

Jônatas Luiz Moreira de Paula
Tereza Rodrigues Vieira
Tiago Figueiredo Gonçalves
Evelyn Vieyra Luna

(Coordenadores)

PROCESSO, POLÍTICAS PÚBLICAS E BIODIREITO

**PROCESSO, POLÍTICAS
PÚBLICAS E BIODIREITO**

Jônatas Luiz Moreira de Paula
Tereza Rodrigues Vieira
Tiago Figueiredo Gonçalves
Evelyn Vieyra Luna
(Organizadores)

PROCESSO, POLÍTICAS PÚBLICAS E BIODIREITO



Belo Horizonte
2024

CONSELHO EDITORIAL

Álvaro Ricardo de Souza Cruz
André Cordeiro Leal
André Lipp Pinto Basto Lupi
Antônio Márcio da Cunha Guimarães
Antônio Rodrigues de Freitas Junior
Bernardo G. B. Nogueira
Carlos Augusto Canedo G. da Silva
Carlos Bruno Ferreira da Silva
Carlos Henrique Soares
Claudia Rosane Roesler
Clêmeron Merlin Clève
David França Ribeiro de Carvalho
Dhenis Cruz Madeira
Dirceô Torrecillas Ramos
Edson Ricardo Saleme
Eliane M. Octaviano Martins
Emerson Garcia
Felipe Chiarello de Souza Pinto
Floribal de Souza Del'Olmo
Frederico Barbosa Gomes
Gilberto Bercovici
Gregório Assagra de Almeida
Gustavo Corgosinho
Gustavo Silveira Siqueira
Herta Rani Teles Santos
Jamile Bergamaschine Mata Diz
Janaína Rigo Santin
Jean Carlos Fernandes
Jorge Bacelar Gouveia – Portugal
Jorge M. Lasmar
Jose Antonio Moreno Molina – Espanha
José Luiz Quadros de Magalhães
Kiwonghi Bizawu
Leandro Eustáquio de Matos Monteiro
Luciano Stoller de Faria
Luiz Henrique Sormani Barbugiani
Luiz Manoel Gomes Júnior
Luiz Moreira
Márcio Luís de Oliveira
Mária de Fátima Freire Sá
Mário Lúcio Quintão Soares
Martonio Mon'Alverne Barreto Lima
Nelson Rosendal
Renato Caram
Roberto Correia da Silva Gomes Caldas
Rodolfo Viana Pereira
Rodrigo Almeida Magalhães
Rogério Filippetto de Oliveira
Rubens Beçak
Sergio André Rocha
Sidney Guerra
Vladmir Oliveira da Silveira
Wagner Menezes
William Eduardo Freire

Impresso no Brasil | Printed in Brazil

Arraes Editores Ltda., 2024.

Coordenação Editorial: Fabiana Carvalho
Produção Editorial e Capa: Cumbuca Studio
Revisão: Responsabilidade do autor
Conversão para Ebook: Cumbuca Studio

340.1 Processo, políticas públicas e biodireito / [Organizado por] Jônatas Luiz Moreira de Paula... [et al.]. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2024.

P963 209 p.
2024

ISBN: 978-65-5929-514-2
ISBN: 978-65-5929-516-6 (E-book)
Vários autores.

1. Direito. 2. Políticas públicas. 3. Biodireito. 4. Liberdade civil. 5. Inclusão social. 6. Diversidade cultural. 7. Dignidade humana. 8. Violação de direitos. 9. Aluguel social. 10. Injúria homotransfóbica. 11. Racismo – Crime. 12. Arbitragem. 13. Administração pública. I. Paula, Jônatas Luiz Moreira de (Org.). II. Vieira, Tereza Rodrigues (Org.). III. Gonçalves, Tiago Figueiredo (Org.). IV. Luna, Evelyn Vieyra (Org.). V. Título.

CDDir – 340.1
CDD (20. ed.) – 340.07

Elaborada por: Fátima Falci
CRB/6-700

MATRIZ

Av. Nossa Senhora do Carmo, 1650/loja 29 - Bairro Sion
Belo Horizonte/MG - CEP 30330-000
Tel: (31) 3031-2330

FILIAL

Rua Senador Feijó, 154/cj 64 – Bairro Sé
São Paulo/SP - CEP 01006-000
Tel: (11) 3105-6370

www.arraeseditores.com.br
arraes@arraeseditores.com.br

Belo Horizonte
2024

SUMÁRIO

Apresentação	VII
Liberdade, Igualdade e a Inclusão Social pelo Viés Jurisdicional Jônatas Luiz Moreira de Paula Jônatas Luiz Moreira de Paula Filho	1
Diversidade Cultural e Dignidade Humana: a Imposição de Um Código de Vestimenta pelo Poder Judiciário e a Violação de Direitos Alana Caroline Mossoi Tereza Rodrigues Vieira	27
Limites do Aluguel Social como Compensação Mitigatória em Política Pública de Desastre com Base na sua Aplicação para a Tragédia da Região Serrana do Rio de Janeiro em 2011 Gabriela Garcia B. Lima Moraes Isabella Maria Martins Fernandes.....	45
Competência nas Ações de Saúde e <i>Forum Shopping</i> : Jurimetria no Âmbito do TRF4 Fernanda Lemos Zanatta Fabio Fernandes Neves Benfatti.....	65
A Equiparação da Injúria Homotransfóbica ao Crime de Racismo à Luz dos Princípios Processuais Alisson da Silveira Pedro.....	81

A Vulnerabilidade dos Portadores de Doenças Raras e a Atuação do Poder Judiciário na Concretização dos Direitos Fundamentais José Adelar de Moraes.....	95
A Tutela Jurisdicional como Forma de Efetivação de Políticas Públicas e Implementação de Ações Afirmativas Reginaldo Bonifácio Marques	111
A Vulnerabilidade do Dependente Químico e o Processo de Internação Compulsória: uma Análise à Luz das Políticas Públicas e do Biodireito Camila Mota Dellantonio Zago.....	123
Desastres Climáticos e Conflitos Coletivos Complexos Délton Winter de Carvalho	139
A Tutela Processual Individual do Saneamento Básico no Brasil Gilberto Fachetti Silvestre	159
Justiça Multiportas e os Conflitos Envolvendo a Administração Pública: Arbitragem e os Interesses Públicos Disponíveis Ricardo Gueiros Bernardes Dias Diogo Abineder Ferreira Nolasco Pereira.....	173
Da Prova na Ação de Indenização por Dano Moral por Discriminação da Pessoa com Obesidade Nair de Fátima Gomes.....	191
Isapres y Fallos de Protección Con Efectos <i>Erga Omnes</i> : Análisis de los aspectos procesales de las sentencias SCS 18.VIII.22, Rol N° 12514-22 y SCS 30.XI.22, Rol N° 11.813-22 Priscila Machado Martins.....	207
De La Flexibilización Del Plazo para La Interposición Del Recurso de Protección: Reflexiones desde La Jurisprudencia Reciente Gaspar Jenkins Peña y Lillo	227

APRESENTAÇÃO

O maior desafio de uma nação é superar as dificuldades da inclusão social e assim afastar as mazelas que a miséria econômica ou cultural aflige a sociedade. O Estado é convocado a empreender ações que têm por objetivo o enfrentamento dessas adversidades e assim o faz por meio de políticas públicas. Todavia, as funções meramente executiva e legislativa não têm permitido alcançar o desígnio maior que é o estabelecimento de um real status de cidadania protegida. Quando assim ocorre – e isso tem acontecido regularmente – a atividade jurisdicional é convocada a atuar para efetivar as políticas públicas de inclusão social. E, nesse contexto, uma série de temas devem ser analisados e discutidos para compreender a possibilidade da atividade jurisdicional atuar como agente de efetivação de políticas públicas, seja no âmbito da prestação de serviços públicos, seja no campo de proteção das minorias.

E sendo assim, a presente obra coletiva procura apresentar diferentes estudos que retratam o tema em suas diversas faces. Assim, o texto inaugural traça premissas básicas para a atuação jurisdicional em busca da efetivação de políticas públicas visando a inclusão social. Essas asserções, além da própria preocupação em realizar a inclusão social, não devem renunciar às liberdades e igualdades inseridas na ordem jurídica e que compõem toda a estrutura sociopolítica. É um escrito de inserção de regras básicas do “ponto de partida” para que se alcance os resultados almejados.

O segundo texto também procura estabelecer regras para a busca da efetivação de políticas públicas, desta feita norteando a atividade jurisdicional sob a ótica da dignidade da pessoa humana no contexto da diversidade cultural. Com tais regras procura-se avançar para estabelecer os pressupostos necessários para o respeito aos diversos aspectos em diferentes culturas na concretização de políticas de inclusão social.

O terceiro artigo expõe diretamente um dos temas sensíveis de inclusão social que é o aluguel social em prol das vítimas de desastres climáticos na região serrana do Estado do Rio de Janeiro. Mais que uma questão de política urbana, trata-se evidentemente de efetivação de política essencial para a dignidade humana.

O quarto texto versa sobre uma análise da jurisprudência do TRF-Tribunal Regional Federal da 4ª Região sobre a escola da competência das ações que versam sobre questões de saúde.

O quinto trabalho trata do combate da transfobia ao equiparar a sua prática ao racismo. Refere-se à matéria de inclusão social em que, sua essência, busca a igualdade para permitir o exercício da liberdade individual.

O escrito seguinte reflete sobre a atuação da atividade jurisdicional na efetivação de políticas públicas de saúde acerca de doenças raras. A realização do direito fundamental à saúde mostra-se essencial não só na macroestrutura social como também em dimensões individuais.

O sétimo texto pondera sobre uma análise descritiva da implementação das ações afirmativas pela atividade jurisdicional como mecanismo da realização da igualdade racial.

A obra prossegue com tema que discute a internação compulsória do dependente químico em face da sua condição de vulnerabilidade e o papel exercido pelo Poder Judiciário ante o confronto de interesses que norteiam a polêmica questão. Por esse texto vislumbra-se a liberdade individual pedindo passagem após a eliminação da sua condição vulnerável em razão da dependência química.

O nono artigo explana a delicada questão entre os desastres climáticos (aqui compreendido a sua causa e os seus danosos efeitos) em relação aos interesses coletivos (aqui tanto a sociedade na condição de vítima como na condição de empreendedora da atividade econômica). O texto reafirma a tutela inibitória como mecanismo jurisdicional para a solução dos conflitos em interesse.

O décimo trabalho se refere à atividade jurisdicional para efetivação do direito ao saneamento básico tanto na sua dimensão individual como transindividual ao especificar as tutelas jurisdicionais adequadas ao caso concreto.

O texto seguinte discorre sobre a justiça multiportas como sistema alternativo à solução de conflitos disponíveis da administração pública.

A obra avança com o artigo que analisa a resposta da justiça brasileira frente a atos de discriminação contra pessoas obesas, bem como demonstra como essas ações geram danos indenizáveis de ordem moral, capazes de lesionar o bem-estar psicológico das vítimas, indo muito além do mero dissabor cotidiano.

Por fim, os dois últimos textos vêm de professores chilenos que contribuem imensamente com a obra. É o que podemos observar com o texto de Priscila Machado Martins, acerca das demandas relativas ao fundo privado de saúde chileno denominado Isapres e o texto de Gaspar Jenkins Peña y Lillo

acerca do *recurso de protección*, que vem a ser medidas judiciais para atos ou omissões arbitrárias ou ilegais que geram privação, perturbação ou ameaça a direitos e garantias constitucionais.

Por fim, destaque-se aqui que, a presente obra resulta da integração dos programas brasileiros de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Paranaense (UNIPAR) e da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), além de pesquisadores do Chile. Coube ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da UNIPAR a idealização da obra que contou com o fomento da CAPES decorrente da Portaria nº 155, 10 de agosto de 2022.

A todos, uma boa leitura.

Prof. Dr. Jônatas Luiz Moreira de Paula

- Pós-Doutor em Direito pela Universidad de Sevilla (Espanha),
Doutor em Direito pela UFPR, Mestre em Direito pela UEL e Professor do Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense – UNIPAR

Prof. Dra. Tereza Rodrigues Vieira

- Pós-Doutora em Direito pela Université de Montréal (Canadá),
Doutora e Mestra em Direito pela PUC-SP e Professora do Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense – UNIPAR

Prof. Dr. Tiago Figueiredo Gonçalves

- Doutor e Mestre pela PUC-SP e Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo - UFES

Prof. Dra. Evelyn Vieyra Luna

- Pós-Doutora pelo Institut d'Études Politiques de Paris (França),
Doutora em Direito pela PUC-Chile e Professora do Departamento de Direito Processual da PUC-Chile

LIBERDADE, IGUALDADE E A INCLUSÃO SOCIAL PELO VIÉS JURISDICIONAL

Jônatas Luiz Moreira de Paula¹
Jônatas Luiz Moreira de Paula Filho²

1. INTRODUÇÃO

O presente texto tem por objetivo analisar os fundamentos macros e juspolíticos que permitiram relativizar a formal regra de igualdade e liberdade dentro de uma equação traçada a partir do Estado de Direito instituído no final do século XVIII.

Essa relativização se revela necessária para um processo de equalização entre os membros da associação, a fim de permitir que todos possam exercer plenamente as liberdades conferidas pelo sistema econômico e justificar socialmente os resultados obtidos.

Nesse aspecto, também o texto mostra o papel essencial exercido pela jurisdição, como elemento de efetivação das políticas públicas de inclusão social.

Com efeito.

2. PRESSUPOSTOS PARA A ASSOCIAÇÃO POLÍTICA

A organização política que se instituiu a partir da Revolução Francesa se baseou na assimilação dos direitos à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade como patrimônio jurídico da sociedade e da tripartição dos poderes do estado, todos vocalizados numa Constituição que, por sua vez, deveria irradiar esses pressupostos na ordem jurídica. É a figura do Estado de Direito constituído sob

¹ Advogado, Mestre (UEL), Doutor (UFPR), e Pós-Doutor em Direito (Universidade de Coimbra) Professor Titular da UNIPAR., Universidade Paranaense.

² Acadêmico de Direito (PUC-PR).

uma ótica burguesa-individual do século XVIII em reação ao absolutismo das monarquias que predominava desde o século XVI.

Excluindo o direito à vida, pois por seu próprio significado é causa determinante da existência da organização política e social, nota-se que os direitos à liberdade e à igualdade constituem os pressupostos essenciais dessa organização política e que permitiria a convivência social.

Não há como analisar a liberdade distintamente da igualdade e vice-versa. Ambos os pressupostos necessitam de um e de outro para existir e se efetivar. Ademais, acolheu-se como referencial que todos os homens nascem livres, porém são substancialmente desiguais uns dos outros.

Ao longo do século XIX, em vista das conseqüências advindas da Revolução Industrial, as diferenças sociais se ampliaram em razão das más condições sociais que afligia parcela significativa da sociedade, especialmente por ausência de uma regulamentação específica das condições do trabalho. Por outro lado, em nome da liberdade que se originava da igualdade, um pequeno contingente social se usufruía dos benefícios do sistema burguês-industrial.

Diante desse quadro, surgiram doutrinas socialistas/comunistas que propugnavam a igualdade pela restrição da liberdade, sobretudo a econômica ao suprimir o direito de propriedade em vários aspectos, a fim de viabilizar a efetiva isonomia social. Porém o experimento dessas doutrinas não permitiram auferir resultados satisfatórios, senão desastrosos.

Em reação o século XX foi dedicado ao desenvolvimento de doutrinas que visavam assegurar razoável liberdade econômica com a promoção social, incrementado ainda por novos fatores sociais como a educação, saúde, previdência e defesa do meio ambiente. Esperava-se com isso inserir garantias para a atividade econômica e assim propiciar o desenvolvimento social em bloco de tal maneira que todas as camadas da sociedade pudessem participar dos benefícios do capitalismo. O efeito disso é que o desenvolvimento social se revelou lento e inconsistente sem desconsiderar a gradual elevação da carga tributária imposta à sociedade. O estado se tornou caro para o indivíduo³ ao mesmo tempo que pretende se apresentar como indispensável à sociedade.

Já o século XXI ingressa numa nova etapa de luta contra a desigualdade social: diante da experiência colhida com as políticas de transferência de renda,

³ Fabrício Augusto de Oliveira bem demonstra a correlação entre gastos públicos brasileiro, nele incluindo políticas públicas, com o PIB nas 4 fases do capitalismo: a) na primeira fase, mercantilista, a carga tributária e os gastos públicos não excediam a 15% do PIB; b) na segunda fase, a concorrencial, a carga tributária e os gastos públicos ficaram entre 15-20% do PIB; c) na terceira fase, com maior interferência estatal, a carga tributária e os gastos públicos se elevaram para 25% do PIB; d) e na quarta fase, a da globalização, a carga tributária e os gastos públicos passaram a ter a média de 35% do PIB. (OLIVEIRA, 2010, p. 77-78)

a desigualdade não mais se limitava às condições de pobreza econômica, mas também por outros critérios como a etária, racial e a sexual. Tem-se, portanto, a figura da política identitária que visa a promoção social de determinados segmentos da sociedade em virtude de uma característica pessoal que é comum a algumas pessoas. E somente o estado poderia promover a inserção social desses grupos sociais. É o estado reafirmando a sua presença indispensável na sociedade com manifesta restrição à liberdade individual.

3. A DESIGUALDADE SOCIAL COMO FATOR DE RESTRIÇÃO DO EXERCÍCIO DA LIBERDADE E DA IGUALDADE

Assim a contemporânea equação liberdade-igualdade deve ceder seus postulados mais radicais em busca da mitigação da desigualdade social. Isso porque as desigualdades sociais estão organicamente impregnadas na estrutura social e disso pode-se observar o fenômeno X, assim descrito:

Ou seja, o sujeito nasce livre, mas terá essa liberdade se estreitando em nome da civilidade (aqui entendida como conjunto de regras de convivência social) para que os que se encontram em posição de inferioridade social (em virtude da desigualdade) tenha acesso a benefícios exclusivos, e assim a sua desigualdade pessoal tende a se igualar com os demais seres humanos dentro de um processo de equalização social, a fim de compor essa organicidade social. E quem se coloca numa posição de inferioridade social terá a seu favor uma série de oportunidades em detrimento de outros para elevar o seu padrão social e compor efetivamente a organicidade social. Esse fenômeno X nada mais é que um processo artificial para corrigir distorções naturais. (PAULA, 2021, p. 19).

Políticas de transferência de renda, como benefícios previdenciários e sociais e o Bolsa Família e suas derivações, melhor exemplificam a inclusão social pelo viés econômico; já a política de cotas para acessos e promoções em cargos públicos e vagas em universidades públicas, deferidas a negros, índios, deficientes físicos e pessoas transexuais, exemplificam a inclusão social pelo viés identitário.

Elas se mostram necessárias para que grupos sociais que se encontram a margem das benesses da vida social capitalista possam alcançar melhores posições na sociedade e no mercado de trabalho e, quiçá, alcançar a desejada independência.

Por outro lado, essas políticas de inclusão social revelam, ainda que implicitamente, um tratamento desigual aos que se encontram inseridos em vida social. Por isso deve-se sempre ter mente que:

Se os homens nascem desiguais, o sistema juspolítico de nações ocidentais confere a eles a possibilidade de amplo exercício de sua liberdade, no afã de diminuir as desigualdades entre as classes sociais.

Ou seja, o combate à desigualdade se operacionaliza mediante ampla liberdade ou de oportunidades adicionais a quem se encontra em situação de hipossuficiência. Mas essa mesma liberdade será limitada a quem se encontra em situação de hipersuficiência, a fim de quem se encontra em hipossuficiência possa ter acesso a oportunidades que naturalmente não lhes seriam conferidas. É o fenômeno X, posto que, o indivíduo nasce desigual e para que haja a sua promoção social dentro de um processo civilizatório, lhe é conferido oportunidades adicionais para exercê-las livremente. Essas oportunidades adicionais são concedidas pelo poder público, mas essas mesmas oportunidades não são deferidas a quem se encontra em posição privilegiada na macroestrutura social. Se não houvesse a concessão dessas oportunidades adicionais aos que se encontram em posição de inferioridade social, muitas oportunidades não poderiam ser exercidas por ele, o que implicaria na condenação eterna ao imobilismo social.

Portanto o combate à desigualdade se dá mediante um processo de equalização, que nada mais é que uma troca parcial de liberdades públicas, onde estas são retiradas de um grupo social e transferidas a outro até que se alcance a equalização. (PAULA, 2021, p. 22-23)

Esses ajustes políticos que se projetam na ordem política como mecanismos de inclusão social representam a quebra da isonomia da igualdade liberal burguesa do século XVIII, mas são necessárias para a construção de uma sociedade que o artigo 3º da CF estabeleceu como justa, livre, solidária e livre de qualquer forma de discriminação social.

É uma missão a ser realizada, seja pela nação, seja pelo estado brasileiro.

4. A JURISDIÇÃO COMO ELEMENTO DE INCLUSÃO SOCIAL

Imbuído do espírito do artigo 3º da CF, a jurisdição impôs uma nova dinâmica na efetivação das políticas públicas de cunho social. Transpondo uma posição de autocontenção no início do século XXI para não imiscuir noutros poderes para assim assegurar a independência e harmonia, daquilo que aqui se denomina “jurisdição montesquiana” para terminar já na primeira década desse mesmo século XXI com uma postura em que se abandonou a autocontenção para efetivar políticas públicas de cunho social, com o que se denomina “jurisdição ativista”.

Com efeito.

4.1. A “jurisdição montesquiana”

A simples normatização dos direitos fundamentais não resultou, necessariamente, no surgimento do ativismo judicial. A questão é meramente objetiva: os direitos fundamentais sociais estavam consagrados havia tempos na ordem

jurídica brasileira, tendo a Constituição de 1946 como um referencial histórico; todavia o ativismo judicial no Brasil começou a ser detectado na atividade jurisdicional nos primeiros anos do Terceiro Milênio.

Além disso, mesmo com a Constituição Federal de 1988 – diploma legal básico dos direitos fundamentais –, ainda assim houveram decisões dos tribunais superiores que negavam efetividade a direitos sociais, como ocorrera em 2002 quando o STJ negou tutela jurisdicional a fim de que o município realizasse reformas em hospital público e aquisição de ambulâncias em nome do princípio da harmonia e independência entre os poderes. É o que pode ser constatado:

CONSTITUCIONAL – ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO – EXERCÍCIO PELO JUIZ – IMPOSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA HARMONIA ENTRE OS PODERES. O juiz não pode substituir a Administração Pública no exercício do poder discricionário. Assim, fica a cargo do Executivo a verificação da conveniência e da oportunidade de serem realizados atos de administração, tais como, a compra de ambulâncias e de obras de reforma de hospital público. O princípio da harmonia e independência entre os Poderes há de ser observado, ainda que, em tese, em ação civil pública, possa o Município ser condenado à obrigação de fazer. Agravo a que se nega provimento.⁴

O que realmente propiciou o ativismo judicial no Brasil foi a mudança de postura dos juízes e assim provocando uma revisão da postura meramente *montesquiana* para alcançar a postura ativista.

