

# REVISTA

VOLUME 2

---

## ESCOLA DA MAGISTRATURA DO PARANÁ

Ariete do Rocio Quirino dos Santos de Siqueira

Bruno Melzer Marcelino da Silva

Felipe Assad Abujamra

Flavia Veras Teixeira

Francielle Pasternak Montemezzo

Geana Santos Gayer

Gerson André Martins Tria

Michele Bonetto Danielewicz Santos

Robson José Raeder

Sheila Rüsche Jorge

---



**VOLUME 2**

REVISTA  
**ESCOLA DA  
MAGISTRATURA  
DO PARANÁ**

Ariete do Rocio Quirino dos Santos de Siqueira

Bruno Melzer Marcelino da Silva

Felipe Assad Abujamra

Flavia Veras Teixeira

Francielle Pasternak Montemezzo

Geana Santos Gayer

Gerson André Martins Tria

Michele Bonetto Danielewicz Santos

Robson José Raeder

Sheila Rüsche Jorge

**m.**medeiros  
19108

Curitiba  
2011

## **Diretoria da Escola da Magistratura do Paraná - Gestão 2010/2011**

### **Diretor-Geral**

FERNANDO ANTONIO PRAZERES

### **Supervisor Pedagógico**

JOSÉ LAURINDO DE SOUZA NETTO

### **Coordenador de Cursos**

EVANDRO PORTUGAL

#### **NÚCLEO DE CURITIBA**

Diretor: LUIZ OSÓRIO MORAES PANZA

Vice-Diretora: SANDRA BAUERMANN

#### **NÚCLEO DE LONDRINA**

Diretor: RAFAEL VIEIRA DE VASCONCELLOS PEDROSO

Vice-Diretor: RODRIGO AFONSO BRESSAN

#### **NÚCLEO DE MARINGÁ**

Diretor: WILLIAN ARTUR PUSSI

Vice-Diretor: HUMBERTO LUIZ CARAPUNARLA

#### **NÚCLEO DE PONTA GROSSA**

Diretor: HÉLIO CÉSAR ENGELHARDT

Vice-Diretor: GUILHERME FREDERICO HERNANDES DENZ

#### **NÚCLEO DE UMUARAMA**

Diretora: MAIRA JUNQUEIRA MORETTO GARCIA

#### **NÚCLEO DE CASCAVEL**

Diretor: ROSALDO ELIAS PACAGNAN

#### **NÚCLEO DE FOZ DO IGUAÇU**

Diretor: GABRIEL LEONARDO SOUZA DE QUADROS

Vice-Diretor: MARCOS ANTÔNIO FRASON

#### **NÚCLEO DE PATO BRANCO E FRANCISCO BELTRÃO**

Diretora: JUREMA CAROLINA DA SILVEIRA GOMES

Vice-Diretora: FRANCIELLE ESTELA ALBERGONI DE SOUZA

# REVISTA

VOLUME 2

---

## ESCOLA DA MAGISTRATURA DO PARANÁ

Ariete do Rocio Quirino dos Santos de Siqueira

Bruno Melzer Marcelino da Silva

Felipe Assad Abujamra

Flavia Veras Teixeira

Francielle Pasternak Montemezzo

Geana Santos Gayer

Gerson André Martins Tria

Michele Bonetto Danielewicz Santos

Robson José Raeder

Sheila Rüsche Jorge

---

Copyright © 2011 by M.Medeiros Editora e Comunicação Ltda.

**PROJETO EDITORIAL**

Escola da Magistratura do Paraná - EMAP

**COORDENADOR EDITORIAL**

Marco André Medeiros

**COORDENAÇÃO DE ORIGINAIS**

Monalisa Vargas

**TEXTOS**

Ariete do Rocio Quirino dos Santos de Siqueira, Bruno Melzer Marcelino da Silva, Felipe Assad Abujamra, Flavia Veras Teixeira, Francielle Pasternak Montemezzo, Geana Santos Gayer, Gerson André Martins Tria, Michele Bonetto Danielewicz Santos, Robson José Raeder e Sheila Rüsche Jorge.

**EDIÇÃO, PROJETO GRÁFICO, CAPA E PRODUÇÃO GRÁFICA**

M.Medeiros Editora e Comunicação Ltda.

**REVISÃO DE TEXTO**

Danda Coelho

mmedeiroseditora.com.br - contato@mmedeiroseditora.com.br

2011

Dados internacionais de catalogação na publicação

REVISTA Escola da Magistratura do Paraná / Medeiros,  
Marco André (Org.).  
Curitiba : M.Medeiros Editora, 2011.

148 p. : 15,5x21 cm

ISBN 978-85-62552-03-8

1. Direito. 2. Artigos Jurídicos. 3. Discentes.  
4. Escola da Magistratura - Paraná - Brasil. I. Título.

Este livro segue as normas do Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa, de 1990, em vigor desde 1º de janeiro de 2009.

# ÍNDICE

---

APRESENTAÇÃO.....	9
A função social da propriedade: princípio integrante do direito proprietário ARIETE DO ROCIO QUIRINO DOS SANTOS DE SIQUEIRA.....	11
Breve ensaio sobre a possibilidade da obrigação do cirurgião plástico ser ponderada sob a razão de meio, mesmo quando o fim é estético BRUNO MELZER MARCELINO DA SILVA.....	25
A distinção doutrinária entre regras e princípios FELIPE ASSAD ABUJAMRA .....	41
A exclusão da responsabilidade civil médica por culpa exclusiva do paciente FLAVIA VERAS TEIXEIRA.....	51
Os paradigmas de controle judicial: limites ao poder de atuação do Poder Judiciário a partir de Lucas Grosman FRANCIELLE PASTERNAK MONTEMEZZO.....	65
Teoria do adimplemento substancial GEANA SANTOS GAYER .....	77
Aspectos essenciais acerca da efetividade da prestação jurisdicional GERSON ANDRÉ MARTINS TRIA.....	95
O princípio da legalidade no âmbito das sanções aplicadas pelo Bacen MICHELE BONETTO DANIELEWICZ SANTOS.....	111
A descriminalização na legislação antidrogas a partir da década de 1970 ROBSON JOSÉ RAEDER .....	125
Ressarcimento célere para o caso das enchentes SHEILA RÜSCHE JORGE.....	141



# APRESENTAÇÃO

---

Na primeira edição da Revista afirmei, e não me custa nada repetir, que a Escola da Magistratura do Paraná pensa e tem muito a dizer. Afirmar também que o conhecimento científico produzido na EMAP seria compartilhado com a comunidade.

Vem, agora, a este propósito, a 2ª edição da Revista para, não só confirmar a projeção da EMAP como centro de excelência no estudo do Direito, como também para demonstrar que do sonho fez-se a realidade.

Esta edição prestigia textos de alunos da EMAP.

O conteúdo argumentativo dos textos reflete a excelente qualidade de seus autores e bem demonstra a importância que a Escola vem adquirindo no meio jurídico nacional.

Não bastava ser considerada a Escola da Magistratura de referência nacional, ostentando, ainda hoje, o selo Enfam de qualidade.

Realmente não era o suficiente.

Agora mostramos à comunidade que o nosso corpo discente produz conhecimento científico crítico e de qualidade.

Com isso, agrega-se à EMAP, e agora de forma definitiva, o predicado de centro de excelência na reflexão e estudo da ciência do Direito.

**Fernando Antonio Prazeres**  
Diretor-Geral da EMAP



---

**ARIETE DO ROCIO QUIRINO  
DOS SANTOS DE SIQUEIRA**

Bacharel em Direito pela Faculdade  
Curitiba. Pós-Graduada em Direito  
Contemporâneo pelo Curso  
Luiz Carlos/Opet. Especialista em  
Mediação e Arbitragem em Seguros  
pela Funenseg-Sincor/PR.  
Pós-graduada em Direito Aplicado  
pela Escola da Magistratura  
do Paraná.

# A função social da propriedade: princípio integrante do direito proprietário

## **1. INTRODUÇÃO**

A propriedade, considerada o direito Real por excelência, representa a manifestação da essência social e política de uma sociedade. Pela conformação jurídica que a propriedade assume evidenciam-se os valores políticos primordiais da estrutura de poder de um povo.

Na atualidade a propriedade está conformada pela função social que, no caso da propriedade urbana, é o cumprimento do Plano Diretor. Seu conteúdo evoluiu de um direito absoluto do proprietário para uma utilidade funcionalizada, na busca do bem estar, da facilidade de circulação, moradia e apropriação de bens nas grandes cidades.

O instituto da função social começa a surgir no universo jurídico nacional a partir da Constituição Federal de 1934 e se consolida a partir da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002.

Nessa evolução o direito pátrio inclui no conceito de propriedade a sua função social, ou seja, deve ela ter uma finalidade maior que apenas os fins patrimoniais do proprietário.

A questão que se impõe, no entanto, é saber se a Função Social da propriedade é elemento integrante do conceito atual do direito de propriedade ou se é mero requisito externo a ser cumprido pelo proprietário.

## **2. AS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS**

A partir da Constituição Federal de 1946 a preocupação com a função social da propriedade passa a integrar o ordenamento brasileiro. Tal preceito não ocorre isoladamente, vem como consequência do Estado assistencialista, pois o Brasil, como também a Europa, adotou, após os anos 30, uma política intervencionista, manifestação do processo de dirigismo econômico e de restrições à propriedade na busca de criar as bases de justiça distributiva e de bem estar social.

O artigo 167 da Constituição de 1946 previa que “o uso da propriedade será condicionado ao bem estar social. A lei poderá, com observância no disposto no artigo 141, parágrafo 16, promover a justa distribuição da

propriedade, com igual oportunidade para todos”<sup>1</sup>.

Apesar da referência ao bem estar social, a norma constitucional de 1946 não se referia propriamente à função social da propriedade.

A Constituição de 1967, com Emenda Constitucional de 1969, definia mais apropriadamente, em seu artigo 160 que “A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social com base nos seguintes princípios (...) III – função social da propriedade”. Assim, a Constituição Federal de 1967, EC de 1969, concebeu a função social da propriedade como princípio da ordem econômica e social.

Tal concepção difere sobremaneira do atual preceito constitucional, pois a Constituição Federal de 1988 inseriu a matéria no âmbito dos direitos e garantias fundamentais<sup>2</sup>, assumindo uma posição sistemática coerente com a colocação no artigo 1º, III, da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, *caput*, determina que

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

(...).

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

Assim, inserida no Título II, DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS, Capítulo I, DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS, a função social, ou o ditame constitucional de que a propriedade deverá atender à sua função social, está elevado à cláusula pétrea, pois como determina o artigo 60, parágrafo 4º, IV da Constituição Federal, “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) os direitos e garantias fundamentais”.

---

<sup>1</sup>TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil: contornos constitucionais da propriedade privada*. 2ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 270.

<sup>2</sup>Ibid, p. 270.

Pelo exposto evidencia-se a importância que o legislador conferiu à função social da propriedade, elevando-a a direito fundamental, assim também do contrato e da empresa, na consecução dos objetivos fundamentais da República.

Por seu lado os artigos 182, 183, 184 e 185 da Constituição Federal disciplinam a utilização da propriedade urbana e rural em consonância com a função social. Determina o artigo 182, inserido no Título VII, Capítulo II, DA POLITICA URBANA que “compete ao Poder Público Municipal executar a política de desenvolvimento urbano, buscando ordenar as funções sociais da cidade e garantir o bem estar de seus habitantes” e especifica em seu § 2º que “a propriedade urbana cumpre a sua função social quando atende as exigências do Plano Diretor”.

Determina também o artigo 182 em seu § 4º que

ao Poder Público é facultado exigir do proprietário que promova a adequação da propriedade que não exerça sua função social, por não edificada, subutilizada ou não utilizada, sob pena de fazer incidir sucessivamente as sanções do imposto progressivo, do parcelamento ou da edificação compulsórios e da desapropriação indenizável com títulos da dívida pública.

Como se vê, o recurso ao advérbio *sucessivamente* denota que o Poder Público Municipal deverá se valer de todas as sanções prescritas pelos incisos do § 4º do artigo 182<sup>3</sup>, inclusive a desapropriação, manifestando o caráter de penalidade para a propriedade em desconformidade com a Função Social.

Já o artigo 183, também no Capítulo da POLITICA URBANA, estabelece as condições da usucapião especial urbana, como forma de concretizar o direito à moradia nas periferias dos grandes centros urbanos.

O legislador infraconstitucional regulamentou os artigos 182 e 183 da Constituição Federal por meio da Lei Federal 10.2575, de 2001, o Estatuto da Cidade, aplicável aos municípios que já cumprem a obrigatoriedade do Plano Diretor visto possuírem o necessário número de habitantes.

Também no Capítulo III, DA POLITICA AGRICOLA E FUNDIARIA E DA REFORMA AGRARIA, estabelece o artigo 184 os critérios da

---

<sup>3</sup>SILVA NETO, Manoel Jorge. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. Rio de Janeiro, Ed. Lúmen Júris, 2009, p.847.

desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, do imóvel rural que não exerce a sua função social, sendo esta competência cometida à União pelo constituinte originário.

Já o artigo 185 estabelece a proteção legal à pequena e média propriedade rural, desde que seu proprietário não possua outra, e à propriedade produtiva, excluindo-as de incidência da desapropriação para fins de reforma agrária, por entender que já cumprem função social.

O artigo 186 da Constituição Federal estabelece os parâmetros a partir dos quais a propriedade rural exerce a função social, quais sejam: o aproveitamento racional e adequado, a utilização adequada dos recursos naturais e a preservação do meio ambiente, a observância das disposições que regulam as relações de trabalho a exploração que favoreça o bem estar do proprietário e dos trabalhadores, condicionando de forma bem nítida, a fruição do direito individual do proprietário ao atendimento dos múltiplos interesses dos não proprietários.

Como elemento interno do domínio, a função social é responsável pelo controle de legitimidade funcional do direito de propriedade, impondo ao titular o dever de respeitar situações jurídicas e interesses não proprietários socialmente tutelados, atingidos pelo exercício dominical<sup>4</sup>.

Ao determinar que a propriedade urbana cumpre sua função social quando cumpre o Plano Diretor, o artigo 182 da Constituição Federal corrobora os princípios gerais de tutela da pessoa, do trabalho e da dignidade humana<sup>5</sup>.

Complementa a disposição constitucional a respeito o artigo 170, inserido no Título VII, DA ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA, que estabelece que a ordem econômica funda-se na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados para isso os princípios da propriedade privada e da função social da propriedade.

Eros Roberto Grau salienta que os incisos II e III do artigo 170 enunciam princípios da ordem econômica e consubstanciam diretrizes ou

---

<sup>4</sup>TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Tomo II, Os Direito Reais no Novo Código Civil. Rio de Janeiro, Ed Renovar, 2006, p. 158.

<sup>5</sup>TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*: contornos constitucionais da propriedade privada. 2 ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 273.

normas-objetivo dotadas de caráter constitucional conformador. Salienta também que ao se cogitar da função social da propriedade é seu pressuposto necessário a propriedade privada. Deste modo a concepção de função social como vínculo que atribui à propriedade conteúdo específico de modo a moldar-lhe um novo conceito, só tem sentido e razão de ser quando se refere à propriedade privada<sup>6</sup>. E continua o autor:

O que mais releva enfatizar, entretanto, é o fato de que o princípio da função social da propriedade impõe ao proprietário – ou a quem detém o poder de controle na empresa – o dever de exercê-lo em benefício de outrem e não, apenas, de não o exercer em prejuízo de outrem. Isso significa que a função social da propriedade atua como fonte de imposição de comportamentos positivos – prestação de fazer, portanto, e não, meramente, de não fazer – ao detentor do poder que deflui da propriedade. Vinculação inteiramente distinta, pois, daquela que lhe é imposta mercê do poder de polícia. (*ibid*, p.213)

De sorte que a afetação da propriedade pela função social implica no rompimento da concepção tradicional do instituto e o que atualmente divisamos nas propriedades impregnadas pelo princípio da função social são verdadeiras propriedades-função social e não apenas propriedade. O princípio da função social passa a integrar o conceito jurídico-positivo de propriedade, de modo a determinar profundas alterações estruturais em sua interioridade, justificando e legitimando essa propriedade<sup>7</sup>.

Por outro lado a maior relevância do princípio da função social se concretiza nas regras do parágrafo 2º do artigo 182, política urbana, e do artigo 184, política agrária, esta tão indispensável à realização das finalidades da ordem econômica quanto à integração e modernização do capitalismo nacional<sup>8</sup>.

O regime jurídico da propriedade tem seu fundamento na Constituição Federal, que garante o direito de propriedade, desde que atenda sua função social. Não há então como escapar ao sentido de que só se garante a propriedade que atenda a sua função social<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup>GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 8 ed. São Paulo, Malheiros, 2003, p.207.

<sup>7</sup>*Ibid*, p.215.

<sup>8</sup>*Ibid*, p.216.

<sup>9</sup>SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22 ed., São Paulo, Malheiros, 2003, p.269.

José Afonso da Silva estabelece diferenciações entre as limitações aos direito de propriedade e à função social da propriedade. As limitações consistem em condicionamentos que atingem as características tradicionais do direito, qual seja seu caráter absoluto, exclusivo, perpétuo. As limitações constituem tudo que afete qualquer dos caracteres do direito de propriedade e se fundamentam no Direito Privado, como os direitos de vizinhança e no Direito Público, como as urbanísticas e administrativas. As espécies de limitação são as restrições, servidões e a desapropriação.

São as limitações, obrigações e ônus externos ao direito de propriedade e vinculam simplesmente a atividade do proprietário. Já a função social da propriedade não se confunde com limitações, pois que diz respeito ao direito em si mesmo, seu conteúdo e estrutura. Assim a norma que contém o princípio da função social da propriedade tem incidência e aplicabilidade imediatas, como o são todos os princípios constitucionais. Mas é certo que a instituição do princípio da função social não autoriza a supressão da propriedade privada, modifica apenas a sua natureza<sup>10</sup>.

### **3. OS PRESSUPOSTOS TEÓRICOS DO NOVO CÓDIGO CIVIL**

Antes de melhor análise da disposição civilista cumpre conhecer as origens teóricas do Código Civil ora vigente, pois no que concerne ao direito de propriedade trouxe alterações significativas no sentido da concretização das disposições constitucionais sobre a matéria.

Tais alterações acarretam ao instituto da propriedade um caráter diverso do anterior e vigente no Código de 1916, por inserir no conceito de propriedade a função social como princípio, origem, base que a torna legítima e fortalecida perante o ordenamento.

Levam a este entendimento toda a disposição constitucional e legal a respeito e a análise dos instrumentos de sanção que as leis 10.257/2001 e 4.504/64 colocam à disposição do Poder Público para sancionar a propriedade urbana e a rural que não são exercidas de acordo com a sua função social que hoje já lhes é inerente.

De acordo com o que adverte Miguel Reale uma lei não deve ser

---

<sup>10</sup>Ibid, pp. 270-283.

interpretada mediante sua letra, mas consoante seu espírito. Assim importa conhecer a diretrizes que nortearam a codificação civilista para melhor compreender as disposições do Código Civil referentes à propriedade e sua função social<sup>11</sup>.

Para o renomado jurista as normas éticas não envolvem apenas um juízo de valor sobre os comportamentos humanos, mas culminam numa diretriz considerada obrigatória numa coletividade. Da tomada de posição axiológica resulta a *imperatividade* da via escolhida, a qual não representa assim mero resultado de uma nua decisão, arbitrária, mas é a expressão de um complexo processo de opções valorativas, no qual se acha, mais ou menos condicionado, o poder que decide<sup>12</sup>.

O Código de 2002 possui quatro diretrizes básicas, a saber: a sistematicidade, a operabilidade, a eticidade e a socialidade. Analisaremos mais detidamente a eticidade e a socialidade.

Refere o jurista que as normas jurídicas jamais são um “dado”, antes são um “construído”, uma manifestação privilegiada da cultura. Esta concepção coaduna-se mais com o Direito Civil que direito dos particulares, considerando-se a tríplice dimensão em que se apresenta o sujeito nas suas relações civis. A dimensão do *ser*; pela qual se configuram os direitos da personalidade, pessoal e de família; a dimensão do *ter*; configurada no direito de propriedade e a dimensão do *agir*; que se configura no direito das obrigações, contratos e da empresa. O conteúdo privatista assim está ligado ao valor que historicamente se dá às pessoas e suas relações.

Deste modo é natural que o diploma civilista seja permeado por regras de exigência ética que devem pautar as relações entre as pessoas, sejam patrimoniais ou extrapatrimoniais. A valorização dos pressupostos éticos que lhe dão a diretriz da Eticidade é uma das mais salientes características do Código de 2002, seja como proteção da confiança que deve existir entre as pessoas, seja como mandamento de equidade ou dever de proporcionalidade.

Assim a confiança está inserida nas relações que estabelecem os negócios jurídicos representada pela lealdade e pela boa fé objetiva, caracteri-

---

<sup>11</sup>MARTINS-COSTA, Judith. BRANCO, Gerson. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil*. São Paulo, Saraiva, 2002, pp.131-141

<sup>12</sup>REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 25ª ed. São Paulo, Ed. Saraiva, 2001, p.33.

zando um *standard* jurídico que deve pautar as relações<sup>13</sup>. Assim também o dever geral de colaboração que domina o Direito das Obrigações e o dever geral de correção que domina as relações negociais.

Os pressupostos da Socialidade representam a reação ao excessivo individualismo das legislações anteriores. Assim, se às Constituições cabe proclamar o princípio da função social é ao Direito Civil que incumbe transformá-lo em instrumento de ação<sup>14</sup>.

Como é por todos conhecida, a noção de função social da propriedade começa com a noção de abuso de direito, pelo qual foi a jurisprudência francesa impondo limites aos poderes do proprietário. A abordagem ocorria, no entanto, ainda no plano dos limites, que incidiam nas hipóteses de abuso, constituindo fator externo à estrutura do direito que restava incólume.

Este entendimento começou a mudar a partir do final do século XIX. Desde então as Constituições admitem que os poderes do titular de um direito subjetivo estão condicionados pela respectiva função, o que indica a atribuição de um poder em vista de certa finalidade, que se desdobra como um dever, posto concedido para a satisfação de interesses não meramente particulares. Nem por isto deixou o direito de propriedade o campo da regulação privada, apenas mitigou-se face aos interesses não proprietários<sup>15</sup>.

Não significa que o direito de propriedade tenha perdido sua característica privada ou seu caráter de direito subjetivo ou que vá integrar o Direito Público, mas em decorrência da atual ordem econômica, da ordem social e até da ordem pública, o princípio da função social integrou-se à sua conformação e passou-se a considerar a questão a partir do bem, da coisa e não do sujeito proprietário.

Como atributo da coisa com finalidade econômica a função serve a protegê-la, pois que em exercendo a função social, o bem assume uma situação jurídica mais forte perante o ordenamento, afastando-se dele os instrumentos sancionatórios.

---

<sup>13</sup>MARTINS-COSTA, Judith. BRANCO, Gerson. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil*. São Paulo, Saraiva, 2002, pp.131-141.

<sup>14</sup>Ibid, p.144.

<sup>15</sup>Ibid, p.148.

#### 4. AS DISPOSIÇÕES CIVILISTAS

Podemos dizer que na análise das disposições civilistas a respeito do direito de propriedade deve-se considerar de início o disposto no artigo 187 do Código Civil. Sem correspondência no Código de 1916, o referido artigo refere que também “comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes”.

Estabelece, pela disposição do artigo 187, o Código Civil de 2002, a vedação ao abuso de direito, gravando-o de ilicitude, alargando-se a disposição do artigo anterior, 186, relacionado à responsabilidade civil e à culpa para incluir a conduta que fere a finalidade social e econômica no exercício de um direito subjetivo.

Merece o mais vivo aplauso ter o legislador disciplinado o abuso de direito subjetivo no artigo 187. Na disposição há elementos objetivos, assim considerada a própria ilicitude; subjetivos, considerada a má-fé e mistos ou neutros, como fim econômico, fim social e os bons costumes.

Daí se conclui que a natureza jurídica do abuso de direito assenta na função social do ato jurídico e compreende a análise objetiva sobre se o direito poderia ser exercido de outra forma.

Por isso a sanção ao abuso de direito deve ser um dos campos mais férteis do direito neste século a influenciar o exercício de direitos noutros campos da ciência normativa, a saber, no direito administrativo, tributário, penal, ambiental e outros, como refere Carlos Celso Orcesi Costa em sua obra *Código Civil na Visão do Advogado* (p.164).

O artigo 1.228 do Código Civil define as faculdades do proprietário, como vimos, e em seus parágrafos estabelece os parâmetros de exercício do direito pelo proprietário, dando a função social como diretriz para o exercício do direito subjetivo de propriedade, condenando o abuso de direito e os atos que visem prejudicar outrem, e estabelecendo a desapropriação por usucapião especial urbano, forma de privilegiar a finalidade social da propriedade cujo dono não deu destinação útil ao bem, bem como a forma de indenização no caso da desapropriação.

Orlando Gomes refere que o Código Civil de 2002, a exemplo do Código de 1916, não estabelece a definição do direito de propriedade, limitando-se a explicitar as faculdades do proprietário em seu artigo 1.228: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa e o direito de reavê-la de quem injustamente a possua ou detenha”.

O § 1º deste artigo estabelece, ainda que de forma precária, a função social da propriedade, em especial da propriedade rural, muito embora a redação seja genérica e muito aquém dos estabelecido pelo artigo 186 da Constituição Federal.

Determina o § 1º do artigo 1.228 que

O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservadas, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

O § 2º evidencia a noção de abuso de direito pelo proprietário quando do exercício das suas faculdades, como segue: “São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem”<sup>16</sup>.

Define a Doutrina que o Judiciário não poderia admitir a tutela de um direito de propriedade que desrespeita a sua função social. Decorre daí que a dicção do § 1º do artigo 1228 deve ser interpretada como um conteúdo objetivo da função social da propriedade, a traduzir os interesses que, expressamente indicados pelo codificador, devem ser preservados pelo titular do domínio, para que seu direito subjetivo seja assegurado<sup>17</sup>.

Importante salientar também a disposição do artigo 2.035 do Código Civil, parágrafo único, segundo a qual “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os

---

<sup>16</sup>GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 2005, p. 111.

<sup>17</sup>TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Tomo II, Os Direitos Reais no Novo Código Civil. Rio de Janeiro, Ed Renovar, 2006, p.159.

estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

Assim são também as normas garantidoras da função social consideradas de ordem pública, portanto, não passível de serem derogadas ou afastadas, configurando a nova conformação que o direito de propriedade assume no ordenamento brasileiro.

## 5. CONCLUSÃO

A Função Social da propriedade atualmente não pode ser considerada como meramente um acessório externo ao direito de propriedade, alguma inconveniência ou limitação ao exercício do direito subjetivo do proprietário.

Considerada como uma questão de ordem pública a Função Social já se incorporou aos valores da sociedade atual, que não aceita o abuso de direito no exercício dos direitos subjetivos.

Dispostas na Constituição Federal como um direito e garantia fundamental, a propriedade e a função social são alçadas à condição de cláusulas pétreas, assim, dos valores mais importantes na conformação atual do Estado Republicano Brasileiro.

A função social no ordenamento pátrio atual integra o conceito de Direito de Propriedade, que não subsiste sem seu exercício, e reforça o direito subjetivo afastando os instrumentos de sanção que a lei faz incidir quando se exclui do exercício do domínio a função social a ele inerente.

A propriedade privada é um dos pilares em torno do qual circula a vida social e econômica da coletividade sendo, por isso, objeto da busca do Sujeito na obtenção dos bens da vida. Serve também a função social nesse sentido a atender o interesse do não proprietário, reduzir os conflitos e promover a pacificação social.

Permanece, portanto, a propriedade como direito subjetivo, remodelado em seu conteúdo interno em atendimento aos ditames constitucionais e aos interesses sociais que variam de acordo com a concreta relação jurídica em que está inserido.

## REFERÊNCIAS

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2003.
- COSTA, Carlos Celso Orcesi. *Código Civil na visão do Advogado*. São Paulo: RT, 2003.
- COULANGES, Fustel. *A Cidade Antiga*. Trad. Aurélio Barroso Rebello e Laura Alves. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004.
- COSTA, Cássia Celina Paulo Moreira. *A Constitucionalização do Direito de Propriedade Privada*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.
- COSTA-MARTINS Judith; BRANCO, Gerson Carlos Luiz. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19 ed. atual. por Luiz Edson Fachin, Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- JUNIOR, Eroulth Cortiano. *O Discurso Jurídico da Propriedade e suas Rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito das Coisas*. 37 ed. atual por Carlos Dabus Maluf, São Paulo: Saraiva, 2003.
- OLIVEIRA, Francisco Cardozo. *Hermenêutica e Tutela da Posse e da Propriedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- STROZAKE, Juvelino José. *Questões Agrárias*. São Paulo: Método, 2002.
- TEPEDINO, Gustavo. *Tema de Direito Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- TEPEDINO, Gustavo. *Tema de Direito Civil*. 1 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito das Coisas*. v. 5, 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- SÉGUIN, Elida. *Estatuto da Cidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, José Afonso. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22 ed, São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA NETO, Manoel Jorge. *Curso de Direito Constitucional*. 5 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

WALD, ARNOLDO. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas*. 11 ed. São Paulo; Saraiva, 2002.

---

**BRUNO MELZER**  
**MARCELINO DA SILVA**

Bacharel em Direito pela  
Universidade Tuiuti do Paraná.  
Pós-graduado em Direito Aplicado  
pela Escola da Magistratura  
do Paraná.

Breve ensaio  
sobre a  
possibilidade  
da obrigação do  
cirurgião plástico  
ser ponderada sob  
a razão de meio,  
mesmo quando o  
fim é estético

## 1. INTRODUÇÃO

Em primeiras linhas, cumpre observar que encarando a responsabilidade médica sob enfoque inicial e geral, parece que a solução se reveste de simplicidade para norteá-la como subjetiva, tudo em vista dos parâmetros pré-estabelecidos pela legislação consumerista, precisamente em seu artigo 14, § 4º, assim como em remessa ao artigo 951 do Código Civil, e mais, filiando-se a este pensamento, também vislumbramos que sua obrigação é de meio, todavia, será que é realmente tão simples assim definir qual o alcance e, por conseguinte, a medida da responsabilidade médica?

Hodiernamente a responsabilidade médica é destacada pelos parâmetros supra mencionados (subjetiva – meio), porém em tratando-se de situações quais o facultativo exerce sua especialidade como cirurgião plástico, em especial quando realiza seu ofício direcionado ao “fim” estético, a douta esmagadora parcela jurisprudencial e doutrinária julga a sua responsabilidade como de resultado, contrariando a regra geral apontada.

Recentemente, postado em artigo disponível pela revista *BoniJuris*<sup>1</sup>, revelou-se a situação de suposto erro médico ocorrido em cirurgia plástica pela resultante de quelóides.

Resumidamente, a solução foi dada a favor do médico, pois verificou-se que estava presente a situação de caso fortuito devido a ocorrência de fatores externos, ora alheios a atuação médica. Porém ressalte-se que foi apontada a obrigação como de resultado e igualmente afastada a responsabilidade objetiva, elementos estes que se tornarão fundamentais ao longo deste trabalho.

## 2. OBRIGAÇÃO DE MEIO E DE RESULTADO

Pois bem, para melhor delinear nosso estudo temos que definir o que vem a ser obrigação de resultado e obrigação de meio.

Iniciamos pela **obrigação de meio**, a qual nos valem da lição de Silvio de Salvo Venosa<sup>2</sup>:

---

<sup>1</sup>Disponível em <http://www.bonijuris.com.br/bonijuris/pbl/VisualizaNoticia.do;jsessionid=14A9284E033C8F5B0CF7D620D509F7B9?noticia.idNoticia=655> – Acesso em 25/02/11.

<sup>2</sup>VENOSA, Silvio de Sálvio. *Direito Civil*. Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. Coleção de Direito Civil, vol. II. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, pág. 81 a 83.

[...] Obrigações de meio, deve ser aferida se o devedor empregou boa diligência no cumprimento da obrigação”. [...] Nas obrigações de meio, por outro lado, o descumprimento deve ser examinado na conduta do devedor, **de modo que a culpa** não pode ser presumida, **incumbindo ao credor de prová-la cabalmente**. Na grande maioria dos casos, o que caracteriza a obrigação de meio é o fato de o credor insatisfeito ter de provar não apenas que a obrigação não foi executada, mas também, tomando por base um modelo de referência para o comportamento (de um bom pai de família, noção transplantada para os mais diversos contratos técnicos da atualidade, o profissional médio), que o devedor não se conduziu como devia. (grifei) (VENOSA, pp.81-83)

Ainda sobre o assunto, Miguel Kfoury Neto<sup>3</sup>:

Há obrigação de meios – segundo Demogue, o formulador da teoria – **quando a própria prestação nada mais exige do devedor do que pura e simplesmente o emprego de determinado meio sem olhar o resultado**. É o caso do médico, que se obriga a emvidar seus melhores esforços e usar de todos os meios indispensáveis à obtenção da cura do doente, mas sem jamais assegurar o resultado, ou seja, a própria cura. (grifei) (KFOURI NETO, pp.163-164)

Por sua vez, com referência a **obrigação de resultado**, o professor Silvio de Salvo Venosa conceitua como:

[...] Obrigações de resultado, o que importa é a aferição se o resultado colimado foi alcançado. Só assim a obrigação será tida como cumprida.” [...] Nas obrigações de resultado (como contrato de transporte, no contrato de reparação de defeitos em equipamentos, por exemplo), a inexecução implica falta contratual, dizendo-se que existe, em linhas gerais, presunção de culpa, ou melhor, **a culpa é irrelevante na presença do descumprimento contratual**. (grifei) (VENOSA, ibidem, pp.81-82)

Outrossim, Miguel Kfoury Neto aduz que:

Na obrigação de resultado, ‘o devedor se obriga a alcançar determinado fim sem o qual não terá cumprido sua obrigação. Ou consegue o resultado

---

<sup>3</sup>KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2003. pp. 163-164.

avencado ou terá de arcar com as conseqüências. [...] Em outras palavras, na obrigação de meios a finalidade é a própria atividade do devedor e na obrigação de resultado, o resultado dessa atividade. (KFOURI NETO, p.164)

Observadas as lições postas, podemos partir do pressuposto que, para a obrigação de meio se faz imprescindível a presença dos elementos da culpa, ou seja, a imperícia, imprudência ou negligência e, por sua vez, com relação à obrigação de resultado, esta torna-se prescindível.

### **3. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E OBJETIVA**

Estabelecida a característica essencial das obrigações de meio e resultado, passaremos a analisar as características da responsabilidade subjetiva e objetiva.

Para existência de responsabilidade subjetiva devem estar presentes os elementos do dano, nexa causal e culpa, já para a responsabilidade objetiva devem estar presentes tão somente o dano e o nexa causal, elementos próprios das obrigações de resultado.

