista que possui limites que devem ser respeitados.⁵

Arnoldo Wald⁶ compreende que a cláusula compromissória prevista no artigo citado trate de conflitos entre acionistas e a companhia ou entre acionistas majoritários e minoritários, a interpretação deve ser extensiva, para abarcar quaisquer tipos de acionistas, bem como quaisquer conflitos do âmbito das sociedades. Além disso, sustenta ainda que mesmo se tratando de previsão da Lei de S/A, não há qualquer impedimento da sua aplicação por analogia nos demais tipos societários e é esse o entendimento adotado no presente artigo.

-
- 5 MUNHOZ, Eduardo Secchi. A Importância do Sistema de Solução de Conflitos para o Direito Societário: Limites do Instituto da Arbitragem. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setogutti J. (Coords.). *Processo Societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 87
- 6 WALD, Arnoldo. O Direito Societário e a Arbitragem. In: FERRAZ, Rafaella e MUNIZ, Joaquim de Paiva (Coords.). *Arbitragem doméstica e internacional: Estudos em Homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 47.

Ainda sobre o art. 109 da Lei de S/A, há grande clareza que ele trata unicamente de uma possibilidade de previsão da cláusula arbitral no estatuto da sociedade, de modo que em qualquer momento se fala numa obrigatoriedade por parte dos sócios de a instituírem. Ocorre que, no momento em que ela efetivamente é instituída contratualmente, algumas dúvidas advêm no que tange às partes que se vincularão à cláusula, tendo em vista que, uma vez imposta, se questiona se ela poderá ser oposta inclusive àqueles que não anuíram com a sua implementação.

3.1. Limites Subjetivos da Cláusula Compromissória

As cláusulas compromissórias serão estabelecidas com a aprovação da maioria dos acionistas que comparecerem à assembleia geral, de modo que muito se discute no que tange aos limites subjetivos da imposição de cláusulas compromissórias uma vez que já estão inseridas nos estatutos das sociedades ou inclusive nos contratos sociais das mesmas.

Os maiores questionamentos se dão especialmente no que tange à entrada de novos acionistas, ou seja, os sócios entrantes, que seriam justamente aqueles que estarão submetidos ao estatuto somente após ele já estar vigente; bem como os sócios dissidentes ou ausentes e os membros da administração e conselheiros fiscais, que são impossibilitados de votação em assembleia geral.

A situação gera polêmica e divide opiniões na doutrina, porque traz os casos de sócios que não anuíram — tanto expressamente quanto tacitamente — com a implementação daquela cláusula dentro do estatu-

to da sociedade, de modo que se questiona se seria possível que essas pessoas estivessem vinculadas à cláusula e, portanto, obrigadas à arbitragem.

Alexandre Ferreira de Assumpção Alves estabelece três momentos em que pode ser inserida a cláusula compromissória, diferenciando a sua eficácia em cada um deles⁷. O primeiro caso seria aquele onde a arbitragem foi estabelecida desde a deliberação estatutária da sociedade, ou seja, originariamente, de modo que nesses casos, a cláusula possuirá efeitos vinculantes tanto no que tange aos acionistas fundadores quanto aos futuros acionistas. Em segundo lugar, traz a polêmica dos novos acionistas, ou seja, daquele que ingressou na sociedade cujo estatuto previa a adoção de arbitragem para solução de conflitos societários. Por fim, tem-se ainda o caso do acionista dissidente, ou seja, aquele que manifestou a sua discordância perante a inserção posterior da cláusula compromissória, ou até mesmo aquele ausente, que não teve oportunidade de expressar sua vontade no que tange à matéria. Outros autores trazem ainda a situação dos administradores e conselheiros fiscais, que não votam nas assembleias gerais juntamente com os demais sócios acionistas.

Walfrido Jorge Warde Jr. e Fernando Antônio Maia da Cunha trazem duas teses a respeito da eficácia das cláusulas compromissórias: a tese da eficácia extensiva e a tese de eficácia restritiva⁸. A tese da efi-

7 ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. A arbitragem no Direito Societário. In: QUARESMA, Levi e outros. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Rio de Janeiro, ano VII, n. 9, jul./dez. 2006, p. 22.

8 WARDE JR., Walfrido Jorge; CUNHA, Fernando Antônio Maia. A Arbitragem e os Limites à Atuação do Judiciário nos Litígios Socie-

cácia extensiva defende que os sócios novos e os que discordaram da adoção da cláusula compromissória estariam vinculados por ela, entretanto, a situação dessas duas espécies de sócios não se confundem, tendo em vista que a situação dos dissidentes é mais vulnerável e frágil que a dos sócios entrantes, que estariam abarcados por uma novação, motivo pelo qual assumiria os mesmos direitos e deveres que o sócio anterior, que veio a substituir.

Por outro lado, o sócio dissidente expressamente recusou-se à aplicação da arbitragem, de modo que subsistiria certa lógica na aplicação da tese da eficácia restritiva da cláusula compromissória nestes casos. Segundo essa teoria, todos os sócios que não anuíram com a sua vinculação à cláusula não estariam abarcados por esta, ou seja, a sua eficácia estaria restrita unicamente àqueles sócios que anuíram de maneira expressa.

Para os referidos autores, não caberia tal justificativa no que tange aos sócios dissidentes, pois os sócios possuem o direito potestativo de retirada livre, nos casos de sociedades limitadas por prazo indeterminado (art. 1.029 do Código Civil); retirada judicial por justa causa nos casos de limitadas por prazo determinado (art. 1.029 do Código Civil); e direito de recesso nas sociedades anônimas (art. 137 da Lei de S/A).

Além disso, cabe observar que no momento em que se ingressa em uma determinada sociedade, se está

tários. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setogutti J. (Coords). *Processo Societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 747.

submetido à vontade da sociedade como um todo, de modo que deve se compreender que uma vez que se estabelece estatutariamente a utilização da arbitragem como meio de solução de conflitos, a vontade que a sociedade expressa é justamente de que todas as suas partes se submetam a ela, e não somente alguns dos sócios, vez que isso não possuiria qualquer lógica dentro do âmbito societário.

Isto posto, deve o acionista vencido se submeter à vontade da maioria, porque a vontade individual não pode ser unilateralmente considerada para efeitos de decisões societárias.

Alexandre Ferreira de Assumpção Alves⁹ rebate o posicionamento de alguns autores que pretendem equiparar o contrato que estabelece o ingresso de um novo sócio com os contratos de adesão, o que atrairia a incidência do art. 4º, § 2º da Lei de Arbitragem, que estabelece que:

§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

Não poderia ser confundido um contrato de adesão com o contrato de ingresso em uma sociedade porque este segundo é plurilateral e, diferentemente

9 ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. A arbitragem no Direito Societário. In: QUARESMA, Levi e outros. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Rio de Janeiro, ano VII, n. 9, jul./dez. 2006, p. 23-24.

do que ocorre nos contratos de adesão, onde os termos são estabelecidos unilateralmente e de maneira prévia pela parte contrária, não há de se falar em uma vulnerabilidade daquele que está aderindo ao contrato, já que há a vontade daquela pessoa de efetivamente participar da sociedade, ou seja, está presente o *affectio societatis*.

Para o autor supracitado, quando se fala nos administradores e diretores, a situação vai se modificar, tendo em vista que o sócio administrador que é acionista será abarcado plenamente pela cláusula compromissória, já que não subsistiria sentido em não incluí-lo, tendo em vista que ele é eleito para exercer cargo de alta relevância na sociedade. Entretanto, quando o administrador não for acionista, ele precisará assinar um termo expresso de concordância com a incidência da cláusula, porque essa pessoa não faz parte do ato de constituição da sociedade, mas poderia se falar, por outro lado, em uma concordância tácita em relação às cláusulas estabelecidas no estatuto, de maneira geral, já que o administrador labora na sociedade e está intimamente ligada as suas atividades.