A postura inicialmente inerte da jurisdição brasileira se deve à construção de uma mentalidade efetuada durante o iluminismo francês e com isso reservou aos poderes do estado de direito uma atuação institucional com uma nítida divisão de tarefas: ao Poder Legislativo cabia a produção do direito; ao Poder Executivo a execução das leis que integram o ordenamento jurídico; e ao Poder Judiciário a aplicação da lei aos casos concretos a fim de dirimir conflitos sociais.

Essa postura aqui é denominada “jurisdição *montesquiana*” porque esse modelo foi retratado por Montesquieu em sua obra clássica para assim reconhecer que o Legislativo seria o único poder estatal a criar o direito por causa de sua atividade legiferante e que o Judiciário seria o poder político para combater a tirania e a arbitrariedade.⁵

A jurisdição *montesquiana* é um rótulo que se dá à postura jurisdicional fundado essencialmente na contenção do poder decisório do juiz, de tal sorte que não ingressaria em seara de outros poderes políticos senão em virtude absoluta

⁴ AGRESP 252083/RJ, 2ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, DJ de 26/03/2001, p. 415.

⁵ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *O Estado Jurisdicional no Brasil*. Belo Horizonte: D'Plácido Editora, 2018, p. 129-133.

autorização legal. Isso colocaria o Poder Judiciário como um verdadeiro poder jurídico e não como atuante poder político.

Tal situação bem reflete a ideologia judicial da época. Isso ficou bem demonstrado na obra de João Baptista Herkenhoff publicada em 1993.⁶ Nesta, o autor fez uma pesquisa de campo entre os magistrados capixabas e no tópico em que analisa a “ideologia dos juízes”, constatou que os mesmos são classificados como “moderados conservadores” em virtude das características notadas do *zelo pela ordem, senso de legalidade, preferência pela formalidade e solenidade* associado a uma *consciência de seu ofício e dever de adaptar o direito e valores culturais à realidade da vida interiorana*.⁷

Mas, como se verá no tópico seguinte, na medida em que os direitos fundamentais foram conquistando espaço no sistema juspolítico na proporcionalidade que a democracia permitia ao seu tempo, a postura *montesquiana* da jurisdição foi perdendo espaço para um comportamento pró-ativo da atividade judicante.

E assim o ativismo judicial passou a ganhar “musculatura” hermenêutica e propiciar decisões até então impensáveis sob a ótica da “jurisdição *montesquiana*”. Nesse aspecto a atividade jurisdicional assume uma concepção transformadora, na medida que efetiva direitos fundamentais.

Essa situação ocorreu por um processo de transferência de competência decisória do Poder Legislativo e Poder Executivo para o Poder Judiciário mediante um fenômeno denominado *juristocracia* que, nas palavras de Hélio Pinheiro Pinto, vem a ser a:

Expansão crescente do Poder Judiciário e do protagonismo jurídico, social e político de seus juízes, os quais passam a substituir os Poderes Executivo e Legislativo na resolução dos grandes dilemas coletivos da vida nacional, ocupando espaços que antes eram exclusivamente dominados por agentes políticos eleitos pelo povo, que, com isso, perdem progressivamente autonomia institucional e importância político-social, deflagrando-se um processo de enfraquecimento lento e gradativo do regime democrático.⁸

A expressão *juristocracia* adotada por Helio Pinheiro Pinto é o equivalente que ao “Estado Jurisdicional” e, de igual forma, Oscar Vilhena Vieira denomina *supremocracia do STF* o que vem a ser:

o poder sem precedentes conferido ao Supremo Tribunal Federal para dar a última palavra sobre as decisões tomadas pelos demais poderes em relação a um ex-

⁶ HERKENHOFF, João Baptista. *O Direito dos Códigos e o Direito da Vida*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

⁷ HERKENHOFF, João Baptista. *O Direito dos Códigos e o Direito da Vida...*, p. 144-198.

⁸ PINTO, Hélio Pinheiro. *Juristocracia: O STF entre a judicialização da política e o ativismo judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 54.

tenso elenco de temas políticos, econômicos, morais e sociais, inclusive quando essas decisões forem veiculadas por emendas à Constituição. A supremocracia é uma consequência da desconfiança na política e da hiperconstitucionalização da vida brasileira. Sua arquitetura está baseada na concentração de três funções jurisdicionais nas mãos de uma única corte, assim como na criação de canais de acesso direto aos atores políticos para provocar a jurisdição do Tribunal. A supremocracia também tem sido favorecida pela sua ampla discricionariedade, decorrente da ausência de uma cultura consolidada de precedentes no país; da dificuldade do Tribunal de estabelecer standards interpretativos; assim como da indisposição do STF de se submeter apenas aquilo que foi pedido pelas partes. Importa destacar, por fim, o surgimento de diversas correntes do pensamento constitucional, no contexto da “terceira onda de democratização”, preocupada em maximizar a eficácia das novas constituições, que concedem uma maior amplitude à ação do Judiciário na interpretação e aplicação da Constituição.⁹

Curioso que as três obras mencionadas com os seus diferentes conceitos sobre o mesmo objeto – Estado Jurisdicional; juristocrática; supremocracia – foram todas publicadas em 2018, época em que o ativismo judicial e a judicialização da política estavam no seu auge, especialmente em vista da então Operação Lava-Jato.

4.2. Ativismo judicial e sua concepção transformadora

É demasiadamente sabido que a expressão *ativismo judicial* passou a ser proferida em 1947 pelo jornalista Arthur Schlesinger Jr. nos Estados Unidos da América, no sentido de interpretação judicial em que se busca garantir preceitos já garantidos constitucionalmente. Essa expressão foi elaborada para contextualizar o recuo da Suprema Corte norte-americana às decisões sobre a constitucionalidade das leis econômicas do *New Deal* em reação à proposta legislativa presidente Franklin Roosevelt de alteração na composição do tribunal, elevando-o de 9 (nove) para 15 (quinze) membros. Schlesinger, ao analisar a situação, dividiu os membros em *ativistas*, *autocontenção* e *moderados*, sendo que os partidários da autocontenção atuavam no interesse da democracia, eis que as tomadas de decisão deveriam ser feitas por quem estava sob o escrutínio do controle social (ou seja por quem foi eleito) e os partidários do ativismo se caracterizavam por projetar em suas decisões as preferências político-ideológicas.¹⁰

Posteriormente essa expressão foi cunhada para qualificar a atuação da Suprema Corte durante os anos 1954 e 1969, onde se percebeu a construção de uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais.

⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 162-163.

¹⁰ PINTO, Hélio Pinheiro. *Juristocracia...*, p. 66-67.

A crença no ativismo judicial norte-americano se dá pelo próprio sistema da *common law* e na possibilidade da jurisdição dar vida e efetividade à Constituição, eis que nos EUA ela não está normativamente tão exaustiva quanto a Constituição brasileira. Ademais, acrescenta Edmund Lindop:

Os ativistas olham para a Constituição com bravura, argumentando que é um documento vivo que é flexível o suficiente para enfrentar os novos desafios de nosso mundo moderno. A Suprema Corte, afirmam eles, deve desempenhar um papel importante ao ajudar a provocar mudanças políticas, sociais e econômicas desejáveis. Por esta razão, os ativistas podem expandir a interpretação dos direitos declarados para incluir outras proteções que não são especificamente mencionadas na Constituição.¹¹

Isso gerou nos Estados Unidos um conceito pejorativo de ativismo judicial, como a que encontrada no *Black's Law Dictionary*:

Filosofia judicial que motiva os juízes a afastarem-se da estrita observância ao precedente judicial em favor de políticas sociais progressistas e novas, que nem sempre são consistentes com a restrição esperada de juízes de apelação. É comumente marcada por decisões que pedem mudanças sociais e, ocasionalmente, essas decisões representam intromissões em assuntos legislativos e executivos.¹²

Nos EUA, dada as características peculiares de seu sistema jurídico, não há uma concepção única e nem padronizada do conceito de ativismo judicial. Aponta William P. Marshall, em artigo publicado originariamente na Revista Jurídica da Universidade do Colorado e posteriormente republicado na da Universidade do Norte da Carolina, a existência de sete tipos de ativismo judicial.¹³ Das setes espécies apontadas, interessa para esta obra o ativismo contramajoritário (caracterizado na relutância em acatar as decisões da maioria democraticamente eleita e assim proteger os interesses da minoria); o ativismo material (caracterizado pela criação de novos direitos e novos preceitos constitucionais); o ativismo remediador (caracterizado por impor ações positivas aos demais poderes).

Porém, no Brasil, a expressão “ativismo judicial” começou a ser tratada no âmbito da doutrina jurídica, da jurisprudência e até mesmo no âmbito dos poderes executivo e legislativo a partir dos primeiros anos do Século XXI. Antes

¹¹ LINDOP, Edmund. *The changin Supreme Court*. New York: Franklin Watts, 1995, p. 14-15.

¹² CARACIOLA, Andrea Boari; ASSIS, Carlos Augusto de; PEREIRA, José Horácio Cintra Gonçalves; DELLORÉ, Luiz. *Ativismo Judicial e Princípio do Dispositivo*. In *Processo e Ideologia* (Adriano Cesar Braz Caldeira – coord.). São Paulo: LTr, 2015, p. 44.

¹³ MARSHALL, William P. *Conservatives and Seven Sins of Judicial Activism*. *University of Colorado Law Review/University of North Carolina – Chapel Hill School of Law – Public Law and Legal Theory Research Paper n. 02-8*, v. 73, 2002, p. 104.

disso o que se tinha era um círculo muito restrito de debates a respeito, limitado no âmbito doutrinário do direito.

O incremento do ativismo judicial no Brasil ocorreu na proporção da medida em que a sociedade brasileira e a atividade jurisdicional passaram a ter consciência dos direitos assegurados pela Constituição Federal e do caráter *fundamental* que eles significavam.

Sendo assim, abria-se a possibilidade de haver a construção judicial dos direitos fundamentais em vista de sua autoexecutividade. Nessa perspectiva, o direito norteamericano em muito inspirou o ativismo brasileiro, eis que a construção dos direitos civis nos EUA (o que se compreende por direitos fundamentais) foi executado por sua Suprema Corte. Aduz Oscar Vilhena Vieira:

Talvez como medida de proteção contra o alto grau de insinceridade do legislador, o constituinte brasileiro, ao lado da prevalência dos direitos fundamentais, tenha buscado assegurar sua independência (conceito correlato) em relação ao Legislativo, ao próprio Judiciário e ao Executivo. Se lermos com atenção o § 1º do art. 5º da CF, veremos que exige o constituinte a “aplicação imediata” das normas garantidoras de direitos e garantias fundamentais. Ou seja: estas não podem ter sua aplicação retardada por inexistência de lei ou qualquer outro ato normativo.¹⁴

Por isso, ao responder à pergunta sobre o que é justiça social sob o ponto de vista da atuação da Suprema Corte, Arthur S. Miller afirma que é basicamente uma forma de distribuição de justiça, preocupado com as maneiras pelas quais benefícios são distribuídos na sociedade através de suas maiores instituições: como a saúde é alocada; direitos pessoais são protegidos; e outros benefícios positivos são divididos entre a população. Ou seja, a justiça social mantém em seu valor geral o seu caráter distributivo mais claro: justiça é dar a cada um o que é seu (*suum cuique*).¹⁵

E por justiça social também se compreende o justo estado de coisas em que cada indivíduo tem exatamente aqueles benefícios e encargos que lhe são devidos em virtude das suas características e circunstâncias, em vista de um sistema de regras idealizada pelo direito para uma projetada proporção de ideia social. É a regra do Princípio do Interesse Social Dirigido pela Razão.¹⁶

Prossegue Arthur S. Miller, que nessa perspectiva, a justiça social pode ser *conservativa* e *prospectiva*. Será conservativa na medida da preservação da ordem da existência de direitos e posses; e será prospectiva a fim de restaurá-los quando ocorrer violações ou modificações.¹⁷

¹⁴ VEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais...*, p. 37.

¹⁵ MILLER, Arthur S. *Politics, Democracy and the Supreme Court: Essays on the Frontier of Constitutional Theory*. Westport, Connecticut: Greenwood Press, 1985, p. 215.

¹⁶ MILLER, Arthur S. *Politics, Democracy and the Supreme Court...*, p. 215.

¹⁷ MILLER, Arthur S. *Politics, Democracy and the Supreme Court...*, p. 215.

Também na área sindical pode-se notar uma mudança de postura dos tribunais norte-americanos, como esclarece Flávio Limoncic, pois eles saíram de uma posição de punição à organização sindical por conspiração aos trabalhadores no início do século XIX para reconhecer a sua importância na organização e contratação de trabalhadores como etapa estratégica na política do New Deal no século XX.¹⁸

Ao conferir efetividade aos direitos fundamentais o juiz estaria realizando o direito já pré-estabelecido em toda a sua dimensão horizontal, ou seja estaria complementando em toda a sua construção teórica. E ao fazer isso, como leciona Modesto Saavedra, o juiz aceita o direito como um compromisso político-moral e assim ele se converte como um agente do poder.¹⁹

Mas a expressão ativismo judicial, se por um lado implica na efetivação de políticas sociais, por outro lado denuncia a ausência de políticas públicas específicas, o que deveria implicar na possibilidade de autocontenção do Poder Judiciário, eis que pertencem aos poderes legitimamente eleitos pela população a tarefa de elaborar e efetivar políticas públicas. A expressão essencial do ativismo judicial é a efetivação de direitos fundamentais, embora não caiba ao Poder Judiciário criar políticas públicas, senão dar efeito concreto.

E nisso há que se apontar uma distinção entre ativismo judicial e a judicialização da política. Enquanto na judicialização ocorre a resolução de questões pelo Poder Judiciário onde tradicionalmente se fazia pelas instâncias políticas, no ativismo vê-se o incremento de políticas públicas já pré-estabelecidas pelo poder político e inseridas no ordenamento jurídico a partir de um modo de abordagem dos valores e fins constitucionais.²⁰

4.3. O ativismo judicial no Brasil

O ativismo judicial no Brasil, como se disse anteriormente, é assunto recente que surge na virada do milênio. E isso se deve a uma demora no desenvolvimento da cultura dos direitos fundamentais no seio do Poder Judiciário e da própria idéia da força normativa da Constituição frente a outros diplomas legais.

A Constituição Federal de 1988 é o ponto de partida do ativismo judicial brasileiro e também a sua base normativa, eis que ela fora elaborada especialmente sob o fundamento de remover o entulho autoritário do regime militar que se implantou no Brasil entre 1964-1985.

¹⁸ LIMONCIC, Flávio. *Os inventores do New Deal: Estado e sindicatos no combate à Grande Depressão*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009, p. 55-103.

¹⁹ SAAVEDRA, Modesto. *Jurisdicción, Constitución y Derecho*. México: Fontamara, 2007, p. 43.

²⁰ CARACIOLA, Andrea Boari; ASSIS, Carlos Augusto de; PEREIRA, José Horácio Cintra Gonçalves; DELLORÉ, Luiz. *Ativismo Judicial e Princípio do Dispositivo...*, p. 44-45.

Contudo, a despeito da Constituição Federal inaugurar novos paradigmas jurídicos, como o antropocentrismo jurídico e um “catálogo” de direitos fundamentais, não houve a radical mudança no pensamento jurisdicional brasileiro logo após a sua promulgação. Ao contrário, mesmo uma década depois da promulgação da Constituição, ainda era possível encontrar decisões judiciais em que a primazia dos direitos fundamentais era submissa a outros entendimentos que acabavam por negá-los. É o que se pode observar do seguinte aresto do STJ:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. CARÊNCIA DE AÇÃO. MUNICÍPIO. OBRA PARA PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE. 1 – Não se empresta seguimento a recurso especial intentado para reformar acórdão que elegeu matéria constitucional como informe básico para a conclusão assentada. 2 . Em tese, pode a administração pública figurar no polo passivo da ação civil pública e até ser condenada ao cumprimento da obrigação de fazer ou deixar de fazer. 3. O art. 3., da Lei n. 7.347/85, a ser aplicado contra a administração pública, há de ser interpretado como vinculado aos princípios constitucionais que regem a administração pública, especialmente, o que outorga ao Poder Executivo ‘o gozo de total liberdade e discricionariedade para eleger as obras prioritárias a serem realizadas, ditando a oportunidade e conveniência desta ou daquela obra, não sendo dado ao Poder Judiciário obrigá-lo a dar prioridade a determinada tarefa do poder público’ (trecho do acórdão). 4. Matéria constitucional sublimada, essencialmente, no aresto que não cabe ser examinada em sede de recurso especial. 5. Agravo regimental improvido.²¹

Ou como na já citada decisão do STJ:

CONSTITUCIONAL – ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO – EXERCÍCIO PELO JUIZ – IMPOSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA HARMONIA ENTRE OS PODERES. O juiz não pode substituir a Administração Pública no exercício do poder discricionário. Assim, fica a cargo do Executivo a verificação da conveniência e da oportunidade de serem realizados atos de administração, tais como, a compra de ambulâncias e de obras de reforma de hospital público. O princípio da harmonia e independência entre os Poderes há de ser observado, ainda que, em tese, em ação civil pública, possa o Município ser condenado à obrigação de fazer. Agravo a que se nega provimento.²²

Essas eram decisões da época e sob a vigência da Constituição Federal de 1988. Mas a mentalidade hermenêutica ainda estava ligada aos preceitos da “jurisdição *montesquiana*”, ou seja, de uma atividade jurisdicional meramente declarativa e não criadora do direito, e menos ainda uma atividade que tinha a audácia

²¹ AGA 138901/GO, 1ª T., rel. Min. José Delgado, DJ de 17/11/1997, p. 59456.

²² AGRESP 252083/RJ, 2ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, DJ de 26/03/2001, p. 415.

de atentar contra o Princípio da Independência e Harmonia entre os Poderes (CF, art. 2º). A autocontenção era evidente e presente.

Mas essa postura tímida da jurisdição brasileira foi aos poucos se modificando, à medida que novos juízes mais afinados com a doutrina dos direitos fundamentais assumiram cargos de relevância no Poder Judiciário e assim pôde-se notar uma total revolução nas decisões judiciais.

Isso porque os novos ventos democráticos também assopraram o Poder Judiciário brasileiro. Imbuídos de uma nova consciência jurídica a partir de direitos subjetivos consignados na Constituição Federal de 1988, o Poder Judiciário brasileiro lentamente rompeu dogmas para superar os obstáculos criados pela ideologia conservadora que proclamava a independência e harmonia dos poderes.

Poder-se-ia dizer que a visão é de que a independência e harmonia dos poderes, bem como da discricionariedade administrativa, não serão quebrados se da ação ou omissão do administrador público não gerar lesão a direitos subjetivos consagrados na Constituição Federal. Haveria a autocontenção judicial em tais situações, pois do agir ou da inércia da administração pública, nenhuma ilegalidade ocorreria e nem ofenderia preceitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal.

Todavia, em sentido contrário, poderá haver a revisão judicial da discricionariedade administrativa se da ação ou omissão do administrador gerar a inefetividade de direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal. Enfim, a atuação política terá que ser modelada a luz das normas jurídicas, sobretudo dos direitos fundamentais. É o momento em que o Estado de Direito brasileiro tornaria o Brasil um estado de direito. E sendo assim, não haveria ruptura da divisão de tarefas entre os poderes do estado brasileiro, o que manteria a independência e a harmonia entre eles.

Assim o ativismo judicial surge – ao menos no Brasil – a partir da redemocratização e a assimilação cultural-jurídica da supremacia dos princípios e valores consagrados na Constituição sobre as diversas formas de relacionamento.

O ativismo propiciava inserir a atividade jurisdição como um elemento na governança brasileira e colocava a decisão judicial como ferramenta de aprimoramento da gestão pública.

Tem-se aí uma ampliação da concepção pura da “jurisdição constitucional”, que supera a análise das ações constitucionalmente previstas e normas relacionadas ao direito processual para galgar a possibilidade de inserir nas demandas os princípios e valores contidos na Constituição Federal.

São várias as decisões que bem exprimem essa superação do dogmatismo *montesquiano* da jurisdição para uma postura ativista. Algumas delas serão citadas no tópico seguinte, mas para efeito de estabelecimento de um estereótipo, cita-se o seguinte aresto do STJ do então Min. Luiz Fux:

1. Resta estreme de dúvidas que a coleta de lixo constitui serviço essencial, imprescindível à manutenção da saúde pública, o que o torna submisso à regra da continuidade. Sua interrupção, ou ainda, a sua prestação de forma descontinuada, extrapola os limites da legalidade e afronta a cláusula pétrea de respeito à dignidade humana, porquanto o cidadão necessita utilizar-se desse serviço público, indispensável à sua vida em comunidade. 2. Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Trata-se de direito com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, *in casu*, o Estado. 3. Em função do princípio da inafastabilidade consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todos os cidadãos residentes em Cambuquira encartam-se na esfera desse direito, por isso a homogeneidade e transindividualidade do mesmo a ensejar a bem manejada ação civil pública. 4. A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. **Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea.** 5. Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar a saúde pública a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais.²³

Essa postura representa uma ruptura do Poder Judiciário com a concepção *montesquiana* que premiava o dogmatismo, onde, em nome da separação de poderes, a atividade jurisdicional não deveria imiscuir na atividade de outros poderes a despeito de evidentes ilegalidades.

Assim agindo o Poder Judiciário apenas prosseguiu na dinâmica democrática que moveu o país desde a década de 1970, cujos temas avançavam conforme o degrau cultural político: movimento pela anistia → Diretas Já → eleição de Tancredo Neves → nova Constituição Federal → efetivação de direitos fundamentais.

A jurisdição não mais se continha na resolução de conflitos patrimonial de interesses particulares; a jurisdição passava a exercitar ferramentas que visavam a inclusão social. O artigo 3º da CF passou a nortear a atividade jurisdicional.

²³ RESP nº 575998/MG, 1ª CCiv., rel. Min. Luiz Fux, j. 07/10/2004.

4.4. Alguns temas de ativismo judicial

A expansão do ativismo judicial se deu ao longo das primeiras décadas do novo milênio. Como dito antes, o surgimento do ativismo judicial se deu em torno da efetivação de direitos fundamentais e, a despeito de suas decisões imporem condutas à administração pública em geral, elas eram desprovidas de qualquer conteúdo político-ideológico, senão, a de dar eficácia aos direitos fundamentais. Tal como ocorreu nos EUA onde a Suprema Corte conferiu a dinâmica na efetivação dos direitos civis.²⁴

Assim pode-se observar nas decisões abaixo o caráter meramente transformador do ativismo judicial. Ou seja, em cada decisão, a busca pela mudança da realidade social dos beneficiários do julgamento.

Com efeito.

a) O critério orientador do STJ.