Neste sentido, se para a responsabilidade subjetiva a ausência da culpa isenta o agente de responsabilidade, o mesmo não ocorre para a responsabilidade objetiva, portanto, para isentar-se de responsabilidade o agente deverá demonstrar o rompimento do nexa causal por fato de terceiro, culpa exclusiva da vítima, força maior ou caso fortuito, do contrário será responsabilizado. Apenas para que não ocorra má interpretação, sendo o agente responsabilizado pela via subjetiva, ele também poderá apresentar o rompimento do nexa causal pela forma proposta.

Verificadas as principais diferenças entre obrigação meio e resultado, assim como responsabilidade subjetiva e objetiva, podemos refletir no sentido de que se o médico, de modo geral, segundo o Código de Defesa do Consumidor, por tratar-se de profissional liberal, será responsabilizado por seus atos de acordo com a responsabilidade subjetiva e, por assim ser, tratando-se de intervenção cirúrgica estética, ou cosmética como também denominada, por que o médico deverá ser responsável por seus atos de acordo com a obrigação de resultado que, como vimos, dispensa a culpa?

Apenas para balizarmos nosso raciocínio lembremos que, como vimos nos parágrafos introdutórios, a obrigação do cirurgião plástico é de resultado e sua responsabilidade é subjetiva (CDC, artigo 14, § 4º). Assim, indagamos novamente: para a obrigação de resultado não seria dispensável o elemento da culpa?

Vale dizer que para que exista obrigação de resultado o contratado deverá prestar o serviço exatamente como avençado, por conseguinte, atingindo o fim almejado, pouco importando a presença de culpa em caso de inexecução.

Hildegard T. Giostri<sup>4</sup> leciona no sentido de ser inadequada a obrigação de resultado, mesmo para casos de cirurgia plástica estética. Vejamos:

As obrigações do clínico geral, do cirurgião e do cirurgião plástico reparador são, coerentemente, considerados como sendo de “meio”. **A do cirurgião plástico estético é ainda tida por alguns, como sendo de “resultado”, o que além de inadequado**, como já se procurou demonstrar de forma exaustiva, é a consequência de não existir, ainda, na área do Direito das Obrigações, uma figura que se situe como um *meio-termo* entre aqueles dois tipos de obrigação. Tal lacuna acaba por gerar, não só conceituações imprecisas, como uma maior dificuldade para os julgadores, podendo levar a conclusões (e julgamentos) nem sempre coerentes a realidades dos fatos. (grifei) (GIOSTRI, p.117)

Contrariamente são os ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves<sup>5</sup>:

os cirurgiões plásticos assumem obrigação de resultado em razão de que os pacientes na maioria dos casos de cirurgia estética, não se encontram doentes, mas pretendem corrigir um defeito, um problema estético. Interessa-lhes, precipuamente, o resultado”, porém, como exaustivamente se vem demonstrando, esse não seria propriamente dito o pensamento mais correto ou único a ser seguido. (GONÇALVES, p.376)

---

<sup>4</sup>GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro Médico à luz da Jurisprudência Comentada*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2006. pág. 117

<sup>5</sup>GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 376.

#### 4. FATORES ATRELADOS A CIRURGIA PLÁSTICA

Nesta marcha, sopesadas as premissas dos elementos das obrigações e responsabilidades, nos atemos neste momento ao ponto central, melhor dizendo, aos fatores atrelados a cirurgia plástica que possam influenciar no resultado, tais como imprevisibilidade, psiquismo humano e informações claras e precisas.

Nas demais especializações médicas a imprevisibilidade (*alea*) está presente, o que justifica a obrigação de meio. Assim, por que o cirurgião plástico (estética) deve suportar sobre seus atos a obrigação de resultado, uma vez que em sua especialidade a imprevisibilidade também está presente?

Neste viés, ressalta Arnaldo Marmitt<sup>6</sup>:

Na biologia humana numerosos fatores fogem ao controle do médico, havendo inclusive reações diferentes de pessoa para pessoa. A incerteza relativa insere-se nos fatos biológicos. No procedimento estético aparecem as mesmas incertezas e os mesmos riscos, que se fazem presentes em outras espécies de intervenções na área biológica. Nesse tipo de trabalho profissional não pode o especialista sempre garantir o sucesso total ao paciente, pois em algumas pessoas sempre fica um resquício, uma marca ou sinal, em forma de suave cicatriz, no local onde foi feita a operação. Essa marca cicatricial remanesce em uns, e desaparece em outros, sem que o facultativo possa saber de antemão se ficará algum sinal. **Desconhecidas são as razões científicas dessa diferenciação de pessoa a pessoa, quanto à remoção total ou não do defeito estético. Em razão disso é lícito exigir do cirurgião plástico o uso de todas as técnicas adequadas, de conformidade com o estado atual da ciência, para obter o melhor resultado possível, mas jamais se poderá obrigá-lo a garantir um resultado satisfatório, sempre e em todas as situações.** (Grifei) (MARMITT, p.128)

Com efeito, o objeto de trabalho do cirurgião plástico é o corpo humano e cada qual irá responder de uma maneira mais favorável ou menos favorável. Não se trata de pedras ou telas de pintura que podem ser facilmente substituídas quando da ocorrência de qualquer insatisfação.

Em razão desta imprevisibilidade é dever do facultativo o zelo por

---

<sup>6</sup>MAMITT, Arnaldo. *Dano Moral*. 1º ed. Rio de Janeiro: Aide, 1999, pág 128

seus atos, apresentando de modo claro e objetivo ao paciente o alcance e as consequências dos quais a cirurgia estará adstrita.

Nesta esteira é o entendimento do min. Ruy Rosado de Aguiar Jr<sup>7</sup>:

O acerto está, no entanto, com os **que atribuem ao cirurgião estético uma obrigação de meios**. Embora se diga que os cirurgiões plásticos prometam corrigir, sem o que ninguém se submeteria, sendo são, a uma intervenção cirúrgica, pelo que assumiriam eles a obrigação de alcançar o resultado prometido, a verdade é que a álea está presente em toda intervenção cirúrgica, **e imprevisíveis as reações de cada organismo à agressão do ato cirúrgico**. Pode acontecer que algum cirurgião plástico, ou muito deles assegurem a obtenção de um certo resultado, mas isso não define a natureza da obrigação, não altera a sua categoria jurídica, que continua sendo sempre a obrigação de prestar um serviço que traz consigo o risco. É bem verdade que se pode examinar com maior rigor o elemento culpa, pois mais facilmente se constata a imprudência na conduta do cirurgião que se aventura à prática da cirurgia estética, que tinha chances reais, tanto que ocorrente, de fracasso. **A falta de uma informação precisa sobre o risco, e a não obtenção de consentimento plenamente esclarecido, conduzirão eventualmente à responsabilidade do cirurgião, mas por descumprimento culposo da obrigação de meios**. Na cirurgia estética, o dano pode consistir em não alcançar o resultado embelezador pretendido, com frustração da expectativa, ou em agravar os defeitos, piorando as condições do paciente. As duas situações devem ser resolvidas à luz dos princípios que regem a obrigação de meios, mas no segundo fica mais visível a imprudência ou a imperícia do médico que provoca a deformidade. O insucesso da operação, nesse último caso, caracteriza indício sério da culpa do profissional, a quem incumbe a contraprova de atuação correta. (grifei) (AGUIAR JR, p.40)

Assinala Irany Novah Moraes<sup>8</sup>:

A sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica, Estética e Reconstrutiva tem se empenhado em fazer valer a natureza do contrato como de meio também para a cirurgia estética, porém tem encontrado certa resistência por parte de alguns juízes. Entretanto, no Simpósio Nacional de Cirurgia

---

<sup>7</sup>AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Responsabilidade Civil do Médico*. Revista dos Tribunais, vol. 718. São Paulo. Agosto de 1995, p.40.

<sup>8</sup>MORAES, Irany Novah. *Erro Médico e a Justiça*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2003, p.244.

Plástica – Obrigação de meio (26.10.2001), coordenado por Juarez M. Avelar, **chegou-se ao consenso de que se o cirurgião deixar explícito para o paciente que não garante o resultado e se o paciente, assim mesmo, desejar ser operado, desaparece a obrigação do médico de atingir o resultado.** Os advogados, promotores, juízes e desembargadores presentes ao Simpósio recomendaram aos médicos que elaborassem um contrato escrito no qual o paciente toma ciência formal de que não lhe está sendo oferecido garantia de resultado. Não tenho dúvida de que essa postura pode, de certa forma, abalar a relação médico/paciente. Acredito, entretanto, que se o médico explicar cuidadosamente o que se pode esperar e incumbir uma enfermeira, que se faça compreender, por pessoas de todos os níveis, de esclarecer o que ele está assinando e assim ficando bem consciente do que pode esperar da operação, o problema estará superado. [...] **Nos casos em que o cirurgião plástico desaconselhar a operação e assim mesmo o doente insistir caberá ouvir a opinião de um psiquiatra. Não se pode esquecer que sempre o cirurgião plástico pode recusar o tratamento se não sentir conveniente sua indicação.** (grifei) (Moraes, p.244)

Portanto, como visto, cabe ao médico informar ao paciente sobre os riscos que toda intervenção cirúrgica está sujeita, e ainda, não bastasse a necessidade desta informação realizada formalmente por meio do Termo de Consentimento Informado. Deverá ainda informar que existem, em regra, medidas a serem tomadas exclusivamente pelo paciente e que podem alterar o resultado final se agidas em desacordo com o pré-estabelecido pelo médico, como por exemplo: abster-se do uso de tabaco; fisioterapia; manter-se distante dos raios solares; fazer uso dos medicamentos conforme determinado; entre outras.

Mister salientar que para determinado grupo de pessoas a cirurgia plástica é meio de inclusão social, pois por mais belas(os) que sejam necessitam sempre de um “retoque” médico, aprimorando a sua beleza de acordo com o ditado pelo ritmo social.

Desta forma, a sociedade exerce para estas pessoas uma forte pressão que chega a causar-lhes transtornos psicológicos, proporcionando uma eterna insatisfação. Por esta razão, como já sugerido por Irany Moraes, é recomendado que pacientes que apresentam distúrbios desta natureza sejam encaminhados a um psiquiatra antes de qualquer intervenção cirúrgica.

Para melhor balizarmos nosso raciocínio, nos valem do conceito de saúde das lições de Hildegard T. Giostri:

**Haja vista que a moderna definição de saúde dada pela própria OMS (Organização Mundial de Saúde) conclui ser ela “um estado completo de bem-estar físico, mental e social”, e não meramente a ausência de enfermidade, conforme se conceituava anteriormente. [...] Por outro lado, a cirurgia estética que era vista, de início, como sinônimo de vaidade, teve esse perfil completamente modificado, não só a partir do conceito de saúde da OMS, mas pela pura observação dos fatos, pois não há nada como negar que ela é um benefício para a saúde (psicológica e emocional) do indivíduo. São inúmeras as cirurgias embelezadoras que se realizam por recomendação de psicólogos e de psiquiatras, em razão dos resultados benéficos que trarão à auto-estima de seus pacientes.** Quantas pessoas, sabe-se que se excluem, voluntariamente, do convívio social, por não aceitarem as próprias características físicas. E, se existe uma possibilidade de contornar o problema que as aflige, há que se perguntar: - essa solução não pode ser considerada terapêutica? Ou será pura vaidade? (grifei) (GIOSTRI, pp.112-113)

Não parece existir mistérios. Se o paciente é um “eterno” insatisfeito, ou seja, se almeja a beleza acima de tudo e nunca está satisfeito, a possibilidade de sua irresignação com o ato perfilhado pelo facultativo também aumenta, mesmo que para o “senso comum” o resultado esteja perfeito.

Mais uma vez, Hildegard T. Giostri afirma:

**O hipocondríaco estético sente uma preocupação exagerada e se inquieta patologicamente por uma mínima imperfeição somática, ou por se achar fora dos cânones da beleza convencional** ou ainda, porque pensa não fazer uma boa presença frente a seus pares devido a um mínimo que, aos olhos dos outros, pode até passar despercebido, mas para si é intolerável, sendo às vezes, menos suportável que uma grave enfermidade. Tal postura só vem a corroborar o que não pode mais ser negado, nem por aqueles que são contrários a tais práticas cirúrgicas: o bem estar pessoal, a auto-estima e a realização de cada indivíduo estão em íntima correlação com o seu físico, com seu psiquismo e com o tipo de convivência social que lhe é imposta. (grifei) (GIOSTRI, p.112)

Para se fazer presente, acerca do psiquismo do paciente e a necessária ciência do procedimento e riscos da cirurgia, leciona Arnaldo Marmitt:

[...] Mas impende não olvidar que a ciência médica é ciência incompleta, em constante evolução, e que o facultativo não é onipotente, senhor da vida e da morte. A cirurgia estética será sempre delicada, na medida em que envolve fatores da psique humana. Pessoas há que no fundo desejam corrigir lesão psíquica em vez de pretensa lesão física. A operação incide na personalidade e no psiquismo do paciente, bem como na sua própria razão de ser. E isso tudo pode ter para ele tanta importância quanto seu próprio corpo. **É importante que o paciente seja sabedor das limitações e dos riscos a que se submete. Para afastar expectativas impossíveis e traumas prováveis, quanto resultados inatingíveis, que possam levar a reparações indenizáveis posteriores**, caberá ao cirurgião precaver e alertar seu cliente. Do contrário, se garantir o que não lhe é possível assegurar, responderá pelas conseqüências decorrentes de seu procedimento inexitoso. (grifei) (MARMITT, p.130)

Acerca da insatisfação mencionada, descreve com precisão a jornalista Anna Paula Buchalla<sup>9</sup>:

Não há nada de errado em querer consertar uma falta de acabamento congênita, melhorar a silhueta castigada pelo excesso de comida e pelo sedentarismo ou atenuar as marcas do tempo. É uma forma perfeitamente compreensível e legítima de conservar (ou restaurar) a auto-estima. [...] **A questão é quando se exagera na dose. Tem se aí uma patologia.** Pessoas que não se cansam de encontrar defeitos ao espelho (na maioria das vezes, inexistentes) e, para corrigi-los, perseguem compulsivamente um padrão estético inatingível sofrem do que os médicos chamam de transtorno dismórfico corporal. [...] **Um estudo inédito conduzido pela médica Luciana Conrado, com 350 pacientes da dermatologia do Hospital das Clínicas, de São Paulo, constatou que 14% deles apresentavam o problema. Nos consultórios dos plásticos, a incidência fica em torno de 10%. Há vítimas de dismorfia que chegam a submeter-se a nove cirurgias de nariz.** [...] Atribui-se ao médico italiano Gaspare Tagliacozzi, um dos pioneiros

<sup>9</sup>BUCHALLA, Anna Paula. *Quando o belo ganha a máscara da plástica*. Revista Veja. São Paulo, edição 2067 – ano 41 – n. 26, pp. 110, 112, 120, julho de 2008.

da cirurgia plástica, a primeira associação entre correção estética e melhora da auto-estima do paciente. [...] Os benefícios psicológicos de uma cirurgia plástica, quando bem feita e bem indicada, são mesmo inegáveis. [...] A influência das intervenções estéticas sobre a auto-estima, no entanto, tem limitações. Recorrer à cirurgia cosmética com o intuito de resolver questões de ordem psicológicas mais profunda invariavelmente dá errado. [...] É grande a probabilidade de, nessas cirurgias situações, a cirurgia ser um subterfúgio. Quando isso acontece, o risco de o paciente se arrepender é enorme, mesmo se os resultados forem bons. Na maioria das vezes, os pacientes recorrem ao cirurgião plástico com pedidos pertinentes. “Em 70% dos casos, as solicitações são absolutamente razoáveis”, diz o cirurgião plástico João de Moraes Prado Neto. (grifei) (BUCHALLA, 2008)

Esse perfil de pacientes insatisfeitos vem a corroborar a veemente necessidade de prestar o Termo de Consentimento Informado. De outra sorte, quando estará o facultativo plenamente vinculado à obrigação de resultado? Será responsabilizado pela obrigação de resultado quando de modo claro e incontestável verificar-se que não tomou todas as diligências necessárias como, por exemplo, não informou ao paciente dos riscos e implicações, bem como, algo mais distante, mas também quando assim se comprometer formalmente para isso.

Destarte, agindo o médico diversamente responderá por seus atos de acordo com a obrigação de meio, para o qual deverá ser responsabilizado mediante a ocorrência de erro médico.

## 5. ERRO MÉDICO

Acerca do que vem a ser erro médico, temos a lição de Paulo Roberto Roque Antônio Khouri<sup>10</sup>:

**O erro médico só pode ser causado por imprudência, negligência ou imperícia do profissional.** Evidente que o consumidor não vai simplesmente acionar o hospital porque seu familiar morreu na mesa de cirurgia. Ele tem que apresentar já na sua petição inicial qualquer indício de essa

---

<sup>10</sup>KHOURI, Paulo Roberto Roque Antônio. *Direito do Consumidor*: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p.176.

morte se deu por erro médico. Como dito anteriormente, a obrigação do médico, em regra, é de meio, e não de resultado. Nenhum paciente contrata, com o médico ou com o hospital, o sucesso da cirurgia. O que é colocado à disposição do paciente são os serviços do hospital. **O risco quanto ao sucesso do procedimento médico pertence ao paciente, que só pode acionar o médico, não pelo insucesso em si mas por qualquer dano que lhe tenha sido causado no procedimento cirúrgico por imprudência, negligência ou imperícia daquele profissional.** (grifei) (KHOURI, p.176)

Não vamos confundir o erro médico com o erro profissional, este plenamente escusável. Nesta esteira, para iluminarmos esta raiz diferenciadora, Carlos Roberto Gonçalves<sup>11</sup> ensina que

**Não se tem considerado como culpável o erro profissional que advém da incerteza da arte médica, sendo ainda objeto de controvérsias científicas. É que a imperfeição da ciência é uma realidade. Daí a escusa que tolera a falibilidade do profissional, como anota Rui Stocco.** O erro de técnica, na expressão de Aguiar Dias, “é apreciado com prudente reserva pelos Tribunais. Com efeito, o julgador não deve nem pode entrar em apreciações de ordem técnica quanto aos métodos científicos que, por sua natureza, sejam passíveis de dúvidas e discussões. Também não acarreta responsabilidade civil do médico a “iatrogênia” expressão usada para indicar o dano que é causado pelo médico, ou seja, o prejuízo provocado por ato médico em pessoas sadias ou doentes, cujos transtornos são imprevisíveis e inesperados. (...) **Diferente, porém, a situação quando o profissional se mostra imperito e desconhecedor da arte médica, ou demonstra falta de diligência ou de prudência em relação ao que se podia esperar de um bom profissional. Neste caso exsurge a responsabilidade civil decorrente da violação consciente de um dever ou uma falta objetiva do dever de cuidado, impondo ao médico a obrigação de reparar o dano causado.** Porém, diante do avanço médico-tecnológico de hoje, que permite ao médico apoiar-se em exames de laboratório, ultra-som, ressonância magnética, tomografia computadorizada e outros, maior rigor deve existir na análise da responsabilidade dos referidos profissionais quando não atacaram o verdadeiro mal e o paciente, em razão de diagnóstico equivocado, submeteu-se a tratamento inócuo e teve a sua situação agravada, principalmente sse se

---

<sup>11</sup>GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, vol. 4: Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 243-244.

verificar que deveriam e poderiam ter submetido o seu cliente a esses exames e não fizeram, optando por um diagnóstico precipitado e impreciso. (grifei) (GONÇALVES, pp.243-244)

Tão logo, sendo o caso de erro médico, é medida que se impõe a sua reparação. Agindo o cirurgião de forma contrária aos padrões científicos de sua profissão, conseqüentemente irá se aproximar do dito “erro médico”, qual deriva como erro de conduta (quando o procedimento é ineficaz e o médico insiste em mantê-lo), erro grosseiro (qualquer leigo, independente de perícia o constata), erro de diagnóstico (o que não é comum ante a forma genérica que o faz).

## **6. O PORQUÊ DA CIRURGIA PLÁSTICA SER VISTA COMO OBRIGAÇÃO DE RESULTADO**

Giselda Hironaka aponta que um dos fundamentos da inserção da obrigação de resultado em procedimentos cirúrgicos destinados a cosmética, consubstancia-se pela dificuldade em se obter perícia qualificada e disposta a dar um parecer imparcial.

Acreditamos que hoje este fator social, quiçá histórico, esteja sendo contornado de modo positivo, onde vemos cada vez mais profissionais dispostos a fornecer dados periciais conclusivos, o que vem a qualificar ainda mais os profissionais médicos, uma vez que caberá aos maus profissionais a devida responsabilidade por seus erros.

Pois bem, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka<sup>12</sup> aponta:

Atingir o resultado ou aplicar as técnicas adequadas? Eis as hipóteses de obrigação do cirurgião plástico, eis o crédito que o paciente quer ver saldado. Por outro lado nessa relação crédito-débito, tem o paciente o dever de observar as prescrições médicas e efetuar o pagamento segundo o que combinar com o médico. **É bem verdade, no entanto, que muitos julgados e ainda muitos doutrinadores da área do direito enxergam sempre na cirurgia estética uma obrigação**

---

<sup>12</sup>HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Cirurgia Plástica e Responsabilidade Civil do Médico*: Para uma análise Jurídica da culpa do Cirurgião Plástico. Disponível em [http://www.professorchristiano.com.br/artigo\\_giselda\\_cirurgia.pdf](http://www.professorchristiano.com.br/artigo_giselda_cirurgia.pdf) . Acesso em 18/08/2008.

**de resultado**, ou seja, presumem sempre que o médico obrigou-se a atingir o resultado querido pelo paciente. **Mas isso decorre, muitas vezes, da reação que surgiu aos demandas e à absoluta falta de perícias conclusivas de se provar que o médico fora culpado A absoluta falta de perícias conclusivas, deixando de indicar a existência de erro mesmo onde ele era grosseiro e visível, o corporativismo que grassava então entre médicos forçaram os aplicadores do direito a coibir toda sorte de abusos, tornando factível a hipótese de reparação, mesmo quando havia dúvida sobre a culpa do médico ter existido ou não.** [...] Cada um de nós sabe – sem sombra de dúvida – que o valor humano relativo ao padrão de beleza, é um valor que gera uma expectativa, e até uma esperança, que não pode ser totalmente satisfeita. Dificilmente alguém reconhece plenamente satisfeito acerca de seu próprio perfil estético; ora o tipo de cabelo, ora a cor dos olhos, ora o contorno da face... sempre há um certo aspecto que gostaríamos de alterar se possível. E isto gera um sonho. E o sonho, a expectativa. E a expectativa, a decisão pela cirurgia. E dela, em tantas vezes, a frustração em face do resultado obtido, ainda que tudo tenha se dado dentro dos perfeitos parâmetros da eficiência e da diligência médica. (grifei) (HIRONAKA, 2002)

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa de conclusão, como proposto, a natureza deste artigo visa de modo sintético demonstrar a possibilidade de ser observada a responsabilidade do cirurgião plástico, independentemente de ser estética ou reparadora como obrigação de meio.

Essa possibilidade se robustece pela imprevisibilidade dos resultados, justamente porque o objeto onde se realiza a atividade médica, ou seja, no ser humano, é meio de reações aleatórias. Em outras palavras, isso em razão do alto grau de subjetividade que se denota da cirurgia plástica “estética”, ante as diferenças fisiológicas de cada ser humano. É dizer, sobrevêm consequências atreladas ao fator sorte, decorrentes por vezes de causas incalculáveis e de efeitos imprevisíveis, eis que ligados não raro ao imprevisível psiquismo humano.

E ainda, vivenciamos um momento histórico que podemos denominar pós-modernidade, momento este de intensa competição pelo melhor, pelo mais belo, por dizer, nas palavras de Zygmunt Bauman, momento que somos

bombardeados por sugestões de produtos e, para proteger a auto-estima, consumidores de ambos os sexos respondem a estes apelos. De igual sorte, a resposta a estes apelos também se faz pela necessidade do aperfeiçoamento físico, o que pode levar à intensa insatisfação.

Finalizamos no sentido de sermos favoráveis que o cirurgião plástico seja responsável pela obrigação de resultado, desde que para isso tenha contribuído, seja negligenciando ao dever de prestar informações claras e precisas ao paciente, bem como, venha a comprometer-se para este fim, assumindo o risco, do contrário, ser responsabilizado pela obrigação de meio e, conseqüentemente, pela responsabilidade subjetiva, pelo todo que este breve estudo veio a fornecer.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Responsabilidade Civil do Médico*. Revista dos Tribunais. São Paulo. vol. 718, p. 33 – 40. Agosto de 1995.

ARNALDO Marmitt. *Dano moral*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Aide, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o consumo*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008.

BUCHALLA, Anna Paula. *Quando o belo ganha a máscara da plástica*. Revista Veja, São Paulo, edição 2067 – ano 41 – nº 26, p. 110-121, julho. 2008.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro Médico à Luz da Jurisprudência Comentada*. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. *Direito Civil Brasileiro*, Vol. 4: Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2007.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Cirurgia Plástica e Responsabilidade Civil Do Médico: para uma análise jurídica da culpa do cirurgião plástico*. Disponível em: [http://www.professorchristiano.com.br/artigo\\_giselda\\_cirurgia.pdf](http://www.professorchristiano.com.br/artigo_giselda_cirurgia.pdf). Acesso em 18/08/2008.

KHOURI, Paulo Roberto Roque Antônio. *Direito do Consumidor: contra-*

tos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2005.

NETO, Miguel Kfourri. *Responsabilidade Civil do Médico*. 5ª edição. São Paulo: RT, 2003.

MORAES, Irany Novah. *Erro Médico e a Justiça*. 5ª edição. São Paulo: RT, 2003.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. Coleção de Direito Civil, vol. II. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2005.

Disponível em <http://www.bonijuris.com.br/bonijuris/pbl/VisualizaNoticia.do;jsessionid=14A9284E033C8F5B0CF7D620D509F7B9?noticia.idNoticia=655> – Acesso em 25/02/11.

---

**FELIPE ASSAD ABUJAMRA**

Advogado. Bacharel em Direito pela  
Universidade Norte do Paraná.  
Pós-graduado em Direito Aplicado  
pela Escola da Magistratura  
do Paraná.

# A distinção doutrinária entre regras e princípios

## 1. INTRODUÇÃO

Com o passar dos anos, a busca pela constitucionalização do direito foi ganhando força, trazendo efeitos para todo o ordenamento jurídico através da criação de normas que se consubstanciam em regras e princípios.

Muito se discute sobre a diferença entre estes dois institutos. Para muitos, os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. Para outros, a diferenciação se dá pela utilização de critérios materiais, como o da generalidade e da abstração, sendo os princípios formulados com caráter e conteúdo genéricos, sem a possibilidade de regular uma situação específica.

Em um passado não muito distante, a doutrina dos princípios não os identificava como norma jurídica. Eram tidos como tratados, ou seja, simples exortações de preceitos de ordem moral ou política.

Na atualidade, os estudos acerca dos princípios e regras esbarram nos aspectos conceituais existentes nessas espécies de normas jurídicas e nas suas diversidades.

Segundo Robert Alexy:

Essa distinção [entre regras e princípios] é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução dos problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela, não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico<sup>1</sup>. (ALEXY, p.85)

Assim, o enfoque deste trabalho é travar uma discussão acerca das mais diversas conceituações trazidas pela doutrina sobre referidos institutos com o objetivo de verificar a importância de cada uma, bem como qual delas deve prevalecer no ordenamento jurídico atual.

---

<sup>1</sup>ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros: 2008. p.85.

## 2. OS PRINCÍPIOS

O termo princípio, originário do latim *principium*, sempre foi e continua sendo, utilizado em vários campos do saber humano. Filosofia, Teologia, Sociologia, Política, Física, Direito e outros se servem dessa categoria para estruturar, muitas vezes, um sistema ou conjunto articulado de conhecimento na esfera de investigação e de especulação a cada uma dessas áreas do saber.

O dicionário de Silveira Bueno define princípio como o “Momento em que alguma coisa tem origem; origem, começo; teoria, conceito; estréia; promícias; rudimentos.”<sup>2</sup>

No âmbito do direito, que aqui nos interessa, os princípios têm a função precípua de dar rumos, constituindo verdadeiros vetores que norteiam o ordenamento jurídico.

De acordo com Cândido Rangel Dinamarco:

os princípios em que toda ciência se apóia são dados exteriores a ela própria, pelos quais ela se liga a uma área de conhecimento mais ampla. São as premissas que determinam o seu próprio modo-de-ser e dão-lhe individualmente perante outras ciências, constituindo-se em raízes alimentadoras de seus conceitos e de suas propostas<sup>3</sup>. (DINAMARCO, p.211)

Nesses termos, tem-se que os princípios conceituam-se como a estruturação de ideias, pensamentos ou normas por meio de uma intenção inicial centrada por um pensamento chave que foi elaborado através de uma norma, fazendo com que todas elas se derivem, reconduzam ou se subordinem a este pensamento inicial.

Para Ronald Dworkin, a ideia de justiça anda lado a lado com o que se entende por princípio que, segundo ele

é um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. (ALEXY, p.85)

---

<sup>2</sup>BUENO, Silveira. *Minidicionário da Língua Portuguesa*. São Paulo: FTD, 1996. p.528.

<sup>3</sup>DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. P. 211.

## Celso Antonio Bandeira de Mello considera o princípio como

mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. (*apud* SILVA, 1990, p.81)

Norberto Bobbio, por sua vez, entende que “os princípios são normas mais gerais, cujo sentido teria aplicação genérica em todo direito positivo”.<sup>4</sup>

Em tempo, José Joaquim Gomes Canotilho vê os princípios como “normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas”.<sup>5</sup>

Ainda segundo os estudos de Canotilho, temos que a ideia de princípio não visa proibir, permitir ou exigir algo em termos de “tudo ou nada”, mas sim aperfeiçoar um determinado bem da vida, sendo considerados como um núcleo de condensações nos quais confluem valores e bens.<sup>6</sup>

Nesse sentido, Robert Alexy explica que

os princípios relacionam-se aos valores na medida em que o estabelecimento de fins implica qualificação positiva de um estado de coisas que se quer promover. No entanto, os princípios afastam-se dos valores porque, enquanto os princípios se situam no plano deontológico e, por via de consequência, estabelecem a obrigatoriedade de adoção de condutas necessárias à promoção gradual de um estado de coisas, os valores situam-se no plano axiológico ou meramente teleológico e, por isso, apenas atribuem uma qualidade positiva a determinado elemento. (*apud* AVILA, 2009, p.80)

Dessa forma, para ele, os princípios seriam normas com a finalidade de prescrever “mandamentos de otimização”<sup>7</sup>, que pudessem ser cumpridos

---

<sup>4</sup>BOBBIO, Norberto. *Contributi ad un dizionario giuridico*. Torino: G. Giappichelli, 1994. p.366.

<sup>5</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra. Almedina: 1996. p.534.

<sup>6</sup>CANOTILHO, loc. cit.

<sup>7</sup>ALEXY. 2008. p.75.

em diversos graus de intensidade, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas que surjam concretamente.

Já Humberto Ávila, divergindo dos demais doutrinadores aqui citados, entende que

os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária a sua promoção. (AVILA, pp.78-79)

Dessa forma, os princípios poderiam ser considerados como normas imediatamente finalísticas que estabelecem um fim a ser atingido. Neste mesmo norte, insta demonstrar as formulações de Ota Weinberger:

um fim é idéia que exprime uma orientação prática. Elemento constitutivo do fim é a fixação de um conteúdo como pretendido. Essa explicação só consegue se compreendida com referência à função pragmática dos fins: eles representam uma função diretiva (*richtungs-gebende Funktion*) para determinação da conduta. Objeto do fim é o conteúdo desejado. Esses, por sua vez, podem ser o alcance de uma situação terminal (viajar até algum lugar), a realização de uma situação ou estado (garantir previsibilidade), a perseguição de uma situação contínua (preservar o bem-estar das pessoas) ou a persecução de um processo demorado (aprender o idioma alemão). O fim não precisa, necessariamente, representar um ponto final qualquer (*Endzustand*), mas apenas um conteúdo desejado. Daí se dizer que o fim estabelece um estado ideal de coisas a ser atingido, como forma geral para enquadrar os vários conteúdos de um fim. A instituição do fim é ponto de partida para a procura por meios. Os meios podem ser definidos como condições (objetos, situações) que causam a promoção gradual do conteúdo do fim. Por isso a idéia de que os meios e os fins são conceitos correlatos. (*apud* AVILA, p.79)

Assim, segundo o conceito formulado por Humberto Ávila, verifica-se que, se não exigidas tais atitudes, não se atinge o fim esperado, não concretizando, por consequência, o princípio. Tal conceituação acaba por entender os princípios como normas que devem ser cumpridas para que sejam concretizadas.

### 3. AS REGRAS

Já as regras, de acordo com o dicionário de Silveira Bueno, são “norma; aquilo que a lei ou o uso determina; estatuto de algumas ordens religiosas; operação aritmética”<sup>8</sup>.

Pode-se dizer que as regras são funcionalmente importantes ou desimportantes. Uma regra jurídica pode ser mais importante do que outra porque desempenha um papel maior ou mais importante na regulação do comportamento. Mas não se pode dizer que uma regra é mais importante que outra enquanto parte do mesmo sistema de regras, de tal modo que se duas regras estão em conflito, uma supera a outra em virtude de sua importância maior.

Ronald Dworkin entende que

as regras seriam aplicadas ao modo tudo ou nada (*all-or-nothing*), pela qual ou a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, e a consequência jurídica deve ser aceita, ou ela não é regra válida. Já os princípios possuem uma dimensão de peso, e que, na hipótese de colisão, o princípio com peso maior se sobrepõe ao outro. (DWORKIN, trad. BOEIRA, p.39)

Coadunando com tal entendimento, temos aqui a definição dada por Robert Alexy:

*Em cambio, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible.*<sup>9</sup>

Tem-se que os dois autores citados entendem, com algumas divergências com relação à abrangência dessas regras, que elas são definidas como aquelas que se aplicam na medida do tudo ou nada, descrevendo uma situação ocorrida, devendo esta regra incidir ao caso concreto, promovendo

---

<sup>8</sup>BUENO, Silveira. *Minidicionário da Língua Portuguesa*. São Paulo: Lisa, 1992. p.577.

<sup>9</sup>ALEXY, ROBERT. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Tradução livre do autor: “Em câmbio, as regras são normas que somente podem ser cumpridas ou não. Para tanto, as regras contêm determinações no âmbito fático e juridicamente possível”.

as consequências nela previstas.