Poderia se entender, portanto, que caberia a imposição da arbitragem como meio de solução de conflitos frente aos administradores, mas se falando em certa anuência por parte destes, especialmente quando não se tratar de administradores acionistas.

Uma das maiores complicações que se configuram com o entendimento de que estariam acobertados pela eficácia da cláusula compromissória apenas aqueles que anuíram de maneira expressa, seja originariamente na formação do estatuto, seja posterior-

mente por instrumento próprio é que, além de trazer uma significativa redução da relevância e eficiência do instituto da arbitragem, essa diferenciação de sócios dentro de uma mesma sociedade traz também complicações de cunho processual. O que se pretende compreender aqui é que, além de se instaurar um tratamento desigual entre os acionistas numa mesma sociedade, se aumenta em muito o risco de decisões contraditórias, tendo em vista que um determinado sócio poderá estar acobertado pela incidência da arbitragem, enquanto outro sócio buscará a solução, muitas vezes do mesmo conflito, por meio judicial.

Não somente as decisões contraditórias causariam conflito, mas também existiriam problemas nos casos em que num mesmo conflito, um sócio pretenda resolvê-lo pela via arbitral, enquanto o outro não anuiu com a cláusula compromissória, ou até mesmo quando indiretamente a decisão arbitral afetar aquele que não é acobertado por ela. Esse tipo de situação enfraquece o instituto, tendo em vista que, ao invés de se pretender alcançar uma via alternativa de solução de conflito, muitas vezes mais benéfica e menos dispendiosa para as partes, vai gerar verdadeira insegurança jurídica para estas.

4. CONCLUSÃO

As discussões acerca dos limites subjetivos das cláusulas compromissórias no âmbito do direito societário brasileiro ainda são muito extensas geram muita divergência na doutrina, especialmente se considerando a carência de jurisprudência consolidada em relação à matéria.

Os pontos de polêmica dizem justamente respeito àqueles acionistas que, por algum motivo, não concordaram expressamente com a inclusão da referida cláusula no estatuto da sociedade: ou porque ingressaram posteriormente ao seu estabelecimento, ou porque expressamente discordaram da sua vigência, ou até mesmo porque foram impedidos de votar, por ausência ou por configurar como sócio administrador ou diretor.

Em que pese a divergência seja grande, o entendimento mais benéfico tanto ao instituto da arbitragem, quanto à compatibilidade com o direito societário e com seus princípios e regras, é o que prega que a anuência não precisa ser expressa, tendo em vista que em certo grau, a anuência foi tácita ou implícita, no momento em que se aceitou participar de uma sociedade, ou porque já se sabia previamente da existência da cláusula quando se ingressou nela, ou até mesmo porque existe o entendimento de que dentro de uma sociedade, deve se submeter à vontade da maioria.

Neste sentido, mesmo havendo muito a se discutir e se evoluir no que tange à figura da arbitragem e ao seu desenvolvimento no Brasil, deve sempre se prezar pelo entendimento que gera a sua expansão e melhor utilização, e jamais aquele que pretende reduzi-lo ou pior, torná-lo instituto absolutamente inseguro e sem credibilidade.

5. REFERÊNCIAS

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. A arbitragem no Direito Societário. In: QUARESMA, Levi e outros. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Rio de Janeiro, ano VII, n. 9, jul./dez. 2006.

- BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem Comercial e Internacional*, São Paulo, 2011.
- BRASIL. *Código Civil*, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 26 out. 2015.
- BRASIL, *Lei 9.307*, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF, 23 set. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 26 out. 2015.
- BRASIL, *Lei 6.404*, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Brasília, DF, 15 dez. 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404compilada.htm>. Acesso em: 26 out. 2015.
- MUNHOZ, Eduardo Secchi. A Importância do Sistema de Solução de Conflitos para o Direito Societário: Limites do Instituto da Arbitragem. In: YARSHELL, Flávio Luiz e PEREIRA, Guilherme Setogutti J. (Coords.). *Processo Societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- WALD, Arnaldo. O Direito Societário e a Arbitragem. In: FERRAZ, Rafaella; MUNIZ, Joaquim de Paiva (Coords.). *Arbitragem doméstica e internacional: Estudos em Homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- WARDE JR., Walfrido Jorge; CUNHA, Fernando Antônio Maia. A Arbitragem e os Limites à Atuação do Judiciário nos Litígios Societários. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setogutti J. (Coords.). *Processo Societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

Capítulo XI

Drogas descartáveis para
pacientes descartáveis: a
responsabilidade social da
empresa de acordo com o filme
O Jardineiro Fiel

Priscilla Machado Melo Sapucaia da Silva

Aluna da Faculdade Baiana de Direito e Gestão.
Endereço eletrônico: priscilla.machado94@gmail.com

Drogas descartáveis para pacientes descartáveis: a responsabilidade social da empresa de acordo com o filme *O Jardineiro Fiel*

Resumo: O presente trabalho destina-se ao esclarecimento acerca do que concerne a atividade empresária, iniciando-se as explicações quanto as distinções conceituais existentes, bem como trazendo aspectos jurídicos ao seu embasamento. Para tanto, abordará inicialmente um breve contexto histórico, levando ao atual entendimento da empresa e seus derivados, perpassando seus fundamentos pela ordem jurídica, culminando numa análise crítica destas distinções, bem como no que deriva delas. Terá o amparo doutrinário em obras de Marlon Tomazette, e Fabio Ulhoa Coelho, por exemplo, e na própria norma, baseando-se também na própria Constituição Federal Brasileira e os Direitos Humanos protegidos por todo o ordenamento, nacional e internacional. Será avaliado no seguinte artigo, a existência do elemento “responsabilidade social”, elemento este que deve ser sempre observado pelas sociedades empresárias ao exercerem a sua atividade, principalmente no que diz respeito à proteção dos Direitos Humanos.

Palavras-chave: Empresa. O Jardineiro Fiel. Direitos Humanos. Responsabilidade social. Função Social.

Sumário: 1. Introdução — 2. Questões pertinentes ao Direito Empresarial: 2.1. Conceito de Empresa; 2.2. Distinções terminológicas necessárias; 2.3. No que consiste a função social; 2.3.1. Função social da pessoa jurídica; 2.3.2. Função social vs Responsabilidade social; 2.4. O Direito Societário e a Responsabilidade social: sobre a proteção aos direitos humanos — 3. Do filme *O Jardineiro Fiel*: aspectos e breve contextualização — 4. Sobre a questão da função social e a responsabilidade da empresa perante as Três Abelhas — 5. Conclusão — 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar questões relacionadas ao funcionamento das sociedades empresárias, e da empresa também, no que diz respeito à função social que ela deve exercer, e a responsabilidade social que ela possui perante a sociedade.

Para isto, será feito um estudo comparando a realidade normativa que hoje vigora no Brasil, e no mundo quando se tratar de Direitos Humanos, com o que ocorre no filme *O Jardineiro Fiel*, considerando que a obra cinematográfica consegue captar bem a ideia de que, infelizmente, a economia está intimamente ligada à situação da função social, o que pode, por vezes, vir a ser extremamente prejudicial aos seres humanos porquanto exercida de modo que viola os Direitos Humanos.

2. QUESTÕES PERTINENTES AO DIREITO EMPRESARIAL

2.1. Conceito de Empresa

A empresa, diferentemente do que muitos pensam, não é o estabelecimento empresarial no qual se desenvolve uma atividade, tampouco seria a firma ou o grupo de pessoas designadas a desenvolver determinada atividade. A noção de empresa vai além disto, e toma forma com o passar dos anos, através do desenvolvimento das teorias acerca da empresa.