Embora tenha decidido no âmbito das pessoas com deficiência física, o STJ, em acórdão lapidar, estabeleceu seu critério acerca das demandas de inclusão social:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROTEÇÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA FÍSICA, MENTAL OU SENSORIAL. SUJEITOS HIPERVULNERÁVEIS. FORNECIMENTO DE PRÓTESE AUDITIVA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. LEI 7.347/85 E LEI 7.853/89. 1. Quanto mais democrática uma sociedade, maior e mais livre deve ser o grau de acesso aos tribunais que se espera seja garantido pela Constituição e pela lei à pessoa, individual ou coletivamente. 2. Na Ação Civil Pública, em caso de dúvida sobre a legitimação para agir de sujeito intermediário – Ministério Público, Defensoria Pública e associações, p. ex. –, sobretudo se estiver em jogo a dignidade da pessoa humana, o juiz deve optar por reconhecê-la e, assim, abrir as portas para a solução judicial de litígios que, a ser diferente, jamais veriam seu dia na Corte. 3. A categoria ético-política, e também jurídica, dos sujeitos vulneráveis inclui um subgrupo de sujeitos hipervulneráveis, entre os quais se destacam, por razões óbvias, as pessoas com deficiência física, sensorial ou mental. 4. É dever de todos salvaguardar, da forma mais completa e eficaz possível, os interesses e direitos das pessoas com deficiência, não sendo à toa que o legislador refere-se a uma ‘obrigação nacional a cargo do Poder Público e da sociedade’ (Lei 7.853/89, art. 1º, § 2º, grifo acrescentado). 5. Na exegese da Lei 7.853/89, o juiz precisa ficar atento ao comando do legislador quanto à finalidade maior da lei-quadro, ou seja, assegurar

²⁴ MILLER, Arthur S. *Politics, Democracy and the Supreme Court: Essays on the Frontier of Constitutional Theory*. Westport, Connecticut: Greenwood Press, 1985; SHELDON, Charles H. *The essentials of the constitution: the Supreme Court and the Fundamental Law*. Boulder-Cumnor Hill: Westview Press, 2002.

‘o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiência, e sua efetiva integração social’ (art. 1º, caput, grifo acrescentado). 6. No campo da proteção das pessoas com deficiência, ao Judiciário imputam-se duas ordens de responsabilidade: uma administrativa, outra judicial. A primeira, na estruturação de seus cargos e serviços, consiste na exigência de colaborar, diretamente, com o esforço nacional de inclusão social desses sujeitos. A segunda, na esfera hermenêutica, traduz-se no mandamento de atribuir à norma que requer interpretação ou integração o sentido que melhor e mais largamente ampare os direitos e interesses das pessoas com deficiência. 7. A própria Lei 7.853/89 se encarrega de dispor que, na sua ‘aplicação e interpretação’, devem ser considerados ‘os valores básicos da igualdade de tratamento e oportunidade, da justiça social, do respeito e dignidade da pessoa humana, do bem-estar, e outros indicados na Constituição ou justificados pelos princípios gerais de direito’ (art. 1º, § 1º). 8. Por força da norma de extensão (‘outros interesses difusos e coletivos’, consoante o art. 129, III, da Constituição de 1988; ‘qualquer outro interesse difuso ou coletivo’, nos termos do art. 110 do Código de Defesa do Consumidor; e ‘outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos’, na fórmula do art. 25, IV, alínea ‘a’, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), cabe ao Judiciário, para fins de legitimação ad causam na Ação Civil Pública, incorporar ao rol legal – em numerus apertus, importa lembrar – novos direitos e interesses, em processo de atualização permanente da legislação. 9. A tutela dos interesses e direitos dos hipervulneráveis é de inafastável e evidente conteúdo social, mesmo quando a Ação Civil Pública, no seu resultado imediato, aparenta amparar uma única pessoa apenas. É que, nesses casos, a ação é pública, não por referência à quantidade dos sujeitos afetados ou beneficiados, em linha direta, pela providência judicial (= critério quantitativo dos beneficiários imediatos), mas em decorrência da própria natureza da relação jurídica-base de inclusão social imperativa. Tal perspectiva – que se apóia no pacto jurídico-político da sociedade, apreendido em sua globalidade e nos bens e valores ético-políticos que o abrigam e o legitimam – realça a necessidade e a indeclinabilidade de proteção jurídica especial a toda uma categoria de indivíduos (= critério qualitativo dos beneficiários diretos), acomodando um feixe de obrigações vocalizadas como jus cogens. 10. Ao se proteger o hipervulnerável, a rigor quem verdadeiramente acaba beneficiada é a própria sociedade, porquanto espera o respeito ao pacto coletivo de inclusão social imperativa, que lhe é caro, não por sua faceta patrimonial, mas precisamente por abraçar a dimensão intangível e humanista dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Assegurar a inclusão judicial (isto é, reconhecer a legitimação para agir) dessas pessoas hipervulneráveis, inclusive dos sujeitos intermediários a quem incumbe representá-las, corresponde a não deixar nenhuma ao relento da Justiça por falta de porta-voz de seus direitos ofendidos. 11. Maior razão ainda para garantir a legitimação do Parquet se o que está sob ameaça é a saúde do indivíduo com deficiência, pois aí se interpenetram a ordem de superação da solidão judicial do hipervulnerável com a garantia da ordem pública de bens e valores fundamentais – in casu não só a existência digna, mas a própria vida e a integridade físico-psíquica em si mesmas, como fenômeno natural. 12. A possibilidade, retórica ou real, de gestão individualizada desses direitos (até o

extremo dramático de o sujeito, in concreto, nada reclamar) não os transforma de indisponíveis (porque juridicamente irrenunciáveis in abstracto) em disponíveis e de indivisíveis em divisíveis, com nome e sobrenome. Será um equívoco pretender lê-los a partir da cartilha da autonomia privada ou do *ius dispositivum*, pois a ninguém é dado abrir mão da sua dignidade como ser humano, o que equivaleria, por presunção absoluta, a maltratar a dignidade de todos, indistintamente. 13. O Ministério Público possui legitimidade para defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando a ação vise à tutela de pessoa individualmente considerada. Precedentes do STJ. 14. Deve-se concluir, por conseguinte, pela legitimidade do Ministério Público para ajuizar, na hipótese dos autos, Ação Civil Pública com o intuito de garantir fornecimento de prótese auditiva a portador de deficiência. 15. Recurso Especial não provido.²⁵

b) O caso das creches públicas.

O STJ firmou entendimento de que o direito à creche possui status constitucional e por isso impositivo. Proclamou que:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. ALÍNEA 'C' DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. NÃO-DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA. DIREITO A CRECHE E A PRÉ-ESCOLA DE CRIANÇAS ATÉ SEIS ANOS DE IDADE. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – ECA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICCIONAL. LESÃO CONSUBSTANCIADA NA OFERTA INSUFICIENTE DE VAGAS. 1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. 2. Na ordem jurídica brasileira, a educação não é uma garantia qualquer que esteja em pé de igualdade com outros direitos individuais ou sociais. Ao contrário, trata-se de absoluta prioridade, nos termos do art. 227 da Constituição de 1988. A violação do direito à educação de crianças e adolescentes mostra-se, em nosso sistema, tão grave e inadmissível como negar-lhes a vida e a saúde. 3. O Ministério Público é órgão responsável pela tutela dos interesses individuais homogêneos, coletivos e difusos relativos à infância e à adolescência, na forma do art. 201 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA. 4. Cabe ao Parquet ajuizar Ação Civil Pública com a finalidade de garantir o direito a creche e a pré-escola de crianças até seis anos de idade, conforme dispõe o art. 208 do ECA. 5. A Administração Pública deve propiciar o acesso e a frequência em creche e pré-escola, assegurando que esse serviço seja prestado, com qualidade, por rede própria. 6. De acordo com o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdiccional (art. 5º, XXXV, da CF), garantia básica do Estado Democrático de Direito, a oferta insuficiente de vagas em creches para crianças de zero a seis anos faz surgir o direito de

²⁵ RESP nº 931513/RS, 1ª S., rel. Min. Herman Benjamin, j. 25/11/2009.

ação para todos aqueles que se encontrem nessas condições, diretamente ou por meio de sujeitos intermediários, como o Ministério Público e entidades da sociedade civil organizada. 7. No campo dos direitos individuais e sociais de absoluta prioridade, o juiz não deve se impressionar nem se sensibilizar com alegações de conveniência e oportunidade trazidas pelo administrador relapso. A ser diferente, estaria o Judiciário a fazer juízo de valor ou político em esfera na qual o legislador não lhe deixou outra possibilidade de decidir que não seja a de exigir o imediato e cabal cumprimento dos deveres, completamente vinculados, da Administração Pública. 8. Se um direito é qualificado pelo legislador como absoluta prioridade, deixa de integrar o universo de incidência da reserva do possível, já que a sua possibilidade é, preambular e obrigatoriamente, fixada pela Constituição ou pela lei. 9. Se é certo que ao Judiciário recusa-se a possibilidade de substituir-se à Administração Pública, o que contaminaria ou derrubaria a separação mínima das funções do Estado moderno, também não é menos correto que, na nossa ordem jurídica, compete ao juiz interpretar e aplicar a delimitação constitucional e legal dos poderes e deveres do Administrador, exigindo, de um lado, cumprimento integral e tempestivo dos deveres vinculados e, quanto à esfera da chamada competência discricionária, respeito ao due process e às garantias formais dos atos e procedimentos que pratica. 10. Recurso Especial não provido.²⁶

Diante disso, o STJ tem determinado até mesmo a construção de novas unidades para oferecimento de vagas de creche:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DISPONIBILIZAÇÃO DE VAGA PARA CRIANÇAS EM CRECHE MUNICIPAL. ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA ORÇAMENTÁRIA. FATO IMPEDITIVO DO DIREITO DO AUTOR. ÔNUS DA PROVA. ART. 333, II, DO CPC. PRECEDENTES DO STJ. 1. Nos termos do art. 333 do Código de Processo Civil, cabe ao autor demonstrar a veracidade dos fatos constitutivos de seu direito (inciso I) e ao réu invocar circunstância capaz de alterar ou eliminar as conseqüências jurídicas do fato aduzido pelo demandante (inciso II). 2. Apresentada defesa indireta, na qual se sustenta fato impeditivo do direito da parte autora, a regra se inverte, pois, ao aduzir fato impeditivo, o réu implicitamente admite como verídica a afirmação básica da petição inicial, que, posteriormente, veio a sofrer as conseqüências do evento superveniente. Por conseguinte, as alegações trazidas pelo autor tornam-se incontroversas, dispensando, por isso, a respectiva prova. 3. O direito de ingresso e permanência de crianças com até seis anos em creches e pré-escolas encontra respaldo no art. 208 da Constituição Federal. Por seu turno, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, em seu art. 11, V, bem como o ECA, em seu art. 54, IV, atribui ao Ente Público o dever de assegurar o atendimento de crianças de zero a seis anos de idade em creches e pré-escolas. 4. Em se tratando de causa impeditiva do direito do autor, concernente à oferta de vagas para crianças com até três anos e onze

²⁶ RESP nº 440502/SP, 2ª T., rel. Min. Herman Benjamin, j. 15/12/2009.

meses em creches mantidas pela municipalidade, incumbe ao recorrente provar a suposta insuficiência orçamentária para tal finalidade, nos termos do art. 333, II, do CPC. Precedentes do STJ. 5. Recurso Especial não provido.²⁷

Percebe-se, pois, um posicionamento firme do STJ no sentido de implementar a política pública de creche, mesmo que para isso interfira na esfera da discricionariedade administrativa.

c) Caso de vagas em escola especial.

Derivando do Princípio da Dignidade Humana, determinou o TJRS:

APELAÇÃO CÍVEL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DIREITO À SAÚDE E À EDUCAÇÃO. VAGA EM ESCOLA ESPECIAL. POSSIBILIDADE DE FORNECIMENTO DA VAGA EM ESCOLA ESPECIAL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. INCLUSÃO SOCIAL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A PROPOSTURA DA DEMANDA. Por atribuição constitucional (artigo 127, caput, da CF), e expressa previsão legal (artigo 201, V, e artigo 208, III, do ECA), o Ministério Público é parte legítima para intentar ação em favor de direito individual heterogêneo de crianças e adolescentes. DIREITO À SAÚDE E À EDUCAÇÃO. VAGA EM ESCOLA ESPECIAL. Segundo os ensinamentos de Ives Gandra da Silva Martins, ‘o ser humano é a única razão do Estado. O Estado está conformado para servi-lo, como instrumento por ele criado com tal finalidade. Nenhuma construção artificial, todavia, pode prevalecer sobre os seus inalienáveis direitos e liberdades, posto que o Estado é um meio de realização do ser humano e não um fim em si mesmo’ (in Caderno de Direito Natural Lei Positiva e Lei Natural, n. 1, Centro de Estudos Jurídicos do Pará, 1985, p. 27). Recurso desprovido. Sentença mantida em reexame necessário.²⁸

d) Caso das políticas de cotas.

O partido político DEM ajuizou no STF uma ADPF²⁹ na qual questionava os critérios de raça e, subsequentemente, a inconstitucionalidade da política de cotas adotada como critério para ingresso nas vagas da UnB. A liminar que visava a suspensão da execução do programa fora negada pelo Presidente do STF.

²⁷ RESP nº 474361/SP, 2ª T., rel. Min. Herman Benjamin, j. 04/06/2009.

²⁸ Apel. e Reex. Nec. nº 70014719330, 7ª CCiv., rel. Des. Ricardo Raupp Ruschel, j. 07/06/2006.

²⁹ ADPF nº 186/2009, proposta pelo DEM-Partido dos Democratas em face do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão da Universidade de Brasília – CEPE; Reitor da Universidade de Brasília; Centro de Seleção e de Promoção de Eventos da Universidade de Brasília – CESPE/UnB.

Em 07 de maio de 2012, o Plenário do STF, por maioria de votos, julgou improcedente o pedido feito na ADIN n° 3330, ajuizada pela CONFENEN. A entidade questionava a Medida Provisória n° 213/2004, convertida na Lei n° 11.096/2005, que instituiu o ProUni e passou a regular a atuação de entidades de assistência social no ensino superior. Ao julgar esta ADIN o STF também julgou improcedeu a ADPF ajuizada pelo DEM.

Segundo o site do STF³⁰, o Ministro Joaquim Barbosa, que relatou os processos, sustentou em seu voto-vista, que o ProUni é coerente com diversos dispositivos constitucionais que preveem a redução de desigualdades sociais. Em favor desse argumento, citou dados do Censo Anual de 2008 do MEC e do Inep, segundo o qual havia, naquele ano, uma oferta de 2,98 milhões de vagas nas universidades de todo o país, das quais 1,479 milhão de vagas estavam ociosas. Ainda segundo aquele censo, a maior parte dessas vagas ociosas se localizava em universidades privadas. E a causa disso era a dificuldade financeira das famílias de pagar o estudo superior de seus filhos.

Assim, conforme o ministro, ao financiar a bolsa total para alunos de famílias com renda até 1,5 salário mínimo e parcial para aqueles egressos de famílias com renda de até 3 salários mínimos, o ProUni representa um importante fator de inserção social. E essa afirmação, segundo ele, é confirmada por uma pesquisa feita em março de 2009 pelo Ibope, segundo a qual 56% dos alunos apoiados pelo ProUni já trabalhavam quando iniciaram seu curso superior, mas seu nível de emprego aumentou para 80% após esse patrocínio, contribuindo para melhorar a renda de suas famílias. Além disso, conforme argumentou, o custo de cada bolsa do programa é inferior ao custo por aluno em universidades públicas e, também, privadas.

O relator refutou, ainda, a alegação de que o ProUni ofenderia o princípio da autonomia universitária previsto no artigo 207 da CF. Segundo ele, a adesão das universidades ao programa é facultativa. “Nenhuma instituição particular de ensino superior está obrigada a se vincular ou se manter vinculada ao ProUni, e a adesão tem prazo de vigência de 10 anos, contado da data de sua assinatura”, afirmou.

Por outro lado, de acordo com ele, “há que se considerar que a autonomia universitária não é um objetivo que se esgota em si próprio. Ela existe para que se atinjam outros objetivos, de natureza educacional, social, cultural”. Ele refutou, também, a alegação de ofensa ao princípio da igualdade, alegando que somente podem candidatar-se ao ProUni aqueles candidatos aprovados em processo de seleção regular, disputado com os demais alunos.

Sobre a livre iniciativa o ministro rebateu, também, a alegação de que o ProUni ofenderia o princípio da livre iniciativa (artigo 170, parágrafo único da

³⁰ <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=206553&caixaBusca=N>. Acessado em 08/05/2012.

CF), que assegura a todos o livre exercício da atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previsto em lei. Segundo ele, as universidades que aderirem ao ProUni não sofrem qualquer restrição. E, considerando a ociosidade de vagas nessas instituições, a lei pode até favorecer a manutenção de suas atividades, em razão dos benefícios tributários que passarão a usufruir.

Por outro lado ele destacou que a educação não é uma mercadoria ou serviço sujeito às leis do mercado e sob a regência do princípio da livre iniciativa. “Se a legislação franqueia a educação à exploração pela iniciativa privada, essa só pode ocorrer se atendidos requisitos do artigo 209 da CF”, sustentou. Segundo ele, “não se trata, propriamente, de incidência pura do princípio da livre iniciativa”.

Mas sobre a matéria, o TJPR pronunciou que:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO REPROVADO PELA BANCA EXAMINADORA DE AFRO-DESCENDÊNCIA. DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU QUE DETERMINOU A REALIZAÇÃO DE PERÍCIA MÉDICA CONSISTENTE EM MAPEAMENTO GENÉTICO. INSURGÊNCIA DO AGRAVANTE SOB A ALEGAÇÃO DE QUE O OBJETIVO DA BANCA É AFERIÇÃO DA APARÊNCIA DO CANDIDATO E NÃO A GENEALOGIA. INEFICÁCIA DA PRODUÇÃO DA PERÍCIA. RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO. 1. O objetivo das vagas especiais, submetidas à banca examinadora é a inclusão social dos afro-descendentes, sendo legítima a constituição da comissão, nos termos da Lei Estadual 14.274/2003 e do Edital, pois o exame visa constatar a aparência do candidato. Além disso, estudos médicos demonstram que o exame de mapeamento genético não é eficaz para o fim proposto, qual seja, a identificação da afro-descendência. 2. A exigência de exames para admissão em cargo ou emprego público, nos termos do art. 37, inciso II da Constituição Federal somente é possível com suporte em lei.³¹

E também decidiu que:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA DECLARATÓRIA COM PEDIDO LIMINAR DE TUTELA ANTECIPADA. MATRÍCULA PELO SISTEMA DE COTAS. ESTUDANTE QUE CURSOU PARTE MÍNIMA DO ENSINO MÉDIO EM ESTABELECIMENTO PARTICULAR DE ENSINO. SITUAÇÃO DEVIDAMENTE JUSTIFICADA. DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU CONCESSIVA DA TUTELA ANTECIPADA. DECISÃO ACERTADA. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. Consoante posicionamento do Tribunal de Justiça do Paraná, o estudante que cursou parte mínima do ensino médio em instituição particular de ensino, em situação devidamente justificada, faz jus à antecipação dos

³¹ A.I. nº 0541953-2, 4ª CCiv., rel. Des. Vânia Maria da S. Kramer, j. 31/03/2009.

efeitos da tutela, no sentido de se matricular no curso superior mantido por instituição pública de ensino pelo sistema de cota. 2. Sistema de cotas que objetiva a inclusão social em matéria de educação. 3. Presença dos requisitos exigidos pelo artigo 273, §§ e incisos do CPC, para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela, no caso em foco. 4. Antecipação corretamente decretada e mantida nesta seara recursal. 5. Agravo de instrumento conhecido e não provido.³²

e) Casos de concessões de benefícios públicos.

Alguns casos sortidos de concessões de benefícios públicos. Proclamou o TJSP que:

MANDADO DE SEGURANÇA. Fornecimento de cadeira de rodas. Admissibilidade. Hipótese em que se assegura o direito de melhor qualidade de vida através das atividades que são inerentes ao Estado e financiadas pelo conjunto da sociedade por meio dos impostos pagos pelos próprios cidadãos. Decisão mantida. Recursos improvidos³³.

E também decidiu o TJSP:

Prestação de serviços de fornecimento de energia elétrica – Obrigação de fazer – Suspensão do fornecimento inadmissibilidade – Estado de miserabilidade do consumidor. Se o consumidor está doente, impossibilitado de trabalhar, atendido pelo serviço social do município, e sem rendimento que lhe permitam pagar as despesas com a energia elétrica, o fornecimento mínimo desta há de lhe ser garantido para sobrevivência com dignidade, independentemente de que esteja em dia com o pagamento das tarifas cobradas.³⁴

E o TJRJ concedeu os benefícios da assistência judiciária gratuita para integrantes da classe média:

Justiça gratuita. Presunção de necessidade. Direito constitucional de acesso à Justiça. É pacífica a jurisprudência desta Corte, do Superior Tribunal de Justiça e do próprio Supremo Tribunal Federal no sentido de que mesmo pessoas de classe média fazem jus à assistência judiciária gratuita, pois são altos os custos do acesso à Justiça que deve ser facilitado não só aos miseráveis, mas a todos aqueles que se encontrem em situação de hipossuficiência, objetivamente considerada. Provimento de plano do agravo.³⁵

³² A.I. nº 0490332-2, 7ª CCiv., rel. Des. Ruy Francisco Thomaz, j. 29/07/2008.

³³ Apel. Civ. nº 0017001-86.2009.8.26.0000, 2ª CDPub., rel. Des. Vera Angrisani, j. 26/05/2009.

³⁴ Apel. Civ. nº 9200267-59.2005.8.26.0000, 30ª C. (extinto TA), rel. Des. Marcos Ramos, j. 01/02/2006.

³⁵ A.I. 0034235-08.2011.8.19.0000, 20ª CCiv., rel. Des. Marco Antonio Ibrahim, j. 21/07/2011.

f) Casos da equiparação das relações homoafetivas.

E certamente o caso mais emblemático dessa categoria foi a equiparação das relações homoafetivas ao casamento heterossexual, proclamado pelo STF em 05 de maio de 2011, ao proceder as ADIN n° 4277 e ADPF n° 132, como segue o aresto:

1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF n° 132-RJ pela ADI n° 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3° da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do

art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do

regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.³⁶

Também pronunciou o STJ:

CIVIL. RELAÇÃO HOMOSSEXUAL. UNIÃO ESTÁVEL. RECONHECIMENTO. EMPREGO DA ANALOGIA. 1. ‘A regra do art. 226, § 3º da Constituição, que se refere ao reconhecimento da união estável entre homem e mulher, representou a superação da distinção que se fazia anteriormente entre o casamento e as relações de companheirismo. Trata-se de norma inclusiva, de inspiração anti-discriminatória, que não deve ser interpretada como norma excludente e discriminatória, voltada a impedir a aplicação do regime da união estável às relações homoafetivas’. 2. É juridicamente possível pedido de reconhecimento de união estável de casal homossexual, uma vez que não há, no ordenamento jurídico brasileiro, vedação explícita ao ajuizamento de demanda com tal propósito. Competência do juízo da vara de família para julgar o pedido. 3. Os arts. 4º e 5º da Lei de Introdução do Código Civil autorizam o julgador a reconhecer a união estável entre pessoas de mesmo sexo. 4. A extensão, aos relacionamentos homoafetivos, dos efeitos jurídicos do regime de união estável aplicável aos casais heterossexuais traduz a corporificação dos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana. 5. A Lei Maria da Penha atribuiu às uniões homoafetivas o caráter de entidade familiar, ao prever, no seu artigo 5º, parágrafo único, que as relações pessoais mencionadas naquele dispositivo independem de orientação sexual. 6. Recurso especial desprovido.³⁷

³⁶ ADI nº 4277 e ADPF nº 132, Trib. Pleno, rel. Min. Ayres Britto, j. 05/05/2011.