Para José Joaquim Gomes Canotilho “as regras são normas que, verificados pressupostos, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos, sem nenhuma exceção”.<sup>10</sup>

Humberto Ávila vê as regras como

normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. (AVILA, p.78)

Segundo Ricardo Guastini e Aulis Aarnio

as regras se dividem em dois grandes grupos: o das regras comportamentais e os das regras constitutivas, sendo a primeira aquela que descreve comportamentos como obrigatórios, permitidos ou proibidos, e a segunda, que atribui efeitos jurídicos a determinados atos, fatos ou situações, podendo ser reconstruídas a partir dos dispositivos relativos: a) à atribuição de competência; b) ao exercício de competência; c) à delimitação material de competência; d) à reserva de competência; e, e) à delimitação substancial de competência. (*apud* AVILA, pp.81-82)

Sobre referidos dispositivos, Humberto Ávila tece os seguintes comentários:

no caso dos dispositivos de atribuição de competências, o aplicador pode reconstruir, conjuntamente, três normas: uma regra de conduta permissiva que permite a um sujeito exercer determinada atividade; uma regra de conduta proibitiva que proíbe a outros sujeitos exercer a mesma atividade; e uma regra definitória que define determinada fonte como apta a produzir determinados efeitos. No caso de dispositivos relativos ao exercício de competências, o aplicador pode reconstruir, conjuntamente, duas normas: uma regra de conduta obrigatória que obriga de-

---

<sup>10</sup>CANOTILHO. 1996. p. 534.

terminado sujeito a adotar determinado comportamento para exercer validamente um poder; e uma regra definitiva que define como fonte normativa somente aquela fonte que foi produzida conforme determinado procedimento. No caso de dispositivos relativos à delimitação material de competência, o aplicador pode reconstruir, conjuntamente, duas normas: uma regra de conduta obrigatória que obriga alguém a exercer um poder somente sobre determinadas matérias; e uma regra de conduta proibitiva que proíbe a alguém exercer poder sobre outras matérias. No caso de dispositivos relativos à reserva de competência, o aplicador pode reconstruir, conjuntamente, três normas: uma regra de competência permissiva que atribui a um sujeito o poder para instituir determinada fonte normativa; uma regra de conduta proibitiva que proíbe o sujeito de editar outra fonte normativa; e uma regra de conduta proibitiva que proíbe o sujeito de delegar a outro sujeito o poder de editar determinada fonte. [...] no caso de dispositivos relativos à delimitação substancial de competência, o aplicador pode reconstruir, conjuntamente, três normas: uma regra de conduta obrigatória que obriga um sujeito a inserir determinado conteúdo no ato normativo que vai editar; uma regra de conduta proibitiva que proíbe o sujeito de inserir conteúdo diverso no ato normativo; e uma regra de conduta permissiva que atribui ao sujeito o poder para praticar determinado ato. (AVILA, pp.82-83)

Diante disso, para análise das regras, necessário se faz que em todos os casos acima expostos as normas descrevam objetos, exijam do destinatário um comportamento mais ou menos determinado. E, por parte do aplicador, o exame de correspondência entre a conduta adotada e a descrição normativa daquele objeto.

Ronald Dworkin explica que

se um código penal contém uma regra que estabelece que ninguém deve ser criminalmente responsabilizado por ato praticado em legítima defesa, então essa regra não entra em conflito com regras particulares que definem crimes específicos.(DWORKIN, p.32)

O autor entende que ao se afirmar a possibilidade de conflito entre duas regras vigentes no ordenamento jurídico, pretende manifestar-se sobre a individualização das leis.

A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada

ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras. Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão procedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou algo do gênero.

#### 4. CONCLUSÃO

Pelo exposto, resta evidente que a doutrina diverge sobre o conceito dessas duas classificações das normas, podendo tratar os princípios da mesma maneira que se tratam as regras, dizendo que alguns princípios possuem obrigatoriedade de lei e devem ser levados em conta por juízes e juristas que tomam decisões sobre obrigações jurídicas, ou negando que tais princípios possam ser obrigatórios no mesmo sentido que algumas regras o são para o ordenamento jurídico.

Existem vários critérios para a distinção entre regras e princípios, sendo elas: grau de generalidade, determinabilidade dos casos de aplicação, o caráter explícito de seu conteúdo axiológico, importância para a ordem jurídica, entre outras.

De acordo com o posicionamento majoritário da doutrina e jurisprudência, os princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível segundo as possibilidades fáticas e jurídicas. Em contraposição, entende-se que as regras são sempre satisfeitas ou não satisfeitas (*all or nothing*).

Uma contradição no ordenamento jurídico que esclarece a diferenciação entre regras e princípios está no contido no art. 150, III, alínea “a” da Constituição Federal, que prevê o que a doutrina denomina de Princípio da Anterioridade Tributária.

Todavia, tal dispositivo não pode ser considerado um princípio. Isso porque suas determinações têm como fundamento uma regra, qual seja, os tributos contidos em referido artigo ficarão sujeitos a tributação em um determinado momento, não dando margem para a ponderação ao seu aplicador.

De acordo com os argumentos apontados, constata-se que as regras devem sim ser consideradas pelo conceito de tudo ou nada. Assim, se váli-

da, a regra deve corresponder exatamente ao que ela exige, nem mais nem menos. E a melhor maneira de se compreender o conceito de princípio está nas disposições contidas nos estudos de Robert Alexy, Ronald Dworkin e José Joaquim Gomes Canotilho, segundo os quais, de uma forma geral, os princípios não podem ser aplicados da mesma forma que as regras, ou seja, na medida do tudo ou nada, mas devem prescrever um mandamento de otimização, podendo seu preceito ser cumprido de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes.

Assim, considera-se que os princípios descrevem sim um estado ideal a ser promovido, como salienta Humberto Ávila. Todavia, devem sempre ser aplicados da maneira defendida por Robert Alexy e contemplada de maneira parcial por Dworkin e Canotilho, apenas ordenando que algo seja feito da melhor forma e na maior medida possível.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2009.

BOBBIO, Norberto. *Contributi ad un dizionario giuridico*. Torino: G. Giappichelli, 1994.

BUENO, Silveira. *Minidicionário da Língua Portuguesa*. São Paulo: FTD, 1996.

BUENO, Silveira. *Minidicionário da Língua Portuguesa*. São Paulo: Lisa, 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra. Almedina: 1996.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

---

**FLAVIA VERAS TEIXEIRA**

Bacharel em Direito pela Faculdades  
Integradas do Brasil – UNIBRASIL.  
Pós-graduada em Direito Aplicado  
pela Escola da Magistratura  
do Paraná.

# A exclusão da responsabilidade civil médica por culpa exclusiva do paciente

## 1. INTRODUÇÃO

O médico é o profissional da saúde com conhecimentos capazes de amenizar sofrimentos, dores, prevenir males e evitar sequelas. É o responsável pelo desenvolvimento e incorporação de novos padrões de saúde, comportamento, continuidade e prolongamento da vida. Contudo, atualmente há uma massificação da vida, com a formação de profissionais cada vez mais técnicos e capacitados em prol da vida, mas com perda da visão holística do paciente e do meio em que vive. A medicina sofre os impactos dessas mudanças e, como exemplos, podemos citar a evolução de novos métodos e exames diagnósticos, medicamentos, novas formas de tratamentos cirúrgicos bem como novas doenças ou epidemias.

Um dos fatores determinantes dessa relação é o Sistema Único de Saúde (SUS), que não suporta a demanda de pacientes que precisam de atendimento. Tal fato ocorre devido a uma soma de fatores: o péssimo salário oferecido aos profissionais de saúde, tanto para atendimento quanto para a realização de procedimentos cirúrgicos, ocasionando uma escassez de profissionais credenciados ao sistema, principalmente a falta de especialistas.

A falta de recursos nos hospitais gera transtornos principalmente ao médico, uma vez que a ele é assegurado suspender as atividades, individual ou coletivamente, quando a instituição para qual trabalhe não ofereça condições adequadas para o exercício de suas atividades ou não o remunere de forma digna e justa, desde que observadas às situações de urgência e emergência.

Contudo, é importante observar que em muitas cidades existe apenas um hospital ou um serviço de emergência e normalmente faltam equipamentos e funcionários, não podendo o médico suspender suas atividades, pois colocaria em risco a vida dos pacientes, tornando o profissional médico refém desta situação.

A noção de medicina como sacerdócio não existe mais, a profissão está desacreditada tanto pelos profissionais quanto pelos pacientes, usuários dos serviços de saúde (SUS e convênios), tornando imprescindível encontrar um ponto de equilíbrio nesta relação.

## 2. A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Considera-se erro médico como exercício irregular da profissão, capaz de produzir dano à saúde do paciente, “podendo ser por culpa em sentido estrito, quase delito ou simplesmente culpa como a imprudência, negligência ou por imperícia”<sup>1</sup>, uma vez que “seu exercício enseja um diagnóstico, prognóstico e o tratamento, ou seja, o médico deve examinar prescrever, intervir, aconselhar e utilizar seus conhecimentos para assegurar o melhor resultado”<sup>2</sup>. Assim, caso ocorra algum insucesso em relação ao resultado, o médico não poderá ser responsabilizado, pois agiu com diligência em todo o tratamento<sup>3</sup>.

A culpa, portanto, é requisito fundamental e precisa estar presente. Deste modo, o novo Código de Ética é o resultado de intermináveis questionamentos entre médicos e juristas e enfatiza a autonomia do paciente, principalmente no que tange ao direito à informação, aos avanços tecnológicos e ao emprego de animais em pesquisas, atenuando de forma eficaz o tratamento de pacientes terminais e inovando nos tratamentos de fertilização, bem como a relação do vínculo médico com empresas fornecedoras de próteses e a proibição do comércio de medicamentos.<sup>4</sup>

O documento acolhe a ideia de fenômenos impossíveis de serem previstos, uma vez que a evolução e os avanços da medicina não a tornam uma ciência exata. No entanto, no direito a imprevisibilidade relaciona-se ao caso fortuito e a inevitabilidade à força maior, ambas muito presentes na área da saúde.<sup>5</sup>

## 3. A RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E OBJETIVA

Na responsabilidade civil cabe ao médico a reparação do dano que porventura tenha causado ao paciente, no entanto, desde que presente o nexo de causalidade na ação do médico, a culpa ou dolo e o dano ao paciente<sup>6</sup>. O

---

<sup>1</sup>BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. *A responsabilidade civil do médico: uma abordagem constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007. p.105.

<sup>2</sup>VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 2, p.53.

<sup>3</sup>Idem.

<sup>4</sup>PITELLA, Juliane. *Novo código de ética médica: principais alterações e reflexos*. Disponível em: <<http://www.advsaude.com.br/noticias.php?local=1&nid=3407>>. Acesso em: 27 abr. 2010.

<sup>5</sup>Idem.

<sup>6</sup>PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1, p.661.

nexo causal implica num vínculo (uma ligação), ou seja, uma relação direta de causa-efeito. Para Venosa “é o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que se conclui quem foi o causador do dano. Trata-se de um elemento indispensável”<sup>7</sup>. O dano provocado e sofrido precisa ser comprovado, portanto, deve haver prova da conduta, ao passo que “o caso fortuito e a força maior são excludentes do nexo causal, porque o cerceiam ou o interrompem”<sup>8</sup>.

A problemática, no entanto, é produzir provas do nexo causal, uma vez que o fato deve estar vinculado a uma associação de fatores, alguns ainda desconhecidos e/ou inusitados, não sendo identificável sua causa direta. “Quando há uma cadeia de condições, várias circunstâncias concorrendo para o fato danoso temos que precisar qual dentre elas é a causa real do resultado”<sup>9</sup>.

Para Giostri “o dano é o resultado prejudicial advindo da ação (ou da omissão) do médico”<sup>10</sup>, sendo que “por imperícia, imprudência ou negligência, o profissional pode colocar a vida do paciente em risco, variando aquele dano desde uma pequena lesão, uma perturbação de qualquer etiologia, até a morte”<sup>11</sup>.

Em suma, a responsabilidade do profissional médico em regra é subjetiva, ou seja, implica numa culpa, não originária da vontade consciente do profissional em praticar determinado ato ilícito, contudo, por não adotar a conduta ou uma postura adequada, pratica o ilícito danoso<sup>12</sup>. Segundo a doutrina, esta responsabilidade é cláusula geral e enseja uma responsabilidade subjetiva *lato sensu*, contudo a responsabilidade do hospital é sempre objetiva<sup>13</sup>. Para José de Aguiar Dias, a responsabilidade objetiva “corresponde, em termos científicos, à necessidade de resolver casos de danos que pelo menos com acerto técnico não seriam reparados pelo critério clássico da culpa”<sup>14</sup>.

---

<sup>7</sup>VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil...*, p.56.

<sup>8</sup>Ibidem, p.57.

<sup>9</sup>CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008. p.46.

<sup>10</sup>GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro médico: à luz da jurisprudência comentada*. Curitiba: Juruá, 1999. p.48.

<sup>11</sup>Idem.

<sup>12</sup>MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1996. p.08.

<sup>13</sup>TEPEDINO, Gustavo; MORAES, Maria Celina Bodin de; BARBOZA, Heloísa Helena. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p.337.

<sup>14</sup>DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. rev. atual. aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.49.

Dessa forma, o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil<sup>15</sup> faz menção ao risco causado pela própria atividade. Nesse sentido, Caio Mário da Silva Pereira leciona: “todo aquele que se serve de atividade alheia, e dela auferir benefícios, responde pelos riscos a que expõe quem lhe presta aquela atividade”<sup>16</sup>.

Na mesma linha segue o entendimento de Silvio Rodrigues. Para o autor existe um risco de dano para terceiros o qual deve ser reparado, mesmo não havendo necessidade de verificar a culpa<sup>17</sup>. Em suas palavras: “examina-se a situação, e, se for verificada, objetivamente, a relação de causa e efeito entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima, esta tem direito a ser indenizada por aquele”<sup>18</sup>.

Conclui-se, portanto, que a culpa do médico não é originária da vontade de praticar um ato ilícito, não obstante, surge do exercício danoso ao paciente, o qual pode estar associado há inúmeros fatores como a negligência, imperícia ou imprudência do médico ou então relacionado ao número exagerado de atendimentos prestados, falta de exames, materiais e equipamentos ou pela ausência de especialistas para o atendimento.

#### **4. MÉDICO E PACIENTE: RELAÇÃO CONTRATUAL E EXTRA-CONTRATUAL**

A medicina contemporânea mudou e constantemente adquire novos padrões e condutas para o bem estar e longevidade do homem. Esta mudança está associada à explosão de conhecimentos alavancados pelos meios de comunicação; avanços tecnológicos na prevenção, diagnóstico e tratamento das doenças; aumento das despesas médicas; maior evidência por controle de custos; crescente exigência na qualidade dos serviços; significativo aumento da responsabilidade jurídica. Assim, mais do que nunca, a medicina passa a ser reconhecida como um negócio<sup>19</sup>.

---

<sup>15</sup>Art. 927, parágrafo único do Código Civil de 2002: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

<sup>16</sup>PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op. cit., p.665.

<sup>17</sup>RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4. p.11.

<sup>18</sup>Idem.

<sup>19</sup>Ibidem, p.3.

Contudo tornou-se “impossível a vida em sociedade sem uma normatização do comportamento humano”<sup>20</sup>. Nasce, ou melhor, cria-se “o direito como conjunto de normas disciplinadoras da vida em sociedade”<sup>21</sup>. Nesse contexto a responsabilidade civil foi indiscutivelmente o instituto que mais evoluiu<sup>22</sup>, todavia inúmeros questionamentos abordam o tema, haja vista que “toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade. Isso talvez dificulte o problema de fixar o seu conceito”<sup>23</sup>.

Nesse sentido leciona Giostri: “a opinião dominante em relação à natureza jurídica da responsabilidade médica opta por sustentar que, em geral, os profissionais liberais estão unidos a seus clientes por um vínculo contratual”<sup>24</sup>.

No entanto, é importante ressaltar que mesmo se tratando de um contrato vigora o princípio da informação, o qual possui aplicabilidade e conceitualização no Código de Defesa do Consumidor<sup>25</sup>. Igualmente, todos os profissionais liberais estão adstritos ao dever de respeitá-lo, sob pena da responsabilidade subjetiva transformar-se em objetiva, independentemente do elemento culpa, por não estarem atentos ao dever de esclarecer ou informar seu paciente<sup>26</sup>.

Para Cavalieri Filho, médico e paciente vivenciam uma relação *sui generis*, uma vez que “o médico não se limita a prestar serviços estritamente técnicos, acabando por se colocar numa posição de conselheiro, de guarda e protetor do enfermo e de seus familiares”<sup>27</sup>, tendo em vista que “a ciência médica, apesar de todo o seu desenvolvimento, tem inúmeras limitações, que só os poderes divinos poderão suprir”<sup>28</sup>.

No que tange às obrigações de meio e resultado os doutrinadores divergem sobre o tema. Segundo Venosa, “(...) nas obrigações de resultado,

---

<sup>20</sup>THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v.1, p.6.

<sup>21</sup>Idem.

<sup>22</sup>DIAS, José de Aguiar. Op. cit., p.3.

<sup>23</sup>Idem.

<sup>24</sup>GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro Médico...*, p.59.

<sup>25</sup>Art. 6, III da Lei 8078/90, “São direitos básicos do consumidor: III- a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”.

<sup>26</sup>GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro Médico...*, p.59.

<sup>27</sup>CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. cit., p.360.

<sup>28</sup>Idem.

o que importa é a aferição do resultado colimado foi alcançado. Só assim a obrigação será tida como cumprida. Nas obrigações de meio, devem ser aferidas se o devedor empregou boa diligência no cumprimento da obrigação”<sup>29</sup>. No entanto, quando o médico “atende o doente em estado de impossibilidade de autodeterminação”<sup>30</sup> torna-se uma relação extracontratual<sup>31</sup>. Neste aspecto, os artigos 186 e 927 do Código Civil<sup>32</sup>, definem como responsabilidade extracontratual.

Assim, em caso de erro médico, incumbe ao profissional a prova da conduta e do comportamento estarem em consonância com a técnica e a literatura médica, ou seja, cabe a ele comprovar que outros fatores contribuíram ou foram determinantes para o insucesso, tendo em vista a hipossuficiência técnica do paciente. Sendo assim, a relação médico-paciente pode ser tanto contratual como extracontratual. Entretanto, na responsabilidade contratual a culpa pode ser presumida, incumbindo ao paciente comprovar apenas o não cumprimento da obrigação e, não obstante invertendo o ônus probante ao médico, enquanto na responsabilidade também conhecida como aquiliana a culpa deve ser comprovada pela vítima<sup>33</sup>. Considerando a relação médico-paciente por seu cunho contratual, Cavalieri Filho leciona que “embora seja o médico um prestador de serviços, o Código de Defesa do Consumidor, no § 4º do seu art. 14, abriu uma exceção ao sistema de responsabilidade objetiva nele estabelecido”<sup>34</sup>.

A título de exemplo, parte da doutrina vem pacificando o entendimento pelo qual a obrigação de resultado na área estética é o cuidado e o zelo do profissional com o paciente. Segundo Giotri, “(...) no caso do médico, e em especial do cirurgião plástico, quando ele assegura a seu cliente que determinado resultado será alcançado, ele, médico, estará inserindo, automaticamente, sua prestação obrigacional em uma obrigação de resultado”<sup>35</sup>.

Todavia, deve informar ao paciente sobre os cuidados pré e pós-cirúr-

---

<sup>29</sup>VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil...*, p.52.

<sup>30</sup>BARROS JUNIOR, Edmilson de Almeida. *Op. cit.*, p.96.

<sup>31</sup>Idem.

<sup>32</sup>Art. 186 do Código Civil de 2002. “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, e causar prejuízo a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” Art. 927. “Aquele que, por ato ilícito (artigos. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

<sup>33</sup>GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 3, p.18.

<sup>34</sup>CAVALIERI FILHO, Sergio. *Op. cit.*, p.361.

<sup>35</sup>GIOTRI, Hildegard Taggesell. *Responsabilidade Médica: as obrigações de meio e de resultado, avaliação, uso e adequação*. Curitiba: Juruá, 2001. p.185.

gicos, principalmente em relação às cirurgias plásticas e sua cicatrização, pois existem fatores sobre os quais o médico não tem o poder de ação e são inerentes ao tratamento proposto<sup>36</sup>. Dessa forma, o contrato médico-paciente consolida-se a partir da marcação de consultas, um contato pessoal ou até um telefonema. Mesmo essa informalidade possui validade e eficácia como efeitos jurídicos e irão responsabilizar o médico por uma eventual incorreção na sua execução, caracterizando o erro médico<sup>37</sup>.

Ou seja, trata-se de “uma tríplice classificação lealdade, informação e proteção, tais deveres anexos ou instrumentais não decorrem da lei ou da vontade, mas da boa-fé”<sup>38</sup>. E estes estão presentes nas tratativas, durante todo o contrato, e até mesmo após a conclusão, rompendo o dualismo da tipicidade da responsabilidade civil em contratual e extracontratual, para novas formas como as responsabilidades pré e pós-contratual”<sup>39</sup>.

No entanto, ressalta-se a particularidade dos atendimentos realizados nos serviços de emergência (pronto socorro ou hospitais), nos quais o paciente na maioria das vezes não pode escolher o médico de sua preferência por encontrar-se incapaz de responder pelos seus atos ou escolhas, devido ao fato de estar utilizado ou inconsciente.

Maria Celina Bodim de Moraes leciona que a reparação do dano “têm sido basicamente a reprovação da conduta, isto é, a gravidade ou intensidade da culpa do agente, a repercussão social do dano, as condições socioeconômicas da vítima e do ofensor”<sup>40</sup>. Em outras palavras, deve haver toda atenção do Judiciário em relação à caracterização do valor do dano moral para que não ocorra enriquecimento do paciente, mas vigore a punição exemplar para o médico<sup>41</sup>.

---

<sup>36</sup>Idem.

<sup>37</sup>Idem.

<sup>38</sup>BOTH, Laura Garbini; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. As “formulas mágicas” da boa-fé na jurisprudência brasileira: um cenário de transferências culturais. In: CORTIANO JUNIOR, Erouths; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; FACHIN, Luiz Edson; NALIN, Paulo. (Coords.). *Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo: anais do projeto de pesquisa virada de Copérnico*. Curitiba: Juruá, 2009. pp. 211-238. p.217.

<sup>39</sup>Idem.

<sup>40</sup>MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.162.

<sup>41</sup>COUTO FILHO, Antônio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. *Responsabilidade Civil Médica e Hospitalar: repertório jurisprudencial por especialidade médica; teoria da eleição procedimental; iatrogenia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p.27.

## 5. A CULPA EXCLUSIVA DO PACIENTE

Nas demandas por erro médico a culpa exclusiva do paciente é causa de extinção da responsabilidade civil, desobrigando o profissional da saúde de indenizar. Isto ocorre quando comprovado que o paciente proporcionou e colaborou para o evento danoso, ou seja, rompeu o nexo causal da relação <sup>42</sup>.

Com o avanço da medicina inúmeras foram as descobertas de cura para doenças consideradas terminais. Os pacientes, por sua vez, acostumaram-se com o progresso, passando a exigir solução imediata para as enfermidades, “considerando que sua doença é a mais grave e que a solução é fácil e certa” <sup>43</sup>. Quando não há êxito o paciente considera que o médico não foi diligente e não deu ao seu problema a atenção necessária <sup>44</sup>.

Contudo, alguns fatores ultrapassam os limites do médico e suas previsões, pois em dadas circunstâncias o suposto dano sofrido, pode ser decorrente do agir do paciente ou da própria patologia <sup>45</sup>, informado pelo médico e não observado pelo paciente, por expectativa de cura ou de perfeição no tratamento realizado. A respeito, vale compreender o entendimento de Irany Novah Moraes <sup>46</sup>:

Aqueles doentes que não atentam para as recomendações feitas pelos médicos; que às vezes, recebendo – as por escrito, não prestam atenção, e, omitem algumas porque acham muito difíceis e seguem de maneira errada, aquelas que acham fáceis e, pior ainda, ao relatar sua evolução, confessam ao médico que as não fizeram. Outros pacientes leem a bula e acham que a prescrição não está adequada; e o pior é quando complementam a medicação com outras, indicadas por amigos, ou com as quais já tiveram experiência anterior. Acreditam que, se os sintomas desaparecem, estão curados, suspendendo toda medicação que lhes fora prescrita. Nem se fale daqueles que não obedecem ao horário ou mesmo dos que a programam de maneira irracional. (MORAES, p.313)

Frequentemente pacientes abandonam os medicamentos prescritos no início do tratamento por julgarem desnecessários. Explica Juliane Pitella: “A

---

<sup>42</sup>VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil...*, p.58.

<sup>43</sup>BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. Op. cit., p.220.

<sup>44</sup>Idem.

<sup>45</sup>KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007. pp.85-86.

<sup>46</sup>MORAES, Irany Novah. *Erro Médico e a Justiça*. 5. ed. São Paulo: LEJUS, 1998.

culpa pode ser exclusiva do paciente entendida naqueles casos em que o paciente abandona o tratamento, acarretando-lhe danos à sua saúde, o que exclui assim, a culpa do médico”<sup>47</sup>. De acordo com Venosa: “na culpa exclusiva da vítima desaparece a relação de causa e efeito entre o dano e seu agente”<sup>48</sup>. Seguindo essa linha é fundamental observar o entendimento de Giostri<sup>49</sup>:

Se, após uma cirurgia ortopédica, o médico prescreve a seu paciente o uso de muletas e exercícios fisioterápicos e aquele descumpre as determinações, ou faz de maneira errônea ou desinteressadamente, então, as consequências negativas de uma cicatrização óssea defeituosa, ou de uma atrofia, não poderão ser imputadas ao facultativo. (GIOSTRI, p.200)

Sob esse prisma muitos advogados dispensam a representação ao Conselho Regional de Medicina, não questionando se o cliente seguiu o tratamento e recomendações prescritas, e ignoram a importância da literatura médica associada a um perito capaz de auxiliar e esclarecer termos técnicos, a evolução e a particularidade de cada patologia, bem como sequelas e complicações inerentes ao tratamento e prática realizadas, as quais não são erros e sim consideradas como evolução natural da patologia e/ou cirurgia realizada.

No entanto, muitas vezes o estado de morbidez do paciente contribui para uma má cicatrização, portanto cabe ao médico levar em consideração o fator preexistente e determinar a conduta mais adequada ao caso, associando técnica e medicamentos para abrandar as consequências, no caso de sequelas ou até mesmo de óbito do paciente<sup>50</sup>. Assim, o desfecho não exitoso foi por mera “evolução da inexorável curva biologia, não devendo ser responsabilizado neste caso”<sup>51</sup>.

Aliás, inúmeros são os fatores que o médico não pode intervir, são alheios à sua vontade, ocorrem inerentes ao tratamento realizado. Estas características são exclusivas do próprio organismo do paciente, eximindo o profissional das complicações referentes a estes fatores, como o estado

---

<sup>47</sup>PITELLA, Juliane. *Novo Código de Ética Médica: Principais alterações e reflexos*. Disponível em: <<http://www.advsaude.com.br>>. Acesso em: 27 abr. 2010.

<sup>48</sup>Idem.

<sup>49</sup>GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Responsabilidade Médica...*

<sup>50</sup>GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro Médico...*, p.75.

<sup>51</sup>Idem.

nutricional e imunológico do paciente, doenças e sequelas pré-existentes, etc. Evidencia-se, a partir da doutrina e jurisprudência, que o paciente também possui obrigações a cumprir, tornando-se uma obrigação de meio <sup>52</sup>.

Acompanhando a análise surge a questão cultural. No Brasil há a tradição da automedicação, independente da classe social. A automedicação é, rotineiramente, orientada por farmacêuticos, muito embora quem faça tais diagnósticos sejam os atendentes das farmácias. Assim, é necessário maior controle e fiscalização de receitas médicas.

Não há como desprezar que tal atitude tomada pelo paciente agrava a evolução da patologia, tendo em vista que parte da população busca atendimento médico somente quando a doença já se agravou. Poucos são os pacientes que na consulta afirmam que tomaram algum medicamento, é comum essa omissão, ocasionando um mal maior ao tratamento ou até acarretando a morte.

Portanto, a negligência do paciente relaciona-se com a falta de atenção às recomendações feitas pelo médico bem como suas obrigações contratuais. O paciente torna-se negligente pela sua inércia ao tratamento, ou seja, é omissivo não se preocupando com as consequências dos seus atos <sup>53</sup>.

Torna-se imprudente o paciente que age de forma não justificada, precipitadamente, ou seja, sem cautela ao tratamento indicado. A imprudência também pode ser constatada quando o paciente abandona seu tratamento de forma injustificada. Os argumentos levantados pelo paciente no abandono do tratamento são numerosos e injustificados para a renúncia, de tal modo o paciente não se sente culpado pelo ato.

Outro fator a ser analisado é com relação ao excesso de expectativa do paciente, no entanto a problemática gira em torno da definição do que é normal e o que é patológico. O médico muitas vezes sabe que as queixas do paciente não condizem com nenhuma patologia e que os fatores que levam a tais reclamações são psicológicos <sup>54</sup>.

Durante o tratamento o paciente deve estar atento aos sintomas e seguir a prescrição principalmente quando a patologia está relacionada ao

---

<sup>52</sup>GAUDERER, Ernst Christian. *Os direitos do Paciente: cidadania na saúde*. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Record, 1998. p.3.

<sup>53</sup>GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro Médico...*, p. 45.

<sup>54</sup>Ibidem, p. 13.

sedentarismo e consequentes mudanças de hábitos. O homem moderno esqueceu o quanto é importante movimentar o corpo. Os órgãos que fazem economia e repouso durante determinadas épocas do ano acabam tendo seu funcionamento alterado pela própria imobilidade. Quando ausentes os movimentos corpóreos prescritos pelo médico podem acarretar sequelas graves e o paciente padece por sua negligência<sup>55</sup>.

## 6. CONCLUSÃO

Com o advento da Constituição de 1988, a saúde revestiu-se de direitos e garantias fundamentais jamais observadas, tornou-se o ápice do ordenamento jurídico pátrio e o Estado garantidor deste direito. O SUS possui participação direta e indireta na relação, ou seja, sua cobertura deve ser a mais extensa possível, contudo não afasta a existência de determinados limites. Dessa forma, a sociedade aúfere a cada dia maturidade constitucional, permitindo maior aplicabilidade e efetivação nos seus direitos, aliado ao acesso à justiça.

O tema responsabilidade civil do médico não é novo, no entanto, o direito à saúde, bem como as atividades profissionais às quais se relacionam merecem destaque uma vez que o aumento das demandas judiciais repercutem negativamente nessa relação, sendo evidenciadas todos os dias na mídia como erro médico, fazendo crescer a procura por seguros médicos e assessorias jurídicas.

De fato, cabe ao médico a reparação por serviços inadequadamente prestados, entretanto desde que presentes os requisitos culpa ou dolo, dano e nexos causal. Todavia os direitos e deveres estabelecidos para o profissional da saúde são recíprocos aos pacientes, ou seja, cada direito equivale a um dever, evidenciado a partir do princípio da boa-fé objetiva, e no caso em tela, cabe ao Judiciário ser o vigilante da relação.

Exime-se o médico da responsabilidade quando comprovada a culpa exclusiva do paciente que agiu de forma imprudente, negligente ou omissivo ao tratamento. No entanto, o problema consiste na caracterização desses elementos para isentar o médico da responsabilização.

---

<sup>55</sup>MORAES, Irany Novah. Op. cit., p.123.

A complexidade da relação envolve outros agravantes alheios aos deveres do médico, como o excesso de expectativa do paciente, os fatores psicológicos e psicossomáticos negados pelos pacientes nas consultas e a automedicação. A medicina não é infalível e não possui resultado certo. Assim como no direito, seria utópico garantir perfeição e o resultado de cura ao paciente.

## REFERÊNCIAS

BARROS JÚNIOR, Edmilson de Almeida. *A responsabilidade civil do médico: uma abordagem constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007.

BOTH, Laura Garbini; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. As “formulas mágicas” da boa-fé na jurisprudência brasileira: um cenário de transferências culturais. In: CORTIANO JUNIOR, Erouths; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; FACHIN, Luiz Edson; NALIN, Paulo. (Coords.). *Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo: anais do projeto de pesquisa virada de Copérnico*. Curitiba: Juruá, 2009.

BRASILMEDICINA. *Noticias médicas*. Disponível em:

[http://www.brasilmedicina.com.br/noticias/pgnoticias\\_det.asp?Codigo=1832&AreaSelect=1](http://www.brasilmedicina.com.br/noticias/pgnoticias_det.asp?Codigo=1832&AreaSelect=1)>. Acesso em: 23 set. 2010.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2008.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de Ética Médica*. Disponível em: <[http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2009/931\\_2009.htm](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2009/931_2009.htm)>. Acesso em: 22 abr. 2010.

DERMATOLOGIANET. Disponível em:

<http://www.dermatologia.net/novo/base/doencas/queloide.shtml>>. Acesso em: 09 set. 2011.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. rev. atual. de acordo com o novo código civil de 2002, e aum. por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 3.

GAUDERER, Ernst Christian. *Os direitos do paciente: cidadania na saúde*.

7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Record, 1998.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *Erro médico: à luz da jurisprudência comentada*. Curitiba: Juruá, 1999.

\_\_\_\_\_. *Responsabilidade médica: as obrigações de meio e resultado avaliação, uso e adequação*. Curitiba: Juruá, 2001. v. 1.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade civil do médico*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007.

MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1996.

\_\_\_\_\_. *Ressarcimento de danos pessoais e materiais*. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural Edições, 1984.

MORAES, Irany Novah. *Erro médico e a justiça*. 5. ed. São Paulo: LEJUS, 1998.

\_\_\_\_\_. *Erro médico e a lei*. 4. ed. São Paulo: LEJUS, 1998.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1.

PITELLA, Juliane. *Novo código de ética médica: Principais alterações e reflexos*. Disponível em: <<http://www.advsauade.com.br/noticias.php?local=1&nid=3407>>. Acesso em: 27 set. 2011.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Dano moral*. 4. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito processual civil*. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 1.

TEPEDINO, Gustavo; MORAES, Maria Celina Bodin de; BARBOZA, Heloísa Helena. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 7. ed. São Paulo: 2007. v. 2.

\_\_\_\_\_. *Direito civil: responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. v. 4.

---

**FRANCIELLE PASTERNAK  
MONTEMEZZO**

Bacharel em Direito pela  
Universidade Federal do Paraná.  
Pós-graduada em Direito Aplicado  
pela Escola da Magistratura  
do Paraná.

# Os paradigmas de controle judicial: limites ao poder de atuação do Poder Judiciário a partir de Lucas Grosman

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo se destina a tecer breves provocações acerca do papel do Poder Judiciário no controle de políticas públicas e, essencialmente, a demonstrar a necessidade de se definir qual o âmbito de legitimidade dos juízes quando invocados a decidirem sobre questões dessa natureza.