O Direito Mercantil se iniciou na Idade Média¹, com consolidações legislativas que tratavam especificamente da matéria, e que surgiram por uma necessidade de regulamentar as relações entre os comerciantes². Em 1808, surgiu o Código Comercial francês (*Code de Commerce*)³, e trouxe a distinção entre ato civil e ato de comércio, que delimitaria a aplicação do direito às relações enquanto Direito Civil ou Direito Comercial⁴. Após o surgimento na França, em 1892 começou na Itália o questionamento acerca de assuntos ligados ao Direito Civil e, por sua vez ao Direito Comercial⁵ e somente em 1942 que o Código Ci-

- 1 MAMEDE, Gladston. *Manual de Direito Empresarial*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 2.
- 2 TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário (volume 1)*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 5.
- 3 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa (volume 1)*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 12; MAMEDE, Gladston. *Manual de Direito Empresarial*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 3.
- 4 MAMEDE, Gladston. *Manual de Direito Empresarial*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 3.
- 5 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa (volume 1)*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 16.

vil italiano (*Codice Civile*) passou a disciplinar tanto matéria civil como comercial, tratando da teoria da empresa, e “sua entrada em vigor inaugura a última etapa evolutiva do direito comercial nos países de tradição romanística”.⁶

Com a evolução do Direito Comercial nos países, por conta da própria passagem do tempo e crescimento das civilizações, veio-se o questionamento do que seria, de fato, a empresa. De acordo com Gladston Mamede, extraem-se elementos do artigo 966⁷ do Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406/2002) para que se possa ter uma compreensão jurídica acerca da empresa, sendo eles: estrutura organizada, atividade profissional, patrimônio especificado, finalidade lucrativa e identidade social⁸.

Adentrando na própria finalidade da empresa, esta é muito tratada no seu viés econômico, ou seja, a partir da “acepção econômica é que se desenvolve o conceito jurídico de empresa, o qual não nos é dado explicitamente pelo direito positivo”.⁹

Alberto Asquini, por sua vez, foi um estudioso italiano acerca do tema e que, com a criação do Código

6 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa (volume 1)*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 17.

7 Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa. *Lei 10.406/2002 — Código Civil*. 2002.

8 MAMEDE, Gladston. *Manual de Direito Empresarial*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 4.

9 TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário (volume 1)*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 36.

Civil italiano estudou as diversas formas de se ter o conceito de empresa, e assim criou a Teoria dos Perfis da Empresa; segundo o autor, “o conceito de empresa é o conceito de um fenômeno jurídico poliédrico, o qual tem sob o aspecto jurídico não um, mas diversos perfis em relação aos diversos elementos que ali concorrem”¹⁰. Apesar de se encontrar superada, tal concepção dividiu a empresa em relação ao seu perfil subjetivo, funcional, objetivo ou patrimonial e o corporativo.¹¹

2.2. Distinções terminológicas necessárias

Para se trabalhar com questões de Direito Empresarial, e por sua vez de Direito Societário, é importante que se façam algumas distinções terminológicas, de modo que determinados conceitos não sejam utilizados erroneamente ou de maneira a confundir. Como dito anteriormente, empresa não se confunde com seus sócios e administradores, tampouco com o empresário ou a sociedade empresária, e menos ainda com o estabelecimento.

Em relação à noção de empresa, Fábio Ulhoa Coelho explica que esta seria “a atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços. Sendo uma atividade, a empresa não tem a

10 TOMAZETTE, Marlon apud ASQUINI, Alberto. *Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário (volume 1)*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 37.

11 TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário (volume 1)*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 38; ASQUINI, Alberto. “Perfis da empresa”. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. Traduzido por Fábio Konder Comparato do artigo “Profili dell’impresa”, publicado em 1943 na Rivista del Diritto Commerciale, v. 41, I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 104, 1996.

natureza jurídica de sujeito de direito nem de coisa. Em outros termos, não se confunde com o empresário (sujeito) nem com o estabelecimento empresarial (coisa)”.¹²

O empresário, por sua vez, é o sujeito titular da atividade empresária¹³, e que a exerce de maneira profissional, de acordo com o que preconiza o artigo 966 do Código Civil brasileiro. Para exercer tal função, alguns elementos são analisados, e tem-se por empresário aquele sujeito com as características da economicidade, organização, profissionalidade, assunção do risco e o direcionamento ao mercado¹⁴. O empresário, ao organizar a atividade econômica, pode ser tanto pessoa física quanto pessoa jurídica; quando pessoa física se chamará empresário individual, e quando pessoa jurídica se tratará de uma sociedade empresária¹⁵.

Em relação à sociedade empresária, esta pode assumir duas — de cinco — formas admitidas pelo Direito Comercial em vigor, quais sejam a de sociedade por quotas de responsabilidade limitada (Ltda.) ou de uma sociedade anônima (S/A)¹⁶. De acordo com o *caput* artigo 981, Código Civil de 2002, “celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si,

12 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa (volume 1)*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 19.

13 TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário (volume 1)*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 43.

14 TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário (volume 1)*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 44

15 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa (volume 1)*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 64.

16 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa (volume 1)*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 64.

dos resultados”. E, para que se forme uma sociedade, existem alguns elementos gerais, em que para o ato jurídico constitutivo da sociedade tenha consenso, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei; e elementos específicos, de sociedades empresárias, que se destacam a contribuição dos sócios para a formação do capital social, a participação dos sócios nos lucros e perdas, e a *affectio societatis*.¹⁷

E, por fim, outra distinção necessária é a de que empresa não se confunde com estabelecimento comercial, sendo este “todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”.¹⁸ Ou seja, seria então como uma dimensão estática da empresa, em que se compreenderia somente o patrimônio especificado e organizado para o exercício desta atividade negocial.¹⁹

2.3. No que consiste a função social

2.3.1. Função social da pessoa jurídica

Antes de adentrar na razão de existir da função social, é importante que se entenda como surgiu o termo. A acepção “função social” adveio do substantivo *functio*, cujo significado primeiro é de cumprir algo, desempenhar dever ou tarefa.²⁰

17 TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário (volume 1)*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 202.

18 Artigo 1.142: Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária. *Lei 10.406/2002 — Código Civil*. 2002.

19 MAMEDE, Gladston. *Manual de Direito Empresarial*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 7.

20 COMPARATO, Fábio Konder. *Estado, Empresa e Função Social*. Em *Doutrinas essenciais: Direito Empresarial (volume II)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 72.

A função social é trazida na Constituição Federal, em seu art. 5º, XXIII²¹, como algo que deve estar presente na propriedade e, por conseguinte, na sua utilização. Como trata Tomazette, “há a vinculação de um patrimônio para determinada finalidade, dando origem a uma pessoa jurídica, a qual será sempre um organismo destinado a satisfazer um interesse humano”.²² Na história, percebe-se que a função social existe desde a época de São Tomaz de Aquino, quando este delimitou que “os bens apropriados individualmente teriam um destino comum, que o homem deveria respeitar”.²³

Alguns autores foram expoentes no tocante da função social, entre eles Léon Duguit, jurista francês²⁴, e modernamente Fábio Konder Comparato, jurista brasileiro²⁵; ainda, para Eros Roberto Grau, jurista brasileiro e ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal²⁶, “a função social da propriedade

21 Art. 5º, XXIII — a propriedade atenderá a sua função social. *Constituição Federal*. 1988.

22 TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário (volume 1)*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 222-223.

23 FILHO, Eduardo Tomasevicus. *A função social da empresa*. Em *Doutrinas essenciais: Direito Empresarial (volume II)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 44.

24 Autor de livros como *L'État, le droit objectif et la loi positive*, *L'État les gouvernants et les agents*, *Souveraineté et liberté*, *Traité de droit constitutionnel*, *Les transformations générales du droit privé*, e *Les transformations générales du droit public*.