³⁷ RESP nº 827962/RS, 4ª T., rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 21/06/2011.

5. CONCLUSÃO

Pelo exposto, a composição da associação política se funda essencialmente numa relação de liberdade e igualdade entre os seus membros. Todavia, constatado que a desigualdade real entre os indivíduos, especialmente decorrente da pobreza, impede o exercício pleno das liberdades que são eram conferidos. Em razão disso e da evolução do conceito de justiça social, sobremaneira impulsionado pela dinâmica doutrina dos direitos fundamentais, revela-se necessário tratar com relativa desigualdade os indivíduos quanto o acesso a benefícios públicos com o objetivo de buscar a equalização entre todos os membros da associação política e assim propiciar que esses todos possam exercer plenamente as liberdades conferidas pelo sistema.

E nessa quadra a jurisdição se tornou imperativo fator de elemento de inclusão social, ou seja, transpondo uma posição de contenção para alcançar a posição de ativista da promoção social pelo viés jurisdicional.

6. REFERÊNCIAS

- CARACIOLA, Andrea Boari; ASSIS, Carlos Augusto de; PEREIRA, José Horácio Cintra Gonçalves; DELLORÉ, Luiz. Ativismo Judicial e Princípio do Dispositivo. In *Processo e Ideologia* (Adriano Cesar Braz Caldeira – coord.). São Paulo: LTr, 2015.
- HERKENHOFF, João Baptista. *O Direito dos Códigos e o Direito da Vida*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.
- LIMONCIC, Flávio. *Os inventores do New Deal: Estado e sindicatos no combate à Grande Depressão*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.
- LINDOP, Edmund. *The changin Supreme Court*. New York: Franklin Watts, 1995.
- MARSHALL, William P. Conservatives and Seven Sins of Judicial Activism. *University of Colorado Law Review/ University of North Carolina – Chapel Hill School of Law – Public Law and Legal Theory Research Paper n. 02-8, v. 73*, 2002.
- MILLER, Arthur S. *Politics, Democracy and the Supreme Court: Essays on the Frontier of Constitutional Theory*. Westport, Connecticut: Greenwood Press, 1985.
- OLIVEIRA, Fabrício Augusto de. *Economia e Política das Finanças Públicas no Brasil: um guia de leitura*. São Paulo: Hucitec, 2010.
- PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. *O Estado Jurisdicional no Brasil*. Belo Horizonte: D'Plácido Editora, 2018.
- _____. *Liberdade e Igualdade no sistema de justiça*. Belo Horizonte-São Paulo: D'Plácido, 2021.
- PINTO, Hélio Pinheiro. *Juristocracia: O STF entre a judicialização da política e o ativismo judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- SAAVEDRA, Modesto. *Jurisdicción, Constitución y Derecho*. México: Fontamara, 2007.
- SHELDON, Charles H. *The essentials of the constitution: the Supreme Court and the Fundamental Law*. Boulder-Cumnor Hill: Westview Press, 2002.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

DIVERSIDADE CULTURAL E DIGNIDADE HUMANA: A IMPOSIÇÃO DE UM CÓDIGO DE VESTIMENTA PELO PODER JUDICIÁRIO E A VIOLAÇÃO DE DIREITOS

Alana Caroline Mossoi¹
Tereza Rodrigues Vieira²

1. INTRODUÇÃO

Hodiernamente, percebe-se que muitas pessoas sofrem repreensão e repressão em decorrência de diversos fatores, especialmente em decorrência da existência de um código de vestimenta que, muitas vezes, está implícito.

Não obstante, determinados locais adotaram estes códigos e, por meio deles, repreendem as pessoas que pretendem adentrar aos recintos em desacordo com o código de vestimenta (*dress code*).

A ambiência do Poder Judiciário tem protagonizado diversos dissabores e constrangimentos em decorrência do traje ali utilizado. As ocorrências são inúmeras que circundam estes recintos de pessoas, advogados e advogadas que foram barrados ao adentrarem ao órgão, de participar de atos/sessões simplesmente por não estarem vestidos consoante o código de vestimentas forense.

¹ Docente do curso de Direito e Mestra em Direito Processual Civil na Universidade Paranaense (UNIPAR). Pós-Graduada em Direito Penal e Processo Penal na Universidade Paranaense (UNIPAR). Assessora de Magistrado do 1º Grau do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. ORCID <https://orcid.org/0000-0002-8029-2992> E-mail: alana_mossoi@hotmail.com

² Pós-Doutora em Direito pela Université de Montreal, Canadá. Doutorado sanduíche em Direito pela PUC-SP/Université de Paris. Especialista em Bioética pela Faculdade de Medicina da USP. Docente do Mestrado em Direito Processual e Cidadania e dos cursos de Medicina e Direito, na UNIPAR. Coordenadora do projeto de pesquisa Direito Pediátrico e Direito Fundamental da Criança Vulnerável : Desafios Práticos no Processo de Proteção Jurídica na Área da Saúde na UNIPAR. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003.0333.7074>. E-mail terezavieira@uol.com.br

Ademais, muitos estabelecem normativas para regulamentar as vestimentas com fundamento no decoro.

A imposição desconsidera, muitas vezes, que a maneira de se vestir pode ser um indicador de condição social, idade, cultura, atividade profissional e religião, sendo que ao repreender as pessoas pode-se violar direitos, como o contraditório e o direito das minorias.

Assim, quando da criação e imposição de um *dress code*, alguns questionamentos devem ser efetuados: quem estabelece a vestimenta adequada para cada local? A maioria ou aquele que detém mais poder? Há norma que legitima a criação e imposição de um código de vestimenta para se adentrar a um estabelecimento público ou frequentado pelo público? O *dress code* é um código moral? É legal? Há um *dress code* no Poder Judiciário? Há um *dress code* para o advogado (a), partes de um processo, juiz, promotor e testemunhas de um caso judicial? Um código de vestimenta retira a liberdade de expressão do indivíduo? Há limites para a sua imposição? A imposição de um *dress code* pode gerar indenização por dano moral?

As situações e questionamentos acima narrados nos levaram a redigir o presente trabalho e analisar as nuances que circundam o código de vestimenta (*dress code*).

2. DRESS CODE: CÓDIGO DE VESTIMENTA

O *dress code* pode ser entendido como uma maneira aceita de se vestir para uma ocasião particular ou em um grupo social particular. Códigos de vestimenta, criados por determinadas pessoas/grupo, são regulamentos que conduzem o que é e o que não é vestimenta apropriada para um determinado ambiente ou evento.

Essas definições decorrem das próprias pessoas que criaram o código ou que são integrantes daquele grupo de pessoas, bem como daqueles que realizam a fiscalização das imposições. Isso porque, este código, em determinadas situações, sequer é considerado universal (ideal para todas as pessoas).

Pode-se afirmar que existem, pelo menos quatro categorias de vestuário encontradas com frequência nas organizações, sendo o formal tradicional, o formal contemporâneo, o casual profissional e o esporte profissional (Libretti; Amorim; Moreira, 2018).

Destacou, por exemplo, que o formal tradicional é composto por terno e gravata para homens e *tailleur* e vestidos com blazer para as mulheres. O formal contemporâneo engloba os mesmos do formal tradicional, mas muda no caimento, mais modernos no formal contemporâneo, e acrescido de acessórios da moda contemporânea. A seu turno, o casual profissional incluiu calças caqui, camisas, malhas com gola, mocassins para homens e calça e saia de alfaiataria,

com blazer, blusas de manga curta ou comprida e malhas de couro para as mulheres. Já o esporte profissional engloba o uso de jeans e sapatênis para ambos os sexos (Libretti; Amorim; Moreira, 2018).

Ao longo do tempo, a flexibilização das escolhas de vestuário em vários ambientes mudou, muitas vezes tornando indispensável definir o tipo de roupa adequada para uma determinada ocasião (Tatum, 2023).

O *dress code* é cultivado em alguns eventos sociais, ambientes de trabalho ou mesmo para ir à escola ou à faculdade. A finalidade do *dress code* é padronizar o visual, fazendo com que todas as pessoas estejam em conformidade com a ocasião e o momento (Mossoi; Vieira, 2020).

O vestuário pode ser capaz de nos direcionar para uma imagem mais confiante e profissional. A imagem transmite mensagens e, por isso, o *dress code* é importante nas empresas. Vestir vai além de cobrir o corpo para se proteger do frio ou do calor. O vestuário nos traz sensações de bem-estar e de autoconfiança, quando colocamos as roupas que realmente nos representam (Vieira; Mossoi, 2024).

Com a pandemia e o isolamento social, muitas empresas aderiram ao regime de trabalho remoto, fazendo com que os deslocamentos diários até o escritório não fossem mais necessários. Há quem diga que prefere se vestir de maneira igual a que se vestia para ir ao trabalho. Outros preferem ficar mais à vontade e aproveitar o conforto de casa para não se preocupar muito com o que vestir. Se os colaboradores são consultores comerciais ou irão participar de reuniões mais formais, o ideal seria vestir alguma roupa que transpareça mais confiança e seriedade. Ao reverso, se não precisam manter contato com o público, nada impede o uso de vestimenta mais casual e confortável.

Destarte, o *dress code* é um código de vestimenta que tem como objetivo ordenar e padronizar o visual para as diferentes ocasiões, sejam elas profissionais ou sociais. Contudo, em determinadas situações, a fixação do código de vestimenta pode gerar situações contenciosas e violar direitos das pessoas, como demonstrar-se-á a seguir.

3. DRESS CODE NO PODER JUDICIÁRIO

Considerando as constantes proibições praticadas no âmbito judicial, sob pretexto de não estarem vestidas de acordo com o que o órgão entende como devido, questiona-se se existe, realmente, um *dress code* do Poder Judiciário? Esse *dress code* varia de acordo com cada tribunal? Quais as vestimentas permitidas e as abominadas?

O entrave em relação as vestimentas são tantos que foi realizada uma consulta em cada um dos tribunais do país, sendo identificado que há, em pelo menos trinta e oito deles, regras para a circulação de pessoas, observando a realidade e contexto social de cada estado e região (Serra; Muniz, 2024).

Diante de tal situação e dos questionamentos apontados, passa-se a analisar a existência e os eventuais *dress code* dos órgãos do Poder Judiciário.

3.1. *Dress code* do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal, como órgão máximo do Poder Judiciário, possui, de longa data, determinações acerca das vestimentas necessárias para adentrar ao recinto, a fim de resguardarem o decoro do tribunal.

No ano de 2010 e 2012, sob a presidência do então Ministro Cezar Peluso, mulheres só podiam entrar no plenário de terninho. Não obstante, na gestão seguinte, no comando do Ministro Joaquim Barbosa, entre 2012 e 2014, era permitido, inclusive, entrar de tênis no local (Brígido, 2023)

Em contrapartida, no ano de 2016, o Ministro Ricardo Lewandowski, então presidente do Supremo Tribunal Federal, editou um Código de Ética dos Servidores, o qual previa a obrigatoriedade de apresentar-se ao trabalho com vestimentas adequadas ao exercício do cargo ou função (Brígido, 2018).

A seu turno, na gestão da Ministra Cármen Lúcia, como Presidente do Supremo Tribunal Federal, a Corte recebeu um ar menos formal. Foi ordenado ao cerimonial de que ninguém poderia ser barrado pelo quesito vestimenta, fazendo cair por terra qualquer código de vestuário no âmbito daquela corte (Brígido, 2018).

Possivelmente, o ar menos formal do Supremo Tribunal Federal, sob a condução da Ministra Carmen Lúcia, se deu em razão do fato de que a ministra quebrou a tradição do órgão, no ano de 2007, ao adentrar ao recinto vestindo um terninho preto e uma blusa da mesma cor, com detalhes em renda, além de um colar de pérolas (D’Elia, 2007). Até o ano 2000 este traje era proibido para mulheres nas sessões.

Dessa forma, pode-se observar que há variação do *dress code* do Supremo Tribunal Federal de acordo com o ministro que preside o órgão.

Frise-se aqui que, no próprio site do Supremo Tribunal Federal, há estipulação para os trajes que devem ser utilizados nas salas de julgamento. Nas audiências públicas, para os homens são terno completo (blazer, calça social, camisa social, gravata e sapato social) e as mulheres, calça, saia ou vestido sociais, necessariamente, acompanhados de blazer (Supremo Tribunal Federal, 2024).

Na mesma linha, da obrigatoriedade das vestimentas, a entrada será franqueada para aqueles que estejam usando traje social, o qual consiste em terno e gravata para homens e vestidos de mangas e comprimento abaixo do joelho, saia abaixo do joelho e blazer (*tailleurs*), ou ternos (calça e blazer de manga comprida). Além disso, é proibida a entrada de pessoas calçando tênis, sandálias ou calçados estilo “sapatênis”, assim como trajando jeans (Redação, 2024).

Há necessidade da obediência a vestimentas fixadas também para comparecer aos gabinetes dos ministros. Para adentrar aos gabinetes dos Ministros Alexandre de Moraes, Nunes Marques e Luís Roberto Barroso, por exemplo, exige-se traje “social incompleto”. No mesmo local prevê-se que não é permitido calça jeans e camisa sem manga. Já no gabinete do Ministro Dias Toffoli é necessário traje “social completo”. Ou seja, homens precisam estar de terno e gravata e terninho, inclusive com vestido, para mulheres. Ainda, há uma instrução de que, caso o visitante não esteja com o traje social completo, deve-se ligar no gabinete antes de deliberar sobre o acesso. Não obstante, o traje para acesso aos gabinetes dos ministros Gilmar Mendes, André Mendonça, Cármen Lúcia e Edson Fachin é “livre” (Brígido, 2023).

Portanto, pode-se afirmar que há um *dress code*, formal, do Supremo Tribunal Federal, seja para adentrar ao órgão, seja para as audiências, seja para adentrar ao gabinete dos ministros.

3.2. *Dress Code* do Superior Tribunal de Justiça

De igual modo, o Superior Tribunal de Justiça também prevê vestimentas específicas para se fazer presente naquele órgão.

Referido tribunal estabelece um código de vestimenta desde 2011, cujas regras diferenciavam as peças permitidas para homens e mulheres. Em razão disso, editou um novo código, colocando fim à distinção de peças por gênero.

O código de vestimenta foi estipulado quando da criação da Instrução Normativa STJ/GP nº 6 de 9 de fevereiro de 2024. Dentre os principais artigos, pode-se citar o 3º, o qual estabelece que:

Art. 3º O acesso às dependências do Tribunal será vedado às pessoas que estejam usando:

I – peças sumárias, tais como shorts e suas variações, bermuda, miniblusa, minissaia ou trajes de banho e de ginástica, legging, montaria, cropped ou blusas que exponham a barriga, camiseta sem manga e fantasias;

II – chinelo (com tira em formato de Y que passa entre o primeiro e segundo dedo do pé e ao redor de ambos os lados do pé ou com uma tira ao redor de todos os dedos), exceto em caso de lesão no pé ou recomendação médica;

III – bonés, à exceção do corpo funcional da polícia judicial no uso do uniforme operacional.

Parágrafo único. Excetuam-se das exigências constantes deste artigo as crianças e quem participar de corrida, ciclismo e atividades físicas dos programas de qualidade de vida promovidos pelo Tribunal quando nos locais destinados à sua prática ou quando em deslocamento para os estacionamentos, sendo vedada a circulação em outros ambientes do Tribunal.

De uma simples análise do dispositivo acima, pode-se afirmar que há expressão proibição do comparecimento aos órgãos com roupas do dia a dia, como shorts, camisetas sem manga e chinelo (com tiras em formato Y). Além disso, proibiu trajes que exponham o corpo, como trajes de banho ou roupas que exponham a barriga.

Além de estipular vestimentas para estudantes, visitantes e o público em geral, estabeleceu vestimentas para os próprios funcionários, conforme se infere do art.4º da Instrução normativa nº 6, ao constar que:

Art. 4º O corpo funcional do Tribunal, grupo de estudantes, público em geral e visitantes, quando presentes nas salas de sessão de julgamento do Plenário, Corte Especial, Seções, Turmas e em seus ambientes de acesso, deverão trajar-se segundo a formalidade e a liturgia jurídica. § 1º Nos ambientes elencados no caput, os trajes permitidos são os seguintes:

I – para as pessoas que se identificam com o gênero masculino: terno (calça social e paletó ou blazer), camisa social, gravata e sapato social;

II – para as pessoas que se identificam com o gênero feminino: vestido ou blusa com calça ou saia, todos de natureza social, além de calçado social;

III – para as pessoas que não se identificam com nenhum dos gêneros: trajes indicados nos incisos I e II à sua escolha.

Percebe-se, do artigo, a extinção da distinção de peças por gênero, na medida em que os incisos I e II estabelecem as vestimentas para homens e mulheres, ao passo que o inciso III, deixou ao livre arbítrio de cada pessoa a sua identificação e a opção pelos trajes que lhe são afetos.

Portanto, a edição de tal instrução, de acordo com o Superior Tribunal de Justiça, visa a promoção da cidadania, buscando a inclusão de todas as pessoas. Além disso, asseverou que ninguém será barrado em razão da vestimenta (Correio Brasiliense, 2024).

Ainda, fora utilizado com argumentação favorável à criação da instrução, o fato de que as pessoas idosas, estudantes e povos indígenas se sintam à vontade durante as visitas institucionais (Serra; Muniz, 2024).

A especificação das roupas, de acordo com o art. 6º da instrução, possuem como fundamento o decoro do órgão. Já no que tange a fiscalização das vestimentas, estas serão realizadas, segundo o art. 10, pela Secretaria de Polícia Judiciária.

Ainda, visando evitar quaisquer problemas de grandes proporções, o próprio §1º do art. 10, assevera que o cumprimento das regras previstas na instrução “pautar-se-á por critérios flexíveis e por bom senso, observadas as condições sociais e econômicas de quem pretende acessar as instalações do Tribunal, além das situações excepcionais ou urgentes porventura verificadas” (Conjur, 2024, p. 4).

Contudo, a instrução já sofre uma série de críticas.

A norma foi editada em fevereiro de 2024, ao passo que, em abril, já foi suspensa pelo ministro do Superior Tribunal de Justiça e Corregedor Nacional de Justiça, Luís Felipe Salomão, sob a alegação de que as exigências poderiam constranger o público feminino (Gamba, 2024).

O Corregedor Nacional de Justiça, Ministro Luís Felipe Salomão, solicitou esclarecimentos à Presidente do Superior Tribunal de Justiça, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, acerca do motivo da publicação da norma. Na mesma oportunidade questionou se os próprios servidores do órgão já foram impedidos de entrar no prédio em decorrência das roupas, especialmente a proporção em relação ao gênero feminino. Solicitou, ainda, esclarecimentos sobre os trâmites internos que nortearam a elaboração da norma (Rosa; Garcia, 2024).

De acordo com Serra e Muniz (2024), o Conselho Nacional de Justiça teria apontado que as novas regras impostas pelos Superior Tribunal de Justiça, seja para servidores, estudantes ou visitantes, causariam constrangimento ao público feminino.

Assim, pode-se afirmar que, tal como acontece no Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça possui regramento próprio acerca das vestimentas a serem utilizadas para se fazer presente junto ao órgão, as quais são consideradas formais e buscam proteger o decoro e permitir que as pessoas se sintam confortáveis nas dependências.

3.3. *Dress Code* dos Tribunais de Justiça

Da análise dos tópicos acima, tem-se que os Tribunais Superiores possuem um regramento preestabelecido acerca das roupas que podem/devem ser utilizadas pelas pessoas nas suas dependências. Nesta esteira, os demais tribunais também passaram a regular esta situação.

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por exemplo, possui regramento acerca das vestimentas desde o ano de 2007, quando da instrução normativa nº 03/2007, alterada pela Instrução Normativa nº 1/2011, de 14 de outubro de 2011, a qual prevê:

Art. 5º É vedado o ingresso no Tribunal de pessoa que:

(...)

IV - não se encontre devidamente trajada (usando bermuda, calção, *short*, camiseta tipo “regata”, veste transparente, etc.), excetuando-se criança até doze (12) anos; a) o uso de bermuda e saia por senhoras será permitido, desde que compatíveis com o decoro a ser observado nas dependências do Tribunal;

(...)

Por sua vez, no dia 16 de setembro de 2021, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, publicou a ordem de serviço 01/2021, na qual estabeleceu trajas que poderiam ser utilizados nas dependências do Poder Judiciário. Na oportunidade, vedaram a utilização de bonés e capuzes, que impeçam a identificação das pessoas, bem como destacaram que as pessoas deveriam trajar-se adequadamente, observando o decoro, o respeito e a austeridade do Poder Judiciário (Vieira; Mossoi, 2024).

Não obstante, há de se questionar: O que seria o decoro buscado nas normativas? Quem estabelece as balizas para o suposto decoro? Quem fiscaliza as roupas que são usadas pelas partes, seja, nos tribunais, seja em qualquer outro ambiente? A fixação de *dress code* gera violação de direitos? Quais?

4. CASUÍSTICA

4.1 Fatos/casos de violação do *dress code* no âmbito do Poder Judiciário

Conforme exposto acima, os tribunais possuem códigos de vestimentas. Contudo, é muito comum que o próprio Poder Judiciário seja palco de situações em que o *dress code* é imposto sem qualquer direito de defesa/contraditório ou permissão de questionamentos.

Um caso emblemático ocorreu na cidade de Cascavel, Estado do Paraná, e foi protagonizado por um lavrador. Na situação, o magistrado entendeu que ele não estava vestido adequadamente para a audiência.

De acordo com o relatório da sentença de indenização do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, movida pelo lavrador J. P. contra o Estado brasileiro, ele havia ingressado com uma reclamatória trabalhista contra uma empresa, em 29/03/2007, perante a 3ª Vara Trabalhista de Cascavel, a qual teve designada uma audiência de conciliação para o dia 13 de junho de 2007.

No dia da realização do ato, o juiz B. L. A. M. cancelou a audiência sob o argumento de que o autor não trajava calçado adequado, pois calçava chinelo de dedo (Migalhas, 2007). A audiência foi adiada. Contudo, na nova data, houve nova humilhação, pois o Juiz ofereceu ao autor, no próprio ato do julgamento, um par de sapatos usado (Yanagui, 2013, p.8).

Para o magistrado, o fundamento da decisão era a dignidade da justiça. Diante deste caso, percebe-se um embate entre a suposta dignidade da justiça *versus* a dignidade da pessoa humana. Qual delas deve prevalecer? A dignidade da pessoa humana é um fundamento da Constituição Federal (previsto no art. 1º, inciso III), razão pela qual não há se falar em dignidade do Poder Judiciário em sobreposição à dignidade da pessoa humana.