Consciente da impossibilidade de se aprofundar à exaustão na temática ora proposta – que admite diversos enfoques e longos debates – o presente trabalho buscará, sem delongas, adentrar no tema, expondo a realidade que constitui o pano de fundo em que inserida a discussão sobre o papel do Poder Judiciário e o contemporâneo embate de opiniões acerca do tema do ativismo judicial no Brasil. A seguir, será apresentada a teoria elaborada por Lucas Grosman acerca dos *paradigmas de controle judicial*, na qual se propõe uma delimitação bastante refinada sobre o controle judicial de políticas públicas.

Por fim, buscando evidenciar a utilidade prática do debate travado no plano teórico que será desenvolvido, este trabalho se debruçará sucintamente sob um caso concreto com o qual se tem deparado o Poder Judiciário do Estado do Paraná: o problema da precariedade das unidades prisionais de alguns de seus municípios.

## 2. ATIVISMO JUDICIAL NO PANORAMA NACIONAL

Contemporaneamente, muito se discute acerca do fenômeno do protagonismo judicial. É inegável o fato de que houve no Brasil – assim como em diversos outros países ocidentais após a Segunda Guerra Mundial – um crescente adentramento do Poder Judiciário no deslinde de questões que até então eram pertinentes somente ao Legislativo e Executivo<sup>1</sup>.

Na doutrina brasileira, há pensadores que enxergam esta atuação proativa judicial com bons olhos e outros que se inquietam diante de uma suposta concentração exagerada de poderes nas mãos dos magistrados, que seria, sob determinado ponto de vista, incongruente com a procura de

---

<sup>1</sup>BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade democrática*. p. 275/276. Barroso também já abordou a questão específica da judicialização do direito à saúde em: BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação estatal*. Disponível em <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>

fortalecimento de um espaço democrático e de edificação da legalidade<sup>2</sup>.

Importante ressaltar, contudo, que as ideias divergem na própria conceituação do que seria considerado o termo ativismo judicial. Para exemplificar rasamente – levando-se em conta a brevidade deste artigo – basta contrastar as definições trazidas por Luís Roberto Barroso e Lenio Luiz Streck sobre o tema.

O primeiro doutrinador define o ativismo judicial como uma atitude proativa dos juízes na interpretação da Constituição, com vistas a expandir ao máximo o seu sentido e alcance<sup>3</sup>. Este ativismo se instalaria em situações de retração do Poder Legislativo e em decorrência de um vazio existente entre a sociedade e a classe política<sup>4</sup>.

Destaca Barroso que este ativismo pode ser visualizado por meio de diversas condutas do Poder Judiciário, tais como (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matérias de políticas públicas<sup>5</sup>.

De outra via, Lenio Luiz Streck entende que o ativismo judicial surge no momento em que a Corte extrapola os limites impostos pela Constituição e passa a fazer política judiciária, o que, na opinião deste doutrinador, é problemático porque faz com que a democracia e os avanços passem a depender das posições da suprema corte. Para Streck, quando o Poder Judiciário é provocado e age nos limites impostos pela Constituição, não se trata de qualquer ativismo<sup>6</sup>.

---

<sup>2</sup>STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* p.20.

<sup>3</sup>Destaca o autor que a judicialização seria algo decorrente de questões alheias ao comportamento do Poder Judiciário, tais como (a) a redemocratização do país, (b) a recuperação das garantias dos magistrados e seu verdadeiro poder político com a CF de 1988, (c) a cidadania reavivada, (d) a constitucionalização abrangente, sendo que uma norma constitucional disciplinada se transforma potencialmente em uma pretensão jurídica, (e) o controle de constitucionalidade brasileiro, que pode se dar pela via difusa e concentrada, de forma que quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser levada ao Supremo Tribunal Federal. BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade democrática*. pp. 277-278.

<sup>4</sup>BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade democrática*. p.279.

<sup>5</sup>BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade democrática*. p.279.

<sup>6</sup>STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* p.22.

De qualquer modo, independentemente de qualquer juízo de valor que possa ser feito acerca do papel dos juízes ou sobre o chamado ativismo judicial, fato é que o Poder Judiciário tem sido cada vez mais chamado a intervir em questões centrais do Estado, como a implementação de políticas públicas concretizadoras de direitos fundamentais sociais<sup>7</sup>. Ocorre que, conforme se buscará demonstrar no decorrer deste artigo, para além de uma possibilidade ou não de o Judiciário agir em situações como esta, é necessário que se tenha em vista que a via judicial não é capaz de resolver todas as questões a ela impostas, ao menos não sem que sejam melhor traçados os limites de legitimidade para tanto.

Sob este pano de fundo, adentraremos, a seguir, em uma reflexão pertinente ao âmbito de legitimidade de intervenção do Poder Judiciário, a partir da construção doutrinária de Lucas Grosman.

### 3. TRÊS PARADIGMAS DE CONTROLE JUDICIAL

Buscando delinear de maneira mais rigorosa as ocasiões em que o Poder Judiciário é chamado a tutelar direitos constitucionalmente assegurados, o doutrinador argentino Lucas S. Grosman, no livro *Escasez e igualdad: los derechos sociales en la Constitución* constrói valiosa contribuição para o assunto, discorrendo acerca da possibilidade de efetivação de direitos sociais através de demandas judiciais. Importante destacar, desde já, que o autor adota, como pressuposto de sua reflexão, a inescapável realidade material de escassez de recursos financeiros.

Através de seu desenvolvimento teórico, Grosman procura definir o âmbito de legitimidade de intervenção judicial na alocação de recursos realizada pelas demais esferas de competência do Estado, Executivo e Legislativo. Para isso, o autor agrupa os casos judiciais que versam sobre direitos sociais – os quais são capazes de gerar decisões que culminam na redefinição de alocação de recursos – em três grandes grupos, denominados de “paradigmas de controle judicial”, cada qual reclamando uma atuação específica dos magistrados. A seguir, passa-se à análise

---

<sup>7</sup>Especificamente sobre os aspectos processuais do controle judicial de políticas públicas, cf. CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle Judicial de Políticas Públicas*.

de cada um deles: o paradigma do abuso, o paradigma da inclusão e o paradigma da escassez.

### 3.1 Paradigma do abuso

Grosman agrupa no “paradigma do abuso” os casos em que o Poder Judiciário deve reprimir a atuação estatal que importe na violação de direitos individuais<sup>8</sup>. Nesses casos, a escassez de recursos não pode ser alegada pelo Estado para justificar sua condução violadora de um direito individual, ou seja, a escassez de recursos é normativamente irrelevante para os casos desta natureza. Nas situações envoltas por este paradigma, os juízes não precisam se preocupar com a repercussão orçamentária que decorrerá de eventual condenação do Poder Público. Como exemplo, pode-se citar a hipótese em que um prefeito municipal persegue algum inimigo político, impedindo-o ilicitamente de participar de um processo licitatório.

### 3.2 Paradigma da inclusão

Por sua vez, no “paradigma da inclusão” estariam contidos os casos em que o Poder Estatal já disponibiliza aos cidadãos determinado órgão ou entidade protetores, dotados de recursos financeiros suficientes, incumbidos da efetivação de determinado direito garantido pela Constituição. Em situações catalogadas neste paradigma, o Poder Judiciário teria, segundo a visão de Grosman, o papel de frear qualquer exclusão ilegítima – ainda que esta não tivesse a intenção discriminatória<sup>9</sup> – de determinado indivíduo do alcance da prestação. Para ilustrar, também convém expor exemplo de estruturas dessa natureza: quando um diretor de escola negligentemente rejeita a matrícula de determinada criança, ainda que esta preencha os requisitos para tal e haja vagas disponíveis<sup>10</sup>.

A esfera de legitimidade do Poder Judiciário em casos como estes, tal

---

<sup>8</sup>GROSMAN, Lucas. *Escasez e igualdad: los derechos sociales en la Constitución*. p.37.

<sup>9</sup>Dito em outras palavras, não é relevante a presença de qualquer elemento subjetivo (dolo, negligência etc na conduta para caracterizar a rotulação. GROSMAN, Lucas. *Escasez e igualdad: los derechos sociales en la Constitución*. p.39.

<sup>10</sup>GROSMAN, Lucas. *Escasez e igualdad: los derechos sociales en la Constitución*. p.38.

como no paradigma do abuso, não deve se limitar por eventual invocação do Estado do argumento da escassez de recursos públicos para a não prestação da atividade. Não se trata, frise-se, de se desconsiderar que a quantidade de recursos destinada pelo Estado ao órgão ou entidade será determinante para a sua capacidade de ação.

Contudo, importante ressaltar que para que o caso seja situado no paradigma da inclusão, o ente responsável deve dispor de fundos suficientes para proteger os direitos que não foram devidamente tutelados. Somente assim o Estado não poderá valer-se do fundamento de que lhe faltou reserva financeira para justificar sua ineficiência. Desta forma, legitimamente, os juízes poderão conceder a tutela sem com isso realizar qualquer atividade redistributiva.

### 3.3 Paradigma da escassez

Por fim, casos há em que a concessão de determinado benefício social excede a capacidade da estrutura protetora, nos quais, entende Grosman, o referencial analítico deve ser modificado, lançando-se mão do terceiro paradigma de controle judicial, o “paradigma da escassez”.

Via de regra, tem-se que as ações que envolvam concretização de direitos sociais por meio de políticas públicas são abrangidas por este último núcleo de casos, vez que, não raro, a concessão de certa prestação a determinado indivíduo pode implicar a negação desse mesmo benefício a outro, em razão da inegável existência de escassez de recursos disponíveis<sup>11</sup>. Para casos como estes, a função precípua dos magistrados deve ser a de verificar se a distribuição de recursos efetuada pelos agentes políticos está compatível com as prescrições da Constituição<sup>12</sup>.

Grosman explica que o fato de não haver a concessão de determinada tutela não implica dizer, automaticamente, que houve uma atitude inconstitucional do Estado. Somente violará a Constituição quando a decisão alocativa dos recursos realizada por agentes públicos

---

<sup>11</sup>O paradigma da escassez situa-se nas hipóteses em que se está diante de bens escassos, ou seja, bens que não podem satisfazer todos os indivíduos que pretendem ter acesso a eles.

<sup>12</sup>GROSMAN, Lucas. *Escasez e igualdad*: los derechos sociales en la Constitución. p.40.

estampar-se incompatível com a Carta Magna. Assim, tem-se que o paradigma da escassez não é auto-suficiente, pois para resolver casos como os aqui enquadrados é imperioso recorrer aos valores consignados na própria Constituição, capazes de preencherem o conteúdo do paradigma da escassez<sup>13</sup>. Essa necessidade decorre da própria estrutura do texto constitucional que nem sempre indica de modo inequívoco quais devem ser as preferências orçamentárias a serem adotadas pelo Estado. De qualquer maneira, é possível extrair da Constituição alguns comandos (regras, princípios etc.) partir dos quais sejam construídos parâmetros que balizem a atuação judicial nas hipóteses do paradigma da escassez.

O autor demonstra que justamente pelo fato de se valer de um elemento externo, o paradigma da escassez se distingue dos demais, torna-o muito mais complexo. Ora, nos paradigmas do abuso e da inclusão as escolhas relativas à alocação de recursos não integram o cerne de discussão, sendo, portanto, mais simples decidir-se pela condenação ou não de uma prática ou omissão estatal. De outro lado, nos casos enquadrados pelo paradigma da escassez, há de se estabelecer um parâmetro constitucionalmente embasado para poder-se definir, pela voz dos magistrados, se a distribuição dos recursos é ou não constitucional<sup>14</sup>.

A definição de um critério constitucional que atue como orientador da atuação jurisdicional do paradigma da escassez exigiria um esforço argumentativo demasiado grande, não comportado pela envergadura deste trabalho. De qualquer modo, a fundamentação teórica até aqui apresentada é suficiente para avaliar a atuação dos magistrados em demandas de controle de políticas públicas, o que será feito a seguir, a partir dos problemas penitenciários que têm ocorrido no estado do Paraná.

---

<sup>13</sup>GROSMAN, Lucas. *Escasez e igualdad: los derechos sociales en la Constitución*. p.40.

<sup>14</sup>A título de ilustração, Lucas Grosman adota a noção de “igualdade estrutural de oportunidades” como critério para se avaliar se a escolha distributiva do governo foi ou não constitucional. Cf. GROSMAN, Lucas. *Escasez e igualdad: los derechos sociales en la Constitución*. p. 65-94. Ainda, importa destacar que outros autores adotam outros referenciais para delimitar o âmbito legítimo de atuação do magistrado no processo de concretização da Constituição. Sobre isso, cf. especialmente: ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança*. São Paulo: Martins Fontes, 2010; NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. Brasília: UNB, 2010; SUNSTEIN, Cass R. *A Constituição parcial* (trad. Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli). Belo Horizonte: Del Rey, 2008; DORF, Michael; TRIBE, Lawrence. *Hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

## 4. CASO CONCRETO: O PROBLEMA DAS INSTALAÇÕES PRISIONAIS NO PARANÁ

Exploraremos, para contextualizar o assunto até aqui apresentado, um caso concreto que já se apresentou mais de uma vez perante o Poder Judiciário no presente ano, decorrente da precariedade que se encontram determinadas cadeias públicas no Estado.

### 4.1 Pedido de Providências n. 2010.1309-0

Trata-se de um pedido de providências<sup>15</sup> elaborado pelo Ministério Público, em trâmite perante determinada municipalidade do Estado do Paraná, em que se buscou, pela via judicial, interditar instalações de cadeia pública – tendo em vista a incontestável precariedade na qual esta se encontrava – e imediata transferência de todos os presos até então ali alocados para o sistema prisional do Estado do Paraná.

No referido caso, o juízo competente, com argumentação embasada no disposto na Lei de Execução Penal e no princípio da dignidade da pessoa humana, decidiu liminarmente pela requerida interdição e determinou o fechamento daquela unidade prisional.

Ato contínuo, o Estado do Paraná requereu junto ao Tribunal de Justiça a suspensão da decisão liminar concedida pelo juízo singular<sup>16</sup>, alegando risco de lesão à ordem e à economia pública, tendo em vista a inexistência de previsão orçamentária para o acomodamento dos presos que até então estavam alocados na cadeia pública interditada. A liminar de fato foi suspensa pela presidência do Tribunal de Justiça, seguindo decisão anteriormente proferida nos mesmos termos, em caso semelhante<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup>Pedido de providências n. 2010.1309-0, da 1ª Vara Criminal do Foro Regional de São José dos Pinhais.

<sup>16</sup>TJPR, Suspensão de Liminar 0760689-3, Órgão Especial, Rel. Miguel Kfourri Neto, DJ n. 584, publicação em 04/03/2011. Disponível em <http://www.tj.pr.gov.br/portal/judwin/consultas/jurisprudencia/JurisprudenciaDetalhes.asp?Sequencial=1&TotalAcordaos=1&Historico=1&AcordaoJuris=1067632>

<sup>17</sup>TJPR, Agr 0663913-4/01, Órgão Especial, Rel. Carlos A. Hoffmann, DJ n. 487, publicado em 08/10/2010. Disponível em <http://www.tj.pr.gov.br/portal/judwin/consultas/jurisprudencia/JurisprudenciaDetalhes.asp?Sequencial=3&TotalAcordaos=3&Historico=1&AcordaoJuris=1058912>

## 4.2 O paradigma de controle judicial da decisão

Em casos como o acima descrito, surge uma imensa dificuldade de o Poder Judiciário fornecer uma resposta adequada e suficiente ao caso em concreto.

De um lado, há uma situação que está longe de ser a ideal. Não é difícil perceber que a cadeia pública do referido caso não é capaz de cumprir com seu papel, sendo que, ao contrário disso, por conta da total precariedade em que se encontra, acaba por lesionar a dignidade das pessoas que ali se encontram detidas. Ou seja, é notório que a política de segurança pública encontra-se defasada, ensejando modificações para que os fins constitucionais (como o da dignidade da pessoa humana) sejam alcançados.

Neste sentido, um juízo preocupado com a concretização de direitos fundamentais pode, eventualmente, entender por bem interditar o local, como no caso em tela. Localizando a decisão nos paradigmas de controle judicial elaborados por Grosman, verifica-se que um juízo que assim o faz situa o presente caso no paradigma da inclusão.

Isso porque, quando um magistrado concede a liminar de interdição da cadeia pública nos termos apresentados na decisão, considera tão somente a conduta objetiva do Estado, qual seja, a de ineficiência na execução de uma política pública, implementada por órgão competente existente, dotado de determinada previsão orçamentária para tal.

Ocorre que, assim agindo, o julgador deixa de considerar que sua decisão é capaz de produzir impacto nas escolhas alocativas do Estado. Casos dessa natureza são capazes de provocar – a despeito de supostamente lograrem êxito em realizar uma microjustiça no caso concreto – efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejados<sup>18</sup>, como uma inesperada necessidade de realocação de recursos que, por si só, é capaz de comprometer as demais atividades realizadas pelo Poder Público.

Esta dificuldade para responder a todas as demandas de forma satisfatória também decorre do fato de que nem sempre o juiz dispõe de dados concretos suficientes – como dispõe o Poder Executivo, por exemplo – para avaliar qual a conveniência de realocar recursos. Assim,

---

<sup>18</sup>BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade democrática*. p.287.

observa-se que, embora seja o magistrado um importante aliado na busca de concretização de direitos fundamentais, inclusive com o controle de políticas públicas, há de se ter em mente que, sem limites, embora busque proporcionar justiça ao caso concreto, é capaz de cometer, em certos casos, decisões desastradas.

Nesta linha de raciocínio, a contribuição de Grosman parece fornecer um bom limite de legitimidade para atuação do magistrado no caso aqui apresentado. A situação acima delineada – a precariedade da cadeia pública – parece se posicionar melhor naqueles casos que seriam inseridos, na teoria proposta pelo doutrinador, no paradigma da escassez, como se verificará a seguir.

### **4.3 A necessidade de superação do paradigma da inclusão: a definição dos contornos da atuação legítima do magistrado**

Em que pese haver no caso em comento órgão competente pelo regime penitenciário estadual, bem como dotação orçamentária para tanto, o fato é que, certamente, uma decisão que determine o fechamento de determinada unidade prisional e redistribuição de presos para as demais unidades gera impactos orçamentários.

Em decisões de tamanha proporção, é imprescindível que o magistrado não deixe de considerar o fato real de que irá produzir a realocação de recursos. Isso não quer dizer, frise-se, que o Poder Judiciário deve abster-se de julgar em casos dessa natureza, ou que o limite para atuação seja os casos em que não esteja envolvida a alocação dos recursos. O magistrado pode, eventualmente, e a partir de um critério norteador, determinar realocação de recursos. Contudo – e aqui reside a especificidade do paradigma da escassez – nessas situações a escassez de recursos é argumento normativamente relevante, de modo que um eventual deferimento, pelo juiz, da tutela pleiteada, exigirá um ônus argumentativo bastante superior ao exigido nos casos sob o paradigma do abuso e da inclusão.

Ocorre que – e aí está a marcante contribuição de Grosman para o desenvolvimento do assunto – há que se buscar a fixação, pelo julgador, de um parâmetro constitucional que sirva para justificar a sua decisão acerca da redistribuição dos recursos. Grosman, em sua obra, utiliza como critério

norteador extraído da Constituição argentina a “igualdade de oportunidades”, de forma que uma escolha alocativa do Poder Público seria constitucional na medida em que contribuísse para estabelecer, entre os indivíduos, real igualdade de acesso a determinado bem ou serviço.

Assim, na presente situação objeto de análise, pode, eventualmente, um magistrado, a partir de um critério norteador embasado constitucionalmente, decidir pela interdição de uma cadeia pública, desde que sua decisão englobe elementos e dados suficientes que justifiquem tal medida, como plano orçamentário, diretrizes de planos desenvolvidos pelo Poder Público, aprovação de projetos, etc. Não deverá, todavia, proferir decisão que culmine em realocação de recursos sem que considere, de fato, quais os impactos de tal medida, ou seja, sem que se abstenha de avaliar a relevância normativa da escassez de recursos e as consequências redistributivas que terá sua decisão.

## 5. CONCLUSÃO

Conforme acima elucidado, é importante, para além da discussão sobre o papel do Poder Judiciário e sua crescente intervenção em matérias que até então eram exclusivas dos demais Poderes, avançar na discussão, buscando melhor estabelecer limites dentro dos quais poderiam os magistrados se nortear ao se depararem com casos concretos.

É certo que o magistrado não deve analisar as questões judiciais que envolvam políticas públicas de maneira rasa. Isso porque a realização de justiça em um caso específico pode culminar, sem dúvidas, em uma degeneração de todo um plano de execução de implementação de políticas públicas pelo Estado. Isso não quer dizer, conforme exposto, que o juiz não deva atuar. Pelo contrário, deve sim exercer seu papel, desde que balizado por princípios interpretativos que promovam a justiça no caso concreto.

A participação dos magistrados na concretização dos objetivos constitucionais é extremamente relevante, mas é importante ter-se consciência de que nem sempre o Poder Judiciário fornecerá respostas a contento.

Antes de discutir protagonismos ou delimitação de poderes entre as esferas de competência, é imprescindível que se tenha em mente que o

ponto principal não deve ser desfocado: no Brasil, a expansão do Judiciário não dará conta de socorrer a crise de representatividade e funcionalidade do Poder Legislativo<sup>19</sup>, tampouco a insuficiente atuação do Poder Executivo, de maneira geral. A melhor delimitação do âmbito de legitimidade de atuação do Poder Judiciário, neste ponto, é fundamental para que não se mascare, aos poucos, o que os juízes sozinhos não serão capazes de solucionar.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação estatal*. Disponível em <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>

\_\_\_\_\_. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade democrática*. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda e outros (orgs), *In: Constituição e Ativismo judicial: Limites e Possibilidades da Norma Constitucional e da Decisão Judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

DORF, Michael; TRIBE, Lawrence. *Hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

GROSMAN, Lucas Sebastián. *Escasez e igualdad: los derechos sociales en la Constitución*. Buenos Aires: Librería, 2008.

NEVES, Marcelo da Costa Pinto. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. Brasília: UNB, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SUNSTEIN, Cass R. *A Constituição parcial*. Trad. Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

---

<sup>19</sup>BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade democrática*. p.290.

---

**GEANA SANTOS GAYER**

Bacharel em Direito pela Pontifícia  
Universidade Católica do Paraná.  
Especialista em Direito Civil e  
Empresarial pela PUC-PR.  
Pós-graduada em Direito Aplicado  
pela Escola da Magistratura  
do Paraná.

# Teoria do adimplemento substancial

# 1. DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

## 1.1 Conceituação de adimplemento substancial

Originariamente intitulada de teoria da *substancial performance*, teve origem na corte inglesa no século XVIII, quando observou-se as injustiças realizadas aos devedores que efetuavam o pagamento substancial das suas obrigações e muitas vezes por valores ínfimos eram sancionados com a resolução do contrato e a perda dos valores pagos ao credor.

O marco histórico de concepção da teoria do adimplemento substancial está na Inglaterra, no século XVIII, e teve como precursor de seus estudos o caso Boone x Eyre, julgado em meados do ano de 1779 por Lord Mansfield. Até então, bastava o descumprimento de uma parcela para que pudesse ser promovida a dissolução do contrato.

Sobre o assunto, Bussatta<sup>1</sup> esclarece que existiam as obrigações principais e as acessórias, assim consideradas pelo ordenamento jurídico inglês:

(...) tão-só o descumprimento de uma prestação dependente (*condition*) dava azo à resolução do contrato, enquanto o descumprimento de um dever meramente acessório ou colateral, do qual a avença não é dependente (*warranty*), apenas concedia ao credor o direito de reclamar perdas e danos (*damages*) daí decorrentes.

(...) assim, se o dever descumprido pode ser considerado *condition*, a parte contrária possui o direito de buscar a dissolução do vínculo contratual. Contudo, se o descumprimento atingir um *warranty*, somente fica aberta a via das perdas e danos (BUSSATTA, p.39)

Tal estudo foi importado para o Brasil pelo jurista e prof. Clóvis de Couto e Silva, que definiu a teoria do adimplemento substancial como “(...) um adimplemento tão próximo do resultado final que, tendo-se em vista a conduta das partes, exclui-se o direito de resolução, permitindo tão

---

<sup>1</sup>BUSSATTA, Eduardo Luiz. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. São Paulo: Saraiva, 2008, p.39.

somente o pedido de indenização”<sup>2</sup>. Sobre o assunto, imperioso destacar o posicionamento de Alves<sup>3</sup>

O adimplemento substancial insere-se dentre os princípios gerais dos contratos, como princípio inerente ao sistema normativo-contratual aberto, oferecido pelo novo Código Civil, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o Princípio da Boa-fé Objetiva, estabelecidos pelos artigos 421 e 422 do Diploma codificado. (ALVES, 2008)

## **2. DA RESOLUÇÃO DOS CONTRATOS E O ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL**

### **2.1 Dos efeitos jurídicos do adimplemento substancial no ordenamento jurídico brasileiro**

A interpretação corrente quanto à celebração do contrato deriva do entendimento de que há consenso entre as partes, mesmo que por vezes este encontre-se intrínseco ao objeto ou obrigação que está sendo contratada<sup>4</sup>.

Sabe-se desde logo que o contrato extingue-se pelo cumprimento da obrigação ou execução do contrato<sup>5</sup>. Porém, em outras situações, mesmo que a vontade seja expressa ou tácita no plano contratual, por vezes há interesse de uma das partes em romper o acordado, seja pelo defeito no negócio jurídico, conduta culposa, descumprimento de cláusula contratual ou qualquer outro motivo que leve à inexecução do contrato ou adimplemento parcial do mesmo.

Ora, “as obrigações são assumidas para que sejam cumpridas integralmente, conforme convencionado. O cumprimento da obrigação leva à sua

---

<sup>2</sup>SILVA, C. V. do C. e. Apud: BECKER, A. op. cit., p.60.

<sup>3</sup>ALVES, Jones Figueirêdo. *Do adimplemento substancial como fator obstativo do direito à resolução do contrato*. Revista AASP. Ano XXVIII, nº 98 – julho de 2008. São Paulo: AASP, 2008.

<sup>4</sup>ASSIS, Araken. *Resolução do contrato por inadimplemento*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p.118.

<sup>5</sup>Cumprir ressaltar que há diferença entre a extinção de uma obrigação ou de um contrato por conta da natureza que originou ambas. Sob esse aspecto, Venosa ressalta que “[...] as obrigações extinguem-se pelo pagamento e por várias outras formas, como a consignação, a transação, a novação, a remissão e etc. o contrato dissolve-se por motivos que lhe são próprios, e pode incluir várias obrigações, em suas diversas modalidades”. (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. Vol.2. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, pp.514-515).

extinção natural. Esta é a regra”, conforme entendem Restiffe Neto e Restiffe<sup>6</sup>.

Desta forma, a resolução do contrato é uma forma de extinção do acordo realizado entre as partes contratantes, afinal “consiste em um direito, concedido à parte que cumpre, a fim de que, ao exercê-lo, seja restabelecido o equilíbrio que deve presidir a relação convencional bilateral”, como justifica Fradera<sup>7</sup>. O direito à resolução poderá decorrer do contrato ou dos termos legais vigentes<sup>8</sup>, inclusive, é o que está disposto no art. 475 do Código Civil Brasileiro, trazendo em seu texto a penalidade no caso de descumprimento do avençado, *in verbis*:

Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

Por outro lado, ao magistrado é possibilitado analisar em um pedido de resolução contratual, sob a ótica da doutrina pátria, meios de obstar a resolução, desde que verificado que poderá ser mantido o interesse do credor, permanecendo válidos os atos cumpridos pelo devedor antes da ocorrência de motivo superveniente que levou ao inadimplemento mínimo do acordado.

Ora, avulta revelar as palavras do nobre magistrado paranaense Viana<sup>9</sup>, vez que este direciona o estudo acerca da positivação da doutrina do adimplemento substancial na legislação pátria:

O Código Civil de 2002 não previu, formalmente, o adimplemento substancial. Sua aplicação vem se realizando com base nos princípios da boa-fé objetiva (CC/02, art. 422), da função social dos contratos (CC/02, art. 421), da vedação ao abuso de direito (CC/02, art. 187) e ao enriquecimento sem causa (CC/02, art. 884). (VIANNA, 2008)

<sup>6</sup>RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Garantia Fiduciária: direitos e ações*. 3. ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.668.

<sup>7</sup>FRADERA, Vera Maria Jacob de. *O conceito de inadimplemento fundamental no artigo 25 da lei internacional sobre vendas, da Convenção de Viena de 1980*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, v. 11, nov. 1996, p.57.

<sup>8</sup>Tal posicionamento encontra embasamento legal no artigo 474 do Código Civil Brasileiro de 2002, *in verbis*: Art. 474. A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial.

<sup>9</sup>VIANNA, José Ricardo Alvarez. *Adimplemento substancial*. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1897, 10 set. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11703>>. Acesso em: 05 set 2011.

Ou seja, “(...) o contrato não pode ser resolvido se o inadimplemento de uma das partes tem escassa importância, resguardado o interesse da outra parte”, como traduz Bussatta<sup>10</sup>.

Com fulcro ao esposado acima, bem como a partir da análise das situações elencadas a seguir, a teoria do adimplemento substancial vem sendo utilizada nas hipóteses em que o devedor cumpriu o contrato em cerca de 80% e o credor não poderá reaver o bem pelo inadimplemento dos outros 20%, uma vez que tal sanção é considerada desproporcional, já que o não cumprimento do acordado tornou-se insignificante. Justifica-se tal posicionamento pelo fato de que a obrigação foi quase cumprida e, por motivos muitas vezes alheio à vontade do devedor, este não a cumpriu inteiramente<sup>11</sup>.

### 2.1.1 Dos contratos de alienação fiduciária

Atualmente o devedor goza da proteção de não perder a totalidade do que pagou, mas nem por isso estará livre de responder por perdas e danos, porém o credor deverá buscar meios de executar a dívida que não embarquem a situação do devedor. Tal entendimento pode ser verificado no julgado apresentado abaixo, oriundo do Tribunal de Justiça do Paraná, *in verbis*:

**APELAÇÃO CÍVEL. RESCISÃO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE PONTO COMERCIAL E UTENSÍLIOS QUE GUARNECIAM O ESTABELECIMENTO. PAGAMENTO DE PARTE SUBSTANCIAL DO PREÇO (MAIS DE 70%). INADIMPLEMENTO DO SALDO. CLÁUSULA CONTRATUAL QUE PREVIA A PERDA INTEGRAL DOS VALORES PAGOS ATÉ A RESCISÃO. EXCESSIVIDADE DA CLÁUSULA PENAL. REDUÇÃO A FIM DE EVITAR O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 924 DO CC/1916 E 413 DO CC/2002. SUCUMBÊNCIA. READEQUAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. “A cláusula que, em caso de inadimplência, prevê a perda das prestações pagas pela promitente compradora,**

<sup>10</sup>BUSSATTA, Eduardo Luiz. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. São Paulo: Saraiva, 2008, p.43.

<sup>11</sup>Complementa-se as premissas anteriores com o exposto por Catalan, o qual aponta que a utilização do direito de resolver o contrato deve ser aplicada em situações esporádicas e conforme o grau de inadimplência, pois o “(...) direito formativo extintivo de resolver o negócio jurídico, conferido pelo sistema ao credor no incumprimento do devedor, é exceção à regra da estabilidade dos contratos e somente poderá ser exercido como ato socialmente útil”. CATALÁN, Marcos Jorge. *Reflexões sobre a teoria do adimplemento substancial e sua recepção pelo direito brasileiro*. Epdireito. Disponível: <[http://www.epdireito.com.br/artigos/index.php?m=2&id\\_artigo=129&id\\_categoria=26](http://www.epdireito.com.br/artigos/index.php?m=2&id_artigo=129&id_categoria=26)>. Acesso em: 25 jul 2011.

*ou substancial parte delas, pode ser reduzida pelo juiz, com base no art. 924 do Código Civil de 1916 (art. 413 do CC/02), a patamar justo, com o fito de evitar enriquecimento ilícito da compromitente-vendedora.” (Acórdão nº 11.024, da 6ª C.Cível do TJPR, Rel. Desembargador Leonardo Lustosa, julg. 08/10/2003, DJ 6484).*

*(TJPR - 5ª C.Cível - AC 0163081-7 - Curitiba - Rel.: Juíza Subst. 2º G. Lillian Romero - Unanime - J. 13.11.2006). (grifo nosso)*

Neste caso, verifica-se que o devedor não chegou a cumprir 80% do acordado, mas o entendimento dos julgadores foi no sentido de que se restasse resolvido o negócio, ensejaria o enriquecimento sem causa do devedor, já que há interesses em conflito, mas deve preponderar a parcial satisfação do crédito do credor, do que o total prejuízo ao devedor inadimplente.

### **2.1.2 Do contrato de prestação de serviço funerário**

Ora, fala-se tanto em função social do contrato, como está previsto no artigo 421 do atual Código Civil Brasileiro de 2002, de modo que entender que a obrigação deva ser levada às últimas consequências a fim de que o credor tenha seu crédito satisfeito é ignorar a função econômica estabelecida, sejam nas relações contratuais, como nas consumeristas. O Tribunal de Justiça do Paraná já pronunciou outro interessante julgado, *in verbis*:

**ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. NÃO PRESTAÇÃO DE SERVIÇO FUNERÁRIO. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. BOA FÉ. ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL DO CONTRATO. DANO MORAL. CARACTERIZADO. RECURSO NÃO PROVIDO. I - É pacífico o entendimento que as regras dos art. 476 e 763 ambos do Código Civil, devem ser interpretadas de acordo com os princípios basilares do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002, que consagra a função social do contrato e os princípios da probidade e da boa fé contratual, adotando-se interpretação mais favorável ao consumidor. II - “O adimplemento substancial, conforme o definiu o Prof. Clóvis do Couto e Silva, constitui ‘um adimplemento tão próximo ao resultado final, que, tendo-se em vista a conduta das partes, exclui-se o direito de resolução, permitindo, tão somente o direito de indenização’ e/ou de adimplemento, de vez que aquela primeira**

*pretensão viria a ferir o princípio da boa fé.” III - O dano moral, por ser inerente à pessoa, por vezes é imensurável, frente à impossibilidade de se medir as dores, os abalos psíquicos, o sofrimento enfrentado pelo lesado, o constrangimento, a raiva. Desta feita, comprovada a lesão a partir do evento danoso, presume-se o dano sofrido (in re ipsa). IV - Recurso Desprovido.*

*(TJPR - 9ª C.Cível - AC 0480817-7 - Londrina - Rel.: Juiz Subst. 2º G. Antonio Ivair Reinaldin - Unanime - J. 05.06.2008) (grifo nosso)*

No voto, o relator presta o seguinte esclarecimento:

Compulsando o caderno processual se constata **que o apelado efetuou o pagamento de 28 (vinte e oito) prestações das 32 (trinta e duas) do contrato.**

Assim, pode-se concluir que mesmo que **o recorrido estivesse com 04 (quatro) prestações em atraso, indiscutivelmente estava com quase todas as prestações quitadas, 87,5% da avença; ou seja, ocorreu o adimplemento substancial do contrato.** (grifo nosso)

Ora, nota-se aqui que o resultado do pactuado quando da contratação do plano de serviços funerários chegou próximo à sua conclusão, restando poucas parcelas a serem quitadas pelo devedor, o que de modo algum pode ensejar a resolução do contrato<sup>12</sup>. Ao final, o relator da Apelação acima, aconselha ao credor buscar “(...) o recebimento das parcelas em aberto ser pugnado por outro meio, que não rescisão pura e simples”.