25 Para mais informações sobre o jurista, acessar seu Currículo na Plataforma Lattes, disponível em: <<http://lattes.cnpq.br/4873538177426881>>.

26 Ministro do STF de 30 de junho de 2004 até 30 de julho de 2007, conforme demonstra o quadro de composição dos Ministros de acordo com a linha sucessória, disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfComposicaoMinistroApresentacao/anexo/linha_sucessoria_quadro_atual_jun_2015.pdf>.

coincide com a função social da empresa”²⁷, que, por sua vez, se relaciona com a função social da sociedade empresária. Ainda, vale lembrar que nas sociedades aparece uma outra função social, qual seja a de criar um centro de imputação de direitos e deveres, com um patrimônio diferente dos seus membros, e que limita, na maioria dos casos, os riscos empresariais²⁸.

2.3.2. Função social vs Responsabilidade social

A função social da sociedade empresária, ligada à própria função social da empresa (no entendimento da palavra já estudado no presente artigo), não se confunde com a responsabilidade social que esta exerce.

Diante da expansão das relações econômicas, e diante do mundo globalizado, em que há cada vez mais sociedades empresárias multinacionais, percebe-se que a linha de produção, e até mesmo o produto, perpassa por várias localidades no globo terrestre. Como tratou Comparato, “os grandes agentes da atual economia mundializada, através dos espaços nacionais e dos mercados comuns regionais, são, incontestavelmente, as empresas multinacionais”²⁹.

A responsabilidade social, chamada também de cidadania empresarial, faz referência a “uma recente

27 FILHO, Eduardo Tomasevicus. *A função social da empresa*. Em Doutrinas essenciais: Direito Empresarial (volume II). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 48.

28 TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário (volume 1)*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 223.

29 COMPARATO, Fábio Konder. *Estado, Empresa e Função Social*. Em Doutrinas essenciais: Direito Empresarial (volume II). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 71.

etapa de maior conscientização do empresariado no que diz respeito aos problemas sociais e ao seu potencial papel na resolução dos mesmos, principalmente em virtude da crescente falta de capacidade e credibilidade do Estado na busca da eliminação daqueles”³⁰.

Algumas diferenças devem ser estabelecidas, para que se perceba que responsabilidade social não se confunde com a função social. A primeira delas seria que a responsabilidade social concerne os gestos voluntários ou espontâneos do empresário, sem a necessidade de imposição legal para tanto, cabendo ao empresário escolher qual será sua política de atuação³¹; outra diferença se encontra no fato de que a função social se aplica às atividades que constituem elementos e que coincidem, como regra, com o objeto social desenvolvido pelo empresário ou pela sociedade empresária, “ao passo que a responsabilidade social abrange as atividades não consubstanciadas no objeto social da empresa, que não constituem sua finalidade, sendo simplesmente benéficas à sociedade”³².

Aqui, ainda, vale a ressalva feita pela professora francesa da *University of Panthéon-Assas, Paris II*, Catherine Kessedjian, que é preferível que se utilize o termo *enterprise*, ao invés de *société*, porque esta

30 DA GAMA, Guilherme Calmon Nogueira; BARTHOLO, Bruno Paiva. *Função social da empresa*. Em Doutrinas essenciais: Direito Empresarial (volume II). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 113.

31 DA GAMA, Guilherme Calmon Nogueira; BARTHOLO, Bruno Paiva. *Função social da empresa*. Em Doutrinas essenciais: Direito Empresarial (volume II). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 113-114.

32 DA GAMA, Guilherme Calmon Nogueira; BARTHOLO, Bruno Paiva. *Função social da empresa*. Em Doutrinas essenciais: Direito Empresarial (volume II). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 114.

passaria a impressão de algo que possui personalidade jurídica, de maneira que se poderia dividir as atividades e enxergar o sujeito; já o termo *enterprise* está relacionado a economia, e visa enxergar o todo relacionado à empresa, não só a sua atividade ou personalidade jurídica³³. Neste sentido, há que se considerar, também, a similitude entre responsabilidade social e função social, em que a responsabilidade social também se divide em duas partes, uma espécie interna e outra externa, em que a primeira se refere às preocupações com as condições de trabalho e demais questões dos funcionários da empresa, e a última é relativa aos cuidados com a comunidade, nas figuras de clientes, de fornecedores e de entidades públicas³⁴.

É, então, por tais considerações que se deve perceber a ligação existente entre a responsabilidade social da empresa (e sociedades empresárias) e a questão dos direitos humanos, amplamente defendido pelos Estados, principalmente porque não há, ainda, uma corte de jurisdição mundial para julgar violações a direitos humanos tendo como parte uma pessoa jurídica de direito privado.

2.4. O Direito Societário e a Responsabilidade social: sobre a proteção aos direitos humanos

Direitos humanos são, atualmente, direitos de caráter inviolável perante a comunidade internacional,

33 Informação verbal obtida pela professora Catherine Kessedijan em palestra Direito Corporativo e Direitos Humanos na Esfera Internacional (*Enterprise et droit de l'homme*), realizada no evento XI Curso de Inverno de Direito Internacional na Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, Minas Gerais, em julho de 2015.

34 DA GAMA, Guilherme Calmon Nogueira; BARTHOLO, Bruno Paiva. *Função social da empresa*. Em Doutrinas essenciais: Direito Empresarial (volume II). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 114.

sendo considerados *jus cogens*³⁵ e protegidos, em vários dispositivos, na Carta das Nações Unidas. A ONU, então, em 2011, criou os Princípios Orientadores da ONU (*UN Guiding Principles on Business and Human Rights*)³⁶, também conhecidos como Princípios Ruggie porque criados sob a liderança de John Ruggie, e apoiados pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU. Esse grupo foi criado para que se continue a análise de situações em que há Business e Direitos Humanos envolvidos, para que se concretizem os Princípios Ruggie e, assim, não se tenham violações aos Direitos Humanos que são amplamente protegidos.

Neste sentido, pode-se citar alguns casos em que se faz a análise da responsabilidade social da sociedade empresária perante situações em que tais direitos foram feridos, como por exemplo no caso Rana Plaza, em Bangladesh, sobre o desabamento de um prédio que matou aproximadamente mais de mil trabalhadores³⁷, ou então o caso *Kiobel (Kiobel v. Royal Dutch Petroleum, Co. (Shell))*, em que, pela primeira vez, a Suprema Corte dos Estados Unidos analisou uma

35 *Jus cogens* é tratado no artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, em que *jus cogens* seria uma norma imperativa de Direito Internacional geral, sendo esta “norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza”.

36 Organização das Nações Unidas. *UN Guiding Principles on Business and Human Rights*. 2011. Disponível em: <<http://business-humanrights.org/en/un-guiding-principles>>. Acesso em: 04 nov. 2015.

37 Rana Plaza Arrangement. Disponível em: <<http://www.ranaplaza-arrangement.org/>>. Acesso em: 04 nov. 2015.

ação judicial sobre direitos humanos contra uma corporação nos termos do Estatuto³⁸.

Milton Friedman, em um texto famoso publicado no *The New York Times Magazine*, tratou da seguinte assertiva “*there is one and only one social responsibility of business--to use its resources and engage in activities designed to increase its profits so long as it stays within the rules of the game, which is to say, engages in open and free competition without deception or fraud*”.³⁹ Esta frase é marcante e de importante reflexão, ao passo que o economista trata a responsabilidade social do *business* (que será enfrentado como tal, considerando que a tradução da palavra para o português faria perder o sentido da sua utilização) como algo que está intimamente — para não dizer somente — ligado aos lucros, e não em relação benefícios e malefícios que o desempenho de tal atividade podem trazer para a sociedade.