No caso do lavrador, o Juiz do Trabalho foi condenado a ressarcir os cofres públicos em R\$ 12.400,00 (doze mil e quatrocentos reais), à título de indenização por danos morais que a União foi obrigada a pagar ao lavrador. Ainda, a Procuradoria da União no Paraná, destacou que a conduta do juiz prejudicou a prestação jurisdicional e humilhou o lavrador, “acusado de atentar contra a dignidade do Poder Judiciário, quando, em verdade, tinha a sua própria dignidade atingida pelo ato levado a termo pelo magistrado trabalhista réu”. (Juiz, 2017)

Os casos ocorridos em primeira instância são inúmeros e não se limitam às partes (autores e réus), mas abrangem, também, os procuradores das partes/advogados.

Na cidade de Iguaba Grande-RJ, sucedeu um fato muito constrangedor, sobretudo para as advogadas. A Seccional do Rio de Janeiro, da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) protocolou, no dia 23 de outubro de 2019, uma representação junto à Corregedoria do Tribunal de Justiça do Estado contra a juíza M. V. V. O., em decorrência desta ter vetado a entrada de mulheres no Fórum de Iguaba Grande, do qual era diretora, trajando saias com ta manho “inadequado” (Agência Estado, 2019).

Segundo a Ordem dos Advogados do Brasil, OAB, a juíza fixou um aviso sobre a medida na entrada do Tribunal e autorizou que seguranças medissem as saias das advogadas com régua, devendo estas serem impedidas de entrar no local com roupas mais de cinco centímetros acima do Joelho (Agência Estado, 2019).

A denúncia, que foi assinada pela Comissão de Prerrogativas da OAB-RJ, destacou que a magistrada descumpre, “deliberadamente”, a Lei Federal 8.906/94, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem, no tocante à ausência de hierarquia entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo haver “consideração e respeito recíprocos” (Agência Estado, 2019).

Na mesma linha, o advogado Fabio O. V. também sofreu restrição quando foi impedido, por uma juíza trabalhista, de sentar-se à mesa em uma audiência por não estar engravatado. O advogado ajuizou uma ação, na qual o magistrado que julgou o caso afirmou que a colega envolvida no fato deveria apenas zelar pelo bom andamento dos trabalhos. Ressaltou que a atitude da magistrada impediu o trabalho do advogado junto ao seu cliente, que nem estava presente no dia. Portanto, a atitude adotada pela juíza viola os direitos e prerrogativas do advogado “que é constitucionalmente indispensável, conforme o artigo 133 da Constituição Federal” (Ghirello, 2010).

Ainda, a advogada goiana P. H. O. A. sofreu constrangimento após um desembargador mencionar que ia abandonar uma audiência no Tribunal Regional do Trabalho, em Goiânia, em razão da roupa usada por ela. Um vídeo comprova quando o juiz Eugênio C. diz que ela está usando “camiseta”, que na verdade era um macacão longo.

O juiz mencionou que “o fórum é todo feito de simbologia, olha as bandeiras de simbologia lá, olha nossas togas, a que a senhora vai vestir aí e a senhora vem fazer uma sustentação oral de camiseta? Se for para fazer, eu saio”... “Em todo o incidente, tratei a nobre advogada com urbanidade. Interrompi o ato, a doutora se paramentou e o seu processo foi julgado”. (G1, Goiás)

Em julho de 2020, durante a 25ª sessão ordinária de julgamento da Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Paraíba, o desembargador R. V. A. advertiu o advogado por estar sem gravata, e ressaltou que todos eles usavam gravata e é o padrão de quem exercita o labor jurídico, sobretudo em uma sessão solene, mesmo que fosse por videoconferência (Migalhas, 2020).

No dia 27 de outubro de 2020, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Gurgel Faria, pediu que os advogados se vestissem de maneira adequada. De acordo com o Ministro, qualquer advogado que se faça presente no tribunal deve usar vestimenta adequada, mesmo que se trate sessão telepresencial ou de videoconferência (Migalhas, 2020).

Ainda, o advogado G. C., no dia 28 de junho de 2023, foi impedido de atuar na sustentação oral do seu cliente, no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDf), pois estava usando trajes típicos do candomblé. Na oportunidade utilizava terno, blusa e calça branca, acompanhado de guias, eketé e chapéu. O fundamento para a negativa na prestação jurisdicional foi o fato de que era necessário vestir traje formal, tendo em vista a regra regimental (Dutra, 2023).

Um fato inusitado e que merece ser compartilhado, ocorreu com o ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ), N. C., o qual apareceu sem calças durante a transmissão de um julgamento virtual de uma sessão da Sexta Turma, realizada no dia 21 de outubro de 2020.

Na oportunidade, o magistrado se levanta para mexer no celular e é possível vê-lo usando somente cuecas na parte de baixo, apesar de estar de camisa, gravata, paletó e toga (capa). O ministro volta a se sentar logo após aparecer de corpo inteiro nas imagens, e os demais presentes na videoconferência não comentam sobre o fato ou interrompe a sessão (Ministro, 2021). Não foi noticiada nenhuma punição ou advertência formal para o juiz.

Assim, é preciso ter em mente que, em alguns casos, a imposição do *dress code* implica na violação de direitos das pessoas que são impedidas de adentrar ao recinto judicial em decorrência dos trajes. A fiscalização das roupas, a qual é atribuída a um terceiro, por meio de um critério subjetivo (sociais e econômicos, na maioria das vezes), que define se o sujeito está vestido de acordo com o local e se poderá permanecer nas dependências do recinto.

Não obstante, nos dias de hoje, as pessoas se vestem com trajes cada vez mais informais, mesmo em ambientes formais, especialmente diante do elevado número de pessoas que realizam o *home office*.

Dessa forma, deve-se ter em mente que o *dress code*, seja em ambientes corporativos, seja no setor público ou privado, é entendido como uma forma de orientar as pessoas e não as constranger, na medida em que os ambientes de trabalho mudam e os códigos também o devem. Contudo, o que deveria ser sempre observado e muitas vezes não o é, são o bom senso e a adequação ao local de trabalho e à atividade desempenhada (Serra; Muniz, 2024).

No concerne à Corte, a vestimenta não pode restringir o acesso de ninguém, portanto, não se deve exigir roupas formais, como *tailler*, saia abaixo do joelho, terno, paletó, gravata, sapato de verniz ou salto alto, principalmente de pessoas simples e vulneráveis. Isso porque, em alguns casos, exigir esta vestimenta implica na violação de direitos, tais como o contraditório e o das minorias mais vulneráveis.

5. O DANO EXISTENCIAL CAUSADO NA VÍTIMA

Violado o direito nasce o direito de reparação desta violação. É importante destacar que o dano não ocorre apenas no plano material, podendo se configurar no âmbito imaterial, de acordo com a Constituição Federal Brasileira de 1988, no Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, art. 5.º, V, o qual assegura o direito à indenização por “dano material, moral ou à imagem”

O mesmo artigo disciplina, no inciso X, que: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Essa proteção concedida pela Carta Magna se dá em decorrência da proteção do patrimônio, que corresponde a todos os bens, materiais e imateriais, inatos ou adquiridos pelo indivíduo no transcorrer da sua vida, logo, lesão a qualquer direito tem como consequência a obrigação de indenizar.

Nos casos específicos de violação de direitos por intermédio da imposição do *dress code*, tem-se a indenização por danos morais, como ocorreu no caso do lavrador da cidade de Cascavel-PR.

Como é sabido, o dano moral consiste na lesão a direito da personalidade, como o direito à integridade física e/ou psicológica, à imagem, ao nome, entre outros (art. 5º, inciso X, Constituição da República; art. 11 e ss., Código Civil). Uma vez violado, a indenização passa a ser parte integrante dos bens da vítima, a fim de amenizar as violações geradas no âmago das pessoas.

A violação dos direitos, nos casos do *dress code*, pode ser entendida como uma espécie de dano existencial, o qual pode ser percebido como um dano à personalidade que impõe uma abdicção imposta das ocupações do dia a dia do ofendido, culminando com a prejudicialidade do direito de escolha (Bock, 2011), tal como as vestimentas para se fazer presente em determinados órgãos do Poder Judiciário.

Nesta linha, o dano existencial ocorre independente de lesão física ou psíquica, uma vez que altera a agenda do indivíduo, frustrando seu projeto de vida, colocando-o em uma situação de inferioridade, ao ultrajar diretamente a sua dignidade enquanto pessoa, privando-o de um direito fundamental constitucionalmente garantido, o direito à liberdade de ir e vir (Vieira; Mossoi, 2024).

Destarte, para a reparação do dano à pessoa humana, esta deve ser considerada em si mesma, sem estimá-la apenas em função da renda por ela produzida. Este critério já está superado (Sessarego, 1992).

O dano existencial, portanto, tem o condão de cercear o crescimento pessoal, social e profissional, provocando a frustração e a restrição à liberdade de participar no mundo a sua maneira.

6. DIREITOS FUNDAMENTAIS

6.1. Direito ao contraditório

Atualmente, há uma tendência processualista no sentido de alinhar os princípios processuais com os princípios constitucionais, a qual estreita os seus laços. Este posicionamento é visto como um instrumento de serviço da própria ordem constitucional e, por esta razão, reflete as bases do regime democrático e de um processo democrático, o qual, conforme destacado, atua como um fim a ser buscado pelo processo (Rocha, 2014).

Para Silveira (2015), o Estado Constitucional é concebido como Estado de Direito e Estado Democrático, sendo que este último se funda no valor da participação e da autodeterminação da sociedade. O Estado Constitucional, portanto, tem como fim a promoção da liberdade e da igualdade – para isso, como meio, necessita do controle do arbítrio e do poder estatal, erigindo a segurança jurídica como instrumento.

O contraditório e o direito à ampla defesa estão consagrados no art. 5.º, LV, da CF/1988, o qual estabelece: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (Brasil, 1988, p.1). Ambos os princípios constituem inegável condição do processo justo, iluminando toda a sistemática processual, seja civil, penal ou administrativa (Mossoi, 2019).

Assim, o contraditório, segundo Rocha (2014), pode ser entendido como uma garantia constitucional que foi concebida a partir do princípio democrático.

Ora, a democracia pressupõe a participação das partes nas decisões que possam interferir nas suas vidas. Ou seja, uma vez constatada a suposta divergência com o código de vestimenta de determinado espaço, far-se-ia necessário oportunizar às partes se manifestarem acerca do ocorrido, e não simplesmente

barrá-las ou impedi-las de praticar determinado ato, seja em favor de si ou de outrem (clientes, por exemplo).

Observe-se que, na maioria dos casos narrados acima, todos foram impedidos de realizar os atos pelos quais tinham se predispostos naquele momento, seja adentrar aos tribunais, participar de uma audiência ou exercer os direitos dentro das audiências.

Destarte, a nosso ver, a partir do momento que se impõe vestimentas e se impede as pessoas de darem seguimento à sua vida cotidiana, sem qualquer chance de defesa, fere-se o princípio do contraditório.

Portanto, as pessoas devem ter o direito de definirem as roupas a serem utilizadas em determinadas situações, eis que balizadas, muitas vezes, pelas condições econômicas que as circundam, não podendo terem seus direitos cerceados pelas condições econômicas ou opções religiosas, por exemplo.

6.2. Direito à não discriminação e o direito à diversidade cultural

Conforme visto acima, o dano existencial fere o projeto de vida da pessoa, sendo a responsabilização o único meio de amenizar essa consternação. Ocorre que, o ordenamento jurídico brasileiro não prevê, expressamente, a reparação do dano existencial, sendo necessário aplicar outros dispositivos legais, como os artigos 186, 187 e 927, do Código Civil brasileiro, bem como artigos 1º, III, 5º, V e X, e 37, § 6º, todos da Constituição Federal brasileira (Vieira; Mossoi, 2024).

É importante destacar que as privações de direitos fundamentais e sociais afetam a pessoa em sua dignidade, sendo esta considerada um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme prevê o artigo 1º, III, da Constituição Federal.

Em muitos casos, a vergonha e o vexame são tamanhos que suprimem as oportunidades do ser humano, frustrando as possibilidades de aprimoramento escolar, profissional e os momentos de lazer, um dos direitos fundamentais assegurados pelo art. 6º da Constituição Federal brasileira.

Não há como falar sobre *dress code* sem mencionar a diversidade cultural brasileira, a qual é riquíssima, devido à dimensão territorial do país e ao pluralismo dos diferentes grupos sociais que integram a nação.

O direito à identidade cultural possibilita o livre desenvolvimento da personalidade, o qual está vinculado ao princípio da dignidade da pessoa humana. De igual modo, o direito de viver de acordo com os usos e costumes do grupo do qual faz parte, integra o direito à vida, direito fundamental consagrado no caput do art. 5º, da Constituição Federal brasileira de 1988.

Segundo Karam (2011) os direitos à identidade cultural e à diversidade cultural são, ontologicamente, fundamentais, uma vez que são indispensáveis para o livre desenvolvimento da personalidade, ligados ao princípio da dignidade

humana, o direito à diversidade, previstos nos artigos 215, 216 e 231, todos da Constituição Federal brasileira.

O direito de viver conforme a sua cultura depara no estatuto dos direitos fundamentais, instrumentos vocacionados ao seu amparo, diante da ameaça de assimilação imposta pelos padrões culturais difusamente arraigados nas instituições e na sociedade. Ademais, a falta de reconhecimento das diferenças culturais (inclusive, a forma de se vestir) pelo Estado e pela sociedade ofendem, duplamente, as injustiças impostas às minorias, pois esta ausência fere a autoestima destes grupos e, também, aumenta a dificuldade de acesso aos serviços públicos estatais (Karam, 2011 apud Mossoi; Vieira, 2020).

Conforme estabelece a Constituição Federal, cumpre ao Estado proteger as “manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional” (Brasil, 1988), explicitando assim a garantia do direito de acesso da população à sua cultura em sua diversidade e a garantia do direito de participação das pessoas no processo criativo e na expressão da própria cultura (Cardoso; Muzzeti, 2007).

Ao estabelecer, por exemplo, que um advogado não pode se fazer presente na sustentação oral de seu cliente pelo simples fato de estar usando trajes típicos do candomblé impossibilitam as manifestações de culturas, violando o acesso a esses direitos constitucionais.

A multiculturalidade é uma característica da sociedade brasileira, ou seja, compreende a diversidade étnica e cultural dos diferentes grupos sociais que a integram, no entanto, é importante observar que as desigualdades no acesso a bens econômicos e culturais pelos diferentes grupos são determinantes de classe social, gênero, etnia e diversidade cultural (Vieira; Mossoi 2024).

Convivendo e trabalhando juntos, os mais diversos grupos humanos criam sua própria cultura, as quais formam um mosaico rico e variado. De acordo com a Unesco, a diversidade cultural é fundamental para o desenvolvimento sustentável de indivíduos, comunidades e países. Essa diversidade cultural multiplica escolhas, nutre uma gama de habilidades, valores humanos e visões de mundo e extrai do passado a sabedoria necessária para iluminar o futuro (Unesco, 2021).

A cultura, segundo a Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural da UNESCO (2002) é o conjunto de traços distintivos espirituais e materiais, intelectuais e afetivos que caracterizam uma sociedade ou um grupo social e que abrange, além das artes e das letras, os modos de vida, as maneiras de convivência, os sistemas de valores, tradições e as crenças, podendo aí se enquadrar, a vestimenta das pessoas. Em seu art. 4º, a referida declaração traça a relação entre diversidade cultural e dignidade humana, ao registrar que a defesa da diversidade cultural é um imperativo ético, inseparável do respeito da dignidade humana (Karam, 2011 Apud Mossoi; Vieira, 2020).

Assim, a cultura é considerada intrínseca a todo homem e não há nenhuma cultura que possa ser considerada superior em relação às demais, na medida em que está vinculada à dignidade da pessoa humana, a qual encontra respaldo no mais alto dos direitos constitucionais. Além disso, as leis nacionais devem também prezar pela igualdade de todos, reconhecendo os direitos das minorias.

A diversidade cultural é direito humano fundamental, o qual garante a sua proteção. Isso inclui a luta contra os estereótipos e o conformista, pois não devemos nos encaixar no mesmo molde. Enfim, mesmo entre pessoas da mesma comunidade, é impossível serem todas iguais. A diversidade cultural permite um equilíbrio, pois cada membro que a compõe sempre contribui na coloração. Aprendendo quem é o outro, tem-se a oportunidade de entender sua situação, pelo menos em parte. Basicamente, a diversidade cultural evita a rotina e permite que a sociedade seja melhor. A longo prazo, isso só pode ser benéfico (Le Monde de L'autre, 2018).

Dessa forma, pode-se concluir que a instituição de um *dress code* implica, em alguns casos, na violação da cultura de determinada pessoa ou grupo de pessoas, entendido, na maioria das vezes, como uma minoria, tendo em conta, na maioria das vezes, as condições individuais e condições econômicas.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O *dress code* é um código de vestimenta que indica a maneira mais “adequada” para as pessoas se vestirem em determinadas situações, especialmente dentro dos órgãos do Poder Judiciário. Não obstante, este código imposto pode violar alguns direitos dos indivíduos que se encontram impedidos de acessar/entrar nos locais, notadamente no setor público, tais como contraditório e direito das minorias.

Estranhamente, o local que deveria proteger os direitos é palco, muitas vezes, da violação dos direitos com fundamento na existência do *dress code*, o qual é imposto, em algumas situações, por normativas internas ou pelos próprios integrantes do órgão. Percebe-se, ainda, que as normativas são irradiadas dos órgãos com maior poder, ou seja, do Supremo Tribunal Federal.

Muito embora verifique-se um avanço da sociedade em muitos aspectos, há dificuldades para acesso a determinados locais/órgãos, os quais são impostos, única e exclusivamente, em decorrência das vestimentas. Mais do que isso: há violação dos direitos de autodeterminação, ir e vir, dignidade humana, igualdade e diversidade cultural, por exemplo, configurando um grave problema no cenário mundial.

Sabe-se que a diversidade cultural é direito humano fundamental, razão pela qual a vestimenta, que decorre, geralmente, de fatores sociais, ambientais,

da personalidade, influência de amigos, religião ou espírito de integração, não podem ser fundamento para violação de direitos.

Portanto, os tribunais, que fixam códigos rígidos de vestimentas e, em algumas situações, violam direitos das partes e procuradores, devem, em verdade, afastar os constrangimentos e não serem arena de mais situações vexatórias. Há necessidade de respeito e consideração aos cidadãos e cidadãs, bases para o processo civilizatório. Ademais, deve o Estado garantir o mínimo essencial para proteger as pessoas de quaisquer abusos praticados por ele ou por aqueles que desrespeitam o direito à igualdade, especialmente em face do *dress code*.

É imperioso o respeito à diversidade cultural que forma a sociedade brasileira, reverenciando a sua forma de viver e pensar, bem como sua história e suas escolhas. Selecionar as pessoas com base em sua vestimenta é discriminar aqueles que não pautam sua conduta segundo normas rígidas de indumentária, principalmente quando estes códigos emanam do Judiciário. Assim, cabe ao Estado garantir e ofertar condições para que todos possam ser inseridos em todos os locais, respeitando sempre a sua dignidade.

8. REFERÊNCIAS

AGÊNCIA ESTADO. Juíza mede saia de advogadas com régua e barra entrada, denuncia OAB-RJ. Disponível em: <<https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2019/10/25/>>. Acesso em: 9 maio 2021.

BOCK, Maximiliano Maxwell. O Dano Existencial no Direito Brasileiro. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/69914/000874755.pdf?sequence=1&locale=en> Acesso em: 28 jun. 2024.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.

BRÍGIDO, Carolina. Como se vestir no Supremo. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/como-se-vestir-no-supremo-23217671>>. Acesso em: 03 dez. 2019.

BRÍGIDO, Carolina. Pode calça jeans? Os trajes que os ministros do STF exigem nos gabinetes. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/colunas/carolina-brigido/2023/11/08/pode-calca-jeans-os-trajes-que-os-ministros-do-stf-exigem-nos-gabinetes.htm>. Acesso em: 25 jun. 2024.

CARDOSO, Sônia Maria Vicente. MUZZETTI, Luci Regina. Tema: as dimensões da diversidade cultural brasileira. Disponível em: <file:///D:/Downloads/Dialnet-AsDimensoesDaDiversidadeCulturalBrasileira-6202517%20(2).pdf>. Acesso em: 26 nov. 2019.

CONJUR. INSTRUÇÃO NORMATIVA STJ/GP N. 6, de 09 de Fevereiro de 2024. Disponível em: https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2024/03/Int_6_2024_GP-1.pdf Acesso em: 25 jun. 2024.

CORREIO BRASILENSE. STJ altera código de vestimenta para não distinguir gênero e proíbe cropped. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/politica/2024/03/681834> Acesso em 25 jun. 2024.

D'ELIA, Mirella. Ministra quebra tradição e usa calça no STF. Disponível em: <https://g1.globo.com/Noticias/Politica/0,,MUL11565-5601,00-> Acesso em: 25 jun. 2024.

DUTRA, Daniele. Advogado é impedido de atuar em tribunal por usar trajes do candomblé. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2023/07/01/advogado-e-impedido-de-atuar-em-tribunal-por-usar-trajes-do-candomble.htm#> Acesso em 28 jun. 2024.

G1, Goiás. Juiz constrange advogada por achar sua roupa 'inapropriada'. Ed. 19 Ago. 2017.

GAMBA, Karla. Do Congresso ao STF: o dress code machista nos poderes em Brasília. Disponível em: <https://apublica.org/2024/05/do-congresso-ao-stf-o-dress-code-machista-nos-poderes-em-brasilia/> Acesso em: 27 jun. 2024.