### 2.1.3 Do contrato de seguro

Para melhor entendimento acerca da doutrina do adimplemento substancial e sua possibilidade em ser aplicada aos contratos de seguros, parte-se das indagações formuladas por Rezende<sup>13</sup>:

---

<sup>12</sup>E adiante o Relator conclui “Isto quer dizer que, através do adimplemento substancial alcança-se um resultado tão próximo do pactuado, que não chega a abalar significativamente a reciprocidade obrigacional, motivo pelo qual o bom senso leva não rompimento contratual, devendo”.

<sup>13</sup>REZENDE. Fernando Augusto Chacha de. *A teoria do adimplemento substancial e a boa-fé objetiva necessária exegese conjunta dos institutos*. Consulex. Revista Jurídica Consulex nº 290. 15.02.2009. Disponível em < <http://www.consulex.com.br/co/default.asp?op=cor&id=1957>>. Acesso em: 16 mar 2009 (acesso restrito com senha).

(...) um contrato de seguro com vigência de um ano (12 meses), em que se verifica um sinistro envolvendo o veículo segurado após o pagamento da décima primeira prestação. Indaga-se: poderá o contratante utilizar-se do seguro ou a seguradora escusar-se da responsabilidade com fundamento no art. 763 do Código Civil?

Além disso, indaga-se como ficam as situações em que o devedor está em mora para com a seguradora. Acerca do assunto, explicam-se tais hipóteses a partir do entedimento do Tribunal de Justiça do Paraná, ao manifestar-se sobre o tema, *in verbis*:

**APELO 02 - AÇÃO DE COBRANÇA - CONTRATO DE SEGURO - PRÊMIO FRACIONADO - ÚLTIMA PARCELA NÃO QUITADA - INADIMPLENTO - CUMPRIMENTO SUBSTANCIAL DO CONTRATO - PRINCÍPIO DA PROIBIDADE E BOA-FÉ CONTRATUAL - PAGAMENTO DO PRÊMIO PROPORCIONAL AO ADIMPLENTO - RECURSO DESPROVIDO. APELO 01 - LUCROS CESSANTES - ATIVIDADE LUCRATIVA DO VEÍCULO COMPROVADO - DEVER DE INDENIZAR - SUCUMBÊNCIA - CUSTAS E HONORÁRIOS A CARGO INTEGRAL DA SEGURADORA - RECURSO PROVIDO. (TJPR - 10ª C. Cível - AC 0342726-5 - Foro Regional de Colombo da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Des. Arquelau Araujo Ribas - Unanime - J. 29.03.2007) (grifo nosso)**

Portanto, apesar do disposto no art. 763 do Código Civil Brasileiro, refuta-se nas atuais relações negociais a possibilidade do devedor ser penalizado no todo, repise-se, se contribuiu até certa medida no cumprimento do acordado. Inclusive no caso em tela, ressalta-se que a boa-fé objetiva impera como norteador para aplicar-se a teoria do adimplemento substancial em casos análogos<sup>14</sup>.

## 2.1.4 Do contrato de promessa de compra e venda

O art. 32 da Lei 6.766/1979 determina a constituição em mora do devedor se o inadimplemento perdurar por mais de 30 (trinta) dias. Porém,

---

<sup>14</sup>Para arrematar o assunto, Rezende complementa que “[...]o segurado de boa-fé tem o direito de receber o que foi acordado contratualmente, haja vista que adimpliu substancialmente a obrigação, honrando o negócio jurídico quase que na sua integralidade (faltando apenas o pagamento da última parcela), não podendo a seguradora negar-lhe a indenização pelo sinistro”. *loc.cit.*

segue-se na possibilidade de defesa do avençado nos contratos preliminares de promessa de compra e venda, no qual houve inadimplemento parcial, desde que verificada a ocorrência do pagamento substancial do contratado<sup>15</sup>. Nessa seara, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul proferiu decisão favorável em demandas nesse sentido no final da década de 80 (oitenta), *in verbis*:

**CONTRATO. RESOLUÇÃO. ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL.** 1. A construtora que demora na entrega do apartamento, criando com isso séria dificuldade para o comprador, não pode pretender a resolução do negócio, em prejuízo do comprador, apenas porque este não quis suportar sozinho o ônus da demora. 2. Improcedência da ação consignatória proposta pelo comprador, que depositou quantias insuficientes. Porém, **tendo ele cumprido substancialmente sua obrigação, o contrato deve ser mantido.** (Apelação Cível Nº 589.016.534, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ruy Rosado de Aguiar Júnior, **Julgado em 02/05/1989**). (grifo nosso)

Pleitear a resolução quando a ausência de pagamento foi ínfima é considerada atitude abusiva, sem falar na desconsideração ao princípio da boa-fé, especialmente se o pagamento parcial satisfaz o credor. Ademais, há outros meios do exequente buscar a execução do que ainda é devido pelo devedor<sup>16</sup>. Diante de tais premissas, apresenta-se julgado mais recente do referido Tribunal, no qual a Turma vetou a resolução contratual nos seguintes termos, *in verbis*:

**AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. SALDO DO CONTRATO QUE FOI OBJETO DE AÇÃO CONSIGNATÓRIA. ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL DO CONTRATO. EVENTUAL SALDO NÃO APURADO. PROTESTO DE NOTA PROMISSÓRIA VINCULADA AO AJUSTE, EM VALOR ILÍQUIDO, QUE SE MOSTRA INDEVIDO. DANO MORAL CARACTERIZADO. INDENIZAÇÃO REDUZIDA.** Tendo o autor depositado as parcelas faltantes e seis num universo de setenta e cinco -, mediante ação consignatória, julgada parcialmente procedente, **possível**

<sup>15</sup>ALVES, Jones Figueirêdo. **Do adimplemento substancial como fator obstativo do direito à resolução do contrato.** Revista AASP. Ano XXVIII, nº 98 – julho de 2008. São Paulo: AASP, 2008, p. 128.

<sup>16</sup>Repise-se, dar azo a um contrato quando o inadimplemento remete à um valor de escassa importância, importa dizer que sacrificar-se-á a função econômico-social dos contratos.

***concluir que eventual dívida remanescente é mínima. Reconhecimento do adimplemento substancial do contrato.*** Nota promissória levada a protesto. Ausência de qualquer demonstração sobre a composição do valor inserto no título. Ausência de certeza e liquidez. Protesto que resulta indevido e abusivo. Dano moral. Redução do quantum indenizatório, de 4 vezes o valor do título, para a quantia de R\$ 2 mil, em face da constatação de que remanesce dívida, ainda que mínima, e o protesto só foi desconstituído, porque ilíquida esta. Nota promissória que estava vinculada ao contrato, parcialmente revisado. APELO PARCIALMENTE PROVIDO E RECURSO ADESIVO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70026691444, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Aquino Flores de Camargo, Julgado em 11/03/2009). (grifo nosso)

Afirma-se a partir da leitura da jurisprudência acima, sem sombra de dúvidas que, no julgamento de demandas semelhantes, o magistrado deve levar em consideração o contexto no qual foi concebido o contrato e em que condições é pleiteado o pedido do credor em demandas como essas. Nota-se no caso em tela que caberá ao credor diligenciar outros meios para a cobrança do que ainda lhe é devido, sem sacrificar o esforço do devedor em honrar a dívida, que como se pode notar, chegou próximo ao resultado almejado pelas partes.

Diante do exposto, o credor deverá buscar o ressarcimento do prejuízo que alega ter sofrido por meio de ações próprias, pois não é mais possível a resolução do contrato, conforme as perspectivas colocadas acima, haja visto que a expectativa do pagamento pelo devedor ao credor foi descumprida em pequeno montante.

### **2.1.5 Do contrato de financiamento**

Apontou-se anteriormente que, para fins de apuração, se é aplicável ou não a teoria do adimplemento substancial ao magistrado cabe verificar em um primeiro momento a extensão do inadimplemento. O mesmo ocorre em demandas nas quais o credor requer a extinção do contrato de financiamento quando o devedor está em mora. Todavia, como argumenta Alves<sup>17</sup>, verifica-se, ainda, se “(...) a medida apreensiva postulada como impositiva

---

<sup>17</sup>loc.cit.

de lesão desproporcional em face da teoria do adimplemento substancial, a significar, afinal, no pleito ajuizado, evidente quebra de boa-fé que deve presidir toda e qualquer relação contratual”. Nesse sentido, passa-se a analisar o julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, *in verbis*:

*APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO GARANTIDO POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. No contrato de financiamento garantido por alienação fiduciária, é certa a incidência do Código de Defesa do Consumidor, como prevê o seu art. 3.º, § 2º, assim como do art. 166 do Novo Código Civil, que autorizam a revisão do contrato. JUROS REMUNERATÓRIOS. Não merecem manutenção os juros remuneratórios pactuados em taxa superior a 12% ao ano, conforme limitação constante no Decreto 22.626/33, no CDC, e diante de ausência de prova de que o financiador tenha autorização do CMN para praticar taxas superiores. CAPITALIZAÇÃO DOS JUROS. A capitalização mensal dos juros, mesmo quando expressamente pactuada, em contratos como o presente, não é admitida, pois o artigo 591 do atual Código Civil permite, como regra geral, apenas a capitalização anual dos juros. Mas, em se tratando de mera permissão legal, a capitalização anual depende de pactuação nesse sentido, ausente na espécie, motivo pelo qual, in casu, vai vedada a incidência de juros sobre juros em qualquer periodicidade, conforme pleiteado pelo autor. AFASTAMENTO DA MULTA MORATÓRIA. Evidenciadas ilegalidades/abusividades na avença, impõe-se o afastamento da multa moratória. JUROS MORATÓRIOS. Os juros moratórios são de 1% ao mês, conforme disposto no art. 406 do Código Civil. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. É impossível a cobrança de comissão de permanência, mesmo que não seja de forma cumulada com correção monetária, de percentual superior à taxa do contrato, limitada a 12% ao ano (Súmula 294 do STJ), assim como não é cabível a sua incidência cumulada com juros moratórios e multa. CORREÇÃO MONETÁRIA. Não tendo sido pactuada a TR, deve ser admitido o IGP-M como índice de correção monetária, por ser aquele que melhor reflete a desvalorização da moeda no período (Súmula n. 295 do STJ). NULIDADE DO TÍTULO VINCULADO AO CONTRATO. Procede o pedido de declaração de nulidade do título vinculado ao contrato, já que o valor deste e do débito restaram modificados em razão da parcial procedência da ação revisional de contrato. **ANTECIPAÇÕES DE TUTELA. Diante da procedência parcial do pedido revisional, devem ser mantidas as medidas acautelatórias do direito do autor, concedidas em sede de antecipação de tutela, como a proibição de inclusão do seu nome em órgãos de proteção ao crédito e***

**de manutenção na posse do bem objeto do contrato, visto que foram pagas vinte e oito das trinta e seis parcelas contratadas, o que caracteriza o adimplemento substancial do contrato.** *Apelação parcialmente provida. (Apelação Cível Nº 70027442904, Décima Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Lúcia de Castro Boller, Julgado em 18/12/2008) (grifo nosso)*

Da leitura da ementa acima pode-se retirar vários ensinamentos. Observam-se várias irregularidades praticadas pelo credor da obrigação, o qual é réu na demanda, já que este atribuiu cláusulas abusivas e, como já apontado anteriormente, ausentes defesas a ele para aplicar taxas de juros, remunerações e capitalizações que entende como devidas pelo autor da Ação Revisional<sup>18</sup>. Ademais, como restaram provados os excessos cometidos pelo credor, a ação revisional foi julgada procedente, reduzindo o valor devido pelo devedor, vez que foi caracterizado o adimplemento substancial do contrato.

Portanto, não há que se falar em inclusão do nome do devedor em serviços de restrição ao crédito, já que na ação em comento restou demonstrado o pagamento de cerca de 80% da dívida assumida quando da assinatura do contrato de financiamento, tanto na sentença como no julgamento pelo Tribunal, pois o devedor quitou “(...) vinte e oito das trinta e seis parcelas contratadas (...)”, e ainda foi recalculado o valor devido para saldar o montante financiado.

### **2.1.6 Do contrato de locação de coisa imóvel**

Ora, em termos de locação, certamente é uma novidade a aplicação da teoria do adimplemento substancial, como foi o caso da Apelação indicada abaixo, julgada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, *in verbis*:

***ACÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO. LOCAÇÃO. DEMONSTRADO QUE HOUVE DEPÓSITO DOS VALORES REFERENTES AOS ALUGUÉIS. EXISTÊNCIA DE SALDO MÍNIMO NÃO JUSTIFICA A DECRETAÇÃO DO DESPEJO, ATÉ MESMO EM FACE DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº***

<sup>18</sup>Ademais, o Código de Defesa do Consumidor almeja justamente regulamentar as relações de consumo a fim de obstar excessos que possam cometer os fornecedores, ou o vendedor, como ocorreu no caso. Acerca do assunto, o artigo 51 Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990) apresenta um rol exemplificativo de possibilidade em anular cláusulas contratuais tidas como abusivas.

No caso em apreço o contrato foi substancialmente adimplido. Em que pesem as alegações da proponente da ação, compulsando os autos o ilustre relator observou que “(...) os depósitos foram de R\$ 215,00 por mês de aluguel, sendo que o contrato locatício previa valor até mesmo inferior, sem correção monetária, de R\$ 180,00 (fl. 07)”. Adiante ainda revela que no “(...) cálculo apresentado pelo autor, constata-se a existência de débito pelo valor histórico de **R\$ 1.757,12** (fl. 45). **Por outro lado, os depósitos feitos pelo inquilino atingem a importância de R\$ 1.700,00, restando, assim, o saldo de apenas R\$ 57,12**”. (grifo nosso)

Da simples leitura do acórdão percebe-se claramente que o montante depositado em juízo satisfaz em grande parte o que pretendia receber a locatária, de forma que a rescisão do contrato com posterior despejo do locador importam em medidas excessivas, já que o valor inadimplido pelo devedor remete a R\$ 57,12 (cinquenta e sete reais e doze centavos), e o não-recebimento deste valor certamente não irá comprometer o sustento ou patrimônio da apelante.

Por outro lado, a rescisão do contrato, acrescida à possibilidade de despejo do recorrido, certamente irá afrontar um direito social garantido pela Magna Carta, em seu art. 6<sup>o</sup><sup>19</sup>, qual seja, o direito à moradia<sup>20</sup>.

Para concluir o assunto tratado até aqui, importante frisar que foi negado provimento à apelação por unanimidade, com a seguinte redação do voto transcrito pelo relator des. Ergio Roque Menine: “Ora, nessas condições é incabível decretar o despejo da parte ré, considerando, inclusive, a teoria do adimplemento substancial, que visa proteger os vínculos contratuais com base nos princípios da função social e boa-fé objetiva”.

### 2.1.7 Do contrato de viagem

Diferentemente das situações esposadas acima, apresenta-se a possibilidade em ser afastada a resolução contratual no tocante a um contrato de viagem firmado entre a agência de turismo e a ora recorrente, sendo que esta foi impossibilitada de realizar um *city tour* em Barcelona ao final da

viagem, pois o referido passeio fora substituído por um transporte aéreo. A autora aduz na inicial que houve antecipação de partida e, por conta disso, sustou dois cheques que correspondiam ao pagamento do pacote, vez que restou frustrado o último passeio que pretendia fazer.

Veja-se que apesar da alteração contratual ocorrida, o magistrado entendeu que a viagem não restou prejudicada, visto que o passeio aéreo beneficia observar a paisagem do local, portanto afastou a intenção da autora em dar azo ao contratado e ela ainda foi condenada ao pagamento de honorários advocatícios. Além disso, foi descaracterizado o interesse em que fosse atribuído abatimento ao valor total que deveria ser pago pela viagem, conforme se pode auferir da leitura da ementa abaixo, julgado proferido pelo relator dr. João Pedro Cavalli Júnior, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, *in verbis*:

*CONSUMIDOR. PACOTE TURÍSTICO ¿EUROPA ECONÔMICA¿. CUMPRIMENTO DO ROTEIRO ADEQUADO COM O PACOTE CONTRATADO. ALTERAÇÃO DE CRONOGRAMA. SUBSTITUIÇÃO DA VIAGEM DE ÔNIBUS (BARCELONA/MADRID) POR AÉREA, COM PERDA DE CITY TOUR PREVISTO. **ADIMPLENTO SUBSTANCIAL. CHEQUES SUSTADOS. DEVER QUANTO AO PAGAMENTO.** CONTRAPEDIDO JULGADO PROCEDENTE. Não restou demonstrada a alegação de descumprimento contratual por antecipação de partida. Outrossim, o simples fato da substituição de trecho rodoviário por aéreo, com perda de city tour previsto, não é de molde a ensejar dano moral, pelo que impossível a majoração da verba concedida. **Adimplemento substancial do contrato, não abrindo espaço à pretensão estimatória.** Recurso desprovido. Unânime. (Recurso Cível Nº 71001733211, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: João Pedro Cavalli Junior, Julgado em 18/09/2008). (grifo nosso)*

Registra-se aqui uma exceção ao afirmado anteriormente, eis que o fornecedor se desincumbiu de ressarcir a consumidora, visto que o ilustre julgador entendeu que o descumprimento ocorrido não comprometeu o contratado.

<sup>19</sup>Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (grifo nosso)

<sup>20</sup>A permanência do apelado em sua residência representa verdadeiro imperativo jurídico para a efetividade da tutela judicial almejada no litígio apresentado, a fim do Apelado ver fixada sua moradia, pois tal direito deve ser vislumbrado como garantia do cidadão. Por outro lado, a brilhante decisão dos julgadores demonstram a aplicação do equilíbrio contratual e a cooperação entre as partes, preceitos que norteiam a execução dos contratos.

## 2.2 Da não aplicação da teoria do adimplemento substancial

Como já amplamente esmiuçado no decorrer deste trabalho, a teoria do adimplemento substancial é aplicável quando verifica-se a relevância do pagamento oferecido pelo devedor, haja vista as orientações dadas em hipóteses como essa, dentre as quais o equilíbrio e a justiça contratual devem imperar. Por outro lado, existem hipóteses em que mesmo que haja boa-fé do contratante, não há que se falar em adimplemento substancial, como ocorreu na situação abaixo, também julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, *in verbis*:

AÇÃO DE RESOLUÇÃO DE CONTRATO. INADIMPLEMENTO. AUSÊNCIA DE ABUSO NO EXERCÍCIO DO DIREITO DE RESOLUÇÃO DO CONTRATO. ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL NÃO CARACTERIZADO. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO FORMULADO APENAS EM SEGUNDO GRAU. INADMISSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO

(TJPR - 17ª C.Cível - AC 0347322-7 - Maringá - Rel.: Juiz Subst. 2º G. Albino Jacomel Guerios - Unanime - J. 13.12.2006)

Tal posicionamento contrário pode ser entendido pelo voto do relator no caso:

§ 1. Planalto e Engenharia e Urbanização Ltda. ajuizou ação visando a resolução de compromisso de compra e venda celebrado com Wilson dos Santos, sustentando, para tanto, que este deixou de quitar as prestações vencidas a partir de 25 de maio de 2004, legitimando isso a resolução do contrato preliminar.

(...)

**O réu efetuou o pagamento de trinta e sete (37) das cinquenta e nove (59) prestações mensais** (conforme admitido na contestação e nas razões de recurso e previsto no instrumento de fls. 13 e seguintes, na cláusula segunda). **O saldo devedor de vinte e duas (22) parcelas mensais não satisfaz quase que totalmente o interesse da autora**; o que ela recebeu até o vencimento da última parcela paga pelo promissário-comprador corresponde a pouco mais da metade do preço, e mais ainda, e pior, **não existe nos autos prova de poder o réu suportar o pagamento do total que ainda pende de pagamento a viabilizar**, por hipótese extrema, em prol do direito à habitação, uma ação de cobrança do saldo

devedor. Não se pode falar, enfim, em adimplemento substancial; logo, em eventual abuso de direito da recorrida no exercício do direito potestativo de resolução. (grifo nosso)

Observe-se que no caso em tela não houve o adimplemento substancial, vez que o ora réu, devedor, pagou um pouco mais da metade do que era devido e ainda não comprovou que poderia pagar os demais valores devidos. Deste modo, restou afastada a possibilidade de aplicar a teoria do adimplemento substancial.

### 3. CONCLUSÃO

Inseriu-se no ordenamento jurídico brasileiro e em outros países a doutrina do *substantial performance*, a qual veda a resolução do contrato desde que verificado que o contrato foi substancialmente adimplido. Ensejar que o contrato deve ser cumprido até suas últimas consequências significa dizer que todos os estudos pautados nos princípios gerais do direito, as convenções internacionais e mesmo o equilíbrio contratual que deve embasar os negócios jurídicos cairão por terra e só terão utilidade no meio acadêmico.

Portanto, a doutrina do adimplemento substancial revela uma nova visão a ser observada no mundo jurídico, na medida em que favorece o devedor de boa-fé que passa por percalços a fim de honrar o contrato que assumiu. Em que pese tal proteção atribuída à pessoa do inadimplente, nem por isso ele estará a salvo de ser privado de usufruir o bem, se o montante pago revela ser escassa importância, e manter o contrato reporta a um prejuízo maior ao credor.

Porém, conforme repetidamente apresentado, dar azo ao contrato depende da análise do caso concreto, pois corriqueiramente os magistrados deverão analisar os seguintes pontos:

Se o contrato foi adimplido essencialmente e houve mero valor residual a ser pago, caberá ao credor promover ação própria para reaver o que lhe é devido.

Em contraposição, observado que o devedor não cumpriu o avençado substancialmente, resolve-se o contrato e as partes retornam ao *status quo ante*.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Jones Figueirêdo. *Do adimplemento substancial como fator obstativo do direito à resolução do contrato*. Revista AASP. Ano XXVIII, nº 98 – julho de 2008. São Paulo: AASP, 2008.

ASSIS, Araken. *Resolução do contrato por inadimplemento*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

BECKER, Anelise. *A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativista*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, n. 1, v. 9, nov. 1993, pp. 60-77.

BRASIL. *Código Civil Brasileiro* (Lei 10.406/2002). Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em 12 set 2011.

\_\_\_\_\_. *Código Civil Brasileiro* (Lei 3.071/1.916 revogada pela Lei nº 10.406/2002). Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L3071.htm>>. Acesso em 12 set 2011.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Civil* (Lei 5.869/1.973). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm)>. Acesso em 12 set 2011.

\_\_\_\_\_. *Lei de Introdução ao Código Civil* (Decreto-Lei 4.657/1942). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm). Acesso em 12 set 2011.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 6.766/1.979*. Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L6766.htm>>. Acesso em 12 set 2011.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.078/1.990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm)>. Acesso em 12 set 2011.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.245/1.991*. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L8245.htm>>. Acesso em 12 set 2011.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

BUSSATTA, Eduardo Luiz. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. São Paulo: Saraiva, 2008.

CATALAN, Marcos Jorge. *Reflexões sobre a teoria do adimplemento substancial e sua recepção pelo direito brasileiro*. Epdireito. Disponível: [http://www.epdireito.com.br/artigos/index.php?m=2&id\\_artigo=129&id\\_categoria=26](http://www.epdireito.com.br/artigos/index.php?m=2&id_artigo=129&id_categoria=26)>. Acesso em: 25 jul 2011.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. *O conceito de inadimplemento fundamental no artigo 25 da lei internacional sobre vendas, da Convenção de Viena de 1980*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, v. 11, nov. 1996.

RESTIFFE NETO, Paulo; RESTIFFE, Paulo Sérgio. *Garantia Fiduciária: direitos e ações*. 3. ed.rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

REZENDE, Fernando Augusto Chacha de. *A teoria do adimplemento substancial e a boa-fé objetiva necessária exegese conjunta dos institutos*. Consulex. Revista Jurídica Consulex nº 290. 15.02.2009. Disponível em <http://www.consulex.com.br/co/default.asp?op=cor&id=1957>>. Acesso em: 16 mar 2009 (acesso restrito com senha).

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. Vol.2. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

VIANNA, José Ricardo Alvarez. *Adimplemento substancial*. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1897, 10 set. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11703>>. Acesso em: 05 set 2011.

---

**GERSON ANDRÉ MARTINS TRIA**

Bacharel em Direito pela Pontifícia  
Universidade Católica do Paraná.  
Pós-graduado em Direito Aplicado  
pela Escola da Magistratura  
do Paraná.

# Aspectos essenciais acerca da efetividade da prestação jurisdicional

## 1. INTRODUÇÃO

O direito à ação, constitucionalmente tutelado é, em última análise, o derradeiro meio para assegurar os direitos humanos e os objetivos do Estado Democrático de Direito. A par disso, o maior perigo para os fins do Estado reside em sua própria incapacidade para atender as demandas sociais.

A prestação jurisdicional é tema de grande relevância atualmente, eis que é meio para a consecução dos objetivos do Estado Democrático de Direito. Sua celeridade e também a qualidade de seus resultados têm sido amplamente trabalhadas. Hoje, é indispensável uma tutela jurisdicional célere e garantidora dos direitos subjetivos lesionados ou ameaçados.

A delimitação temática da pesquisa reside, então, na área do direito processual civil, tendo como foco principal os aspectos essenciais à existência e ao entendimento da problemática da efetividade da prestação jurisdicional, sem a pretensão de exaurir o tema.

Para tanto, aborda-se o acesso à justiça, a partir da tutela jurisdicional, da ordem jurídica justa e das ondas renovatórias do processo civil. A seguir, trata-se a efetividade enquanto consequência da instrumentalidade do processo e sua compatibilização com os princípios constitucionais e garantias fundamentais, sem olvidar da necessária distinção entre efetividade, eficiência e eficácia dos meios processuais.

## 2. ACESSO À JUSTIÇA

A vida em sociedade é consequência e condição lógica da evolução humana, assim, impositivo constituir meios pelos quais ela possa existir de maneira ordenada e justa. Daí dessume-se a importância do direito, da justiça e da necessidade de efetiva prestação jurisdicional para o estado que está em constante transformação<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup>A tutela jurisdicional e a ordem jurídica têm como função precípua: “[...] harmonizar as relações sociais intersubjetivas, a fim de ensejar a máxima realização dos valores humanos com o mínimo de sacrifício e desgaste. O critério que deve orientar essas coordenações ou harmonização é o critério do justo e do equitativo, de acordo com a convicção prevalente em determinado momento e lugar”. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p.25.

A “tutela jurisdicional”<sup>2</sup> da letra da lei refere-se ao exercício da jurisdição meio, que decorre de provocação do interessado insatisfeito ou da necessidade deste em ver tutelado seus direitos e interesses, motivo pelo qual ela há de ser imparcial e inerte, ou seja, deve ser impulsionada pelo jurisdicionado, em perfeito corolário ao direito de ação.

A nova ordem processual incorporou ao direito de ação a celeridade e a razoável duração do processo, dando impulso à era da efetividade da prestação jurisdicional, sem olvidar, todavia, dos princípios da legalidade, da segurança jurídica e da confiança.

Acesso remete a caminho, via, ingresso, instrumento para o alcance (ou realização) de um fim; sua razão de ser depende, forçosamente, de um resultado, qual seja, a *justiça*. Conceito este deveras abstrato e em constante evolução, composto por elementos filosóficos, sociológicos e históricos, mas que, em última análise, consubstancia-se em valor, ideal, aspiração, desejo natural do ser humano de perseguir o certo, o bem comum. Hans Kelsen preceitua que a justiça não pode ser alcançada ou definida pela racionalidade, pela cognição humana<sup>3</sup>. Por certo que o tema requer acurado exame, contudo tal reflexão não se enquadra no contexto abordado no presente estudo.

O acesso à justiça decorre da conjugação entre jurisdição, enquanto *poder-dever-atividade* estatal de, grosso modo, dizer o direito no caso concreto, e o direito de ação, garantia do particular em provocar a prestação jurisdicional.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth<sup>4</sup> dissertaram sobre o tema em pri-

---

<sup>2</sup>No mesmo sentido, Flávio Luiz Yarshell afirma que tutela jurisdicional “pode ser abrangente não apenas do provimento final ou do resultado do processo [...] mas também dos meios predispostos ao atingimento daquele provimento ou resultado”. In YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1998. p.37.

<sup>3</sup>A clássica pergunta “O que é justiça?” não é de fácil resposta. Pertinente, pois, a observação de Hans Kelsen: “Nenhuma outra questão foi tão passionalmente discutida; por nenhuma outra foram derramadas tantas lágrimas amargas, tanto sangue precioso; sobre nenhuma outra, ainda, as mentes mais ilustres – de Platão a Kant – meditaram tão profundamente. E, no entanto, ela continua até hoje sem resposta. Talvez por se tratar de uma dessas questões para os quais vale o resignado saber de que o homem nunca encontrará uma resposta definitiva. Deverá apenas tentar perguntar melhor”. In KELSEN, Hans. *O que é Justiça?*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.1.

<sup>4</sup>CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002. pp. 8-12.

moroso ensaio sobre os sistemas jurídicos da época<sup>5</sup>, que por sua precisão é referência no estudo das instituições do processo civil e a efetividade do processo. Traçam a evolução do conceito de acesso à justiça:

(...) A teoria era a de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um ‘direito natural’, os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção. Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado; sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros. O Estado, portanto, permanecia passivo, com relação a problemas tais como a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente, na prática (...) o acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva (...) o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é ‘destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação’. O Acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos. (CAPPELLETTI e GARTH, pp.8-12)

Cândido Rangel Dinamarco<sup>6</sup> adota semelhante postura ao erigir o acesso à justiça ao “pólo metodológico mais importante do sistema processual na atualidade”, confira-se:

Mais do que um princípio, o acesso à justiça é a síntese de todos os princípios e garantias do processo, seja no plano constitucional ou infraconstitucional, seja em sede legislativa ou doutrinária e jurisprudencial. Chega-se à idéia do acesso à justiça, que é o pólo metodológico mais importante do sistema processual na atualidade, mediante o exame de todos e de qualquer um dos grandes princípios. [...] Todos eles coordenam-se no sentido de tornar o sistema processual acessível, bem administrado, justo e afinal dotado de maior produtividade possível. (DINAMARCO, pp. 359-379)

<sup>5</sup>O Projeto de Florença desenvolvido por Mauro Cappelletti e Bryant Garth iniciou-se na década de 1960 e teve relatório final publicado em 1978, resumia-se na análise dos problemas relativos à acessibilidade da justiça e propostas para solucioná-los a partir de pesquisa realizada na Europa e América do Norte. Tais apontamentos geraram a publicação do livro “Acesso à Justiça”.

<sup>6</sup>DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. pp. 359-379.

Diante do elencado acima, forçoso admitir que o acesso à justiça é instrumento e fim, forma e conteúdo, porquanto impossível se operar *justiça* sem os meios adequados para conquistá-la. Aqui reside a importância da efetividade não só da análise do mérito, mas também na consecução dos meios adequados a possibilitá-la.

É de todo imperativo, portanto, que em respeito ao acesso à justiça, se garanta o adequado meio ao justo fim; talvez por isso Kazuo Watanabe<sup>7</sup> traduza a expressão para “acesso à ordem jurídica justa”, classificando como seus elementos:

- 1) o direito a informação e perfeito conhecimento do direito substancial e à organização de pesquisa permanente a cargo de especialistas e orientada à aferição constante da adequação entre a ordem jurídica e a realidade socioeconômica do País; 2) direito de acesso à justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; 3) direito a preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos; 4) direito à remoção de todos os obstáculos que se anteponham ao acesso efetivo à Justiça com tais características. (WATANABE, 1998)

Vê-se que o acesso à justiça não se cinge à esfera jurídica, seus contornos sociais, amplos, demandam “a promoção da acessibilidade, a concretização e a eficácia das garantias, pesquisas empíricas sobre os tipos de demandas ou que tipos de demandas advêm dos novos sujeitos e movimentos sociais”<sup>8</sup>. Acesso à justiça consubstancia-se, portanto, em algo maior, no pleno acesso à ordem jurídica justa, que demanda do estado a disponibilização de meios adequados, céleres e tempestivos que permitam a apreciação do direito ou interesse a ser tutelado, o que só ocorre com o aperfeiçoamento do processo, enquanto meio (instrumento) posto à atividade jurisdicional, permeando aspectos de natureza política, econômica e social.

---

<sup>7</sup>WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. RT, SP, p. 128-135, 1988. p. 128. In: BASTOS, Cristiano de Melo. *Acesso à Ordem Jurídica Justa*. Editora Magister - Porto Alegre - RS. Publicado em: 15 mar. 2010. Disponível em: <[http://www.editoramagister.com/doutrina\\_ler.php?id=682](http://www.editoramagister.com/doutrina_ler.php?id=682)>. Acesso em: 04 set. 2011.

<sup>8</sup>NETO, José Mário Wanderley Gomes; PORTO, Júlia Pinto Ferreira. Análise sociojurídica do acesso à justiça: as implicações no pluralismo do acesso à ordem jurídica justa. In: NETO, José Mário Wanderley Gomes (Coord). *Dimensões do Acesso à Justiça*. Salvador: JusPODIUM. 2008. p.170.

A ideia de acesso à justiça, enquanto busca pela justiça substancial, demanda a universalidade<sup>9</sup> da jurisdição, tida como ampla admissão de pessoas e pretensões, a observância das regras do devido processo legal, a participação ativa das partes em atenção ao princípio do contraditório e condução do juiz de maneira efetiva, objetivando o correto julgamento da causa<sup>10</sup>.

Sobre o tema, enfatiza Dinamarco<sup>11</sup>: “por isso é que se diz que o processo deve ser manipulado de modo a propiciar às partes o acesso à justiça, o qual se resolve, na expressão muito feliz da doutrina brasileira, em acesso à ordem jurídica justa”.

Também é acertado o ponto de vista de Luiz Guilherme Marinoni<sup>12</sup> ao trazer à lume que o direito de acesso à justiça permite ao jurisdicionado reclamar do estado juiz a atividade jurisdicional, de modo ativo no processo, em pleno exercício do direito à tutela jurisdicional.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth introduziram a noção de “ondas renovatórias” com o intuito de aperfeiçoar o exercício do direito fundamental de acesso à justiça. As denominadas “ondas” se sobrepõem umas às outras, sem, contudo, substituí-las ou descartá-las, vez que se referem a problemáticas diversas.