Ademais, por não existir uma corte mundial para julgar casos de violação a Direitos Humanos, existindo somente os mecanismos regionais para tal, além da Corte Internacional de Justiça que tem por competên-

38 Business and Human Rights Resource Centre. Kiobel case: US Supreme Court Review of Alien Tort Claims Act. Disponível em: <<http://business-humanrights.org/en/corporate-legal-accountability/special-issues/kiobel-case-us-supreme-court-review-of-alien-tort-claims-act>>. Acesso em: 04 out. 2015.

39 “Há uma e somente uma reponsabilidade social do *business* — para usar seus recursos e se envolver em atividades criadas para aumentar seus lucros pelo tanto de tempo em que ficar nas ‘regras do jogo’, ou seja, se envolva em abertas e livres competições sem engano ou fraude”: tradução livre da autora. FRIEDMAN, Milton. *The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits*. Em *The New York Times Magazine*, 1970. Disponível em: <<http://www.colorado.edu/studentgroups/libertarians/issues/friedman-soc-resp-business.html>>. Acesso em: 05 out. 2015.

cia julgar casos de Direito Internacional geral, é que se faz necessária a cooperação internacional. Ainda que se tratando de sociedades empresárias, os Estados devem cooperar para punir tanto penal quanto civilmente tais violações, de maneira que haja uma cooperação judiciária transnacional⁴⁰, tendo em vista que a cooperação judiciária entre tribunais seria indispensável para a efetivação de tais proteções, pois os casos são normalmente internacionais, no sentido de que não derivam de somente uma localidade, e as atividades são elaboradas em cidades que diferem da sede social⁴¹.

3. DO FILME O JARDINEIRO FIEL: ASPECTOS E BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO

O filme *O Jardineiro Fiel* (em inglês *The Constant Gardener*), é uma obra de 2005, e que possui extrema ligação com o que acontece até os dias de hoje em relação às sociedades empresárias que atuam no mercado farmacêutico. Isto porque os custos de se produzir um medicamento, desde o financiamento de estudos para a sua produção até a sua entrada no mercado, são extremamente altos. Dirigido por Fernando Meirelles, a obra ganhou diversos prêmios ci-

40 Informação verbal obtida pela professora Catherine Kessedijan em palestra Direito Corporativo e Direitos Humanos na Esfera Internacional (*Enterprise et droit de l'homme*), realizada no evento XI Curso de Inverno de Direito Internacional na Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, Minas Gerais, em julho de 2015.

41 Sede social é o que se considera *Home Country* da sociedade empresária em questão, segundo a informação verbal obtida pela professora Catherine Kessedijan em palestra Direito Corporativo e Direitos Humanos na Esfera Internacional (*Enterprise et droit de l'homme*), realizada no evento XI Curso de Inverno de Direito Internacional na Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, Minas Gerais, em julho de 2015.

nematográficos, como o *Oscar* de Melhor Atriz Coadjuvante para Rachel Weisz, e indicações na mesma premiação para Melhor Roteiro Adaptado (por Jeffrey Caine) e Melhor Edição; ganhou o prêmio *BAFTA* de Melhor Edição, entre outros.

É neste sentido, então, que o filme faz a sua crítica. A obra se passa, em grande parte, no Quênia, continente africano, e trata da luta de Tessa Quayle (Rachel Weisz) e Dr. Arnold Bluhm (Hubert Koundé) contra a utilização de pessoas africanas, normalmente pacientes do hospital local com o vírus HIV⁴², como cobaias no teste de determinado medicamento. Tais testes são feitos sob a égide de distribuição gratuita de um componente chamado *dypraxa*, como forma de tratar a epidemia da tuberculose, contudo, o que se estava sendo feito, de fato, eram testes em pessoas. Neste sentido, se não apresentassem algum tipo de efeito colateral incômodo, as sociedades empresárias presentes por trás do remédio ganhariam milhões; se incômodos fossem percebidos, e a pessoa viesse a falecer, por exemplo, seu nome seria excluído do cadastro como se nunca tivessem existido, porque seria muito caro (tratando-se de bilhões de dólares) refazer a pesquisa de modo a retirar tais falhas do medicamento, bem como daria margem para outras indústrias farmacêuticas criarem a sua versão melhorada do medicamento. Vale a ressalva de que, no contexto do filme, só receberia o tratamento médico

42 HIV é a sigla em inglês do vírus da imunodeficiência humana. Causador da aids, ataca o sistema imunológico, responsável por defender o organismo de doenças. Informação obtida através do sítio eletrônico disponível em: <<http://www.aids.gov.br/pagina/o-que-e-hiv>>, acessado em 21 de outubro de 2015.

se consentissem com a utilização deste medicamento, condicionando, assim, o atendimento médico ao aceite perante o uso deste componente.

A sociedade empresária contra qual a dupla possui um embate se chama Três Abelhas porque são eles que fazem os testes e distribuem para os pacientes e, além de participarem do ramo farmacêutico, produz também pesticida para plantas; outra sociedade empresária que faz parte deste trâmite que forja a situação medicamentosa e que é, de fato, quem produz o remédio é a KDH *Pharma*.

Ademais, por ser um tratamento feito no hospital público local, percebe-se no filme que o governo queniano havia sido subornado para permitir tal atuação em seu território, sem sofrer sanções.

Em relação à história, Tessa é casada com Justin Quayle (Ralph Fiennes), um diplomata britânico, e a trama gira em torno da busca de Justin para saber o motivo real do assassinato da sua esposa. Então, nesta busca, ele encontra as pesquisas feitas por ela e decide ir mais afundo no assunto, dando continuidade ao projeto de pesquisa iniciado por Tessa.

4. SOBRE A QUESTÃO DA FUNÇÃO SOCIAL E A RESPONSABILIDADE DA EMPRESA PERANTE AS TRÊS ABELHAS

No filme *O Jardineiro Fiel* percebe-se que tanto o exercício da função social quanto da responsabilidade social da empresa são um reflexo da atividade indevidamente proposta pelos gestores da sociedade, e aceita, até mesmo, pela governança do local em que os remédios estão sendo distribuídos e testados em humanos.

Neste sentido, nos momentos em que ocorre a manipulação pela indústria farmacêutica, com o subsídio de pessoas influentes no país, nos sujeitos mais carentes e sem a devida instrução, tem-se, por conseguinte, a função social da empresa sendo deturpada, ou melhor, inexistente. Isto porque o objeto da sociedade empresária seria o desenvolvimento, produção e fornecimento de medicamentos, e, enquanto a função social estiver ligada às atividades que coincidem com o objeto social desenvolvido pela sociedade empresária, haverá transgressões da Três Abelhas e KDH *Pharma*.

Isto representa uma clara violação aos Direitos Humanos, considerando que o direito à saúde e à uma vida com dignidade são extremamente protegidos em documentos internacionais, incluindo a Declaração Universal dos Direitos Humanos⁴³. Ainda assim, como bem demonstra o filme, isto não seria suficiente para fazer a indústria farmacêutica em questão repensar suas atitudes e parar de utilizar seres humanos como cobaias, porque isto implicaria numa perda de bilhões de dólares e numa possível concorrência na fabricação da droga.

Apesar de não existir uma Corte universal para julgar questões ligadas às violações de Direitos Humanos, existe um sistema regional de proteção, em que as regiões do globo — como na América, na Europa, na África — possuem seu próprio ordenamento protetivo neste aspecto. O Sistema das Nações Unidas, por sua vez, possui um sistema de proteção aos

43 *UNGA Resolution*, Primeira Sessão, 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://www.un.org/en/documents/udhr/index.shtml>>. Acesso em: 19 out. 2015.

Direitos Humanos, formado por diversos órgãos internos, como o Conselho de Direitos Humanos e o Comitê de Direitos Humanos⁴⁴, ainda que estes não funcionem como Corte supranacional para julgar violações de Direitos Humanos de Estados para com pessoas.