- GHIRELLO, Mariana. Lei não obriga advogado a usar gravata em audiência. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2010-set-30/lei-nao-obriga-advogado-usar-gravata-audiencia-afirma-juiz>>. Acesso em: 12 maio 2021.
- JUIZ. Juiz que adiou audiência porque lavrador usava chinelos terá de pagar R\$ 12 mil. Disponível em: https://www.jornaldocomercio.com/_conteudo/2017/03/geral/551070 Acesso em: 11 maio 2021.
- KARAM, Juliano Stella. O direito fundamental à diversidade cultural e a sua vinculação aos poderes públicos. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, abr./jun. 2011.
- LE MONDE DE L'AUTRE. L'importance de la diversité culturelle en 5 points. Publié le 21 mai 2018 Disponível em: <https://lemondedelautre.org/diversite-culturelle/?cn-reloaded=1>. Acesso em: 11 maio 2021.
- LIBRETTI, Alessandra dos Santos; AMORIM Maria Cristina e MOREIRA, Rosana. Dress code: das considerações teóricas às práticas nas organizações. **Revista Pensamento & Realidade**. v. 33, n. 1, p. 2-18, jan./mar. 2018 -e-ISSN: 2237-44182.
- MIGALHAS. Advogado participa de julgamento sem gravata e é advertido por desembargador. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/330370/> Acesso em: 20 ago. 2020.
- MIGALHAS. Juiz suspende audiência por causa de chinelo. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/40976>. Acesso em: 23 set. 2020.
- MIGALHAS. Advogado sem terno e gravata é retirado de sessão virtual do STJ. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/335565/advogado-sem-terno-e-gravata-e-retirado-de-sessao-virtual-do-stj>. Acesso em: 29 set. 2022
- Ministro do STJ Nêfi Cordeiro aparece de cueca em sessão da Corte. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/ministro-do-stj-aparece-de-cueca-em-sessao-da-corte/> Acesso em: 12 maio 2021.
- MOSSOI, Alana Caroline; VIEIRA, Tereza Rodrigues. Multiculturalismo e a violação do direito à liberdade de ir e vir em face da imposição de um *dress code* em lugares públicos. **Biodireito e direitos dos animais II** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI. Florianópolis: CONPEDI, 2020, p.100-120.
- MOSSOI, Alana Caroline. Teoria da Ciência Inequívoca: Requisitos e Aplicação no Direito Processual Civil. Dissertação: Mestrado em Processo Civil e Cidadania, UNIPAR. Umuarama, 2021.
- REDAÇÃO. Formalismo no STF exige cuidados ao se vestir. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/296950/formalismo-no-stf-exige-cuidados-ao-se-vestir>. Acesso em: 25 jun. 2024
- ROCHA, Felipe Borring. O contraditório utilitarista. **Revista de Processo – REPRO**, São Paulo, v. 229, p. 171-197, mar. 2014.
- ROSA, João; GARCIA Gabriel. CNJ pede esclarecimentos ao STJ sobre normas de vestimenta da Corte. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/cnj-pede-esclarecimentos-ao-stj-sobre-normas-de-vestimenta-da-corte/> Acesso em: 25 jun. 2024.
- SERRA, Paolla e MUNIZ, Mariana. Restrição a peças ‘sumárias’ abre debate sobre trajes nos tribunais superiores. Acesso em: 27 jun. 2024.
- SESSAREGO, Carlos Fernandez. Protección a la persona humana, Ajuris. **Revista da Associação dos Juízes de Direito do Rio Grande do Sul**, n. 56, 1.992, nov., p. 129.
- SILVEIRA, Daniela Gonsalves da. Direito ao contraditório, dever de fundamentação e direito à publicidade no novo Código de Processo Civil Brasileiro. **Revista de Processo – REPRO**. São Paulo, v. 248, p. 69-87, out. 2015.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Perguntas Frequentes. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=audienciaFaq&pagina=faq#:~:text=Os%20homens%20dever%C3%A3o%20trajar%20terno,%2C%20necessariamente%2C%20acompanhados%20de%20blazer>. Acesso em: 25 jun. 2024
- TATUM, Malcolm. What is a Dress Code? **WiseTour**. Disponível em: <https://www.wisetour.com>. Edição de 12 abr. 2023.
- UNESCO. Diversité Culturelle. Disponível em: <https://fr.unesco.org/themes/%C3%A9ducation-au-d%C3%A9veloppement-durable/diversite-culturelle>. Acesso em: 10 maio 2021.
- UNESCO. Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural. 2002.
- VIEIRA, Tereza Rodrigues e MOSSOI, Alana Caroline. Código de Vestimenta: é justo impor um *dress code* às minorias vulneráveis? In: **Multiculturalismo e Minorias Vulneráveis: reconhecimento dos direitos fundamentais e da personalidade**. Brasília: Editora Zakarewicz, 2024.

YANAGUI, V.B. Vestimentas da corte: a indumentária do ritual do julgamento. Monografia (Graduação em Direito). Orientador: Luís Roberto Cardoso de Oliveira. Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília-DF, 2013, 88p.

LIMITES DO ALUGUEL SOCIAL COMO COMPENSAÇÃO MITIGATÓRIA EM POLÍTICA PÚBLICA DE DESASTRE COM BASE NA SUA APLICAÇÃO PARA A TRAGÉDIA DA REGIÃO SERRANA DO RIO DE JANEIRO EM 2011

Gabriela Garcia B. Lima Moraes¹
Isabella Maria Martins Fernandes²

1. INTRODUÇÃO

O aluguel social como forma de compensação integrada à política pública em situação de desastre, no molde desenhado e como foi aplicado judicialmente na tragédia da região serrana do Rio de Janeiro em 2011, assume caráter emergencial mitigatório. É um exame que constatou limites importantes para a compreensão do uso desse instrumento na etapa pós-desastre.

O Aluguel Social foi um instrumento do Programa Morar Seguro instituído pelo Decreto nº 42.406/2010³, para gestão de áreas de risco, a fim de compen-

¹ Doutora (2014) em Direito, linha Direito das Relações Internacionais pela Universidade de Aix-Marseille-França em cotutela com o Centro Universitário de Brasília, com bolsa CAPES. Professora adjunta da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (2015-atual), áreas: Direito ambiental e Direito Internacional Público. Colíder do grupo de Estudos Direito dos recursos naturais e sustentabilidade (GERN-UnB). E-mail: gabrielalima@unb.br

² Doutoranda e Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília - UnB. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília. Cientista Ambiental pela UnB. Pesquisadora membro do Grupo de Pesquisa em Direito, Recursos Naturais e Sustentabilidade (GERN/UnB). E-mail: isabellamariamartinsf@gmail.com

³ O Programa Morar Seguro foi instituído pelo estado do Rio de Janeiro para a construção de unidades habitacionais para o reassentamento da população que vivia em áreas de risco. O Decreto nº 42.406/2010 instituía o aluguel social no art. 8º como forma de assistência para as famílias que ainda não haviam sido reassentadas, mas já haviam sido retiradas dessas áreas. O artigo 8º foi posteriormente revogado pelo Decreto nº 45806/2016, e o próprio Decreto nº 42.406/2010 foi revogado pelo Decreto nº 48695/2023.

sar as famílias deslocadas dessas áreas, enquanto não eram reassentadas. Após o desastre da região serrana do Rio de Janeiro, foi configurado, inicialmente pelo Decreto do Estado do Rio de Janeiro nº 43.091/2011, posteriormente revogado pelo Decreto nº 44.052 de 30/01/2013, como um benefício assistencial e não definitivo para atender as necessidades advindas da destruição total ou parcial do imóvel residencial do beneficiário, decorrente de calamidade pública ou de remoções de pessoas residentes em áreas de risco, nos casos definidos por ato do Governador do Estado. Imerso, assim, em uma política pública do estado do Rio de Janeiro para a gestão dos efeitos do desastre da região serrana, o aluguel social era voltado para a compensação dos desabrigados, tendo sido desenvolvido em parceria com a Caixa Econômica Federal (CEF) e o Ministério do Desenvolvimento Social, no valor de R\$ 400,00 a R\$ 500,00, a ser pago mensalmente em um período definido normativamente pelo Decreto. Primeiro, o Decreto nº 43.091/2011 definia 12 meses, prorrogável por 12 meses em caso de necessidade devidamente demonstrada. Em seguida, o Decreto nº 44.052 de 30/01/2013, manteve a definição do cabimento por 12 meses e possibilidade de prorrogação em caso de necessidade demonstrada, sem definir o limite de mais 12 meses para a prorrogação.

Aplicável pós-desastre, o aluguel social nos moldes configurados normativamente pode ser entendido como um instrumento de compensação em formato indenizatório, conforme ensaio de tipologia dos instrumentos de compensação no Direito ambiental proposta por Lima (2014a), haja vista corresponder a um subsídio para auxiliar com o aluguel de um espaço provisório de moradia pela impossibilidade de retornar àquela que foi perdida em um desastre, sendo, portanto, uma compensação monetária definida em lei como devida pelo Estado diante da perda da moradia⁴. No campo do Direito dos Desastres, os instrumentos compensatórios adentram o momento pós-desastre (Carvalho, 2020a; Cassali, 2017) para suprir um auxílio financeiro às vítimas, ou perdas e danos, entre outros objetivos, e podem tomar quantas formas instrumen-

⁴ Em um ensaio de tipologia dos instrumentos de compensação no Direito ambiental, estes podem ser classificados conforme sua função: compensações indenizatórias são as formas voltadas à compensação de danos; compensações regulamentares são as formas voltadas à regulação de impactos por medidas de comando e controle, ambas são explicadas como formas clássicas encontradas no Direito ambiental para a compensação; há ainda os mercados de compensação e os pagamentos por serviços ambientais que são formas emergentes de compensação no Direito ambiental, alteram a linguagem de comando e controle da norma jurídica para uma linguagem de incentivos, na qual os instrumentos compensatórios utilizam instrumentos econômicos e de mercado para aprimorar o engajamento voluntário na proteção ambiental. Sobre o assunto: LIMA, Gabriela Garcia Batista. **La compensation en droit de l'environnement : un essai de typologie**. Tese de Doutorado em Direito, linha Direito das Relações Internacionais. Centro Universitário de Brasília e Aix-Marseille Université, 2014.

tais⁵ quanto previstas em lei, a exemplo de assistências governamentais como o aluguel social, doações, seguros privados, instrumentos de responsabilidade civil, entre outros.

Ainda conceitualmente, desastre é o resultado de evento adverso, de origem natural ou induzido pela ação humana, sobre ecossistemas e populações vulneráveis, que causa significativos danos humanos, materiais, ambientais, econômicos e sociais (Política Nacional de Proteção e Defesa Civil, Lei 12.608/2012, art. 1º, inciso V). Busca-se identificar a relação entre causas e consequências do evento que, por suas dimensões múltiplas e sistêmicas, é um “cataclismo sistêmico de causas que, combinadas, adquirem consequências catastróficas” (Carvalho, 2020b, p. 336). Com vários elementos convergindo para a sua causa, também necessita de diferentes níveis de ações para a sua prevenção e reparação, sendo este último, âmbito em que se insere os instrumentos de compensação.

O desastre ocorrido na região serrana no estado do Rio de Janeiro diz respeito aos efeitos catastróficos decorrentes de chuvas fortes, inundações e deslizamentos de terra nos dias 11 e 12 de janeiro de 2011. Afetou os municípios de Nova Friburgo, Petrópolis, Teresópolis, Bom Jardim, São José do Vale do Rio Preto, Sumidouro e Areal, em uma área estimada de 2.300 km², onde viviam mais de 713.000 habitantes (Busch; Amorin, 2011). Segundo relatório de perdas e danos do Banco Mundial (2012), a cidade de Nova Friburgo reportou 180 mil afetados, o correspondente a 60% da população atingida pelo desastre. A população desabrigada concentrou-se em Teresópolis, o equivalente a 41% do total de desalojados e a 10% da população do município. Os desabrigados em Nova Friburgo e Petrópolis representam 23% e 17% do total, respectivamente. Ainda pelo relatório do Banco Mundial (2012), o desastre gerou danos estimados na ordem de R\$ 4.78 bilhões: dos custos totais, R\$ 2.2 bilhões (46%) corresponderam aos danos, custos diretos das inundações e deslizamentos; ademais, as perdas (custos indiretos do desastre) foram estimadas em R\$ 2.6 bilhões (54% dos custos totais); sendo que, dentre estes custos, aproximadamente R\$ 3.15 bilhões correspondem ao setor público e R\$ 1.62 bilhões são de propriedade privada.

⁵ Há sistemas públicos, privados e híbridos de compensação pós-desastres, conforme legislações e regulações nacionais. Ditam as regras sobre quem são os responsáveis pelos danos em quais tipos de desastres. Mais sobre o assunto: CARVALHO, Délton Winter de. **Desastre Ambientais e sua regulação jurídica. Deveres de prevenção, resposta e compensação ambiental**. 2ª Ed. Revista dos Tribunais, 2020; BRUGGEMAN, Véronique; FAURE, Michael. **Compensation for Victims of Disasters in Belgium, France, Germany and the Netherlands. Working paper 30**. The Netherlands Scientific Council for Government Policy. Hague, 2018. Disponível em: <https://english.wrr.nl/publications/working-papers/2018/10/10/wp30>. Acesso em 25.06.2024; LIMA, Gabriela Garcia Batista. **La compensation en droit de l'environnement: un essai de typologie**. Tese de Doutorado em Direito, linha Direito das Relações Internacionais. Centro Universitário de Brasília e Aix-Marseille Université, 2014, p.134-140.

Ainda conforme o Banco Mundial (2012), o setor habitacional foi o que registrou custos privados mais relevantes (R\$ 647 milhões); os setores sociais foram os que mais sustentaram perdas e danos, com um custo total estimado em R\$ 2.69 bilhões; o setor de infraestruturas foi impactado em cerca de R\$ 1 bilhão; os setores produtivos tiveram custos diretos e indiretos estimados em R\$ 896 milhões, enquanto os impactos ambientais foram estimados em R\$ 71.4 milhões.

A tragédia teve origem natural/ambiental/climática, mas também tecnológica (ação ou omissão humana): o alto índice pluviométrico, a geologia da região, a ocupação irregular do solo e a omissão do Estado em termos de gestão do espaço e de risco de desastres. Foram cerca de 130 mm de chuvas por dia, sendo que o normal estimado para o período era de 60 mm; alguns pontos ultrapassaram 200 mm. Outro elemento de ordem natural/ambiental foi o solo: a região já era caracterizada por uma grande vulnerabilidade ambiental natural, com solos mais instáveis e propensos a deslizamentos devidos a sua localização na Serra do Mar, formada por rochas com camada fina de terra e coberta por Mata Atlântica, com alta declividade e regime de chuvas intensas no verão. Essa vulnerabilidade natural, no entanto, foi intensificada pela ocupação humana da região, muitas vezes em área de preservação permanente (cuja ocupação não é permitida)⁶; agravada ainda pela omissão estatal das situações de ocupações irregulares e na prevenção de desastres, resultando em erosões, inundações e deslizamentos com danos humanos, patrimoniais e sociais (Busch; Amorin, 2011).

A omissão humana caracteriza-se pela falha crônica – ou seja, prolongada ao longo do tempo – em diagnosticar as vulnerabilidades, traçar um planejamento de ordenamento do solo considerando a necessidade de gerenciamento de desastres. Envolve tanto a fiscalização para a situação de ocupações irregulares, como ainda, ações, políticas públicas e educação ambiental para a prevenção de desastres e gerenciamento de calamidades. Porque o caso da região serrana do Rio possui entre suas causas, a omissão humana prolongada ao longo do tempo – seja a omissão diante das ocupações irregulares, seja diante da necessidade de medidas preventivas de desastres em locais vulneráveis – adentra-se em um conceito de desastre tecnológico crônico, eixo importante na identificação das formas de se aprimorar as ações de prevenção (Gramling, Krogman, 1997). Trata-se de um conceito imerso na teoria social dos desastres, então vistos como uma construção social; inexistindo, por conseguinte, um desastre

⁶ Para esclarecimentos, são áreas de preservação permanente, segundo o Código Florestal, áreas cobertas ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar recursos hídricos, estabilidade geológica, proteger o solo e bem-estar das populações, entre elas: faixas marginais de cursos de água naturais, perenes, intermitentes, cuja metragem é definida conforme a largura dos cursos de água, nos termos das alíneas do inciso I do art. 4º, do Código Florestal; encostas ou partes destas com declividade superior a 45º, equivalente a 100% da área de maior declive, entre outros, nos termos do art. 4º do Código Florestal.

puramente ambiental, já que, mesmo se desencadeados por fenômenos físicos, somente ocorrem quando envolvem populações e grupos vulneráveis e cabe ao Direito “[...] a avaliação de quando a vulnerabilidade identificada em um dado caso é decorrente de injustiças (omissões passivas) e estas, conseqüentemente, passíveis de responsabilizações.” (Carvalho, 2020a, p. 61).

No Brasil, o Estado é responsável em gerir situações de catástrofe (calamidade pública). A tragédia da região serrana do Rio de Janeiro em 2011 é paradigmática também porque impulsionou o Governo Federal a lançar o Plano Nacional de Gestão de Riscos e Resposta a Desastres Naturais⁷. Foi ainda um incentivo para a criação da Lei nº 12.608/2012, a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil – PNPDEC. Todavia, decorridos mais de 10 anos, a compensação das vítimas ainda permanece como uma questão conflituosa que demanda a atuação do judiciário estadual.

Com o foco no aluguel social como instrumento compensatório das vítimas no momento pós-desastre do evento ocorrido na região serrana do Rio nos dias 11 e 12 de janeiro de 2011, o presente estudo é o resultado de pesquisa bibliográfica, documental, e de uma abordagem qualitativa⁸ jurisprudencial. A pesquisa bibliográfica e teórica permitiu o levantamento dos principais conceitos que envolvem a gestão de desastres, em especial, o formato legal do aluguel social. Já a pesquisa jurisprudencial, no tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ), permitiu a seleção de ações⁹ cujo cerne foi o pagamento do aluguel social às vítimas do desastre e possibilitou a discussão sobre como a hermenêutica do tribunal moldou limites ao pagamento do aluguel social.

⁷ Todavia, o próprio Plano Nacional não atendeu as expectativas a que se destinou, pois a Administração Pública no âmbito federal, estadual e municipal não pôs em prática de maneira efetiva os quatro eixos de ações previstas, quais seja a realização de obras de prevenção, resposta, mapeamento das áreas de risco, monitoramento e alertas; mais da metade dos recursos previstos à época de implantação do Plano Nacional de Gestão de Riscos não foram destinados à proteção da comunidade contra as calamidades públicas. Ver em: ZAGANELLI, Margareth Vetis; ALMEIDA, Luane Hemerly. Catástrofes ambientais: necessidade de regulamentação jurídica dos desastres no ordenamento brasileiro. **Revista Jurídica**, vol. 04, n. 66, Curitiba, 2021, pp.260-285. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2902>. Acesso em: 25 jun. 2024.

⁸ O método qualitativo permite explorar e interpretar processos e dados. Na maioria dos estudos qualitativos, as hipóteses não são testadas, mas construídas durante o processo de pesquisa e aprimoradas conforme mais dados são obtidos. Isso possibilita que se contemplem procedimentos emergentes, bem como a análise de dados de forma indutiva, partindo de questões particulares para a complexidade da questão. SAMPIERI, Roberto Hernández; COLLADO, Carlos Fernández; LUCIO, Pilar Baptista. **Metodologia de pesquisa**. 5. ed. São Paulo: McGraw-Hill, 2013.

⁹ O critério de pesquisa para identificação dos processos foi: Teresópolis, 2011, aluguel social, tragédia climática. Foram identificados no TJRJ, os processos números: 0022310-21.2014.8.19.0061, 0011729-10.2015.8.19.0061, 0004198-33.2016.8.19.0061, 0010003-39.2016.8.19.0037, 0004198-33.2016.8.19.0061, 0003084-38.2022.8.19.0000. Disponíveis em: <https://www.tjrj.jus.br/web/portal-conhecimento/jurisprudencia>. Acesso em: 24 jun. 2024.

Pretende-se contribuir para o esclarecimento da natureza compensatória e dos limites do aluguel social, eis que não alcança a reparação integral do dano – e nem foi desenhado para isso, sendo apenas compensatório com efeito mitigatório, uma vez que nem o subsídio monetário em formato de aluguel tem a pretensão de compensar integralmente o valor por um aluguel residencial.

A integralidade dos danos tem relação, tanto com as perdas, como também com a vulnerabilidade social à que são submetidas as vítimas, haja vista os diversos significados e prejuízos que diferentes perdas podem ser traduzidas em um desastre. Traduzem-se, juridicamente, nos danos ambientais, patrimoniais e morais, pela perda patrimonial de casas, bens móveis; mas também, diante das perdas imateriais associadas aos danos morais sofridos, correspondem ao abalo emocional crônico de perder mais do que a sua propriedade, pois, desaparece o seu conceito “lar”, um termo mais abrangente do que a perda patrimonial da casa, e envolve também os hábitos perdidos, estilo de vida – danos pela vida que nunca mais voltará a ser a mesma¹⁰.

A vulnerabilidade em situações de desastres também é caracterizada por falhas na eficácia jurídica das regras de compensação, seja na esfera de políticas públicas e atuação do Estado na gestão da situação da vítima no momento posterior ao desastre, seja na aplicação do Direito na compensação dos danos sofridos. Para explicar melhor, eficácia jurídica é, modo geral, a capacidade da norma de prover o resultado para o qual foi criada (Barroso, 2003). Se o Direito é incapaz de prover respostas concretas às vítimas na busca da compensação pelos danos em um período razoável em relação ao evento, a sua situação de vítima somente se prolonga por falta de eficácia jurídica, ou seja, pela incapacidade da lei de prover o resultado para o qual foi criada. As decisões no TJRJ, por sua vez, permitem uma melhor compreensão da interface entre o judiciário e políticas públicas de desastres e a vulnerabilidade das vítimas de desastres. Essa situação agrega-se à importância do estudo dos limites do aluguel social como instrumento jurídico de compensação, para se compreender como utilizá-lo e como aprimorá-lo em políticas públicas pós-desastres.

Isso posto, primeiro, analisa-se elementos gerais do ordenamento jurídico dos desastres identificados na tragédia da região serrana do Rio em 2011 (1). Em seguida, tratamos da natureza jurídica e dos limites o aluguel social como forma de compensação com efeitos de mitigação para as vítimas da tragédia

¹⁰ A compensação em desastres varia conforme a legislação, assim como a definição dos danos a serem compensados. A perda do lar foi um dano imaterial reconhecido no caso da catástrofe de Fukushima no Japão em 2011. Sobre o assunto: MORAES, Gabriela Garcia B. Lima. A responsabilidade civil nuclear como instrumento para a Teoria política da ‘Nova economia do bem-estar’: uma análise econômica do Direito com base no acidente nuclear de Fukushima. **Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, v. 9, p. 114-140, 2017.

da região serrana do Rio de Janeiro (2). Posteriormente, com uma análise no judiciário, examina-se alguns dos limites hermenêuticos do exame de legalidade realizado pelo TJRJ (3).

2. ELEMENTOS GERAIS DO ORDENAMENTO JURÍDICO DOS DESASTRES IDENTIFICADOS NA TRAGÉDIA DA REGIÃO SERRANA DO RIO EM 2011

Antes de se adentrar no estudo do aluguel social como instrumento de compensação pós-desastre, considerou-se importante uma contextualização sobre a obrigatoriedade da atuação do Estado em situação de desastre, âmbito no qual se situa o referido instrumento compensatório.

No Brasil, o Estado é responsável em gerir as calamidades públicas decorrentes de desastres, conforme o art. 2º do Decreto nº 10.593, de 24 de dezembro de 2020, inciso VIII. Segundo o inciso, calamidade pública é a situação anormal de danos e prejuízos provocada por desastre e demanda a adoção de medidas administrativas excepcionais para resposta e recuperação. Compete ao Presidente da República propor ao Congresso Nacional a decretação do estado de calamidade pública de âmbito nacional nos termos do art. 84 da Constituição da República de 1988; cabendo à União a responsabilidade pelos danos e custos decorrentes. Alinha-se a uma atuação protetiva dos direitos humanos constitucionalmente estabelecidos, como o direito à vida, à segurança, à propriedade, à dignidade humana (CF, art. 5º), à saúde, à moradia e à assistência aos desamparados (CF, art. 6º), direitos habitualmente violados em desastres.