### 3. ONDAS RENOVATÓRIAS

São três as ondas renovatórias: a primeira refere-se à assistência judiciária gratuita, especialmente voltada aos pobres; a segunda enfatiza a

---

<sup>9</sup>Dinamarco afirma que “universalizar a jurisdição é endereçá-la à maior abrangência factível, reduzindo racionalmente os resíduos não jurisdicionalizáveis. Que o universo das situações litigiosas aflitivas dos membros da população possa, na maior medida aconselhada pela visão realista e racional do contexto, ser canalizado ao processo para a efetividade das promessas de tutela jurisdicional solenemente celebradas na Constituição. In DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p.116.

<sup>10</sup>DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p.118.

<sup>11</sup>CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p.39.

<sup>12</sup>“De modo que o direito ao acesso à justiça, além de garantir o acesso ao Poder Judiciário a todos, independentemente de suas condições econômicas, igualmente garante a técnica processual idônea à tutela do direito material.” MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo*. Vol. I. 2ª ed. São Paulo: RT, 2007. p.474.

representação dos interesses difusos e a terceira destaca o acesso à justiça, em reforma interna total dos elementos relacionados à prestação jurisdicional.

A primeira onda<sup>13</sup>, com início em 1965, volta-se à prestação da assistência judiciária aos pobres. Cappelletti e Garth identificaram que fatores como elevado valor das custas processuais, falta de representação de advogado e falta de informação dificultam o acesso dos pobres ao poder judiciário.

A primeira onda renovatória é marcante no Brasil. Verifica-se que a Defensoria Pública foi alçada ao grau de instituição essencial à Justiça, nos termos do art. 133 e seguintes da CF<sup>14</sup>. A assistência jurídica gratuita, arrolada dentre os direitos fundamentais, precisamente no art. 5º, inciso LXXIV, da CF<sup>15</sup>, é regulamentada pela Lei 1.060 de 5 de novembro de 1950.

A representação dos direitos difusos e coletivos é a segunda onda renovatória<sup>16</sup> de Cappelletti e Garth. É de peculiar importância, pois tem como foco principal uma questão até então esquecida pelo *estado-jurisdição*. O reconhecimento dos direitos difusos e coletivos ocorreu em momento anterior ao estabelecimento de suas garantias e exercício, não se enquadrando na concepção tradicional do processo civil.

Surge a necessidade, portanto, de criação de instrumentos (processuais) adequados à tutela jurisdicional desta nova gama de direitos. No Brasil o impacto desta onda reformista é patente, basta verificar a fortificação do Ministério Público, atuando em favor do interesse comum e como *custus legis*, bem como a criação de mecanismos processuais adequados a essa demanda (por exemplo: a ação civil pública, ação popular, mandado de segurança coletivo e o Código de Defesa do Consumidor).

A terceira onda renovatória<sup>17</sup> de Cappelletti e Garth é por eles denominada “Do acesso à representação em juízo a uma concepção mais ampla de acesso à justiça. um novo enfoque de acesso à justiça” e tem por objeto

---

<sup>13</sup>Sobre a primeira onda renovatória, ver CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002. pp.31-49.

<sup>14</sup>BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/\\_ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/_ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 25 ago. 2011.

<sup>15</sup>LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

<sup>16</sup>Sobre a segunda onda renovatória, ver CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002. pp.49-67

<sup>17</sup>CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Op.cit. pp. 67-73

transpor as barreiras econômicas, sociais, organizacionais e procedimentais ao pleno acesso à justiça<sup>18</sup>.

Cappelletti e Garth vislumbram algumas tendências no uso do enfoque do acesso à justiça<sup>19</sup>, sendo elas: (i) reforma dos procedimentos judiciais em geral, (ii) métodos alternativos para decidir causas judiciais, dentre os quais, tem-se o juízo arbitral, a conciliação e incentivos econômicos e (iii) especialização de instituições e procedimentos judiciais.

Não há como divorciar, pois, a terceira onda renovatória (enfoque ao acesso à justiça), também vista como da instrumentalidade, da efetividade.

#### 4. INSTRUMENTALIDADE

A necessidade de reforma dos procedimentos apontada por Cappelletti e Garth visa readequar na sistemática processual a essa nova realidade, já com contornos de universalidade, tutela de direitos difusos e coletivos, dentre outros.

Surge, pois, o processo enquanto meio, instrumento da prestação jurisdicional. A visão instrumentalista do processo é teleológica e pressupõe o processo como instrumento para a realização de seus fins<sup>20</sup>. Luiz Guilherme Marinoni<sup>21</sup> anota que ele volta-se “à atuação da lei para passar a ser um instrumento preocupado com a proteção dos direitos, na medida em que o juiz, no Estado constitucional, além de atribuir significado ao caso concreto, compreende a lei na dimensão nos direitos fundamentais”.

A instrumentalidade foi amplamente estudada pelo jurista Cândido Rangel Dinamarco na obra “A instrumentalidade do processo”<sup>22</sup>, na qual

---

<sup>18</sup>A respeito, lecionam os autores: “[...] ‘essa terceira onda’ de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputar nas sociedades modernas. Nós os denominamos ‘o enfoque do acesso à justiça’ por sua abrangência. Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso.” Id. p. 69.

<sup>19</sup>Sobre o tema: Ibid. p. 75-159.

<sup>20</sup>DINAMARCO, Cândido Rangel. Op.cit. p. 178.

<sup>21</sup>MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo*. Vol. I. 2ª ed. São Paulo: RT, 2007. p.415.

<sup>22</sup>Para o autor, a ideia da obra é “a da justiça, da pacificação, da liberdade e da participação democrática através dessa instrumentação que a técnica do direito põe à disposição dos indivíduos e agentes do poder”. In DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p.359.

se pode observar que não mais prepondera o interesse de se discutir os temas já sedimentados na seara processual, tais como conceitos e autonomia em relação ao direito material, mas sim o processo enquanto instrumento, com importante tarefa perante a sociedade<sup>23</sup>. Todavia, a instrumentalidade não é ponto pacífico na doutrina brasileira, José Joaquim Calmon de Passos critica veementemente o uso da expressão<sup>24</sup>. Dinamarco defende a instrumentalidade do processo arguindo que:

A santa cruzada que o Prof. Calmon de Passos enceta contra a instrumentalidade é fruto de sua notória desconfiança no Poder Judiciário brasileiro, a quem atribui imensa irresponsabilidade e o mais elevado grau de falta de confiabilidade. Emprega locuções fortes, como a ‘viscosidade da decantada instrumentalidade transformada em arma na mão de sicários’; fala dos ‘frutos perversos, ou peçonhentos’ gerados por ela e diz que em nome das instrumentalidade ‘hipertrofiam o papel do juiz’. Mas, ao contrapor instrumentalidade e devido processo legal, o grande Mestre baiano parece não compreender a grande e nobre mensagem contida na obra dos instrumentalistas do processo civil, que, longe de propugnar por um processo sem regras, querem um processo de feição humana, com o juiz atuando com sua sensibilidade para o valor do justo. Erros do juiz comportam corretivos pela via dos recursos e graças à estrutura do Poder Judiciário em graus diferenciados! (DINAMARCO, p.380)

O preciosismo do saudoso jurista não se sobrepõe à atual fase do processo civil porquanto lhe subsiste sua razão, já citada, o processo enquanto

---

<sup>23</sup>Id. p. 359.

<sup>24</sup>Assevera que: “[...] o direito material é apenas linguagem e a materialização dessa linguagem se dará, precisamente, pelo processo [...] Processo é algo que tem a ver com o produto. Procedimento é apenas o conjunto de operações que, em tese, são recomendados para se lograr esse produto. Ele é tão neutro e impotente quanto a seringa. O produto que se vai introduzir no corpo do doente (sentença de mérito transitada em julgado) dependerá do operador ou dos operadores, não do instrumento, um pobre coitado impotente. [...] A instrumentalidade inexistente, porque o processo de produção do direito, seja o legislativo-constitucional, seja o infraconstitucional, ou o administrativo, o negocial ou o jurisdicional não são seringas, instrumentos, sim o meio único possível de ‘produzir direito’, enunciando-o cada qual em seu nível de abrangência. Pior a efetividade que nem é valor, é apenas uma qualidade de algo que se deseja ver capaz de produzir efeitos, vale dizer, interferir na dura Natureza. Então a efetividade é moralmente neutra, cega e indiferente ao justo e ao injusto, ao lícito e ao ilícito, ao útil ou ao nocivo etc.” PASSOS, J.J. Calmom de. Considerações de um Cético sobre as novas tendências do moderno processo civil brasileiro. In: Delfino, Lúcio et al. (coord). *Tendências do moderno processo civil brasileiro: aspectos individuais e coletivos das tutelas preventivas e ressarcitórias*. Estudos em homenagem ao jurista Ronaldo Cunha Campos. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 387-388.

meio de consecução dos direitos tutelados. Kazuo Watanabe<sup>25</sup> faz salutar apanhado sobre o tema, asseverando que

Do conceptualismo e das abstrações dogmáticas que caracterizam a ciência processual e que lhe deram foros de ciência autônoma, partem hoje os processualistas para a busca de um instrumentalismo mais efetivo do processo, dentro de uma ótica mais abrangente e mais penetrante sobre toda a problemática sócio-jurídica. Não se trata de negar os resultados alcançados pela ciência processual até esta data. O que se pretende é fazer dessas conquistas doutrinárias um sólido patamar para, com uma visão crítica e mais ampliada da utilidade do processo, proceder ao melhor estudo dos institutos processuais – prestigiando ou reformulando institutos tradicionais, ou concebendo institutos novos – sempre com a preocupação de fazer com que o processo tenha plena e total aderência à realidade sócio-jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação que é a de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos. (WATANABE, pp.20-21)

A substancialidade da instrumentalidade referida por Kazuo Watanabe também é percebida por Cândido Rangel Dinamarco, incisivo em defender que a “instrumentalidade do processo, como método, não exaure a sua missão se não for capaz de efetivamente conduzir ao aperfeiçoamento do sistema, na sua vivência cotidiana”<sup>26</sup>.

Cumprir registrar, por fim, que a instrumentalidade é a lente pela qual os estudiosos da ciência processual desenham um processo atento à proteção e realização dos direitos tutelados (dentre os quais o direito ao acesso à justiça, de ação). Neste contexto surge a efetividade como sucedâneo lógico da instrumentalidade.

## 5. EFETIVIDADE, EFICIÊNCIA E EFICÁCIA

A efetividade é de melhor compreensão no mundo das ideias do que de expressão no mundo fático. É ao mesmo tempo princípio (constitucionalmente tutelado) e fim, direito, garantia e enfoque metodológico-teológico e se torna verdadeiro ideal almejado pelo estado de direito; resultado da

---

<sup>25</sup>WATANABE, Kazuo. *Da Cognição do Processo Civil*. 2º ed. Campinas: Bookseller, 2000. pp. 20-2.

<sup>26</sup>DINAMARCO, op.cit., p. 379.

construção da ciência processual. Bem por isso não se possa traçar definitivos conceitos, depondo contra a evolução do tema.

A efetividade da prestação jurisdicional encontra força no artigo 5º, inciso LXXVIII, da CF/88<sup>27</sup>, o qual consagra os princípios da razoabilidade, da celeridade e dos meios para sua consecução. A ponderação destes novos traços de direito processual civil com as demais garantias constitucionalmente previstas não dispensa o estudo e razoabilidade na edição, interpretação e aplicação das normas constitucionais e infraconstitucionais correspondentes.

Logo, para que haja tutela jurisdicional efetiva é necessária adequação dos meios disponíveis e tempestividade, consubstanciada na razoável duração do processo. A prestação jurisdicional demanda (razoável) tempo, próprio aos atos essenciais ao andamento do processo e ao atendimento aos princípios do devido processo legal e do contraditório, porém tal lapso não pode ensejar o perecimento do direito<sup>28</sup>. Não se prescinde, também, de consonância com princípio da segurança, dada sua relevância para o ordenamento jurídico<sup>29</sup>.

Comumente as expressões eficiência, eficácia e efetividade são utilizadas como sinônimas, contudo, ainda que apresentem significados

---

<sup>27</sup>“LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

<sup>28</sup>Assim depõe Ovídio Baptista da Silva: “Se o tempo tem inegável relevância para o direito em geral, sua importância para o processo é ainda mais fundamental, pois, como já dissemos, a própria idéia de processo implica, necessariamente, uma atividade temporal, que há de realizar-se através de uma cadeia de atos singulares, com alguma duração. [...] É necessário, porém, observar que processo demorado não é sinônimo de justiça mais perfeita nem fórmula capaz de assegurar essa ilusória busca da verdade material. Ao contrário, o normal é que os processos que se eternizem, buscando uma verdade inatingível, acabem gerando insegurança, angústia e desilusão para as partes.”. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil – Processo de Conhecimento*. Vol. I. 7ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. pp. 191-192.

<sup>29</sup>Confira-se: “A segurança jurídica, ainda que mereça a qualificação de elemento natural e necessário do Estado democrático, não escapa à relatividade inerente à sistemática dos princípios de direito. [...] Enquanto a segurança conduz à paz, a justiça induz à guerra. [...] O mundo do Direito, portanto, não é o da Justiça (em seu feito absoluto). É o da segurança. Sem justiça alguma o Direito – é verdade – encontrará dificuldades para manter seu projeto de pacificação social. Sem segurança, porém, o Direito simplesmente não existe. [...] O que não pode é recorrer a valores imprecisos e inalcançáveis em sua essência absoluta pela razão, para destruir aquilo de concreto e efetivo que o direito pode e deve construir: a segurança jurídica. A justiça pode e deve estar, de alguma forma, presente na ordem jurídica. O que não se admite é que sirva de instrumento para negá-la, recusando-lhe a força pacificadora de que não pode prescindir para cumprir sua função no Estado de direito democrático.”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança. In: CALDEIRA, Adriano; FREIRA, Rodrigo da Cunha Lima (Orgs). *Terceira Etapa da Reforma do Código de Processo Civil*. Salvador: JusPODVM, 2007. Passim.

similares, exprimem características e remetem às circunstâncias diversas eventualmente atribuídas a algo ou alguém.

Idalberto Chiavenato<sup>30</sup> desmistifica o tema:

(...) eficácia é uma medida normativa do alcance dos resultados, enquanto eficiência é uma medida normativa da utilização dos recursos nesse processo. (...) A eficiência é uma relação entre custos e benefícios. Assim, a eficiência está voltada para a melhor maneira pela qual as coisas devem ser feitas ou executadas (métodos), a fim de que os recursos sejam aplicados da forma mais racional possível (...) (CHIAVENATO, pp. 67-76)

Tais termos não remetem a outros contornos na esfera jurídica. A eficiência é vista como utilização adequada dos meios disponíveis à consecução de um fim. Eficiente é, portanto, característica de algo ou alguém que realize os atos necessários a determinado fim de maneira satisfatória, robusta. A eficiência se preocupa com o meio, o método utilizado, a forma pela qual se busca um resultado. É apenas “fazer do modo certo”.

Doutro lado, a eficácia, em direito, é compreendida como a aptidão da norma para gerar efeitos no mundo jurídico. Outro sentido, que não se desvirtua dos já esposados, é percebido pelo ministro Teori Albino Zavascki<sup>31</sup>:

O que designa a aptidão da norma jurídica para produzir efeitos na realidade social, ou seja, para produzir, concretamente, condutas sociais compatíveis com as determinações ou os valores consagrados no preceito normativo. (...) é o fenômeno que se passa, não no plano puramente formal, mas no mundo dos fatos e por isso mesmo é denominado eficácia social ou efetividade. (...) A norma será tanto mais eficaz quanto maior for a aproximação e a atração que o plano da normatividade puder exercer sobre o plano da realidade. (ZAVASKI, 1994)

Em que pese o eminente ministro entender eficácia como sinônimo de efetividade, ressaltou a importância do fim, do resultado pretendido,

---

<sup>30</sup>CHIAVENATO, Idalberto. *Recursos humanos na Empresa*: pessoas, organizações e sistemas. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1994. pp. 67-76.

<sup>31</sup>ZAVASKI, Teori Albino. Eficácia social da prestação jurisdicional. *Revista de Informação Legislativa*, v. 31, n. 122, p. 291-296, abr./jun.1994. Passim.

aqui aplicável não só norma, mas também ao processo e à atividade jurisdicional.

Sendo a eficiência vinculada ao fazer, ao melhor meio e a eficácia adstrita ao fim, à concretização do resultado, não é errado afirmar que ambas não são atreladas, esta não é consequência lógica daquela. Se não vejamos: por mais que os materiais sejam adequados, os métodos satisfatórios e os atores da atividade competentes, é possível que o fim almejado não se perfectibilize, por circunstâncias alheias à tarefa realizada. Isso ocorre porque em qualquer atividade proposta sempre haverá circunstâncias divorciadas do processo necessário e de sua consecução. O próprio objeto pode colaborar para o resultado, sem que os meios sejam capazes de interferir.

O respeito aos princípios e regras constitucionais e processuais são fortes a impor a eficiência do processo, ou seja, que este instrumento posto à disposição da jurisdição, tal como posto, possa ensejar um resultado esperado pelo direito. A eficácia, por sua vez, importa na melhor solução do caso concreto à luz da vontade do direito, da justiça.

A efetividade, portanto, é a necessária soma de ambas, eficiência e eficácia. Decorre, tanto por tanto, da melhor utilização dos meios processuais disponíveis com resultado em consonância com as normas de direito pertinentes. Neste sentido:

O direito fundamental à efetividade do processo – que denomina também, genericamente, direito de acesso à justiça ou direito à ordem jurídica justa – compreende, em suma, não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas também e principalmente o de obter, em prazo adequado, uma decisão justa e com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos. (ZAVASCKI, *idem*)

Não obstante a necessidade didática e epistemológica de distinção entre efetividade, eficácia e eficiência, e ainda que alguns confundam os termos e seus aspectos, não é errôneo imputar à efetividade da prestação jurisdicional os elementos diretamente correlatos à eficiência ou à eficácia, pois estas são essenciais à conformação do

real significado daquela<sup>32</sup>.

Assim, deve-se buscar uma prestação jurisdicional não somente eficiente, porque não garante os resultados necessários à sua finalidade, ou eficaz, por não assegurar o perfeito respeito e aplicabilidade das normas atinentes, mas sim efetiva, pois comporta ambos os predicados, haja vista que o acesso à justiça, ou à ordem jurídica justa, anseia para que o meio (jurisdição, cujo instrumento é o processo) atinja seus precípuos fins em estrito respeito às normas e princípios inerentes à sociedade e ao ordenamento jurídico.

A efetividade da prestação jurisdicional depende, então, dentre outros fatores, da eficiência e da eficácia do processo, as quais poderão ser percebidas no mundo do direito se dotado de instrumentos pautados na reclamada celeridade e justiça na resposta processual, bem como nos princípios norteadores do direito e regras de direito material aplicáveis ao caso concreto.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A última onda renovatória de Cappelletti e Garth, do enfoque ao acesso à justiça, fortemente caracterizada pelo caráter instrumentalista do processo e a evolução dos direitos e garantias fundamentais deu azo à formação de uma nova perspectiva da ciência processual, que determina um novo conceito de “justiça”, impondo não somente uma decisão justa, mas também adequada e tempestiva.

A partir de então, a prestação jurisdicional só é efetiva ao utilizar adequadamente os meios ao seu dispor e alcançar os fins pretendidos, consoante às normas de direito. A efetividade perpassa, pois, pelo meio e pelo resultado, forma e conteúdo, pela eficiência e pela eficácia, aquela marcada como característica de meio ágil, atento aos preceitos constitucionais, e essa entendida como aptidão para atingir o resultado proposto.

---

<sup>32</sup>Luiz Guilherme Marinoni bem define a indispensabilidade da eficiência processual para a efetividade da prestação jurisdicional: “[...] a técnica processual assume grande relevo, uma vez que para a efetiva tutela jurisdicional dos direitos é imprescindível o correto manejo das técnicas da cognição, da antecipação e da atuação dos direitos.” In: MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela na reforma do processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Editora Método, 1996. p. 20.

Neste cenário, cabe aos estudiosos e operadores do direito voltar seus esforços na conformação de meios para que a prestação jurisdicional seja efetiva e atenda aos anseios da sociedade.

## REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/\\_ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/_ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 25 ago. 2011.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.
- CHIAVENATO, Idalberto. *Recursos humanos na Empresa: pessoas, organizações e sistemas*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- KELSEN, Hans. *O que é Justiça?* Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo*. Vol. I. 2ª ed. São Paulo: RT, 2007.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela na reforma do processo civil*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Método, 1996.
- NETO, José Mário Wanderley Gomes; PORTO, Júlia Pinto Ferreira. Análise sociojurídica do acesso à justiça: as implicações no pluralismo do acesso à ordem jurídica justa. In: NETO, José Mário Wanderley Gomes (Coord). *Dimensões do Acesso à Justiça*. Salvador: JusPODIUM. 2008.
- PASSOS, J.J. Calmom de. Considerações de um Cético sobre as novas tendências do moderno processo civil brasileiro. In: delfino, Lúcio et al. (coord). *Tendências do moderno processo civil brasileiro: aspectos individuais e*

coletivos das tutelas preventivas e ressarcitórias. Estudos em homenagem ao jurista Ronaldo Cunha Campos. Belo Horizonte: Fórum, 2008. pp.387-388.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil – Processo de Conhecimento*. Vol. I. 7ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança. In: CALDEIRA, Adriano; FREIRA, Rodrigo da Cunha Lima (Orgs). *Terceira Etapa da Reforma do Código de Processo Civil*. Salvador: JusPODVM, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia social da prestação jurisdicional. *Revista de Informação Legislativa*, v. 31, n. 122, p. 291-296, abr./jun.1994.

WATANABE, Kazuo. *Da Cognição do Processo Civil*. 2º ed. Campinas: Bookseller, 2000.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. RT, SP, p. 128-135, 1988. p. 128. In: BASTOS, Cristiano de Melo. *Acesso à Ordem Jurídica Justa*. Editora Magister - Porto Alegre - RS. Publicado em: 15 mar. 2010. Disponível em: <[http://www.editoramagister.com/doutrina\\_ler.php?id=682](http://www.editoramagister.com/doutrina_ler.php?id=682)>. Acesso em: 04 set. 2011.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1998.

---

**MICHELE BONETTO  
DANIELEWICZ SANTOS**

Bacharel em Direito pelo Centro  
Universitário Curitiba. Pós-graduada  
em Direito Aplicado pela Escola da  
Magistratura do Paraná.

# O princípio da legalidade no âmbito das sanções aplicadas pelo Bacen

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo visa tratar das questões pertinentes à aplicação do princípio da legalidade relacionada às sanções impostas pelo Banco Central do Brasil. O princípio da legalidade versa que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa se não em virtude de lei. O trabalho faz alguns apontamentos sobre norma em branco, sujeição geral e sujeição especial; levanta como questão principal a observância do princípio da legalidade na edição das normas e regulamentos elaborados pelo Banco Central do Brasil e as sanções por ele aplicadas.

Sobre o tema, é importante esclarecer a que espécie de sujeição está se tratando, para verificar se há a possibilidade de haver a mitigação do princípio, como é o caso de uma relação de sujeição especial ou se está diante de uma relação de sujeição geral, onde não se pode admitir que o princípio seja desrespeitado.

## 2. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Os princípios inerentes da administração pública, assim como em todos os ramos do direito, servem para nortear, fundamentar e condicionar a estrutura de seus seguimentos e de suas normas, conforme leciona José Cretela Júnior<sup>1</sup>: “Princípios de uma ciência são as posições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas subsequentes. Princípios, neste sentido, são os alicerces da ciência”.

É certo que em nosso modelo de Estado (Estado Social Democrático de Direitos), toda atividade estatal, e especialmente a Administração Pública, estão diretamente vinculadas ao princípio da legalidade. Entre os diversos princípios contidos na base da administração pública (princípio da supremacia do interesse público sobre os particulares, da impessoalidade, da moralidade administrativa, da publicidade, da eficiência, entre outros), o princípio da legalidade constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais<sup>2</sup>.

A Constituição da República prevê este tema em dois momentos es-

---

<sup>1</sup>CRETELA JÚNIOR, José. *Tratado de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 1996. p.97.

<sup>2</sup>DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo, 2009. p.63.

pecíficos. Primeiro, de maneira genérica, dirigida a todos, diz que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa se não em virtude de lei (art. 5º, II)” e, assim, é o principal garantidor de que “a ninguém será imposta uma obrigação (de fazer ou de não fazer) sem prévia cominação legal – a atuação estatal, qualquer que seja, ficará circunscrita às possibilidades legalmente constituídas”<sup>3</sup>. O princípio da legalidade abarca o respeito e a obediência às normas constitucionais, observadas as competências decisórias acerca do controle de constitucionalidade das leis<sup>4</sup>.

E em segundo momento, em seu art. 37, *caput*<sup>5</sup>, onde aponta à Administração Pública, limites aos Poderes Públicos<sup>6</sup>. Significa que a administração pública está diretamente subordinada à lei e deve ser desenvolvida conforme a forma, limites e fins indicados pela legislação. E aqui cabe ressaltar que há uma “grande diferença entre as relações jurídicas de direito público e as relações jurídicas de direito privado. Os particulares agem com ampla liberdade, mas são desprovidos de poderes e prerrogativas”<sup>7</sup>, já a administração pública possui poderes, mas não tem liberdade, pois a ela cabe seguir o que a lei determina.

Segundo Helly Lopes Meireles<sup>8</sup>

“a legalidade, como princípio da administração, significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido de expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.” (MEIRELES, p.60)

Nesse mesmo sentido temos Maria Sylvia Zanela Di Pietro<sup>9</sup>: “É aqui que melhor se enquadra aquela ideia que, na relação administrativa,

---

<sup>3</sup>FERREIRA, Daniel. *Sanções administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001. p.35.

<sup>4</sup>OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais. p.204.

<sup>5</sup>Art. 37, *caput*, “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, (...)”

<sup>6</sup>OSÓRIO. Op. cit., p. 203.

<sup>7</sup>FERRAZ e DALLARI. Op. Cit., p.55.

<sup>8</sup>MEIRELES, Helly Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p.60.

<sup>9</sup>DI PIETRO. Op. cit., p.64.

a vontade da Administração Pública é a que decorre da lei. Segundo o princípio da legalidade, a administração pública só pode fazer o que a lei permite”.

Sendo assim, a Administração Pública deve atuar nos termos pré-definidos em lei. Obediente às normas e comandos por ela impostas, ela atua somente onde a lei autoriza.

É necessária a autorização do legislador para que possa agir, não basta apenas uma não autorização<sup>10</sup>. “Inadmitte-se fuga ao princípio da legalidade. Qualquer que seja o tipo infracional previsto na norma regulamentar sem autorização de lei, será ilegal, mesmo ocorrendo com a sanção imposta”<sup>11</sup>.

A sanção é a consequência do ilícito, é um efeito de dada conduta, estipulada pelo ordenamento normativo. Assim, o mínimo que se espera é que a lei garanta, tanto na causa quanto na consequência, a segurança necessária aos indivíduos do Estado. Por isso, ela deverá estipular as condutas e suas consequentes sanções<sup>12</sup>.

Não se pode utilizar o decreto regulamentar ou executivo para restringir as liberdades previstas no ordenamento jurídico.

a clareza meridiana do dispositivo explica a idéia basilar do Estado de Direito. Seu precípua – conatural às conquistas políticas que se substanciam no Estado Moderno é precisamente o de impedir que o executivo possa estabelecer, por ato seu, restrições a liberdade e a propriedade dos indivíduos. (OLIVEIRA, p.60)

Assim, fica claro que o Poder Executivo deve abster-se por ato próprio restringir a liberdade dos indivíduos.

### 3. SUJEIÇÃO GERAL E ESPECIAL

Quando se fala em princípio da legalidade no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, tanto em relação às infrações, quanto às sanções

---

<sup>10</sup>VITTA, Heraldo Garcia. *A Sanção no Direito Administrativo*. São Paulo: Melhoramentos, 2009, p.71.

<sup>11</sup>OLIVEIRA, Regis Fernandes. *Infrações e sanções Administrativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.59.

<sup>12</sup>VITTA. op. cit. , p. 71.

por ele aplicadas, não poderia fugir dos limites impostos pelo princípio da legalidade. Porém, é de suma importância que se esclareça a aplicação do princípio da legalidade ante aos regimes de sujeição geral e especial. A obrigatoriedade das pessoas perante a Administração Pública pode ser de forma voluntária ou involuntária. Quando involuntária, a sujeição é geral e se dá por força de lei, e as infrações administrativas serão gerais. “Diferentemente, configuram infrações administrativas especiais as que se constituem em razão de um vínculo especial de sujeição, que pode ser voluntário (contratuais, disciplinares) ou involuntário.”<sup>13</sup> E ainda, conforme seja o regime de sujeição, pode haver mitigação do princípio da legalidade. “Daniel Ferreira entende possível a mitigação do princípio da legalidade nas relações de sujeição especial, nos casos em que há uma submissão espontânea dos particulares.”<sup>14</sup>

O estado de sujeição leva a que o particular tenha diminuída ou estancada sua liberdade, considerando-se a necessária vinculação a que está submetido. Há sujeição do réu à sentença do juiz, ao preceito de uma lei, ou de um ato, ao contrato, ao julgado. (...) no Direito Administrativo, deve-se verificar a *intensidade do liame* que liga o particular à Administração Pública. Apenas nos casos cuja ligação se dá *intimamente* à ordem administrativa, teremos mitigação do princípio da legalidade. (VITTA, op.cit., p.78)

Em se tratando de sujeição geral é imprescindível que esteja estipulado em lei a infração e sua respectiva sanção<sup>15</sup>. Já quando se tratar de sujeição especial não seria necessário uma tipificação legal, nas palavras de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello:

não se pode aplicar sanção aos particulares, em geral, sem previsão legal; ao contrario, independem dela as impostas aos servidores públicos, sejam agentes públicos integrados na organização administrativa, sejam particulares colaborando com a Administração Pública, nos termos legais, como delegados ou prestacionistas de serviços. (BANDEIRA DE MELLO)

---

<sup>13</sup>FERREIRA, Daniel. *Teoria Geral da Infração Administrativa*. São Paulo: Forum, 2009, p.199.

<sup>14</sup>VITTA. Op.cit., p.77.

<sup>15</sup>FERREIRA. Op.cit., p. 94.

Sendo regime de sujeição geral devem estar previamente definidas em lei as infrações e sanções a que todos estão sujeitos, pois conforme Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>16</sup>, “a plena submissão à lei é um traço basilar do Estado de Direito. (...) Com efeito, a relação entre a atividade administrativa e a lei é uma relação de subordinação, a qual se manifesta quer em sentido negativo, quer em sentido positivo”.

Já nos casos de sujeição especial não estaria o administrador vinculado a prévia definição legal das infrações e sanções. Ou seja,

onde houver cogente submissão do particular à administração Pública – por decorrência de lei ou sentença judicial, nos regimes de sujeição geral ou especial – far-se-á mister lei formal tipificando infrações e cominando sanções. Diversamente, nas situações de assunção voluntária (ou não juridicamente obrigatória) de deveres haverá um espaço maior para estipulação de ilícitos, desde que genericamente previstos em lei. (FERREIRA, op.cit., p.97)

Considerando que no âmbito do Sistema Financeiro Nacional seja regime de sujeição geral, poderia o Banco Central do Brasil e o Conselho Monetário Nacional disciplinar as condutas e penalidades por meio de atos infralegais?

A Lei 4595/64, que dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias e Cria o Conselho Monetário Nacional, em seu art. 44 cria uma questão conflitante em relação ao princípio da legalidade. Segundo ao *caput* desse artigo, estão sujeitos às penalidades por ela impostas apenas as infrações previstas nesta lei. Isso leva ao entendimento que normas ou regulamentos expedidos pelo Banco Central do Brasil e Conselho Monetário Nacional, tendo como possíveis sanções as previstas no art. 44 da Lei 4595/64, devem ser interpretadas restritivamente, principalmente por se tratar de norma punitiva, pois só estarão sujeitas a estas sanções as penalidades previstas nos dispositivos desta lei. Como bem salientou o min. José Delgado, relator do acórdão<sup>17</sup>:

<sup>16</sup>MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Grandes temas de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2009. p.57.

<sup>17</sup>REsp 438.132/RS, rel. ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 09/12/2003, DJ 15/03/2004 p.155.

A Lei 4595/64 é de natureza complexa, porquanto compreende normas para diversos fins. Dentre esses, os de caráter financeiro, administrativo e penal. 5. As normas de natureza penal, de modo geral, são aquelas constantes do Capítulo V, da lei em comento, devendo, por consequência, ser interpretadas de acordo com os princípios que regulam tal matéria. 6. Figurando o art. 44, da respectiva lei, como norma punitiva, mister que seja interpretado restritivamente. 7. O BACEN, ao expedir resoluções e circulares, criou normas de conduta dirigidas aos administrados, sem, no entanto, poder sujeitar os descumprimentos dessas normas às penalidades do art. 44, da Lei 4595/64, face à própria redação do preceito legal que exige infringência aos “dispositivos desta lei”. (2003)

Logo, interpretando de maneira restritiva e atendendo ao princípio da legalidade, não devem ser aplicadas as sanções do art. 44 da Lei 4595/64 de maneira análoga. Contudo, é comum no direito brasileiro que decreto regulamentar crie novas obrigações, institua penalidades, preveja nova hipótese de exclusão de infração, com o pretexto de disciplinar a aplicação da lei, e muitas vezes, faz uma extensão ao que a lei pretende disciplinar.<sup>18</sup>

Existem alguns limites para que se possa atribuir sanções administrativas às condutas ilícitas praticadas pelos particulares. O Direito deve proporcionar o máximo de segurança às pessoas, quando o princípio da legalidade não estiver sendo respeitado, meios adequados devem ser impostos para conter os excessos do administrador.<sup>19</sup> Ou seja,

Onde houver cogente “submissão” do particular à Administração Pública somente poderá lei formal prever as infrações e cominar as respectivas sanções. De modo diverso, nas situações de assunção voluntária (ou não-juridicamente obrigatória) de deveres a lei deverá, ainda que genericamente, estipular os ilícitos, bem como indicar as sanções imponíveis. Nessas duas hipóteses competirá à Administração Pública, ou quem lhe faça as vezes, quando necessário – para fins de minimizar a discricionariedade (da lei decorrente) e garantir tratamento isonômico a todos -, editar regulamentos e demais atos normativos infralegais para fins de regular sua aplicação. (FERREIRA, op.cit., p.100)

---

<sup>18</sup>OLIVEIRA. Op.cit., p.56.

<sup>19</sup>VITTA. Op.cit., p.81.