No presente caso, no tocante da função social e do filme *O Jardineiro Fiel* é importante compreender que, no âmbito Africano da arte cinematográfica, uma solução direta para as violações de Direitos Humanos, principalmente do direito à vida e dignidade, se torna complexo, uma vez que a sociedade empresária em questão não é Estado, portanto não pode ser parte na Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, e, portanto, não é passível se fazer um controle concentrado acerca da matéria.

Portanto, é neste tocante que a proteção de Direitos Humanos se torna frágil, pois enquanto não houver uma proteção mais efetiva acerca destes direitos e as devidas sanções estabelecidas em âmbito internacional, a função social, bem como a responsabilidade social das sociedades empresárias ficam comprometidas.

Percebendo, então, o movimento atual de cada vez mais proteção a tais direitos, e de que o exercício da atividade empresária não deve somente visar o lucro, mas também perceber que existem certos direitos e garantias fundamentais que não devem ser violados, é que se pode concluir que a Três Abelhas deveria ser punida tanto no seu Estado de origem, quanto no Quênia e, quiçá numa possível Corte que tenha competência para

44 Mais detalhes sobre tais órgãos podem ser encontrados no site da Organização das Nações Unidas, disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/Pages/HumanRightsBodies.aspx>>.

julgar pessoas (jurídicas, neste caso) por violações graves a direitos humanos no âmbito empresarial.

5. CONCLUSÃO

Conclui-se, então, com o presente trabalho, que a assertiva de Milton Friedman está correta quando se analisa a sociedade em questão, que visa o lucro, ainda que isto implique na supressão de direitos — neste caso, em uma sociedade que não tem acesso aos mecanismos de proteção aos Direitos Humanos, considerando que seu próprio governo estava envolvido na violação.

Isto demonstra, portanto, a lacuna que ainda persiste em salvaguardar tais direitos, considerando a globalização e a transnacionalidade existente no âmbito empresarial atualmente, em que não se tem somente um local de atuação da sociedade empresária, e competência dos tribunais para julgar tais ações se torna um tanto quanto mitigada. Então, a solução que se encontra, para que tais violações diminuam a sua ocorrência, ou até mesmo sejam suprimidas seria a cooperação judiciária internacional, em que não se teria somente um tribunal competente, mas uma rede de tribunais trabalhando em conjunto para a proteção dos Direitos Humanos.

Assim sendo, faz-se mister a análise da responsabilidade social, não somente no caso tratado no filme estudado, mas também de toda e qualquer sociedade empresária, seja ela atuante internacionalmente ou não, de modo que as garantias fundamentais sejam sempre protegidas, e não se tenham mais “pessoas descartáveis consumindo drogas descartáveis”.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AIDS. Informação obtida através do sítio eletrônico disponível em: <<http://www.aids.gov.br/pagina/o-que-e-hiv>>. Acesso em: 21 out. 2015.

ASQUINI, Alberto. “*Perfis da empresa*”. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. Traduzido por Fábio Konder Comparato do artigo “*Profilo dell’impresa*”, publicado em 1943 na Rivista del Diritto Commerciale, v. 41, I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 104, 1996.

BRASIL. *Constituição Federal, 1988*.

BRASIL. *Lei 10.406/2002* — Código Civil. 2002.

Business and Human Rights Resource Centre. *Kiobel case: US Supreme Court Review of Alien Tort Claims Act*. Disponível em: <<http://business-humanrights.org/en/corporate-legal-accountability/special-issues/kiobel-case-us-supreme-court-review-of-alien-tort-claims-act>>.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa* (volume 1). 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. *Estado, Empresa e Função Social*. Em *Doutrinas essenciais: Direito Empresarial* (volume II). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Organização das Nações Unidas, 1969.

DA GAMA, Guilherme Calmon Nogueira; BARTHOLO, Bruno Paiva. *Função social da empresa*. Em *Doutrinas essenciais: Direito Empresarial* (volume II). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FILHO, Eduardo Tomasevicus. *A função social da empresa*. Em Doutrinas essenciais: Direito Empresarial (volume II). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FRIEDMAN, Milton. *The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits*. Em The New York Times Magazine, 1970. Disponível em: <<http://www.colorado.edu/studentgroups/libertarians/issues/friedman-soc-resp-business.html>>.

Informação verbal obtida pela professora Catherine Kessedjian em palestra *Direito Corporativo e Direitos Humanos na Esfera Internacional (Enterprise et droit de l'homme)*, realizada no evento XI Curso de Inverno de Direito Internacional na Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, Minas Gerais, em julho de 2015.

MAMEDE, Gladston. *Manual de Direito Empresarial*. São Paulo: Atlas, 2013.

Organização das Nações Unidas. *UN Guiding Principles on Business and Human Rights*. 2011. Disponível em: <<http://business-humanrights.org/en/un-guiding-principles>>.

Rana Plaza Arrangement. Disponível em: <<http://www.ranaplaza-arrangement.org/>>.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário* (volume 1). São Paulo: Atlas, 2013.

UNGA Resolution, Primeira Sessão, 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://www.un.org/en/documents/udhr/index.shtml>>.

Capítulo **XII**

A relação do empregado HIV positivo com o direito do trabalho

Rafaela Melo Cavalcante

**Tâmara Caroline Sento-Sé Lobão
Meneses de Sousa**

Graduandas em Direito da Faculdade Baiana de Direito e Gestão.

A relação do empregado HIV positivo com o direito do trabalho

Resumo: O indivíduo portador de HIV, em decorrência de sua condição de saúde e da falta de informação da sociedade acerca do vírus, sofre, costumeiramente, diversas discriminações. No presente trabalho, objetiva-se expor situações vivenciadas por Andrew Beckett — personagem de Tom Hanks no filme “Filadélfia” — com a possibilidade de responsabilização do empregador em virtude de atos discriminatório e vexatórios praticados contra um indivíduo soropositivo, ainda que em fase précontratual, bem como demonstrar as medidas que o portador de HIV pode adotar para salvaguardar seus direitos se, na constância da relação de trabalho forem praticadas contra um soropositivo condutas discriminatórias, tais práticas podem ser suficientes para ensejar a rescisão contratual.

Palavras-chave: Direito do Trabalho. HIV. Discriminação Pré-Contratual. Direitos Fundamentais. Responsabilidade do Empregador. Dano Moral.

Sumário: 1. Introdução — 2. Do dano: 2.1. Do moral na relação de trabalho — 3. A proteção do mercado de trabalho do HIV positivo e a despedida discriminatória — 4.

Da lei 12.984/14 — 5. Conclusão — 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo explicar acerca dos aspectos relacionados ao direito do trabalho e o portador do vírus HIV (indivíduo soropositivo), sua proteção, acesso e segurança no que tange ao mercado de trabalho, os direitos que lhe são assegurados e a proteção que lhe é de direito em casos de discriminação pré-contratual, despedida discriminatória e demais situações vexatórias e intimidatória as quais possa ser submetido.

Objetiva tecer tais considerações à luz do filme “Filadélfia” que, de forma ilustre, conta a história do advogado Andrew Beckett — interpretado por Tom Hanks — que passa por diversas situações constrangedoras por ser soropositivo, ao passo que demonstra o equívoco social no tratamento a estas pessoas. A personagem expõe que sua peculiar condição não necessariamente acarreta limitações ao exercício de atividades laborais e, neste sentido, esclarece que, na maioria das vezes, o tratamento dado ao soropositivo dentro ou fora do ambiente de trabalho tem origem na ignorância e no pré-conceito enraizados na própria sociedade.