No âmbito federal, a PNPDEC determinou o dever da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios de adotar as medidas necessárias à redução dos riscos de desastre (art. 2º, Lei nº 12.608 de 2012). Além disso, a Lei nº 12.340 de 2010 disciplina as transferências de recursos da União aos órgãos e entidades da federação para a execução de ações de prevenção em áreas de risco de desastres e de resposta e de recuperação em áreas atingidas por desastres, bem como dispôs sobre o Fundo Nacional para Calamidades Públicas, Proteção e Defesa Civil.

As catástrofes são diretamente proporcionais à qualidade da gestão de risco, independente se é de origem ambiental, climática ou tecnológica (Organização das Nações Unidas, ONU, 2004). As consequências de uma catástrofe são, assim, tanto uma questão de gestão de perdas e danos associados aos direitos humanos prejudicados (à vida, moradia, saúde, alimentação, propriedade, entre outros), como também de responsabilidade ambiental.

No caso da tragédia da região serrana do Rio em janeiro de 2011, na tentativa de oferecer uma resposta emergencial ao desastre o governo federal, o

interlocutor oficial pelo socorro foi o Ministério da Integração Nacional (MI), responsável pela coordenação federal da Defesa Civil. Outros ministérios somaram esforços para controlar a situação, como o Ministério da Defesa (MD), o Ministério da Saúde (MS), o Ministério da Justiça (MJ), o Ministério do Desenvolvimento Social (MDS), o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (Mapa), e instituições como a Caixa Econômica Federal (CEF), o Banco do Brasil (BB), o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), entre outros (Busch; Amorin, 2011).

Busch e Amorin (2011), em seu estudo sobre as ações estatais perante o desastre, constataram que não houve articulação eficaz entre as Defesas Cíveis de cada município afetado e entre as várias esferas da administração pública. Também observaram falhas na coordenação entre a Defesa Civil e as Forças Armadas, obstando qualquer operação imediata a ser realizada pelos agentes públicos. Por outro lado, o mesmo estudo apontou medidas da sociedade civil como parte importante na assistência emergencial, em ações como doações de empresários, da construção de 2.000 casas para os afetados pelo desastre, e a rede de apoio para donativos formada por postos rodoviários, supermercados, shoppings, escolas, empresas privadas, associações, entre outras.

A título de medidas emergenciais do governo federal, houve a liberação de recursos específicos, como o saque de até R\$ 5.400,00 nas contas do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), por meio do MI, e antecipação do Bolsa Família para 31.000 famílias cadastradas da região, tudo isso após o reconhecimento do estado de calamidade pública nos sete municípios atingidos, por decreto estadual – Decretos nº 42.796, 42.797 e 42.801 a 42.805 de 14 de janeiro de 2011 – e pela Secretaria Nacional de Defesa Civil, situação que facilitou a implementação de medidas emergenciais. Ademais, o governo federal solicitou o adiantamento do empréstimo de U\$ 485 milhões ao Banco Mundial, destinado à remoção de pessoas das áreas de risco, à construção de novas habitações para atender os desabrigados e à capacitação de pessoal para lidar com catástrofes, bem como anunciou-se a construção de 6 mil casas para famílias afetadas pelas chuvas, subsidiadas pelo Programa Minha Casa, Minha Vida e pelo governo estadual (Busch; Amorin, 2011).

Em âmbito estadual, entre as ações governamentais de gestão de desastres, identificou-se o Programa Morar Seguro instituído pelo Decreto nº 42.406/2010, instituído para a construção de unidades habitacionais para o reassentamento da população que vivia em áreas de risco. O aluguel social era previsto no art. 8º como forma de assistência para as famílias que ainda não haviam sido reassentadas, mas já haviam sido retiradas dessas áreas¹¹.

¹¹ O artigo 8º foi posteriormente revogado pelo Decreto nº 45806/2016, e o próprio Decreto nº 42.406/2010 foi revogado pelo Decreto nº 48695/2023.

O Decreto do Estado do Rio de Janeiro nº 43.091/2011, por sua vez, configurou o aluguel social para a sua aplicação à tragédia da região serrana do Rio. Era um benefício assistencial e não definitivo para atender as necessidades advindas da destruição total ou parcial do imóvel residencial do beneficiário, decorrente de calamidade pública ou de remoções de pessoas residentes em áreas de risco, nos casos definidos por ato do Governador do Estado. É para este instrumento que se direciona a análise, para um esclarecimento da sua natureza jurídica e dos seus limites o aluguel como forma de compensação para as vítimas da tragédia da região serrana do Rio de Janeiro.

3. A NATUREZA JURÍDICA DO ALUGUEL SOCIAL COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICA PÚBLICA EM GESTÃO DE DESASTRES, COMPENSATÓRIO E COM EFEITOS DE MITIGAÇÃO

O Aluguel Social, como mencionado anteriormente, foi configurado pelo Decreto do Estado do Rio de Janeiro nº 43.091/2011, revogado pelo Decreto Nº 44052 DE 30/01/2013, para ser um benefício assistencial e não definitivo para atender as necessidades advindas da destruição do imóvel residencial no desastre da região serrana do Rio. Em termos de natureza jurídica como forma de posicionar o instrumento no Direito, considerando tanto os atores envolvidos como a sua função e objetivo (Vivan Filho, 2017; Ferraz Jr., 2013), é um instrumento de política pública e gestão de desastre (2.1), possui natureza compensatória com efeitos de mitigação (2.2).

3.1 O aluguel social como instrumento de política pública em gestão de desastre

No enquadramento do funcionamento do aluguel social, a norma jurídica limita os beneficiários, o valor a ser recebido e a temporalidade do seu recebimento. É um instrumento que nasce da interface entre política pública e o Direito (Bucci, 2006), pois foi moldado pela norma jurídica para ser aplicado pelo Estado e a partir da cooperação federal, estadual e municipal do Estado, está imerso em um contexto de gestão de calamidade pública no qual se identifica uma relação Estado-cidadão em um regime jurídico público protetivo dos direitos humanos em situação do desastre, haja vista a responsabilidade constitucional estatal pelas calamidades públicas, devida também diante da vulnerabilidade com que se encontram as vítimas em situação de desastre, pois irão necessitar de auxílio para se restabelecerem em todos os sentidos, saúde, moradia, alimentação, etc.

Inicialmente, segundo Decreto do Estado do Rio de Janeiro nº 43.091/2011, somente um núcleo familiar atingido poderia receber o benefício e ficou estabe-

lecido o período de doze meses, prorrogável por igual período, em caso de comprovada necessidade do pagamento (§1º e §2º, art. 1º, Decreto do Estado do Rio de Janeiro nº 43.091/2011). O instrumento detinha caráter de urgência, pois se voltava às vítimas do desastre, desabrigadas, variando R\$ 400,00 a R\$ 500,00.

Com o advento do Decreto Estadual nº 44.052/2013, de 31 de janeiro de 2013, as normas do Decreto Estadual nº 43.091/2011 foram revogadas, e alterou-se o período de recebimento do benefício. Apesar da permanência do lapso de 12 meses, retirou-se a possibilidade de prorrogação por igual período, e não se definiu o intervalo a ser observado na hipótese de prorrogação – podendo ser maior ou menor que doze meses, a critério do ente administrativo – a partir da comprovação da necessidade de continuidade do recebimento por parte da vítima, requerente do benefício. A regra temporal mencionada é prevista no §1º do art. 1º do Decreto Estadual nº 44.052/2013. Por uma interpretação sistêmica da norma jurídica, entende-se que essa necessidade deveria ser demonstrada até a comprovação do reassentamento devido, diante da previsão do art. 7º: “Nos casos em que as unidades habitacionais para reassentamento da população residente em áreas de risco já estiverem disponíveis, e a partir do momento em que os reassentamentos das famílias sejam realizados, o Aluguel Social será cancelado.”

A definição temporal de 12 meses prorrogável por 12 meses prevista em 2011 distanciava o aluguel social do seu objetivo de contribuir monetariamente para suprir uma necessidade perdida (de moradia) com o desastre até que fosse recomposta (até o reassentamento para uma nova moradia), pois não haveria garantia de que se conseguiria o reassentamento das vítimas dentro do período pensado para o pagamento do aluguel social. Ou seja, mesmo que o aluguel se justifique pela perda de moradia, ele não era devido até que se estabeleça nova moradia definitiva. A alteração para a possibilidade de prorrogação após 12 meses, sem exigir o limite de novos 12 meses foi importante na correção normativa do formato do aluguel social pelo Decreto Estadual nº 44.052/2013 para o seu propósito de auxiliar na moradia até novo reassentamento. O aluguel social deveria ser cancelado nos casos em que as unidades habitacionais para reassentamento da população residente em áreas de risco já estiverem disponíveis, e a partir do momento em que os reassentamentos das famílias fossem realizados (Decreto Estadual nº 44.052/2013, no art. 7º). Contudo, como se verá no exame no judiciário (item

Além disso, o novo decreto acrescentou que nos casos decorrentes de calamidade pública ou de remoções de pessoas residentes em áreas de risco, o aluguel social poderia ser concedido à família afetada, mediante laudo de interdição ou de destruição total do imóvel emitido pela Defesa Civil Municipal. O pagamento do aluguel social foi previsto para ser realizado pelo sistema de pagamento da Secretaria de Estado de Assistência Social e Direitos Humanos,

pelo Centro de Tecnologia de Informação e Comunicação do Estado do Rio de Janeiro (PRODERJ) e pelo Departamento de Trânsito do Rio de Janeiro (DETRAN/RJ), os quais, dentro de suas atribuições, deveriam elaborar o cadastro das famílias afetadas, efetuando a supervisão do procedimento, o processamento e a digitalização de todos os beneficiários (art. 5º, § 1º, Decreto Estadual nº 44.052/2013). O Setor Técnico da Defesa Civil do Estado do Rio de Janeiro e a Secretaria de Estado de Assistência Social e Direitos Humanos se mantiveram como incumbidos de analisar o Termo de Cooperação para que, em momento posterior, fosse assinado pelos Municípios e pelo Governador (Art. 3º, §2º, Decreto Estadual nº 44.052/2013).

Ainda conforme o Decreto Estadual nº 44.052/2013, art. 4º, vinculou-se o recebimento da inscrição do beneficiário, ao CAD Único, com a comprovação de que possui o Número de Identificação Social (NIS), cabendo ao município, a requisição, pela Secretaria Estadual de Assistência Social e Direitos Humanos, de suspensão do pagamento do benefício, por descumprimento de quaisquer requisitos necessários à sua concessão.

O caráter assistencial em situação de calamidade reflete uma natureza compensatória indenizatória (Lima, 2014a), haja vista o pagamento de um valor para auxiliar na moradia, diante de perdas totais ou parciais residenciais no desastre. Essa natureza pode ser compreendida, conforme segue.

3.2 A natureza compensatória com efeitos de mitigação do aluguel social

Compensar, em seu sentido mais bruto, é equilibrar um efeito negativo por outro positivo; é substituir um bem por outro, haja vista a impossibilidade de reparação do bem perdido, é uma função que pode ser configurada de diversas maneiras e para diversos objetivos no Direito (Lima, 2014a, 2014b). A natureza indenizatória, precisamente, é a configuração legal a alguém, da obrigação jurídica do pagamento como forma de substituição de um bem pela sua perda. No caso, uma compensação em caráter assistencial – pagamento de um valor para auxiliar com a moradia, haja vista a perda da moradia em uma calamidade pública. O aluguel social é um instrumento de direito público na relação Estado-cidadão, moldado em uma política pública voltada à gestão de desastre, de natureza compensatória indenizatória, com efeitos de mitigação, pela forma como foi moldado.

Os efeitos de mitigação da compensação tal como foi desenhada pelo aluguel social são compreendidos pelos limites normativos do instrumento. da Nesse sentido, dizem respeito à própria compreensão da sua lógica de aplicação: o pagamento do aluguel social não pretende uma plena equivalência entre o bem perdido e o bem que o substituiu: o instrumento compensatório não foi

pensado para haver equivalência entre o bem perdido e o bem em substituição, mas sim mitigar o prejuízo parcialmente, já que não decorre de uma análise de equivalência entre a perda e o benefício prestado, por ser um valor fixo estabelecido previamente pela norma jurídica.

Eis o seu caráter mitigatório: não se objetiva a plena substituição do bem perdido (conceito de compensação pela substituição de um bem por outro equivalente, ainda que monetariamente); o auxílio no pagamento de aluguel pela perda da moradia não foi pretendido de maneira individualizada, onde caso a caso corresponderia integralmente ao prejuízo; o valor do aluguel social foi definido pela norma, e não a partir de um estudo caso a caso sobre quanto valeria o aluguel como forma de contemplar o valor integral da perda. Isso se reforça pela configuração temporária do aluguel social: por ser também temporário, o aluguel social é compensatório com efeitos de mitigação pela perda da moradia.

Conforme já mencionado as cidades mais atingidas foram Nova Friburgo, Teresópolis e Petrópolis (Banco Mundial, 2012). Não bastasse a dimensão deste desastre, a concessão de aluguéis sociais desencadeou um obstáculo, a especulação, pois após a concessão os preços dos aluguéis na região atingida tiveram aumento de até 100%, inviabilizando o acesso a grande parte das famílias. Houve dificuldades também no cadastramento e lentidão por parte da CEF para liberação da ajuda financeira (Busch; Amorin, 2012).

São elementos que limitam o aluguel social no sentido de que ele não deve ser a única forma de ressarcimento das perdas em um desastre, eis que não foi feito para contemplar o dano em sua integridade. Mas ele detém função importante de não deixar desamparadas as vítimas de desastre a partir de um valor assistencial para contribuir com o aluguel de uma moradia enquanto não houver o reassentamento para uma nova moradia.

O aluguel social foi levado ao judiciário. E análise de algumas das decisões permitiu observar, modo geral, a relevância dos tribunais no exame da legalidade da aplicação do instrumento, eixo importante da interface entre políticas públicas e a atuação do poder executivo e o judiciário.

4. ALGUNS DOS LIMITES HERMENÊUTICOS DO EXAME DE LEGALIDADE REALIZADO PELO TJRJ

Dos litígios analisados¹², buscou-se compreender o entendimento legal do judiciário sobre o aluguel social, o que permitiu algumas análises críticas na relevância dos tribunais no exame da legalidade da aplicação do instrumento, tanto

¹² TJRJ, processos números: 0022310-21.2014.8.19.0061, 0011729-10.2015.8.19.0061, 0004198-33.2016.8.19.0061, 0010003-39.2016.8.19.0037, 0004198-33.2016.8.19.0061, 0003084-38.2022.8.19.0000. Disponíveis em: <https://www.tjrj.jus.br/web/portal-conhecimento/jurisprudencia>. Acesso em: 24. 06.2024.

em matéria de análise preliminar, como na análise do mérito. No exame das preliminares eventualmente alegadas pelas partes, ganha destaque o reconhecimento da solidariedade entre os entes da federação perante vítimas de desastre da região serrana do Rio. No mérito, é relevante a compreensão da prova da necessidade da continuidade de recebimento do aluguel social como fundamental para o entendimento pela continuidade ou pela cessação do recebimento do benefício.

Sobre os elementos gerais da responsabilidade solidária dos entes da federação, foi reconhecida no TJRJ como estabelecida normativamente no âmbito da política pública na qual se insere o aluguel social, a partir do exame das alegações de análise preliminar apontadas por entes estatais quando apelantes. Afastou-se o argumento de ilegitimidade passiva do Estado do Rio de Janeiro, “[...] diante da solidariedade existente entre o município apelante e o Estado do Rio de Janeiro, estabelecida através do decreto estadual nº 42.406/10 que instituiu o ‘Programa Morar Seguro’ [...]” (Brasil, TJRJ, processo 0004198-33.2016.8.19.0061, Rel. Des. Jacqueline Lima Montenegro, julgado em 10.03.2022, p. 2)¹³.

As ilegitimidades passivas tanto do Estado do Rio de Janeiro, como de Municípios eram afastadas também por uma interpretação constitucional. Prevalcia a competência comum e solidária dos entes públicos a efetivação do direito constitucional à moradia, visto ainda como corolário da dignidade da pessoa humana, fundamento que se consubstancia tanto no art. 6º, como no art. 23, inciso IX, ambos da Constituição Federal, incumbindo “[...] aos réus a efetivação do direito à moradia, tendo, com tal intuito, instituído o benefício do ‘aluguel social’.” (Brasil, TJRJ, processo 0022310-21.2014.8.19.0061, Rel. Des. Claudia Teles, julgado em 26.07.2022, p. 5).

No mérito, os problemas jurídicos identificados nos pedidos e interesse de agir em torno do aluguel social eram: 1. Se o aluguel social era devido; 2. Por quanto tempo deveria ser pago. Em termos gerais, a prova da necessidade do recebimento do aluguel social foi um elemento fundamental não apenas para iniciar o recebimento, mas também para que pudesse ser continuado. Houve prevalência no entendimento pela necessidade de um lapso temporal neste recebimento, independente da comprovação do reassentamento em nova moradia, conforme segue a análise.

¹³ Outra decisão em sentido semelhante, “constitui entendimento corrente que a solidariedade vigora no caso presente, o que se deduz, inclusive, do teor do Decreto Estadual 42.406, de 13 de abril de 2010, in verbis: ‘Art. 8º - Nos casos previstos no art. 5º, enquanto não estiverem disponíveis as unidades habitacionais para reassentamento da população residente em área de risco, o Estado providenciará, diretamente ou através do Município, o acolhimento das famílias removidas em abrigo...’ Assim, improsperável o pleito de atribuição de responsabilidade ao Município e vice-versa.” Brasil, TJRJ, processo : 0011729-10.2015.8.19.0061, Rel. Des. Eduardo Azevedo Paiva, 18ª Câmara Cível, julgado em 10.05.2022, p. 8.

Sobre o enfrentamento acerca de ser ou não ser devido o aluguel social, fizeram parte do exame, o preenchimento dos requisitos legais dos Decretos Estaduais do Rio de Janeiro nº 42.406/2010, 43.091/2011 e 44.052/2013, bem como eventuais legislações municipais¹⁴. Do ponto de vista dos Decretos estaduais, o aluguel era devido ao menos por doze meses sempre que se demonstrava a interdição da moradia por sua perda total ou parcial em decorrência do desastre e pela impossibilidade de retorno ante reconhecimento como área de risco. Também se considerava como não devido, seja porque houve efetivação de novo reassentamento, seja porque houve determinado lapso temporal (que variou em certa medida entre as decisões, sobre qual seria esse lapso temporal), conforme segue os exemplos.

No processo nº 0022310-21.2014.8.19.0061, iniciado em 2014, uma vítima do desastre recorreu ao judiciário porque ainda não havia recebido o aluguel social, em que pese ter buscado acessar o programa habitacional após o desastre, em 2011. Foi demonstrada a interdição da sua moradia e a obrigação estatal do pagamento do benefício e a autora teve, em sede de tutela antecipada, o deferimento do pedido pelo pagamento do aluguel social. Em apelação (decisão de 2022), contudo, com fundamento na natureza temporária do benefício e no art. 1º, §1º, do Decreto estadual 43.091/2011, afastou-se o direito da autora ao recebimento do aluguel social, porque foi constatado o seu recebimento por um lapso considerável de tempo, *in verbis*: “Contudo, sendo certo que a recorrente foi beneficiada com o recebimento do aluguel social no período de agosto de 2015 a abril de 2021 (index 350), não é possível que se acolha o pedido de extensão do benefício até a obtenção de nova moradia definitiva.” (Brasil, TJRJ, Processo nº 0022310-21.2014.8.19.0061, Apelação Cível, Rel. Des. Cláudia Telles de Menezes, Data de julgamento: 26/07/2022, p. 6).

O caso acima chama-se atenção para o fato de que, pela letra do acórdão, houve o recebimento do aluguel social por mais de 4 anos (de agosto de 2015 até abril de 2021), mas não teria havido ainda moradia definitiva, e, ainda assim, entendeu-se que não seria possível continuar recebendo até o revido reassentamento, diante do caráter temporário do instrumento, tendo o acórdão decidido pela improcedência do pedido de continuidade de recebimento do aluguel.

De modo similar, mas com base não mais no lapso temporal, e sim pela falta da prova da necessidade da continuidade do recebimento, ocorreu outra análise no TJRJ. Outra vítima em Teresópolis requereu a concessão do benefício até que fosse contemplada com nova residência. Em apelação julgada em março

¹⁴ A lei municipal nº 2.996/2011 de Teresópolis, que criou o Fundo Especial de Combate à Situação de Emergência e Calamidade Pública foi analisada no caso: TJRJ. Processo nº 0004198-33.2016.8.19.0061, Apelação Cível, Des. Jacqueline Lima Montenegro, Data de julgamento: 10/03/2022. Entre outros.

de 2022, o TJRJ reconheceu que o § 1º do art. 2º do Decreto 44.052/2013 previa a possibilidade de prorrogação do aludido benefício, desde que houvesse comprovação da real necessidade de seu pagamento. O dispositivo havia delimitado o tempo de prorrogação do benefício, apenas o condicionou à comprovação. Afastou-se o recebimento do benefício por entender que a parte autora, embora tenha comprovado a sua necessidade ao recebimento do aludido benefício, não comprovou a real necessidade da continuidade de seu pagamento, pois deixou de comparecer à Secretaria Municipal para recebimento das demais parcelas do benefício (TJRJ. Processo nº 0004198-33.2016.8.19.0061, Apelação Cível, Des. Jacqueline Lima Montenegro, Data de julgamento: 10/03/2022).

Foi também o entendimento dado em um terceiro exemplo, em um julgamento de apelação em setembro de 2022, o qual se atestou o caráter temporário do aluguel social e inexistência de fundamento para sua manutenção. Na hipótese, a parte autora já tinha recebido o aluguel social por, pelo menos, quatro anos (2011 a 2016). Foi alegado que o recebimento deveria ocorrer até que se tivesse definitivamente uma unidade habitacional e que, em troca, a vítima aceitava a demolição da moradia original em situação de risco. Contudo, a parte autora nunca recebeu nova moradia, pleiteando, por isso, o recebimento do aluguel social em juízo. Quando o tribunal analisou a pretensão de concessão do aluguel social até a moradia definitiva, entendeu que, não obstante o direito à moradia estar consagrado na Constituição Federal, não se tratava de direito subjetivo da parte, mas sim de norma constitucional programática, isto é, tem por objetivo traçar diretrizes a serem seguidas pelo Poder Público. (TJRJ. Processo nº 0010003-39.2016.8.19.0037. Apelação, Des. Adolpho Correa de Andrade Mello Junior, Data de julgamento: 22/09/2022).