Outra questão relevante acerca da interpretação da referida norma é que por se tratar de matéria administrativa não está sujeita a reserva de lei federal, como é o caso das sanções penais:

Consoante as competências próprias, municípios, Estados e União podem legislar bem matéria de sanções administrativas, inclusive criando e regrando os respectivos procedimentos sancionadores. Vigora, aqui, uma ideia de descentralização legislativa. Nenhum poder se concentra na União, visto que aos demais Entes federados se admitem competências legislativas em matéria de Direito Administrativo Sancionador. (OSORIO, op.cit., p.25)

Celso Antônio Bandeira de Mello analisa esta questão e diferencia a delegação do poder de legislar e a competência regulamentar.

Na discricionariedade, a dicção legal enuncia pressupostos cuja apuração fática ou concreta, a cargo da Administração, comporta algum teor de subjetivismo ineliminável. Em tal caso, o regulamento pode ditar critérios, vale dizer, estabelecer as pautas que orientam, no interior daquela esfera irredutível à objetividade total, a apreciação a ser efetuada por órgãos e agentes administrativos. (BANDEIRA DE MELLO *apud* FERREIRA, p.99)

#### 4. NORMA EM BRANCO

Ao estudar as questões relacionadas à aplicação do princípio da legalidade no âmbito das sanções aplicadas pelo Banco Central do Brasil suscitam outras discussões, tais como as relacionadas à norma em branco. “Admite-se a norma infracional em branco, cujo conteúdo é preenchível pela Administração Pública. Pode ocorrer que a lei possibilite à autoridade administrativa estabelecer determinada ordem cuja violação já vem sancionada em lei.”<sup>20</sup>

Damásio de Jesus<sup>21</sup> conceitua a norma penal em branco como sendo:

Depende, pois, a exigibilidade da norma penal em branco (ou “cega” ou “aberta”), ou de complementos de outras normas jurídicas ou da

---

<sup>20</sup>OLIVEIRA. Op.cit., p.58.

<sup>21</sup>JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal 3 Volume*. São Paulo: Editora Saraiva 1990. p.18.

futura expedição de certos atos administrativos (regulamentos, portarias, editais). A sanção é disposta á transgressão (desobediência ou inobservância) de uma norma (legal ou administrativa) a emitir-se no futuro. (JESUS, p.18)

É aquela que faz previsão da sanção (preceito secundário), mas necessita de complemento quanto à descrição da conduta, o que fica a cargo de outra norma. Em contrapartida, a norma penal incompleta traz a descrição fática (preceito primário), remetendo a outro texto legal determinando a sanção.

Sendo assim pode ocorrer que a lei possibilite à autoridade administrativa estabelecer determinada ordem cuja violação já vem sancionada em lei.<sup>22</sup>

Em algumas situações o magistrado ao se deparar com o art. 44 da Lei 4595/64, interpretou-a como norma em branco, portanto passível de regulamentação por parte da administração pública com a finalidade de criar figuras típicas para as devidas sanções.

Contudo, no direito penal, entende-se por norma em branco aquela que necessita de um complemento de outra norma jurídica, para que possam ser aplicadas ao fato concreto, por se tratarem de normas abertas, incompletas. Nas palavras de Cezar Roberto Bittencourt<sup>23</sup> norma penal em branco “são as de conteúdo incompleto, vago, lacunoso, que necessitam ser complementadas por outras normas jurídicas, geralmente de natureza extrapenal”. Logo, “na lei penal em branco, o comportamento prescrito vem apenas enunciando ou indicando, sendo a parte integradora elemento indispensável à conformação da tipicidade penal. Mas a consequência jurídica aplicável encontra-se regularmente prevista”.<sup>24</sup>

Portanto, deve-se concluir, com base nos conceitos acima citados que o art. 44 da Lei 4595/64, não se encaixa na descrição de uma norma em branco. O referido artigo, afirma expressamente quais são as infração abarcadas pela lei, a quem é destinada e quais serão as sanções aplicadas para cada tipo de infração, não necessitando de qualquer complemento

---

<sup>22</sup>OLIVEIRA. Op.cit., p.58.

<sup>23</sup>BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal, parte geral*. São Paulo:Saraiva, 2002, p. 11.

<sup>24</sup>PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2004, p.182.

para sua aplicação. Sendo assim, não se mostra possível aplicação analógica das sanções previstas nesta lei, a outros tipos de infrações, pois como já foi visto não se podem aplicar sanções sem prévia lei que as defina. Diz o artigo 44:

Art. 44. As infrações aos dispositivos desta lei sujeitam as instituições financeiras, seus diretores, membros de conselhos administrativos, fiscais e semelhantes, e gerentes, às seguintes penalidades, sem prejuízo de outras estabelecidas na legislação vigente: (...)

Ainda, “convém salientar que o uso dessa técnica legislativa pode ensejar, em certos casos, ofensa ao art. 5º, XXXIX, CF”. Então, a previsão imperativa, negativa ou positiva, deve estabelecer margens para sua integração por outro dispositivo legal. “Isso porque o caráter delitivo da ação ou omissão só pode ser delimitado pelo poder competente (Poder Legislativo), em razão da absoluta reserva de lei exigida pela matéria, sob pena de inconstitucionalidade”<sup>25</sup>.

A respeito do tema, o voto da ministra Eliana Calmon<sup>26</sup> esclarece:

Equivoca-se o Juízo monocrático ao analisar este ponto da questão.

A norma prevista no caput do artigo 44 da Lei supracitada não se trata de norma em branco, que autorize a edição de regulamentação pela administração para criar figuras típicas.

Segundo as noções de direito penal, as normas penais em branco são aquelas de conteúdo incompleto, vago, exigindo complementação por outra norma jurídica (lei, decreto, portaria, etc.) para que possam ser aplicadas ao fato concreto.

O preceito mencionado não exige qualquer complementação por norma infralegal. Na realidade, o Banco Central, ao expedir resoluções e circulares criou normas de conduta dirigida aos administrados, sem, contudo poder sujeitar a infração destas normas às sanções disciplinares previstas na Lei 4.595/65, porquanto só estejam sujeitos à sanção pecuniária supratranscrita aqueles que infringam ‘os dispositivos desta Lei’, na dicção do próprio artigo 44.

---

<sup>25</sup>PRADO, idem, p.182.

<sup>26</sup>REsp 324.181/RS, Rel. ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 08/04/2003, DJ 12/05/2003, p.250.

Destarte, não poderia a administração, por meio de Resolução, Decreto, Circular ou qualquer outro ato normativo estabelecer tipos. Os atos praticados pelo embargante ferem preceitos infralegais, mas não há qualquer vínculo legal que torne sua conduta típica, para o fim de imposição de sanção pecuniária. Se o fato é atípico não há que se falar em sanção. (2003)

Ainda, Marçal Justem Filho, ao tratar das sanções aplicáveis sob a luz da Lei 8666/93, esclarece sobre o tema que as sanções previstas no art. 87 não podem ser escolhidas facultativamente pela Administração Pública, nem mesmo como e quando aplicá-las. Assim agindo, estaria a afrontar diretamente o princípio da legalidade. Logo, para que as sanções sejam impostas é necessário que as condições específicas de imposição estejam explicitadas.<sup>27</sup>

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir dos apontamentos esclarecidos sobre o princípio da legalidade e as questões que o envolvem no âmbito da aplicação do art. 44 da Lei 4595/64 pelo Banco Central do Brasil, pode-se concluir primeiramente que não se trata de uma norma em branco e, por isso, o Banco Central do Brasil não é legítimo para aplicá-lo em outras relações jurídicas que não as previstas em Lei. A norma em branco é uma norma vazia, incompleta e que por si só não é capaz de produzir efeitos precisando sempre de um complemento.

O artigo 44 é completo, prevê para dada infração a devida sanção, e serão aplicadas para aquela lei. Ainda mais, considerando a relação do Banco Central do Brasil com os particulares, como de sujeição geral, não pode ele editar regulamentos ou normas que prevejam como sanção as previstas no artigo 44, pois assim estaria afrontando diretamente o princípio da legalidade, e como inúmeras vezes foi visto, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer se não em virtude de lei. Em um Estado Social Democrático de Direitos, não é possível admitir que ante uma questão como esta, onde se espera segurança jurídica, sobretudo por se tratar de sanções, que se mitigue a aplicação do princípio da legalidade.

---

<sup>27</sup>JUSTEM FILHO, *apud*, DANIEL FERREIRA, p.102.

Sobre o tema já decidiu o Tribunal Regional Federal da 2<sup>o</sup> Região<sup>28</sup>:

ADMINISTRATIVO. NULIDADE DE SANÇÃO APLICADA PELO BACEN, QUE DETERMINA A INABILITAÇÃO DOS DEMANDANTES PARA O EXERCÍCIO DE FUNÇÃO DE DIREÇÃO E GERÊNCIA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. ART. 44, § 4<sup>o</sup>, DA LEI N. 4.595/64. INTERPRETAÇÃO LITERAL. 1. O art. 44, caput, da Lei n<sup>o</sup> 4.595/64, dispõe, expressamente, que as penas previstas nesse dispositivo legal deverão ser aplicadas no caso específico de infração às normas previstas nesse mesmo Diploma legal. No processo administrativo, os Autores foram punidos, com a inabilitação, por cinco anos, para o exercício de função de administração e gerência em instituições fiscalizadas pelo BACEN (art. 44, § 4<sup>o</sup>, da Lei n<sup>o</sup> 4.595/64), em razão de supostas infrações a normas veiculadas na Resolução n<sup>o</sup> 1.559/98 e no art. 153 da Lei n<sup>o</sup> 6.404/76. 2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que as normas que disciplinam a aplicação de penas administrativas devem ser interpretadas de forma literal. Precedentes citados: STJ, REsp n<sup>o</sup> 507666/PR, TRF 1a R., AC n<sup>o</sup> 1999.01.0017023-2/GO. 3. A penalidade imposta aos Demandantes revela-se ilegítima, porque em desacordo com o art. 44, caput, da Lei n<sup>o</sup> 4.595/64. 4. Apelos e remessa oficial desprovidos. (2009)

Neste julgado há manifesto respeito ao princípio da legalidade ao julgar a penalidade aplicada pelo Banco Central do Brasil como ilegítima. Assim como já foi visto outras vezes, o Princípio da Legalidade é uma das maiores garantias dos administradores frente ao Poder Público. Ele representa integral subordinação do Poder Público à previsão legal, visto que os agentes da Administração Pública devem atuar sempre conforme a lei. Nas relações de Direito Privado é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, com base no Princípio da Autonomia da Vontade. Já com relação à Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza, isto está expresso no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal. Assim, o administrador público não pode, mediante mero ato administrativo, conceder direitos, estabelecer obrigações ou impor proibições aos cidadãos.<sup>29</sup>

<sup>28</sup>BRASIL, TRF (2. Região). APELREEX n.º 2004.50.01.012317-0. Rel Juiz Convocado Theophilo Miguel, Sétima Turma, Rio de Janeiro, j. 08/07/2009. Diário da Justiça da União: 29/07/2009, p. 46.

<sup>29</sup>BITTENCOURT, M. V. C. *Manual de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

## REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal*, parte geral. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BITTENCOURT, M. V. C. *Manual de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- CRETELA JÚNIOR, José. *Tratado de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 1996.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo, 2009.
- FERREIRA, Daniel. *Sanções Administrativas*. São Paulo: Malheiros, 2001. \_\_\_\_\_ . *Teoria Geral da Infração Administrativa*. São Paulo: Forum, 2009.
- JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal* vol.3. São Paulo: Editora Saraiva 1990.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MEIRELES, Helly Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2009.
- OSORIO, Fabio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes. *Infrações e sanções Administrativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- REsp 324.181/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 08/04/2003, DJ 12/05/2003 p. 250.
- REsp 438.132/RS, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 09/12/2003, DJ 15/03/2004 p. 155.
- VITTA, Heraldo Garcia. *A Sanção no Direito Administrativo*. São Paulo: Melhoramentos, 2009.



---

**ROBSON JOSÉ RAEDER**

Bacharel em Direito pela  
Universidade Católica de  
Petrópolis/RJ. Pós-graduado  
em Direito Aplicado pela Escola  
da Magistratura do Paraná.

A  
descriminalização  
na legislação  
antidrogas a  
partir da década  
de 1970

## 1. INTRODUÇÃO

Este artigo pretende analisar a evolução da descriminalização<sup>1</sup> nas leis antidrogas instituídas a partir da promulgação da Lei 5.726/71, que alterou o artigo 281 do Código Penal, com o intuito de demonstrar a contração da “punitividade” ao longo do tempo.

Se originalmente o sistema penal extraía da política criminal indicações para instrumentalização dos modelos repressivos, com as conclusões advindas da crítica criminológica no sentido de que este sistema atuava contra os postulados por ele mesmo declarados, foi definida mudança de rumo, sendo pautadas formas para contração da punitividade. Como consequência das pesquisas criminológicas, principalmente das estruturadas no paradigma da reação social, percebeu-se que a reação contra o delito conduzida pelas agências oficiais de punitividade caracteriza-se pela seletividade e pela desigualdade, gerando danos muitas vezes superiores aos do próprio delito praticado.<sup>2</sup>

Desta forma, entende-se que a atual Lei de Drogas é o desdobramento de uma política de criminalização das drogas que se estende desde as Ordenações Filipinas e que reflete o momento que a sociedade mundial atravessa, quando se fala no dilema entre punir adequadamente o traficante e tratar corretamente o viciado.

## 2. PERSPECTIVA HISTÓRICA

A criminalização do uso, porte e comércio de drogas no Brasil, conforme observa Salo de Carvalho<sup>3</sup>, tem seus primórdios registrados no Livro V, Título LXXXIX, das Ordenações Filipinas, acrescentando que “se o Código Penal Brasileiro do Império (1830) nada mencionava sobre a proibição do consumo ou comércio de entorpecentes, a criminalização será retomada na Codificação da República”. Nesse aspecto, destacam Vicente

---

<sup>1</sup>De acordo com Nilo Batista, “a ideia que se coloca, então, é a ideia de salvar da solução penal tudo aquilo que for possível. Diante de consequências tão funestas, a violação da lei, em si, nunca é apreciada de um prisma estritamente formalista; trata-se de saber não só como se deu esta violação, mas também qual lei foi violada. Nesse contexto, surge a ideia da descriminalização.” In: BATISTA, Nilo. Algumas palavras sobre descriminalização. In *Revista de Direito Penal*, nº 13, p. 29-40, Rio de Janeiro, janeiro-junho/1974, p.34.

<sup>2</sup>CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil*. 5 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.89.

<sup>3</sup>Id., pp.10-11.

Greco Filho e João Daniel Rasi<sup>4</sup> que “o Regulamento, de 29 de setembro de 1851, disciplinou-o ao tratar da polícia sanitária e da venda de substâncias medicinais e de medicamentos”.

Os estatutos repressivos que precederam a Lei 6.368/76<sup>5</sup> não diferiam substancialmente das condutas criminalizadas presentes na, então, nova lei. Salo de Carvalho<sup>6</sup> ressalta que a distinção se encontrava “na graduação das penas, cujo efeito reflexo” definiria o “modelo político-criminal configurador do estereótipo do *narcotraficante*”.

De fato, após atravessar todo o século XX ao sabor das exigências sociais de cada momento específico da história, a legislação brasileira sobre drogas chega aos primórdios do século XXI sob a forma que hoje é conhecida, isto é, apresenta uma face repressiva, fruto direto da Lei 6.368/76, que substituiu a reforma do Código Penal promovida pela Lei 5.726/71, e outra profilático-descriminalizadora, característica principal da Lei 10.409/02.<sup>7</sup>

### 3. A LEI 5.726/71 E AS MODIFICAÇÕES NO CÓDIGO PENAL

Em 29 outubro de 1971 foi promulgada a Lei 5.726, que alterou o artigo 281 do Código Penal, especificamente no tocante à fixação das penas. Com efeito, observa Tiago Abud da Fonseca<sup>8</sup>, esta lei inseriu uma nova forma de disciplinar a prevenção e a repressão do tráfico de entorpecentes com base na Lei de Segurança Nacional<sup>9</sup>, instituída pelo Decreto-Lei 314/67:

---

<sup>4</sup>GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *Lei de Drogas Anotada*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.1.

<sup>5</sup>Lei nº 5.726/71 que alterou a redação do art. 281 do Código Penal.

<sup>6</sup>CARVALHO. Op. cit., p.19.

<sup>7</sup>Ressalte-se que a breve vigência da Lei nº 10.409/02 não pode ser considerada exatamente um avanço no combate ao tráfico ilícito de entorpecentes, embora esteja inserida no percurso histórico das inovações des-criminalizatórias. Com efeito, o grande problema da questionada Lei estava no fato de que “o texto aprovado pelo Congresso Nacional, apesar de manter o caráter delitivo da conduta de porte para uso pessoal, optava pelo rito e pelas alternativas pré-processuais estabelecidas na lei que regula o procedimento nos delitos de menor potencialidade ofensiva (Lei 9.099/95) adotando explícitas medidas descarcerizantes.” In CARVALHO, Salo de. Op. Cit., p. 60.

<sup>8</sup>FONSECA, Tiago Abud da. *A repressão ao tráfico ilícito de entorpecentes como forma de controle social*. [Dissertação de Mestrado] Campos de Goytacazes/RJ: Faculdade de Direito de Campos, 2006, p. 77. Disponível em: <<http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Dissertacoes/Integra/TiagoAbudFonseca.pdf>>. Acesso em: 31 de jul. de 2011.

<sup>9</sup>“No ano de 1967, o Decreto-Lei de nº 314, o qual passou a vigorar em 13 de Março do referido ano; proporcionava a transformação da doutrina em lei, no tocante à Segurança Nacional, tendo sido, após o golpe Militar ocorrido em 1964, um fundamento do Estado.” Disponível em: <<http://www.historiabrasileira.com/brasil-republica/lei-de-seguranca-nacional/>>. Acesso em: 31 jul. 2011.

(...) com a consequência da criação de vários crimes de perigo abstrato e na tolerância a violação de direitos fundamentais e do devido processo legal. Este mesmo artigo 281 do estatuto repressivo é modificado em 04 de novembro de 1964 pela lei 4451 para acrescentar o núcleo do tipo plantar. Em 1964, quando no Brasil entra em vigor a Convenção Única sobre Entorpecentes, o país encampa a lista sobre entorpecentes aprovada na referida Convenção, por portaria, em 08 de maio de 1967. (FONSECA, 2011)

Assim, a nova redação do art. 281 do Código Penal passava a estabelecer a pena de 01 (um) a 06 (seis) anos de reclusão, juntamente com uma multa pecuniária que variava entre 50 (cinquenta) e 100 (cem) vezes o valor referente ao maior salário-mínimo vigente.

As alterações também se estendem aos tipos penais relativos à comercialização de drogas (§§1º ao 5º, do art. 281, do Código Penal), criando a figura do uso próprio (art. 281, §1º, III, do Código Penal), cuja pena era a mesma aplicada ao indivíduo que comercializava a droga (art. 281, *caput*, do Código Penal), ou seja, usuário e traficante passaram a ser punidos da mesma forma.

Observe-se ainda que a internação hospitalar tornava-se obrigatória para aqueles indivíduos declaradamente viciados, conforme a nova disposição dos artigos 9º a 12 do Código Penal.

Enfim, o aparato repressivo que inspirou a Lei 5.726/71, característico da política antidrogas daquela época, transferiu-se, ainda que de forma amenizada, para o diploma seguinte, a Lei 6.368/76, cuja promulgação se deu em 21 de outubro de 1976.

#### **4. AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI 6.368/76**

Promulgada durante o período em que a política de repressão ao tráfico de entorpecentes ainda se caracterizava por um viés mais repressivo do que profilático, o texto da Lei 6.368/76 teve como fundamento, nas palavras de Salo de Carvalho, o discurso ideológico do momento histórico em que o País estava inserido:

O discurso de formação do tipo *ideal militarizado* de repressão às drogas ilícitas no Brasil aparece como pano de fundo na construção normativa

da Lei 6.368/76. O estatuto repressivo deixa nítida a dicotomização entre usuário/dependente e traficante, aprimorando os instrumentos de distribuição formal dos estereótipos proporcionados pelos discursos médico-jurídico e jurídico-político.

Os binômios dependência-tratamento e tráfico-repressão permeiam a legislação e, apesar de aparecerem integrados no texto, sua conjugação é aparente, pois, na realidade operativa do sistema repressivo, criam dois estatutos proibitivos diferenciados, moldados conforme a lógica médico-psiquiátrica ou jurídico-política, disciplinando sanções e medidas autônomas aos sujeitos criminalizados. (CARVALHO, 23)

Além disso, atente-se para o fato de que esta mesma Lei revogou, ainda que não expressamente, o art. 281 do Código Penal<sup>10</sup> e, como ressalta Greco Filho<sup>11</sup>, embora considerados especiais, não seria cientificamente correto usar esta nomenclatura para os crimes tipificados no novo estatuto:

A partir da Lei 6.368, desapareceu o delito do art. 281 do Código Penal, passando as suas novas figuras a integrar a lei especial como crimes especiais. Tal modificação, sustentada por alguns juristas, a nosso ver, não encontra base científica segura, como dispõe, aliás, a Lei Complementar n. 95. Admite-se a criação de delito especial quando a circunstanciabilidade social e histórica recomenda a sua não-incorporação ao texto mais permanente, pelo menos na intenção, de um Código. (GRECO FILHO e RASSI, p.64)

Segundo Eneida Orbage de Britto<sup>12</sup>, apesar de nada inovar, o referido estatuto, ao prever um rol de crimes mais amplo do que aquele estabelecido anteriormente, procurava se harmonizar à legislação internacional:

---

<sup>10</sup>Cujo *caput* estabelecia, conforme redação da Lei nº 5.726/71: “Importar ou exportar, preparar, produzir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma, a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacôrdo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão, de 1 (um) a 6 anos e multa de 50 (cinquenta) a 100 (cem) vêzes o maior salário-mínimo vigente no País.”

<sup>11</sup>GRECO FILHO, Vicente e RASSI, João Daniel. *Lei de Drogas Anotada*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.64.

<sup>12</sup>TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. A despenalização e a descriminalização do art. 16 da Lei nº 6.368/76 frente à Lei nº 10.409/02. In: *Revista Jurídica Consulex*, Ano VI, nº 139, pp.16-17, Brasília, 31 de outubro de 2002, p.16.

A Lei 6.368 em perfeita sintonia com a Convenção Única sobre Entorpecentes previu não somente o crime de tráfico de entorpecentes, mas também os crimes de adquirir, guardar ou trazer consigo para uso próprio, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, a substância entorpecente. (Taquary, 2002)

Todavia, o conteúdo da Lei 6.368/76 adquiriu contornos de obsolescência após praticamente três décadas de vigência e algo mais precisava ser feito, pois simplesmente combater o consumo e o tráfico já não se adequava à nova conformação social que passou a ser estabelecida sob os contornos do Estado Democrático de Direito, enfim, na observação de Paula da Rosa Almeida<sup>13</sup>, esgotava-se o sistema proibicionista, um dos fundamentos da antiga lei:

Em verdade, para o sistema proibicionista tornava-se mais importante as drogas do que o motivo e as causas do seu consumo e dependência. Ao longo dos vinte e seis anos de vigência da lei acompanhou-se a modificação da visão proibicionista para uma política abolicionista, impulsionada pela falência da pena privativa de liberdade, relativamente aos delitos relacionados com o uso de entorpecentes. (ALMEIDA, 2003)

Destarte, o “amplo processo de descodificação do direito penal, ocorrido durante a década de 90, tornou absolutamente complexo o sistema brasileiro de controle de drogas ilícitas”<sup>14</sup>, ensejando a elaboração de um novo estatuto repressivo, que veio a se concretizar com a promulgação da Lei 10.409/02.

## 5. A FUGAZ EXPERIÊNCIA DA LEI 10.409/02

O momento sócio-histórico era outro e exigia uma nova legislação sobre as drogas, dando margem para a publicação da Lei 10.409/02, como resultado de estudos que se alongaram durante 11 anos no Congresso Nacional.

---

<sup>13</sup>ALMEIDA, Paula da Rosa. *A política criminal antidrogas no Brasil: tendência deslegitimadora do Direito Penal*. [2003]. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4486>>. Acesso em: 1 ago. 2011.

<sup>14</sup>GRECO FILHO, Vicente e RASSI, João Daniel. op.cit., pp.67-68.

A nova Lei de Drogas foi, assim, promulgada em 11 de janeiro, passando a vigorar a partir de 28 de fevereiro de 2002. O texto original foi objeto de muitos vetos<sup>15</sup>, com a redução de seus 59 artigos a textos vagos e contraditórios, afastando sua finalidade original e causando inúmeros problemas de interpretação.

Na verdade, a nova lei representou “o pior exemplo da produção desordenada e caótica do Poder Legislativo brasileiro, bem como a desorientação do Poder Executivo, que não vetou completamente o Projeto que a ela deu origem”<sup>16</sup> no momento apropriado. Ressalta Rômulo de Andrade Moreira<sup>17</sup> que

O veto alcançou cerca de 30% do texto integral. Em linhas gerais, vejam as razões dos vetos: “A inconstitucionalidade de artigos isolados do projeto, bem como o veto sugerido a todo o Capítulo III, que trata dos Crimes e das Penas, resulta na incapacidade de o sistema legal proposto substituir plenamente a Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976, que *Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências*. Além disso, o espírito do projeto é compatível com a Lei nº 6.368/76, que, embora carente de atualização, vem permitindo a sedimentação da jurisprudência ao longo de mais de duas décadas. O legislador, ciente dos avanços tecnológicos, da complexidade crescente da criminalidade, e da necessidade de tratamento jurídico diferenciado entre traficantes e usuários de droga, aprovou o projeto. Todavia, repita-se, a incompatibilidade de alguns dispositivos com a Constituição barrou alguns avanços. Por causa disso, estuda-se a elaboração de projeto de lei em regime de urgência para, sanados os vícios, alcançar à sociedade os aspectos positivos que o legislador sensivelmente expressou. Assim, o projeto soma-se à ordem legal já vigente. Apenas são derogadas as normas

---

<sup>15</sup>“A lei, que resultou da fusão de diversos projetos que tramitavam no Congresso Nacional, pretendia substituir a Lei nº 6.368/76, mas estava tão ruim no aspecto mais importante, qual seja a definição dos crimes, que obrigou o Poder Executivo a vetar todo o Capítulo III, *Dos crimes e das penas* (...). Coerentemente, o Poder Executivo vetou também o art. 59 do projeto que disporia sobre a revogação da Lei nº 6.368/76.” GRECO FILHO, Vicente. Tóxicos: descriminalização. In: *Revista Jurídica Consulex*, Ano VI, nº 139, p. 16-17, Brasília: Consulex, 31 de outubro de 2002, p.15.

<sup>16</sup>MARCÃO, Renato. *Ainda sobre o interrogatório na nova lei antitóxicos (lei 10.409/02)*. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/1343>>. [2002]. Acesso em: 31 jul. 2011.

<sup>17</sup>MOREIRA, Rômulo de Andrade. *A nova lei de tóxicos. Aspectos processuais*. [2003]. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4161>>. Acesso em: 31 jul. 2011.

que tratam de matéria especificadamente veiculada nos artigos, parágrafos e incisos sancionados.” (MOREIRA, 2003)

Assim, as inovações que se buscavam com a promulgação de um novo estatuto repressivo para os entorpecentes não foram alcançadas. De fato, como bem ressaltou Renato Marcão, em artigo publicado na ocasião da entrada em vigor da nova lei, após o veto não restou definido claramente o objeto de aplicação do novo procedimento:

O grave problema que a Lei já propõe é saber se o procedimento que ela regula será aplicado, ou não, aos crimes envolvendo produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica. A questão tem relevância, pois, considerando os vetos Presidenciais, a Lei 10.409/2002, como está, não definiu nenhum crime. Ora, se o procedimento por ela estabelecido aplica-se aos crimes que ela define, não havendo na Lei qualquer definição de crime, resulta claro que o procedimento não terá qualquer aplicação. Vale dizer: com relação aos crimes e ao procedimento, permanecendo tudo como está até o momento, continuam em vigor e, portanto, aplicáveis, as disposições da Lei 6.368/76, até porque também foi vetado o art. 59, que a revogava. (MARCÃO, op.cit.)

Contudo, Rômulo de Andrade Moreira destaca que este detalhe não seria realmente um empecilho para a admissão do novo procedimento:

Em que pese reconhecermos a atecnia resultante do veto, não vemos obstáculo jurídico em admitir a validade deste novo procedimento em relação aos delitos tipificados na Lei 6.368/76, mesmo porque esta é a legislação que em nosso País tipifica delitos desta natureza. Por outro lado, ao estabelecer um novo procedimento, a lei nova, implicitamente, revogou a lei anterior nesta sua parte procedimental (art. 2º., § 1º., da Lei de Introdução ao Código Civil). Como escreveu Luiz Flávio Gomes, pelo fato de não existir “*a menor dúvida sobre a quais crimes refere-se o art. 27 da Lei n.º. 10.409/02 (é evidente, óbvio e ululante que esse dispositivo legal diz respeito aos crimes previstos na Lei n.º. 6.368/76), segundo nosso ponto de vista, parece muito claro que o novo procedimento tem que ser observado em todos os seus termos, sob pena de nulidade total do processo (por inobservância do devido processo legal).*” (MOREIRA, op.cit.)

Mesmo assim, a Lei 10.409/02 não vigorou mais do que quatro anos, sendo substituída pela Lei 11.343/06, pois, logicamente, um estatuto que gerasse tantas discussões sobre tema tão delicado não perduraria por muito tempo.

Entretanto, de acordo com Sérgio Habib<sup>18</sup>, o teor do estatuto voltava-se para a descriminalização do usuário, um posicionamento mais adequado às diretrizes contemporâneas do Estado Democrático de Direito:

A moderna ordem mundial preconizava a diferenciação do tratamento dispensado ao usuário-vítima, demonstrando a tendência patente à descriminalização.

A *novatio legis* dispensou ao usuário medidas profiláticas e educativas, além de um tratamento mais benigno ao portador de substância tóxica para uso próprio, recomendando a desprisonalização. (HABIB *apud* ALMEIDA)

Desta forma, a nova lei trazia alguns dispositivos interessantes, no tocante à tendência descriminalizadora, como, por exemplo, a previsão da aplicação das medidas preventivas<sup>19</sup> do revogado art. 21 aos delitos tipificados no igualmente revogado art. 20. Da mesma forma, o § 3º, deste art. 20, isentava de pena o agente que fosse, “ao tempo da ação, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, em razão de dependência grave, comprovada por peritos”.

Enfim, para Sérgio Habib<sup>20</sup> o teor descriminalizador da Lei 10.409/02 era um reflexo da tendência mundial em tratar de modo diferente traficante e usuário:

---

<sup>18</sup>HABIB, Sérgio. A nova lei de tóxicos e a despenalização do uso de drogas. In: *Revista Jurídica Consulex*, nº 139, ano VI, p. 13, *apud* ALMEIDA, Paula da Rosa. Op. Cit.

<sup>19</sup>“(…) I – prestação de serviços à comunidade; II – internação e tratamento para usuários e dependentes de produtos, substâncias ou drogas ilícitas, em regime ambulatorial ou em estabelecimento hospitalar ou psiquiátrico; III – comparecimento a programa de reeducação, curso ou atendimento psicológico; IV – suspensão temporária da habilitação para conduzir qualquer espécie de veículo; V – cassação de licença para dirigir veículos; VI – cassação de licença para porte de arma; VII – multa; VIII – interdição judicial; IX – suspensão da licença para exercer função ou profissão. (...)”

<sup>20</sup>HABIB, Sérgio. *Revista Jurídica Consulex*, Ano VI, nº 139, p. 16-17, Brasília: Consulex, 31 de outubro de 2002, p.13.

*A novatio legis* buscava, assim, harmonizar-se com as legislações mais avançadas em todo o mundo, a exemplo de Portugal, que conseguem separar nitidamente o traficante e o terceiro, que se beneficia de uma forma ou de outra com o tráfico ilícito das drogas, do usuário ou do dependente, aquele que é vítima do consumo de drogas e que, por isso mesmo, não pode mais ser tratado igualmente pelo criminal.

Identificado com essa nova ordem mundial, a que a nova visão conduzia, o legislador penal que elaborou a lei (...) buscou estabelecer um fosso intransponível entre a conduta do traficante e a do usuário ou dependente de drogas. (HABIB, 2002)

Vislumbra-se, portanto, que a Lei 10.409/02 procurou avançar no tema da descriminalização, reservando ao “usuário e ao dependente um tratamento mais brando do que a prisão, devendo-se-lhes aplicar a regra do art. 11 desse mesmo diploma legal, que remete ao § 1º do art. 12, relacionando-se, ainda, ao § 5º da mesma lei.”<sup>21</sup>

Em que pese a mudança de direcionamento da referida lei em relação à descriminalização do usuário, não há como negar a mutilação causada pelos vetos, em especial o Capítulo III – referente aos crimes e à cominação das penas, o que prejudicou sobremaneira a aplicação do estatuto, haja vista a vigência simultânea das Leis 6.368/76 e 10.409/02 em decorrência dos artigos vedados nesta última. Assim, outro não poderia ser seu destino senão sua total revogação com a promulgação de nova lei antitóxicos: a Lei 11.343/06.

## **6. A LEI 11.343/06 – UM AVANÇO AINDA QUE MÍNIMO**

A atual Lei de Drogas – Lei 11.343/06 – manteve a essência de ambos os estatutos que a precederam: se por um lado procura amenizar a situação do usuário/dependente, uma das principais características da Lei 10.409/02, por outro, mantém o teor repressivo da Lei 6.368/76, quando trata do traficante, conforme assinala Salo de Carvalho:

Embora (...) substanciais alterações no modelo legal de incriminação, notadamente pelo desdobramento da repressão ao comércio ilegal em

---

<sup>21</sup>Id., p.14.

inúmeras hipóteses típicas e pelo processo de descaracterização da conduta de porte para uso pessoal, é possível afirmar que a base ideológica da Lei 11.343/06 mantém inalterado o sistema proibicionista inaugurado com a Lei 6.368/76 reforçando-o. Neste sentido a lógica discursiva diferenciadora iniciada na década de 70 é consolidada no novo estatuto, (...). (CARVALHO, id., p.68)

Nota-se, contudo, que a nova Lei enfatiza a atual política preventiva e, dentre outras inovações, cria o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD, cuja finalidade é a articulação, integração, organização e coordenação das atividades relativas à “prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas” (inciso I, do art. 3º, da Lei 11.343/06), bem como à “repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas” (inciso II, do art. 3º, da Lei 11.343/06).<sup>22</sup>

Esta divisão tripartite, voltada para a prevenção<sup>23</sup> (artigos 18 e 19), tratamento (artigos 20 a 26) e repressão (artigos 31 a 47), ampliou o horizonte estabelecido pela política que regia os anteriores estatutos, haja vista que a nova lei antidrogas apresentou características preventivas, em detrimento do viés repressivo próprio da política de combate surgida no âmbito do regime militar, embora ainda se encontrem resquícios do sistema repressivo contido em suas antecessoras:

---

<sup>22</sup>Na verdade este sistema já havia sido esboçado na Lei nº 6.368/79, por ocasião da Medida Provisória nº 2.225-45/01 que alterou o art. 3º do referido estatuto, *in verbis*:

“**Art. 3º** Fica instituído o Sistema Nacional Antidrogas, constituído pelo conjunto de órgãos que exercem, nos âmbitos federal, estadual, distrital e municipal, atividades relacionadas com: **I** - a prevenção do uso indevido, o tratamento, a recuperação e a reinserção social de dependentes de substâncias entorpecentes e drogas que causem dependência física ou psíquica; e **II** - a repressão ao uso indevido, a prevenção e a repressão do tráfico ilícito e da produção não autorizada de substâncias entorpecentes e drogas que causem dependência física ou psíquica.