2. DO DANO MORAL

Trata-se o dano moral de uma afronta ou real violação aos direitos fundamentais pertencentes à esfera íntima de um sujeito, que, por sua vez, encontram-se consagrados no artigo quinto da Constituição Federal de 1988. Tais direitos de foro íntimo são aqueles

ligados ao respeito à dignidade da pessoa humana e sua intimidade, além da própria liberdade, imagem, honra e saúde física e mental, todos eles relacionados à vida particular do indivíduo.¹

O fato é que o dano moral relaciona-se de modo direto com a imagem interior do sujeito e também com a maneira como que ela reflete na sociedade. Sendo assim, diz-se que o dano moral está caracterizado quando este sujeito acredita ter tido a sua reputação ferida e/ou seu foro íntimo invadido. Percebe-se que está uma análise essencialmente subjetiva, de modo que cabe a cada indivíduo mensurar a sua própria dor.

No caso do dano moral, esta dor será, em regra, psíquica, por causar uma confusão sentimental e comportamental no sujeito, podendo refletir em sua vida nos âmbitos pessoal e profissional.

Embora muito do que se relaciona ao dano moral seja, de fato, abstrato, este não necessariamente será intangível, ao contrário, é, inclusive, passível de reparação. Necessário, no entanto, que o prejuízo causa-

1 “Art. 5º, CF — Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.(...) III — ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;(…) V — é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;(…) X — são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.” RIDEEL, *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. Série Vade Mecum 2014.

do à privacidade do indivíduo tenha sido causado por terceiros e possa ser auferido em concreto.²

2.1. Do dano moral na relação de trabalho

No que diz respeito especificamente ao direito do trabalho, é preciso atentar ao fato de que a aplicação dos já referidos direitos fundamentais tem eficácia irradiante, no entanto, estes incidem diretamente na relação entre empregado e empregador, no âmbito privado, sem a necessária atuação dos poderes legislativo ou judiciário. Assim, diante da violação de um direito fundamental, eles podem incidir sem a necessidade de intermediadores.

Importante ressaltar que o dano moral, nestas relações, nem sempre será causado pelo empregador para com o empregado, como é de se imaginar desde logo. Muito embora a relação empregatícia não seja, de fato, igualitária, também é possível que o causador de danos morais seja o próprio empregado, ou uma coletividade deles. Assim, a responsabilização recairá sobre quem tiver dado causa ao dano moral, na medida em que a reparação se dê não somente por uma sanção ao lesado, mas também como uma forma de desestimular a reiteração da prática lesiva.³

2 “Definição e caracterização do dano moral”. Disponível em: <<http://www.guiatrabalhistista.com.br/guia/danomoralnoemprego.htm>>. Acesso em: 06 jun. 2015.

3 MACHADO, Leandro Campos. *O dano moral na relação de trabalho: uma abordagem jurisprudencial*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9393&revista_caderno=25>. Acesso em: 06 jun. 2015.

Tal responsabilização reflete a noção de prejuízo, que dá ensejo a uma reparação. A própria Consolidação das Leis do Trabalho, no entanto, não trata de modo satisfatório da questão, então, há de ser necessária a utilização subsidiária de outras normas. Para tanto, o direito do trabalho passou a se utilizar da teoria da responsabilidade civil, onde se definiu que o dano moral tem natureza extrapatrimonial, uma vez que decorrerem da ideia de dignidade humana, devendo ser visto como uma ofensa aos direitos fundamentais.

É o Código Civil de 2002 quem traz expressamente a responsabilização civil em indenizar civilmente o dano moral, a ser avaliado conforme a conduta do agente quer tenha sido ação ou omissão, e o que isto causou à vítima.⁴

Há que se falar que a utilização do instituto da reparação civil também no âmbito do direito do trabalho é causa de avanço nesta esfera jurídica, tendo em vista que não são raros os atos discriminatórios nas relações empregatícias.

Não tendo sido a CLT capaz de trazer a normatização desta questão, como regra geral, aplica-se a responsabilidade subjetiva pautada no elemento culpa (*in elegendo* e *in vigilando*). Ocorrerá, portanto, uma espécie de inversão do ônus da prova, reconhecida pelos tribunais superiores.⁵

O que o direito do trabalho busca sempre a defesa da parte mais frágil da relação empregatícia, qual seja

4 Ibidem.

5 **Súmula 341.** É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.

o empregado, de modo que tende à defesa dos seus direitos básicos em detrimento do contrato de emprego. Hoje se entende que o empregador só responde por atos praticados por ele e por seus prepostos, tendo em vista o chamado “poder diretivo”, que lhe é de direito.

Desta forma, a CLT determina que é motivação para a rescisão contratual a mínima afronta aos direitos personalíssimos do empregado, ensejando a chamada justa causa. Para tanto, traz rol de hipóteses em que fica constatada o desequilíbrio na relação empregatícia, motivos estes bastantes para uma quebra de contrato de emprego.⁶

3. A PROTEÇÃO DO MERCADO DE TRABALHO DO HIV POSITIVO E A DESPEDIDA DISCRIMINATÓRIA

Não é incomum, na prática, que empregados sofram discriminação dentro do próprio ambiente de trabalho, quer seja por parte do empregador, dos seus superiores ou mesmo dos seus colegas de trabalho. Mesmo porque, muito embora seja natural a diversida-

6 “**Art. 482, CC:** Constituem justa causa para a rescisão do contrato pelo empregador: (...) j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticados no serviço contra qualquer pessoa, ofensas físicas praticadas nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem. k) ato lesivo da honra e a boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e seus superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem. **Art. 483, CC.** O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando: e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família ato lesivo da honra e boa fama; f) o empregador ou seus prepostos ofenderem-no fisicamente, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem.” RI-DEEL, *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. Série Vade Mecum 2014.

de entre as pessoas, muitas vezes o ser humano tende, infelizmente, a julgar e maltratar aquele que é diferente.

O vírus HIV é uma questão rodeada de tabus populares. A falta de informação, a ignorância, o receio de se expor ao contágio apenas por dividir o mesmo espaço que um HIV positivo faz com que os indivíduos adotem atitudes absurdas em relação à essas pessoas. No campo das relações trabalhistas tal conduta não é diferente.

São inúmeras as situações aos quais os portadores deste vírus são submetidos. No campo do Direito do Trabalho as condutas discriminatórias dividem-se em duas modalidades: discriminação direta e discriminação indireta. A discriminação direta é de fácil caracterização e consiste em condutas que estabelecem regras acerca de aspectos proibidos, tais como: cor da pele, orientação sexual, orientação religiosa, etc. A discriminação indireta, por sua vez, constitui a conduta sutil, na qual o sujeito discriminador atua discretamente, estabelecendo determinadas situações, regulamentações ou mesmo práticas que aparentam ser neutras, mas que, na realidade, acabam por criar desigualdades em relação às pessoas que têm as mesmas características.⁷

Então, uma vez caracterizada situação de discriminação direta ou indireta, em que o indivíduo portador do vírus seja impedido de assumir um emprego, ou seja, injustificadamente demitido e, comprovada que tais condutas não teriam ocorrido se este não fos-

7 GUGEL, Maria Aparecida. "Discriminação Positiva". Disponível em: <<http://phylos.net/direito/discriminacao-positiva/>>. Acesso em: 07 jun. 2015.

se portador do HIV, há algumas medidas que podem ser adotadas para salvaguardar os seus direitos.

No tocante à despedida discriminatória, o que ocorre é que quando um trabalhador é dispensado por ser portador do HIV, eles podem ser encaminhados por profissionais de saúde aos sindicatos das suas categorias ou mesmo ao Ministério Público. É, portanto, direito destes sujeitos ajuizar ação de para que se reestabeleça o vínculo empregatício, cumulado com danos morais contra a empresa. Também é necessária a comprovação de violação do direito fundamental do HIV positivo, atingindo não somente ele, mas também a coletividade.⁸

A despedida discriminatória, portanto, não é rara no cenário trabalhista brasileiro, e isto está ligado intimamente ao dano moral, onde não será necessário realizar prova específica do dano. Para que se configure esta despedida discriminatória, no entanto, é preciso que se analise a conduta do empregador.

Ainda mais grave do que a conduta de discriminar um portador do HIV é a conduta de, além de discrimina-lo, divulgar a sua condição de portador. É dessa divulgação que se origina a maior parte das situações discriminatórias, uma vez que, não só o empregador pode ser o discriminador, mas qualquer pessoa que labore com o HIV positivo. Ressalte-se que, em virtude da responsabilidade objetiva do empregador em relação aos atos de seus empregados e prepostos, ele

8 *Direitos do cidadão soropositivo*. Disponível em: <<http://saberviver.org.br/publicacoes/direito-do-cidadao-soropositivo/>>. Acesso em: 07 jun. 2015.

responderá, independentemente de culpa, pelas situações discriminatórias ocorridas no ambiente de trabalho, ainda que não tenham sido por ele praticadas. Obviamente, resguarda-se o seu direito de regresso em relação ao empregado que perpetrou a discriminação.

O fato é que, em ocorrendo a despedida discriminatória, é perfeitamente possível a reintegração do empregado. Isto, no entanto, não é recomendável, tendo em vista que o empregado já terá passado por situações vexatórias, laborado em ambiente hostil e, certamente, voltar a esta rotina é, de longe, interessante para o sujeito.

4. DA LEI 12.984/14

A CF/88 prega a concretização de diversos direitos fundamentais, a fim de garantir que o Brasil cumpra os seus ideais, de maneira a efetivar as políticas e características que o fazem ser um Estado Democrático de Direito. Objetivando alcançar o ideal máximo do princípio basilar do nosso ordenamento, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, traz, em seu corpo e em diversas legislações ordinárias, medidas que visam salvaguardar as “minorias”.

No que tange ao portador do vírus HIV, cumpre esclarecer, inicialmente que, os indivíduos soropositivos e pessoas efetivamente doentes da AIDS constituem grupos distintos. Estes são as pessoas que, além de portarem o vírus, encontram-se debilitadas em razão da AIDS. Como é popularmente cediço, o vírus HIV, por si só, não leva ao óbito de seu portador, mas atua no sistema imunológico, fazendo com que este indivíduo não mais consiga defender-se ade-

quadamente o que pode leva-lo a óbito por doenças banais e facilmente curáveis em um organismo sadio. Os portadores do vírus HIV — indivíduos soropositivos — por sua vez, são aqueles que, em que pese possuam o vírus em seu organismo, não são por ele atingido, ou seja, encontram-se com seu organismo adequadamente funcionando.

Quanto aos indivíduos efetivamente atingidos pelo vírus, há que se ter muito cuidado em se caracterizar, sem uma análise acurada da situação, uma despedida discriminatória, uma vez que o empregador possui o dever de cuidado e zelo para com todos os seus empregados. Porém, em relação aos trabalhadores que são apenas portadores do vírus, algumas observações merecem ser feitas.

É cediço que o Direito Penal constitui a última *ratio* de controle da esfera estatal. Tal ramo do Direito atua, apenas, nos bens jurídicos mais relevantes à manutenção da convivência em sociedade e da paz social e, ainda assim, apenas nas situações em que os demais ramos do Direito não se mostram suficientemente incisivos nas tutelas a tais bens.

A questão do vírus HIV, mais do que uma questão que incide nas relações trabalhistas, é uma questão que incide no imaginário popular. Cercada de muitos mitos, de muitos “achismos” populares. Em virtude disso, muitas atitudes desnecessárias e discriminatórias são adotadas. Em virtude da ignorância, os portadores do vírus HIV são rotulados como um risco constante à sociedade e, por isso, são excluídas do convívio social.

Analisando todas essas questões, a presidente Dilma Rousseff sancionou, no dia 02 de junho de 2014, uma lei que criminaliza a conduta discriminatória contra o soropositivo. Comina a tal delito a pena de reclusão de 1 a 4 anos.⁹

Da análise do mencionado diploma normativo, conclui-se que, além de assegurar ao portador do vírus HIV e daquele que é, de fato, por este atingido, o acesso ao trabalho e emprego, também serão puníveis condutas discriminatórias, tais como a segregação (isolamento) no ambiente de trabalho, a demissão injustificada.

Ressalte-se que, além de salvaguardar os direitos acima mencionados, a legislação em tela configura como crime também a simples divulgação da condição de portador do vírus. Isso porque, além dos direitos salvaguardados, nosso ordenamento jurídico prima também pelo direito à intimidade. Então, salvo em condições de extrema necessidade, não tem o empregador o direito de divulgar a condição do indivíduo enquanto portador do vírus HIV ao seu “bel prazer”.

9 “Art. 1º Constitui crime punível com reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, as seguintes condutas discriminatórias contra o portador do HIV e o doente de aids, em razão da sua condição de portador ou de doente: I — recusar, procrastinar, cancelar ou segregar a inscrição ou impedir que permaneça como aluno em creche ou estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado; II — negar emprego ou trabalho; III — exonerar ou demitir de seu cargo ou emprego; IV — segregar no ambiente de trabalho ou escolar; V — divulgar a condição do portador do HIV ou de doente de aids, com intuito de ofender-lhe a dignidade; VI — recusar ou retardar atendimento de saúde. Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.” RIDEEL, *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. Série Vade Mecum 2014.

Por fim, ressalte-se que, também é, via de regra, conduta indevida a exigência de exame de HIV seja no período admissional, seja no transcurso da relação trabalhista.

5. CONCLUSÃO

Diante o exposto, e considerando as situações hipotéticas trazidas pelo filme “Filadélfia”, os sujeitos portadores do HIV positivo ainda enfrentam muita dificuldade em permanecer ou mesmo inserir-se no mercado de trabalho.

É muito clara a importância de reconhecer que, muito embora tenha havido avanços na medicina no que tange ao controle da AIDS, criação de drogas capazes de promover para o HIV positivo uma vida muito mais longa e saudável, onde ele é perfeitamente capaz de realizar atividade laboral, ainda há, na sociedade, um grande preconceito relacionado a estas pessoas.

Num cenário onde a grande maioria dos HIV positivos não possui emprego formal, toda e qualquer ação que vise a inclusão deste grupo vulnerável, sob a égide da lei, é de extrema importância. É necessário promover a inclusão e ampliar as oportunidades para estes sujeitos dentro do mercado de trabalho, além da conscientização da sociedade como um todo.

6. REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. *Os direitos do trabalhador portador do HIV*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26320/os-direitos-do-trabalhador-portador-do-hiv>>. Acesso em: 06 jun. 2015.

BRASIL. *Lei nº 12.984*, de 2 de Junho de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12984.htm>. Acesso em: 06 jun. 2015.

Definição e caracterização de dano moral. Disponível em: <<http://www.guiatrabalhista.com.br/guia/danomoral-noemprego.htm>>. Acesso em 06 jun. 2015.

GUGEL, Maria Aparecida. *Discriminação Positiva*. Disponível em: <<http://phylos.net/direito/discriminacao-positiva/>>. Acesso em: 07 jun. 2015.

MACHADO, Leandro Campos. *O dano moral na relação de trabalho: uma abordagem jurisprudencial*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9393&revista_caderno=25>. Acessado em 06 jun. 2015.

PRADO, Rodrigo Murad do. *O crime de discriminação aos portadores de HIV e doentes de Aids e a lei 12.984/14*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI202386,51045-O+crime+de+discriminacao+aos+portadores+de+HIV+e+doentes+de+Aids+e+a>>. Acesso em: 07 jun. 2015.

RIDEEL, *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. Série Vade Mecum 2014.