**Parágrafo único.** O sistema de que trata este artigo será formalmente estruturado por decreto do Poder Executivo, que disporá sobre os mecanismos de coordenação e controle globais de atividades, e sobre os mecanismos de coordenação e controle incluídos especificamente nas áreas de atuação dos governos federal, estaduais e municipais.”

<sup>23</sup>“*Prevenção*, segundo definição traçada pelo Instituto de Medicina Social e Criminologia do Estado de São Paulo (IMESC) é uma ‘intervenção cujo objetivo é o de evitar o estabelecimento de um uso problemático, de uma relação destrutiva de um indivíduo com uma droga, levando-se em consideração as circunstâncias em que ocorre o uso, com que finalidade e qual o tipo de relação que o sujeito mantém com a substância, seja esta lícita ou ilícita.’” *In*: FAVORETTO, Affonso Celso et al. *Manual Esquemático de Leis Penais e Processuais Penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.65.

A sinalização da Lei nº 10.409/02 no sentido de incremento da repressão às inúmeras formas de comercialização e ao financiamento de organizações voltadas para o tráfico, paralelamente à recepção dos modelos de intervenção psiquiátrico-terapêutica, em usuários e dependentes, projetaram a estrutura material (delitos e penas) e processual (investigação, processamento e julgamento) da Lei 11.343/06. (CARVALHO, op.cit., p.68)

Assim, com o direcionamento tomado pelo Estado Brasileiro após a abertura política e a promulgação da Carta Constitucional de 1988, o mais adequado seria a adoção de uma política antidrogas com perfil mais preventivo do que repressivo, pois “num Estado Democrático de Direito, a preocupação maior e inicial deve ser com a prevenção ao uso indevido de drogas”, haja vista que o aparato repressivo estatal somente deve ser aplicado “quando não houver outra forma de conter esta conduta”.<sup>24</sup>

De fato, percebe-se que uma das grandes novidades da Lei 11.343/06 é a descriminalização do usuário, intento que já havia sido formulado por ocasião da promulgação da Lei 10.409/02, mas que não fora logrado em razão dos vetos do Poder Executivo.

No ordenamento jurídico brasileiro não é mais possível se falar, depois da entrada em vigor da lei 11343/06, em pena de prisão para o consumidor de drogas. Aquela pena que era de detenção de seis meses a dois anos mais multa passa, agora, de acordo com o artigo 28 da lei 11343/06 a ser de advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade ou medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, podendo ser aplicada cumulativa ou isoladamente (artigo 27). (FONSECA, op.cit., p.84)

A descriminalização do usuário foi proposta ainda durante a vigência da Lei 6.368/76, refletindo a nova fase do Estado Democrático de Direito que o país passava a vivenciar após a promulgação da Carta Constitucional de 1988. Destarte, durante o ano de 1992 o órgão então responsável pela aplicação da política relativa às drogas, CONFEN – Conselho Federal de

---

<sup>24</sup>FAVORETTO, Affonso Celso et al. op.cit., p.65.

Entorpecentes, emitiu a seguinte proposta:

A sede da questão pertinente ao uso de drogas não pode ser o direito penal. Muitos são os argumentos que demonstram o acerto desta afirmação, entre elas avulta o de que o direito penal não pode ter por objeto condutas estritamente privadas.(...) O CONFEN entende que o discurso aterrador e centrado na droga, e não na pessoa e suas motivações, tende a agravar o problema. Ele está atento às comprovações científicas dos malefícios causados pelas drogas lícitas ou ilícitas, mas centra seus esforços na figura humana do usuário, sem preconceitos, para que o problema possa ser encarado nas suas reais proporções. Mas a proposta de que o tratamento do uso de drogas não seja no âmbito do direito penal não significa, absolutamente, liberação do uso. O que se quer é que à infração seja de outra natureza que **não penal**, como hoje se contempla no art.16, da Lei 6368, de 1976. A infração, no caso, pode ser sanitária, ou administrativa.<sup>25</sup>

Por outro lado, no que tange ao tráfico de entorpecentes, o atual estatuto antidrogas se mostra bastante severo, com penas duras para os indivíduos que incidirem nos tipos penais descritos nos artigos relativos aos crimes.

No delito previsto no art. 33, *caput* e § 1º e art. 34 – Tráfico de Entorpecentes, a pena varia de 05 (cinco) a 15 (quinze) anos de reclusão, com multa que vai de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, admitindo-se redução de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) desde que o agente preencha os requisitos de primariedade, bons antecedentes e não se dedique a atividades criminosas ou não faça parte de organizações criminosas, nos termos do §4º, do art. 33. No crime descrito no artigo 35 – Associação para o tráfico, a pena vai de 03 (três) a 10 (dez) anos de reclusão, com multa de 700 (setecento) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa. Para o novo tipo criado no art. 36 – Financiamento ao tráfico, a pena de reclusão vai de 08 (oito) anos a 20 (vinte) anos, com multa que varia de 1.500 (mil e quinhentos) a 4.000 (quatro mil) dias-multa.

Mesmo assim, a Lei 11.343/06 mostra boa vontade ao criar a figura

---

<sup>25</sup>Proposta para uma política nacional de drogas. Ministério da Justiça. Conselho Federal de Entorpecentes. Brasília. 1992, p.13 *apud* FONSECA, Tiago Abud da. op.cit., p.86.

do tráfico privilegiado<sup>26</sup>, em decorrência da aplicação da causa de diminuição presente no §4º, do art. 33<sup>27</sup>. Esta causa de diminuição se trata de um abrandamento para o crime de tráfico e demonstra o viés descriminalizador que permeia todo o texto da Lei 11.343/06.

No entanto, não é o que entende Cristiano Ávila Maronna<sup>28</sup>, como se depreende de seu comentário sobre o estatuto antidrogas:

O proibicionismo triunfou novamente e talvez seja uma das raras unanimidades planetárias, da direita à esquerda, do centro à periferia, da ditadura à democracia. Nesse contexto, a nova lei de drogas representa mais do mesmo: a opção pelo modelo proibicionista e sua política criminal bélica, com derramamento de sangue. No que tem de essencial, portanto, a Lei nº 11.343/06 é draconiana. O alardeado abrandamento do tratamento dado ao porte para consumo pessoal é, na verdade, uma cortina de fumaça com o objetivo de contrabalançar o agravamento da punição ao tráfico. (MARONNA apud FONSECA, p.87)

Em que pese a opinião do abalizado colega é de se sustentar neste texto que a Lei 11.343/06 é um avanço, ainda que mínimo, em relação aos diplomas anteriores.

---

<sup>26</sup>Com advento da Lei 11.343/06 (Lei de Tráfico de Drogas), o legislador ordinário criou a figura jurídica penal do tráfico privilegiado, prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06. A doutrina e a jurisprudência citam os ensinamentos referentes ao **homicídio privilegiado-qualificado**, em que existe harmonia entre característica subjetiva do privilégio (§ 1º do art. 121), com as qualificadoras de caráter objetiva (§ 2º, **inc. III** do art. 121 do Código Penal).

(...) A polêmica sobre tráfico privilegiado está no fato de se tratar ou não de crime hediondo, e jamais quanto à aplicação do § 4º da Lei 11.343/06. Muitos juizes aplicam o benefício previsto no § 4º da Lei de Tráfico de Drogas determinando como regime inicial o fechado, considerando-o crime hediondo. Ora, para a corrente que entende que o privilégio prevalece em relação à traficância, o tráfico privilegiado não se trata de crime hediondo, sendo perfeitamente possível o regime aberto para o inicial cumprimento da pena conforme preconiza a letra “c” do § 2º do art. 33 do Código Penal, bem como o livramento condicional após o cumprimento de 1/3 da pena (art. 83, inc. I do Código Penal).”. ARAÚJO, Alexandre Simão de. *Tráfico privilegiado e a Lei nº 8.072/90*. [2010]. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17731/trafico-privilegiado-e-a-lei-no-8-072-90>>. Acesso em: 11 de jul. de 2011.

<sup>27</sup>(...) nos delitos definidos no *caput* e no parágrafo primeiro deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”.

<sup>28</sup>MARONNA, Cristiano Avilla. *Nova lei de drogas: retrocesso travestido de avanço*. Boletim IBCCrim nº 167. outubro. 2006, p.4 apud FONSECA, Tiago Abud da. op.cit., p.87.

## 7. CONCLUSÃO

Neste delicado momento que a sociedade mundial atravessa, o tema das drogas se mostra deveras espinhoso, exigindo reflexões que nem sempre convergem para o mesmo ponto. Desta forma, entende-se que o esforço dos setores sociais e governamentais para solucionar/amenizar os graves traumas causados pelas drogas passa pelo estabelecimento e aplicação de políticas sociais adequadas, que se refletem na Lei como expressão maior do Estado Democrático de Direito.

Entende-se, assim, que a atual Lei de Drogas se trata de um esforço de se avançar na direção de um equilíbrio entre a prevenção e o tratamento dos dependentes, e o combate à conduta nociva dos traficantes.

## REFERÊNCIAS

BACILA, Carlos Roberto e RANGEL, Paulo. *Comentários Penais e Processuais Penais à Lei de Drogas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BATISTA, Nilo. Algumas palavras sobre descriminalização. *In: Revista de Direito Penal*, nº 13, p. 29-40, Rio de Janeiro, janeiro-junho/1974.

CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil*. 5 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FAVORETTO, Affonso Celso; MARTINS, Ana Paula da Fonseca Rodrigues; KNIPPEL, Edson Luz. *Manual Esquemático de Leis Penais e Processuais Penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FONSECA, Tiago Abud da. *A repressão ao tráfico ilícito de entorpecentes como forma de controle social*. [Dissertação de Mestrado] Campos de Goytacazes/RJ: Faculdade de Direito de Campos, 2006. Disponível em: <<http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Dissertacoes/Integra/TiagoAbudFonseca.pdf>>. Acesso em: 31 jul. 2011.

GOMES, Luiz Flavio. [Coordenação]. *Lei de Drogas Comentada*. 3 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GRECO FILHO, Vicente. Tóxicos: descriminalização. *In: Revista Jurídica Consulex*, Ano VI, nº 139, p. 15, Brasília: Consulex, 31 de outubro de 2002.

GRECO FILHO, Vicente e RASSI, João Daniel. *Lei de Drogas Anotada*.

São Paulo: Saraiva, 2007.

HABIB, Sérgio. *Revista Jurídica Consulex*, Ano VI, nº 139, p. 13-14, Brasília: Consulex, 31 de outubro de 2002.

MACHADO, Nilton João de Macedo. *Lei 9714/98: os crimes hediondos e de tráfico ilícito de entorpecentes*. [1999]. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/1108/lei-9714-98-os-crimes-hediondos-e-de-trafico-ilicito-de-entorpecentes>>. Acesso em: 19 abr. 2011.

MARCÃO, Renato. *Tóxicos*. Leis n. 6.368/1976 e 10.409/2002. Anotadas e Interpretadas. 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. *Tóxicos*. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Nova Lei de Drogas. 6 ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *Ainda sobre o interrogatório na nova lei antitóxicos (lei 10.409/02)*. [2002]. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/1343>>. Acesso em: 31 jul. 2011.

\_\_\_\_\_. *Anotações pontuais sobre a Lei nº 10.409/2002 (nova lei anti-tóxicos)*. Procedimentos e instrução criminal. [2002]. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2712>>. Acesso em: 31 jul. 2011.

MONTEIRO, Antonio Lopes. *Crimes Hediondos*. Texto, comentários e aspectos polêmicos. 8 ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *A nova lei de tóxicos*. Aspectos processuais. [2003]. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4161>>. Acesso em: 31 jul. 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

RIBEIRO, Bruno de Moraes. [Coordenação]. *Direito Penal na Atualidade*. Escritos em homenagem ao Professor Jair Leonardo Lopes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. A despenalização e a descriminalização do art. 16 da Lei nº 6.368/76 frente à Lei nº 10.409/02. *In: Revista Jurídica Consulex*, Ano VI, nº 139, p. 16-17, Brasília: Consulex, 31 de outubro de 2002.

---

**SHEILA RÜSCHE JORGE**

Advogada. Bacharel em Direito pela PUC-PR. Engenheira elétrica pela UTFPR. Especialista em Gestão Empresarial pela FGV. Especialista em Administração pela FAE-PR. Especialista em Gestão de Qualidade pela PUC-PR. Pós-graduada em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná.

# Ressarcimento célere para o caso das enchentes

## 1. INTRODUÇÃO

As enchentes têm causado prejuízos patrimoniais e morais aos mais simples e, infelizmente, pela sua repetência, são eventos esperados. O Estado sem recursos e o interesse político desfocado procrastinam o enfrentamento da questão e promovem exclusão social e falta de políticas urbanas. Não há educação ambiental nem massa crítica capaz de semear atitude futura. Os cidadãos não conhecem seus direitos e poucos tentam o ressarcimento em virtude das dificuldades implícitas. Se o fazem, geralmente de forma individual e mais custosa, não recebem o socorro financeiro justo e em tempo. Além de tudo, atravancam ainda mais o combalido judiciário com ações precárias e a maioria padecendo dos mesmos vícios e erros. Perdem todos ao não serem utilizados os meios mais céleres e propulsores de mudanças do país – as tutelas coletivas.

O estudo da questão enfoca a qualidade da responsabilidade por ato omissivo do Estado causador das enchentes: se é subjetiva ou objetiva, ou se deve ser excluída por caso fortuito ou força maior.

Pela periodicidade histórica dos eventos, como exemplo os de São Paulo, conclui-se que os danos só ocorreram, ou se potencializaram, em razão da procrastinação sucessiva do enfrentamento da questão pelos órgãos públicos, quer seja pela administração pública, quer pelo Poder Judiciário.

## 2. OMISSÃO DO ESTADO: RESPONSABILIDADE SUBJETIVA OU OBJETIVA?

Na responsabilidade objetiva é necessário provar o nexo de causalidade entre a conduta do agente estatal e o dano ocorrido. Já na responsabilidade subjetiva, além dos requisitos da objetiva (dano, conduta do agente e nexo causal), faz-se necessário provar o dolo ou culpa do poder público, numa de suas vertentes, quer seja: negligência, imperícia ou imprudência. Não é, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público de forma genérica, a *faute du service* dos franceses.

Na conduta omissiva o Estado responderá não pelo fato que diretamente gerou o dano, mas por não ter ele praticado conduta suficientemente

adequada para evitá-lo ou capaz de mitigar o resultado.

Para a aplicação da responsabilidade objetiva<sup>1</sup> arrolam-se os seguintes argumentos: inexistem diferenciações de conduta no texto do art. 37, §6º, da CF, pois nele, os prestadores de serviço público responderão pelos danos que seus agentes causarem; o Estado tem estrutura e oportunidade de defesa maior do que o particular; o Estado ao se omitir diante do dever legal de obstar a ocorrência do dano, pratica ato ilícito, porque há um dever de agir imposto pela norma (legalidade, eficiência). A atribuição da responsabilidade subjetiva é retrocesso doutrinário e legal.

Defendem posição contrária (subjetiva) Bandeira de Mello, Lucia Figueiredo<sup>2</sup>, Diógenes Gasparini<sup>3</sup>, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo<sup>4</sup> com o argumento de que o Estado não pode ser segurador universal, pois a sociedade não pode pagar indenizações a segmentos privilegiados quando os interesses não são universalizáveis e publicamente justificáveis.

Para o Supremo Tribunal Federal<sup>5</sup> a responsabilidade é subjetiva na omissão geral e objetiva na omissão específica (exemplo: descumprimento de ordem judicial determinada). Há na jurisprudência exemplos de responsabilidade objetiva como a condenação do município ao ressarcimento dos prejuízos decorrentes de inundação em residência em virtude da falta de manutenção e conservação das redes de água e esgoto e de captação de águas pluviais, pois o município foi negligente<sup>6</sup>, ou ainda, condenado pela deficiência da rede pluvial e pela sua inércia de realização de obras que alagaram uma residência<sup>7</sup>. Como teoria subjetiva tem-se a condenação do município pela morte de um menino por leptospirose decorrente das enchentes e da falta de limpeza do córrego,

---

<sup>1</sup>Odete MEDAUAR, Antonio GARCIA, Jacintho CÂMARA, João A. D. GANDINI e Diana SALOMÃO.

<sup>2</sup>FIGUEIREDO, Lucia Valle. Curso de direito administrativo. 5ª ed. São Paulo: Malheiros 2001. p.260.

<sup>3</sup>GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. 6ª ed. São Paulo: Saraiva. 2001. p.835.

<sup>4</sup>ALEXANDRINO, Marcelo. & Paulo, Vicente. Direito administrativo. 5ª ed. Rio: Impetus. 2004. p.410.

<sup>5</sup>NUNES, R. M. 2005. Responsabilidade Objetiva do Estado por Atos Omissivos. Extraído em 31 outubro 2005 de [http://jusvi.com/doutrinas\\_e\\_pecas/ver/18339](http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/18339).

<sup>6</sup>BRASIL. Número do processo: 1.0000.00.291181-6/000(1) - Relator: HYPARCO IMMESI - Data do acórdão: 07/08/2003 - Data da publicação: 19/09/2003. Disponível em:< <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9963>>. Acesso em 12 set. 2010.

<sup>7</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. Apelação e reexame necessário nº 70004193876, processo número: 70004193876, 9ª Câmara Cível, Relatora: Rosa Terezinha Silva Rodrigues, julgado em 04/12/2002. Acesso em 12 set. 2010. Disponível em: < <http://www.fabianomatte.com.br/blog/opiniao/a-isencao-de-iptu-em-prol-dos-atingidos-pelas-enchentes/>

havendo negligência da municipalidade na limpeza das margens<sup>8</sup>.

### 3. ENCHENTES: INTERESSES INDIVIDUAIS OU COLETIVOS?

Os casos citados são iniciativas individuais e causa admiração o fato de as enchentes terem prejudicado outros moradores da região e que todos poderiam ter obtido o ressarcimento por meio de tutelas coletivas como a ação popular ou a ação civil pública.

Com a Constituição Federal de 1988 as ações coletivas tomaram maiores proporções, visto que vêm expressamente estabelecidas no texto constitucional, fato este ressaltado por Jose Carlos Barbosa Moreira<sup>9</sup>:

“(...) O fenômeno das Ações Coletivas, que nesta Constituição assume dimensões até então desconhecidas do Direito Constitucional Brasileiro, se manifesta, na verdade, sob duas formas. De um lado, temos figuras processuais específicas de ações coletivas: o mandado de segurança coletivo, previsto no art. 5º, LXIX; a ação popular, prevista no mesmo art. 5º, LXXIII; e a ação civil pública, objeto da disposição do art. 129, III, e de seu § 1º. De outro lado, temos também a manifestação desse fenômeno em termos genéricos, como se infere do art. 5º, XXI, que legitima entidades associativas, mediante autorização expressa, a litigar, em Juízo, por direitos de seus associados; e ainda no art. 8º, VI, que cuida da possibilidade de os sindicatos litigarem, em Juízo, em prol dos direitos e interesses das categorias profissionais que representam direitos e interesses gerais ou mesmo individuais”. (BARBOSA MOREIRA, pp.189-190)

Na ação popular, o cidadão atua como fiscal de interesse comunitário difuso no que tange à preservação da probidade, eficiência e moralidade na gestão da coisa pública, bem como à tutela do meio ambiente e do patrimônio público. A ação visa a desconstituição do ato lesivo e à condenação dos responsáveis à reposição do *statu quo ante*, permitida a tutela cautelar sem prejuízo das perdas e danos. Seus efeitos são *erga omnes* e o autor é isento de custas e ônus da sucumbência. A condenação em dinheiro é revertida ao

---

<sup>8</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento Nº 920.148 - SP (2007/0133314-7 Agravante: Município de Diadema. Agravado: José Baldoíno de Oliveira e outro. Relatora: Ministra Denise Arruda. Acesso em: 14 set. 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/processo/justica/detalhe.asp?numreg=200701333147&pv=000000000000>

<sup>9</sup>BARBOSA MOREIRA, Jose Carlos. Revista de Processo, v. 61, pp.189-190.

Fundo dos Interesses Difusos Lesados, patrimônio de todos.

Já a ação civil pública tem por objeto interesse difuso ou coletivo na proteção do meio ambiente e dos consumidores/vítimas das enchentes, oriundas da má prestação do serviço público. Os legitimados para a propositura são os indicados no art. 5º da Lei 7.347/85 e sua finalidade é a desconstituição do ato lesivo e a condenação dos responsáveis à reparação dos danos patrimoniais e morais.

Em resumo, o cidadão deve unir-se a vizinhos, também vítimas da enchente e nomear advogado, ou Defensor Público, ou associações de bairro, ou o Ministério Público para o ajuizamento de ação civil pública ou de ação popular para a reparação de danos morais e materiais contra o Município e ainda dar publicidade à ação, via edital, para que terceiros interessados possam intervir como litisconsortes.

O embasamento legal para a ação é o de que incumbe ao Poder Público a prestação de serviços públicos adequados, eficientes e seguros. Nos casos de sua inexistência ou ineficácia serão as pessoas jurídicas responsáveis compelidas a reparar os danos causados, equiparando-se a consumidores todas as vítimas do evento<sup>10</sup>. O Estatuto da Cidade e o Código Civil também podem embasar a ação, pois lá está arrolado o direito de todos a cidades sustentáveis, moradia, saneamento ambiental e serviços urbanos, dentre outros. Aquele que violar direito legalmente protegido e causar dano a outrem comete ato ilícito, sendo obrigado a repará-lo, independentemente de culpa<sup>11</sup>.

As vítimas devem documentar o processo com notícias de jornal e internet sobre o alagamento (atual e anteriores), boletins meteorológicos, boletim de ocorrência da delegacia do bairro relatando os fatos, a altura das águas e os bens perdidos. Tirar fotos, anexar notas fiscais dos bens que repôs, orçamentos da reparação a ser feita, declaração do empregador detalhando quantos dias deixou de trabalhar e o valor do salário perdido, gastos com médicos e remédios em doenças decorrentes do alagamento e colacionar testemunhas da calamidade (relação com nome, RG, CPF e endereço).

Outra opção é a busca do ressarcimento pela via administrativa que é mais rápida diante da morosidade do judiciário e também do fato que muitas

---

<sup>10</sup>Art. 175 CF, art. 22 e 17 do CDC.

<sup>11</sup>Arts. 186, 187, 927 do CC e art 2º, I, Lei nº 10.257 /01.

vezes o pagamento será por precatórios que tem anos de espera. Além disso, como é enorme a quantidade de pessoas que sofrem com este tipo de dano periodicamente é importante facilitar a relação entre a Administração-administrados, buscando formas alternativas para inserir as coletividades prejudicadas por graves omissões estatais (como o caso das enchentes, desabamentos, etc.) em uma situação de justiça material, ou seja, de efetividade da pretensão. O morador prejudicado registra o problema na prefeitura e pede a indenização

Merece aplauso a Lei do Processo Administrativo do Estado de São Paulo, Lei 10.177, de 30 de dezembro de 1998 - Diário Oficial v.108, n.248, 31/12/98, a qual na Seção IV, Do Procedimento de Reparação de Danos, preceituam os artigos 65 e 67:

Artigo 65 - Aquele que pretender, da Fazenda Pública, ressarcimento por danos causados por agente público, agindo nessa qualidade, poderá requerê-lo administrativamente, observadas as seguintes regras:

I - o requerimento será protocolado na Procuradoria Geral do Estado, até 5 (cinco) anos contados do ato ou fato que houver dado causa ao dano;

II - o protocolo do requerimento suspende, nos termos da legislação pertinente, a prescrição da ação de responsabilidade contra o Estado, pelo período que durar sua tramitação;

III - o requerimento conterà os requisitos do artigo 54, devendo trazer indicação precisa do montante atualizado da indenização pretendida, e declaração de que o interessado concorda com as condições contidas neste artigo e no subsequente;

IV - o procedimento, dirigido por Procurador do Estado, observará as regras do artigo 55;

V - a decisão do requerimento caberá ao Procurador Geral do Estado ou ao dirigente da entidade descentralizada, que recorrerão de ofício ao Governador, nas hipóteses previstas em regulamento;

VI - acolhido em definitivo o pedido, total ou parcialmente, será feita, em 15 (quinze) dias, a inscrição, em registro cronológico, do valor atualizado do débito, intimando-se o interessado;

VII - a ausência de manifestação expressa do interessado, em 10 (dez) dias, contados da intimação, implicará em concordância com o valor inscrito; caso não concorde com esse valor, o interessado poderá, no mesmo prazo, apresentar desistência, cancelando-se a inscrição e arquivando-se os autos;

VIII - os débitos inscritos até 1º de julho serão pagos até o último dia útil

do exercício seguinte, à conta de dotação orçamentária específica;

IX - o depósito, em conta aberta em favor do interessado, do valor inscrito, atualizado monetariamente até o mês do pagamento, importará em quitação do débito;

X - o interessado, mediante prévia notificação à Administração, poderá considerar indeferido seu requerimento caso o pagamento não se realize na forma e no prazo previstos nos incisos VIII e IX.

§ 1º - Quando o interessado utilizar-se da faculdade prevista nos incisos VII, parte final, e X, perderá qualquer efeito o ato que tiver acolhido o pedido, não se podendo invocá-lo como reconhecimento da responsabilidade administrativa.

§ 2º - Devidamente autorizado pelo Governador, o Procurador Geral do Estado poderá delegar, no âmbito da Administração centralizada, a competência prevista no inciso V, hipótese em que o delegante tornar-se-á a instância máxima de recurso.

(...)

Artigo 67 - Na hipótese de condenação definitiva do Estado ao ressarcimento de danos, deverá o fato ser comunicado ao Procurador Geral do Estado, no prazo de 15 (quinze) dias, pelo órgão encarregado de oficiar no feito, sob pena de responsabilidade.

A Administração Pública, em suas várias esferas (Estadual, Distrital e Municipal), deve adotar procedimentos administrativos para as indenizações oriundas de suas condutas omissas relacionadas a prejuízos previsíveis para a coletividade. Interessante a edição de normas de processo administrativo em cada uma dessas esferas, dada a autonomia administrativa e normativa reconhecida pelo Texto Constitucional<sup>12</sup>.

Coroando o estudo aqui desenvolvido, sugere-se, a bem da celeridade e da extensão dos efeitos, que o Judiciário simplifique a demanda reunindo todas as ações similares originadas no mesmo evento, despachando-as em conjunto ou em mutirão, remetendo-as ao juiz com a possibilidade de proferir sentença condenatória, ou não, genérica, reconhecendo, ou não, a responsabilidade pela indenização coletiva. A partir daí, o *quantum debeatur* será comprovado pelo prejudicado, individualmente, e determinado na fase de liquidação da sentença condenatória.

<sup>12</sup>BRAGA, Luziânia Carla Pinheiro. Responsabilidade civil do Estado por omissão em razão das enchentes na cidade: o exemplo de Fortaleza no ano de 2004. Extraído em 13/09/10 de <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9963>

## REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, Marcelo. & Paulo, Vicente. *Direito administrativo*. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.
- BACELLAR, Romeu Felipe Filho. *Responsabilidade civil extracontratual das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público*. Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Curitiba, n. 9, 2002.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BEATE FRANK, Adilson Pinheiro. *Enchentes na Bacia do Rio Itajaí: 20 anos de experiências*. Blumenau: EDIFURB, 2003.
- BITTENCOURT, Marcus Vinícius Corrêa. *Manual de Direito Administrativo*. 2ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- BORGES, José Arthur Diniz. *Direito Administrativo Sistematizado e sua Interdependência com o Direito Constitucional*. Rio: Lumen Juris, 2002.
- BRAGA, Luziânia Carla Pinheiro. *Responsabilidade civil do Estado por omissão em razão das enchentes na cidade: o exemplo de Fortaleza no ano de 2004*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9963>. Acesso: 10 set. 2010.
- CAMARGO, Sophia. *Enchente dá direito a indenização dos prejuízos*. Disponível em: <http://noticias.r7.com/blogs/sophia-camargo/2009/12/08/enchente-da-direito-a-indenizacao-dos-prejuizos/>. Acesso em: 10 set. 2010.
- CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1996.
- CÂMARA, Jacintho de Arruda. *Revista de Direito Administrativo*. Aplicado. vol.12, ano 4, Ed. Genesis, 1997.
- CARNEIRO, Juliano dos Santos. *Teoria da Responsabilidade Extracontratual Objetiva do Estado por atos administrativos*. TCC - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2000.
- CARVALHO, Paula Alves de. *Orçamento público e os princípios fundamentais da Administração*. TCC - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2000.
- CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. Salvador: JusPODIUM, 2004.
- CUNHA, Fabiana de Oliveira. *Responsabilidade Civil patrimonial extracontratual do Estado*. TCC - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2000.
- DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Ação Popular Ambiental*. Disponível em: <http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-index.php?page=A%C3%A7%C3%A3o+popular+ambiental>. Acesso: 10 set. 2010.
- DENARI, Zelmo. *Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

- DIAS, Caroline Mendes. *Responsabilidade do poder público por danos decorrentes de chuvas, enchentes, alagamentos e outros eventos da natureza*. Disponível em: <http://portalms.com.br/noticias/detalhe.asp?cod=959575205>. Acesso em: 10 set. 2010.
- DIEZ, Gabriele Fornari. *Cidade, meio ambiente e missão constitucional do município*. TCC - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2000.
- ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *Derecho Urbanístico e Ciencias de la Administración*. UCV, Vol. V, 1983.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 5.ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2001.
- FRANCISCO, Nivaldo Pinheiro. *Gestão de áreas inundáveis: Bacia do Pirajuçara e Rio Alambari*. TCC - Pontifícia Universidade Católica do Paraná / Université de Technologie de Compiègne Instituto Internacional de Gestão Técnica do Meio Urbano, 2000.
- FRANCO, André Ricardo. *Ação Popular Ambiental*. Disponível em: <http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/53131/?noticia=ACAO+POPULAR+AMBIENTAL>. Acesso: 10 set. 2010.
- FREITAS, Maria Cecília Weigert Lomelino de. *Um enfoque sobre as ações coletivas e a legitimidade ativa do MP*. TCC – PUC-PR, 2001.
- GANDINI, João Agnaldo Donizeti. & SALOMÃO, Diana Paola da Silva. *A responsabilidade civil do estado por conduta omissiva*. 2005. Extraído em 05 Novembro 2002 de <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4365>
- GARCIA, Antonio Dias. *Da responsabilidade objetiva do estado e demais entidades-públicas*. Coimbra, 1995.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 11ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- GIACOMET, Andrea. *A teoria do acidente administrativo e a responsabilidade objetiva do Estado*. TCC - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2002.
- GÓES, Hugo Eduardo Mansur. *Questões controvertidas na doutrina e jurisprudência sobre a responsabilidade civil do Estado: breves comentários*. Disponível em: <http://br.monografias.com/trabalhos/responsabilidade-do-estado/responsabilidade-do-estado.shtml>. Acesso em: 10 set. 2010.
- JAVORSKY, Maria Barleta. *Responsabilidade civil do Estado*. TCC - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2008.
- JORGE, Sheila Rüsche. *Ressarcimento Célere para o caso das enchentes*. Monografia – Escola da Magistratura do Paraná, 2010.
- JUSTEN, Marçal Filho. *Concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 1997.
- LEME, Daniela Fernanda Alves. *Responsabilidade Extracontratual do Estado por comportamento Omissivo*. TCC – PUC-PR, 2004.

LORENZONI, Rafael Lopes. *Aspectos relevantes sobre a ação popular ambiental*. Disponível em: <http://noticias.r7.com/blogs/sophia-camargo/2009/12/08/enchente-da-direito-a-indenizacao-dos-prejuizos/>. Acesso em: 10 set. 2010.

MARANHÃO, André Luiz. *A ação civil pública em matéria ambiental*. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=608>. Acesso em: 10 set. 2010.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo*. 10ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MUSSKOPF, Daniela. *Responsabilidade Civil do Estado do individual ao coletivo*. TCC - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2004

NEVES, Edle Tatiana Lessnau de Figueiredo. *Estatuto da cidade*. TCC - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2002.

NUNES, R. M. *Responsabilidade Objetiva do Estado por Atos Omissivos*. Extraído em 31 outubro 2005 de [http://jusvi.com/doutrinas\\_e\\_pecas/ver/18339](http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/18339).

OLIVEIRA, Ruth Helena Pimentel de. *Entidades prestadoras de serviços públicos e responsabilidade extracontratual*. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

PASQUA, Juliana Aparecida Zanini Della. *Ação civil pública e o direito ambiental*. Acesso em: 10 set. 2010. Disponível em: [http://www.professorallan.com.br/UserFiles/Arquivo/Artigo/artigo\\_acao\\_civil\\_publica\\_e\\_o\\_direito\\_ambiental.pdf](http://www.professorallan.com.br/UserFiles/Arquivo/Artigo/artigo_acao_civil_publica_e_o_direito_ambiental.pdf).

POLEZA, Maristela M. *Impactos da enchente de 1983 na estrutura urbana de Rio do Sul*. Blumenau. 2003. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Regional) – Centro de Ciências Humanas e da Comunicação, Universidade Regional de Blumenau.

REIS, Ellen Priscila. *A atuação do cidadão no combate a improbidade administrativa*. TCC - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2005.

SÁ, Clarice. *Saiba como pedir indenizações por estragos provocados por enchentes*. Disponível em: <http://www.abril.com.br/noticias/brasil/saiba-como-pedir-indenizacoes-estragos-provocados-enchentes-429822.shtml>. Acesso em: 10 set. 2010.

SIEBERT, Cláudia. *Blumenau fim do século: o (des)controle urbanístico e a exclusão sócio-espacial*. Blumenau: Editora da FURB.

TARDIN, José Geraldo. *Guia rápido do cidadão e do consumidor vítima de enchentes*. Disponível em: <http://www.direitolegal.org/destaque/guia-rapido-do-cidadao-e-do-consumidor-vitima-de-enchentes/>. Acesso em: 10 set. 2010.