Entendimento diverso foi em decisão que julgou sobre a aplicação do efeito suspensivo à apelação a qual decidiu pela manutenção do pagamento do aluguel social até o julgamento final da ação, em razão da existência de risco de dano grave ou de difícil reparação, bem como em função da ausência da aquisição de novo imóvel para moradia definitiva pela parte requerente. Contudo, não se trata de decisão definitiva do mérito, mas sim, como mencionado, que trata do efeito suspensivo da apelação até o julgamento final da ação. Em decisão monocrática, atrelou-se a continuidade do pagamento do benefício à obtenção de unidade habitacional pelo governo. É o que se observa na ementa, a seguir:

Requerimento de efeito suspensivo em apelação. Aluguel social. Imóvel interdito em razão das chuvas que atingiram o Município de Teresópolis em janeiro de 2011. Sentença de improcedência, revogando a tutela antecipada que concedeu o benefício. Revogação que produz efeitos imediatos, na forma do art. 1.012, § 1º, V, CPC. Existência de risco de dano grave ou de difícil reparação. **Não há notícias de que a requerente tenha obtido novo imóvel para moradia definitiva. Prudente que se mantenha o pagamento do aluguel social**

até o julgamento final do apelo. Deferimento do efeito suspensivo, na forma do art. 1.012, § 4º, do CPC. (TJRJ, Processo nº 0003084-38.2022.8.19.0000 - Requerimento de Efeito Suspensivo em Apelação, Quinta Câmara Cível, Desembargadora: Cláudia Telles De Menezes, Data de julgamento: 26/01/2022, Data de publicação: 28/01/2022) (grifou-se)

Em que pese na maioria das decisões analisadas o Tribunal venha reconhecendo que o benefício não pode ser concedido por prazo indeterminado, os argumentos para a aplicação deste entendimento não são uniformes e dependem do caso concreto. Como visto, algumas decisões reconhecem o recebimento por 12 meses, mas afastam a prorrogação por entender não estar comprovada a necessidade da continuidade do recebimento do benefício, mesmo não tendo sido realizada a entrega de unidades habitacionais pelo Estado do Rio de Janeiro e pelos Municípios atingidos.

5. CONCLUSÃO

O desastre da Região Serrana do Rio de Janeiro foi um evento marcado por um significativo número de perdas humanas e de danos, dentre eles o alto número de desabrigados, o que ensejou na necessidade da criação de um mecanismo de compensação à população atingida, na fase pós-desastre. O desastre, como uma situação de vulnerabilidade social, pressupõe a ação do estado: uma vítima de desastre precisará de auxílio para se restabelecer em termos residenciais, sociais, saúde, entre outros elementos, que deverão ser objetos de política pública. O aluguel social adentra esse contexto e a análise, e observou-se o seu enquadramento como instrumento compensatório com efeitos mitigatórios. Em acréscimo, o exame no judiciário permitiu vislumbrar limites à aplicação do instrumento, considerando como a legislação foi interpretada em casos concretos.

O aluguel social é um instrumento de política pública inicialmente pensado para subsidiar uma moradia provisória até que se estabelecesse nova moradia, moldado em uma lógica assistencial, compensatória e temporária. Essa é a lógica possível de ser entendida pela interpretação dos Decretos Estaduais do Rio de Janeiro nº 42.406/2010, 43.091/2011 e 44.052/2013. Ainda considerando o seu formato, que tem um valor pré-estabelecido, no lugar de se buscar dimensionar caso a caso, é um instrumento compensatório com efeitos mitigatórios apenas, pois, não há equivalência entre o prejuízo perdido e o benefício concedido. É como foi modelado: para ser emergencial e temporário sendo que esse lapso temporal inicialmente tinha prazo definido de 12 meses prorrogável por 12 meses (Decreto 43.091/2011) e, posteriormente, a prorrogação se manteve apenas condicionada à demonstração da necessidade até o estabelecimento do reassentamento (Decreto 44.052/2013). Por uma interpretação

sistêmica, entende-se que esse lapso temporal de necessidade deve perdurar até ser demonstrado o reassentamento, haja vista a previsão do art. 7º do Decreto de 2013: “Nos casos em que as unidades habitacionais para reassentamento da população residente em áreas de risco já estiverem disponíveis, e a partir do momento em que os reassentamentos das famílias sejam realizados, o Aluguel Social será cancelado.”

Contudo, pelo entendimento no judiciário, ainda que este pautou sua análise em um exame de legalidade, a necessidade de comprovação do estabelecimento de nova moradia não foi fator preponderante para a manutenção do aluguel social, havendo interpretação restrita e não sistêmica das regras sobre o lapso temporal (ou seja, somente a definição do lapso temporal do art. 1º, §1º, sem considerar o art. 7º, todos do Decreto de 2013). Isso suscita algumas críticas, além de limites à compreensão da utilidade do instrumento.

A análise dos processos judiciais perante o TJRF permitiu chegar à conclusão de que, em que pese a ausência de um entendimento pacífico, a concessão do aluguel social vem sendo afastada quando se extrapola o período de recebimento normativamente definido. Prevaleceu como entendimento do TJRJ, a natureza temporária do aluguel social e não condicionada à presença de reassentamento definitivo. O entendimento do lapso temporalidade, contudo, variou entre ser apenas por mais 12 meses como previa o Decreto 43.091/2011, ou ser até efetivado o reassentamento em nova moradia, conforme o Decreto 44.052/2013. Ou seja, o Tribunal tem privilegiado o entendimento de que o benefício tem caráter temporário e afastado a compreensão de que o pagamento da compensação deve se dá até a prestação definitiva das unidades habitacionais.

O exame de legalidade manteve-se amparado na compreensão da temporalidade pela definição de lapso temporal; mas certamente falhou em observar se houve o cumprimento ou não do objetivo de subsidiar até reassentamento definitivo. Critica-se, porque não se constata o alcance do objetivo da norma de prestar auxílio à pessoa em uma situação vulnerável (ou seja, até demonstrar novo reassentamento). O instrumento, que já possui objetivo compensatório com efeitos mitigatórios, não permanece até o restabelecimento da moradia de forma plena.

Nesse sentido, critica-se a forma como o instrumento foi interpretado legalmente, pois, a sua aplicação pode correr o risco de se distanciar da realidade, caso ainda haja necessidade da compensação, mas não se está mais dentro da regra do prazo legal.

Assim, a possibilidade de utilização do aluguel social como instrumento de política pública pós-desastre se verifica; todavia, tem-se diante da interpretação no judiciário, que o instrumento pode ser aprimorado no que tange à definição dos limites formais (tempo) e materiais (alcance do objetivo – reassentamento).

6. REFERÊNCIAS

Legislação

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em 25 jun. 2024.

BRASIL. **Lei nº 12.340, de 1º de dezembro de 2010**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12340.htm . Acesso em 25 jun. 2024.

BRASIL. **Lei nº 12.608, de 10 de abril de 2012**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12608.htm . Acesso em 25 jun. 2024.

BRASIL. **Decreto nº 10.593, de 24 de dezembro de 2020**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/d10593.htm . Acesso em 25 jun. 2024.

BRASIL. **Decreto Estadual do Rio de Janeiro nº 42.406/2010**. Disponível em: <https://leisestaduais.com.br/rj/decreto-n-42406-2010-rio-de-janeiro-este-ato-ainda-nao-esta-disponivel-no-sistema> . Acesso em 25 jun. 2024.

BRASIL. **Decreto Estadual do Rio de Janeiro nº 43.091/2011**. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=159540> . Acesso em 25 jun. 2024.

BRASIL. **Decreto Estadual do Rio de Janeiro nº 44.052/2013**. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=250876> . Acesso em 25 jun. 2024.

BRASIL. Lei municipal de Teresópolis nº 2.996/2011. Disponível em: <https://www.camarateresopolis.com.br/biblioteca/index.php/leis-municipais/leis-municipais-por-assunto/93-orcamento/credito-adicional-especial/4244-lei-municipal-n-2996-de-21032011-autoriza-a-criacao-do-fundo-especial-e-combate.html> . Acesso em: 25 jun. 2024.

Julgados

TJRJ, Processo nº 0022310-21.2014.8.19.0061, Apelação Cível, Quinta Câmara Cível, Desembargadora: Cláudia Telles de Menezes, Data de julgamento: 26/07/2022. Processo Judicial Eletrônico – PJe. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00046346805F99D41371079D3508508A0A62C51228041D15> . Acesso em: 25 jun. 2024.

TJRJ, Processo nº 0011729-10.2015.8.19.0061, Apelação Cível. Remessa Necessária. Décima Oitava Câmara Cível. Desembargador: Eduardo de Azevedo Paiva, Data de julgamento: 18/05/2022. Processo Judicial Eletrônico – PJe. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00047043BB65FE35F22EC06F85464080AF7CC5114D4B6362> . Acesso em: 25 jun. 2024.

TJRJ, Processo nº 0004198-33.2016.8.19.0061, Apelação Cível, Vigésima Sétima Câmara Cível, Desembargadora: Jacqueline Lima Montenegro, Data de julgamento: 10/03/2022, Data de publicação: 14/03/2022. Processo Judicial Eletrônico – PJe. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004F73018BC9E34F3BC60D0E81D7DD08184C51116015B55> . Acesso em: 25 jun. 2024.

TJRJ, Processo nº 0010003-39.2016.8.19.0037, Apelação Cível, Nona Câmara Cível, Desembargador: Adolpho Correa de Andrade Mello Junior, Data de julgamento: 22/09/2022. Processo Judicial Eletrônico – PJe. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004F5DE1AC1E349CAC82085DA58D4D178CEC5125B411113> . Acesso em: 25 jun. 2024.

TJRJ, Processo nº 0003084-38.2022.8.19.0000, Requerimento de Efeito Suspensivo em Apelação, Quinta Câmara Cível, Decisão Monocrática, Desembargadora: Cláudia Telles De Menezes, Data de julgamento: 26/01/2022, Data de publicação: 28/01/2022. Processo Judicial Eletrônico – PJe. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00044974BE428E5CC69777C5FEC0503EEE8FC510575E2D13> . Acesso em: 25 jun. 2024.

Doutrina

BANCO MUNDIAL. **Avaliação de Perdas e Danos: Inundações e Deslizamentos na Região Serrana do Rio de Janeiro - Janeiro de 2011**. Relatório elaborado pelo Banco Mundial com apoio do Governo do Esta-

do do Rio de Janeiro, Brasília, nov. 2012. Disponível em: <https://antigo.mdr.gov.br/images/stories/Arquivos-DefesaCivil/ArquivosPDF/publicacoes/InundacoesDeslizamentosnaRegiaoSerranaDoRioDeJaneiro.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2024.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**, 5. ed., Editora Saraiva, 2003, p. 247.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI Maria Paula Dallari (org.) **Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 1-50.

BRUGGEMAN, Véronique; FAURE, Michael. **Compensation for Victims of Disasters in Belgium, France, Germany and the Netherlands. Working paper 30**. The Netherlands Scientific Council for Government Policy. Hague, 2018. Disponível em: <https://english.wrr.nl/publications/working-papers/2018/10/10/wp30>. Acesso em 25 jun. 2024;

BUSCH, Amarílis; AMORIM, Sônia. **A tragédia da região serrana do Rio de Janeiro em 2011: procurando respostas**. Casoteca de Gestão Pública. 2011, p.1-20. Disponível em: <https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/328/2/A%20trag%C3%A9dia%20da%20regi%C3%A3o%20serrana%20do%20Rio%20de%20Janeiro%20em%202011%20procurando%20respostas.pdf> . Acesso em: 25 jun. 2024.

CARVALHO, Déltton Winter de. **Desastre Ambientais e sua regulação jurídica. Deveres de prevenção, resposta e compensação ambiental**. 2ª Ed. Revista dos Tribunais, 2020.

CARVALHO, Déltton Winter de. Direito Internacional dos Desastres: da centralidade na resposta humanitária à formação do dever internacional de redução de riscos de desastres. **Revista Brasileira de Políticas Públicas e Internacionais**, v. 5, p. 335-350, 2020.

CASSALI, Nina Kojá. Desastres ambientais: regulação e métodos de compensação. **Revista de Direito da Empresa e dos Negócios**. Paper Desenvolvimento, Direito e Sustentabilidade. Edição v. 1 n. 2 (2017): Jul/Dez. Disponível em: <https://revistas.unisinos.br/index.php/rden/article/view/15750> . Acesso em: 25 jun. 2024

COUCH, Stephen R.; KROLL-SMITH, Stephen. The Chronic technical disaster: toward a social scientific perspective. **Social Science Quarterly** (University of Texas Press), 66 (3), pp.565-575;

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

GRAMLING, Robert; KROGMAN, Naomi. **Communities, Policy and Chronic Technological Disasters**. *Current Sociology*, v. 45, Issue 3. 1997.

G1. Reportagem. **Catástrofe climática considerada a maior do Brasil completa 10 anos nesta segunda-feira**. Sete cidades da região foram atingidas pelas chuvas, que deixaram 918 mortos e pelo menos 99 pessoas desaparecidas. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/regiao-serrana/noticia/2021/01/11/confira-imagens-marcantes-da-tragedia-de-2011-na-regiao-serrana-do-rj.ghtml> . Acesso em: 25 jun. 2024.

LIMA, Gabriela Garcia Batista. **La compensation en droit de l'environnement: un essai de typologie**. Tese de Doutorado em Direito, Centro Universitário de Brasília e Aix-Marseille Université. Biblioteca Depositária: Biblioteca João Herculino de Souza, 2014.

LIMA, Gabriela Garcia Batista. Un défi pour l'épistemologie juridique : les diverses formes d'encadrement de la compensation dans la protection juridique de l'environnement. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 15, p. 51-74, 2014.

MORAES, Gabriela Garcia B. Lima. A responsabilidade civil nuclear como instrumento para a Teoria política da 'Nova economia do bem-estar': uma análise econômica do Direito com base no acidente nuclear de Fukushima. **Revista eletrônica da academia brasileira de direito constitucional**, v. 9, p. 114-140, 2017.

ONU. Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD), *Un Rapport Mondial pour la réduction des risques de catastrophes un défi pour le développement*, 2004, p. 09.

SAMPIERI, Roberto Hernández; COLLADO, Carlos Fernández; LUCIO, Pilar Baptista. **Metodologia de pesquisa**. 5. ed. São Paulo: McGraw-Hill, 2013.

VIVAN FILHO, G. T. A. "Natureza jurídica": ela está no meio de nós? **Res Severa Verum Gaudium**, Porto Alegre, v. 3, n. 1, 2017. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/resseveraverumgaudium/article/view/64840> . Acesso em: 5 jul. 2024.

ZAGANELLI, Margareth Vetus; ALMEIDA, Luane Hemerly. Catástrofes ambientais: necessidade de regulamentação jurídica dos desastres no ordenamento brasileiro. *Revista Jurídica*, vol. 04, n. 66, Curitiba, 2021, pp.260-285. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2902>. Acesso em: 25 ago. 2022.

COMPETÊNCIA NAS AÇÕES DE SAÚDE E *FORUM SHOPPING*: JURIMETRIA NO ÂMBITO DO TRF4

Fernanda Lemos Zanatta¹

Fabio Fernandes Neves Benfatti²

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo trata acerca da competência nas ações de saúde e *forum shopping*, examina a problemática na definição da competência em ações de saúde diante da possibilidade de escolha do juízo para o julgamento da ação, analisa a decisão da tutela provisória incidental deferida no âmbito do Tema 1234 do Supremo Tribunal Federal (STF) e apresenta jurimetria acerca da discussão processual da competência no âmbito do Tribunal Regional Federal da 4ª Região após referida decisão.

Ao buscar o Poder Judiciário para a implementação do seu direito, o jurisdicionado se depara, no âmbito da saúde, com a existência de competência concorrente entre a Justiça Estadual e Justiça Federal, havendo a possibilidade de escolha por parte do demandante da justiça competente conforme a sua opção contra quais entes federativos deseja litigar.

Tal situação pode originar discussão processual acerca da competência para o julgamento da ação, o que muitas vezes causa interposição de recursos, declínio de competência e/ou suscitação de conflito de competência, o que acarreta demora no trâmite processual, prejudicando a tutela do direito que se visa resguardar.

O objetivo geral é demonstrar a problemática da definição da competência para as ações de saúde e a existência da possibilidade de escolha pelo cidadão

¹ Mestra em Direito, Sociedade e Tecnologias pelas Faculdades Londrina. E-mail: fernanda-lemoszanatta@hotmail.com.

² Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Pós-Doutorado pela Università degli Studi di Messina, UNIME, Itália. Advogado e Administrador. e-mail: benfatti@hotmail.com.br

contra quais entes pretende litigar. Como objetivo específico pretende-se examinar as regras atualmente aplicáveis na definição da competência e a eventual persistência da indefinição do juízo competente no andamento processual.

Nessa esteira, para atingir a finalidade proposta, primeiramente será realizado um exame acerca da problemática na definição da competência nas ações de saúde, com a possibilidade da busca do Poder Judiciário para a concretização desse direito e os parâmetros já definidos nos Tribunais Superiores nessa temática.

Na sequência, será explorado o princípio do juiz natural, a competência adequada e no que consiste os conceitos de *forum shopping* e *forum non conveniens*, e a possibilidade de controle judicial na definição da competência.

Serão, ainda, examinados os preceitos estabelecidos na tutela provisória incidental deferida no âmbito do Tema 1234 do Supremo Tribunal Federal (STF) para a definição da competência nas ações de saúde.

Por fim, será realizada uma análise jurimétrica acerca da permanência da discussão processual da competência no âmbito do Tribunal Regional Federal da 4ª Região após a tutela provisória incidental deferida no âmbito do Tema 1234 do Supremo Tribunal Federal (STF).

Como referenciais teóricos, foi realizada análise com base nos ensinamentos de Didier Júnior (2019), Cabral (2021) e Cardoso (2023).

A metodologia a ser utilizada será a dedutiva, partindo de premissas gerais para específicas, procedendo-se a uma pesquisa qualitativa por meio de estudo de caso. Para tanto, serão estudadas as atuais regras aplicáveis na definição da competência em ações de saúde com base na definição da decisão provisória incidental proferida no âmbito do Tema 1234 do Supremo Tribunal Federal (STF) e, se após a referida decisão, permanece discussão processual acerca da competência. Para verificação da permanência da discussão processual será utilizada metodologia indutiva, procedendo-se a uma pesquisa quantitativa baseada no empirismo mediante a utilização de jurimetria.

2 PROBLEMÁTICA NA DEFINIÇÃO DA COMPETÊNCIA EM AÇÕES DE SAÚDE

O direito da saúde é direito fundamental social que deve ser assegurado pelo Poder Público (artigos 6º e 194 da Constituição Federal), constituindo-se em “verdadeira cláusula pétrea, protegida contra a extinção ou rebaixamento pelo Constituinte derivado” (Cambi; Fogaça, 2018). Segundo preleciona Maia (2016, p. 27):

O direito à saúde possui natureza dúplice (individual e coletivo) em sua tríplice função constitucional (promocional, preventiva e curativa), sendo caracterizável enquanto norma de eficácia plena e também programática, em diferentes contextos. Outrossim, do direito à saúde decorrem obrigações de índole negativa (defensiva) e positiva (prestacional), pleiteáveis tanto pela jurisdição individual, quanto pela coletiva.

Decorrente da força normativa da Constituição, tanto regras como princípios devem ser efetivados (Hesse, 1991, p. 15-16), vinculando a atividade discricionária da Administração Pública e as decisões do Poder Judiciário (Silva, 2004, p. 147).

No entanto, na esfera da saúde, as necessidades dos cidadãos são variadas, e muitas vezes a política pública não atende satisfatoriamente a concretização desse direito. Assim, na hipótese de a política pública definida pelo Poder Executivo no âmbito da saúde ser insuficiente, o cidadão poderá buscar o Poder Judiciário para a concretização do seu direito, buscando a prestação de saúde de que necessita. Como destaca Luchiarri (2022, p. 340):

É fato que a excessiva judicialização dos conflitos, muitas vezes, deve-se à dificuldade apresentada pela Administração Pública na gestão dos conflitos intra e extragovernamentais, e do próprio orçamento público, encontrando-se o Estado entre os maiores demandantes e demandados.

Nessa linha, embora possa causar estranheza a decisão de certas questões pelo Poder Judiciário, principalmente nas que implicam em avanço sobre atribuições de outros poderes, a inafastabilidade da jurisdição foi opção deliberada pelo poder constituinte, conforme artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

De acordo com o texto constitucional, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, pelo que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral podem ser submetidas à apreciação judicial (Barroso, 2012, p. 5).

Assim, cabe ao Poder Judiciário suprir a inércia ou insuficiência na implementação de direitos não executados pelos demais poderes (Streck, 2014, p. 118). Provocado o Poder Judiciário, deverá a demanda ser solucionada pelo julgador, “o qual não tem alternativa de se pronunciar ou não sobre a problemática” (Blank; Tessari, 2022, p. 140).

Portanto, transfere-se ao Poder Judiciário “a incumbência de determinar a sua satisfação em casos concretos levados à sua apreciação” (Cardoso, 2023, p. 2). Conforme assevera Cardoso (2023, p. 2), a judicialização da saúde muitas vezes decorre “de defasagem na atualização dos medicamentos fornecidos, na incorporação de novas tecnologias e tratamentos da saúde”, o que acarreta o acionamento do Poder Judiciário.

No entanto, ao buscar o Poder Judiciário para a implementação do seu direito, o jurisdicionado depara-se, no âmbito da saúde, com a existência de competência concorrente entre a Justiça Estadual e a Justiça Federal, havendo a possibilidade de escolha por parte do demandante da justiça competente conforme a sua opção contra quais entes federativos deseja litigar.

No tocante à competência para a análise das demandas judiciais na área da saúde, diante da solidariedade entre os entes federados reconhecida no Tema 973 do Supremo Tribunal Federal (STF), evidenciou-se entendimento de que

poderia haver a escolha da jurisdição ou juízo competente para a demanda, o que pode se alinhar com estratégia conhecida como *forum shopping*.

Independentemente de ocorrer a escolha racional de jurisdição pelo demandante, tal situação pode originar discussão processual acerca da competência para o julgamento da ação, o que muitas vezes acarreta interposição de recursos, declínio de competência e/ou suscitação de conflito de competência. Tais ocorrências processuais atrasam o trâmite processual e prejudicam a tutela do direito que se visa resguardar.

A discussão e controvérsia sobre a competência e de outras questões que impactam na competência para ações de prestações de saúde permeiam os Tribunais Superiores.

No Superior Tribunal de Justiça foi fixada a tese do Tema 686 em 2014, que determina que o chamamento da União não é impositivo, sendo obstáculo inútil à garantia fundamental do cidadão à saúde (Brasil, 2014).

Ainda no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, em 2023 foi fixada a tese do Incidente de Assunção de competência - IAC 14, que estabelece que (i) quanto aos medicamentos não incorporados há possibilidade de escolha pela parte autora quanto aos entes federados contra os quais pretende litigar, que (ii) a repartição de competência não deve ser invocada para ampliação ou alteração do polo passivo e que (iii) cabe à Justiça Federal decidir sobre o interesse da União no processo, não cabendo ao juízo estadual suscitar conflito de competência (Brasil, 2023b).

No Supremo Tribunal Federal foi fixada a tese do Tema 500 que determina que em sede de medicamentos experimentais, sem registro na ANVISA, as demandas deverão ser necessariamente propostas contra a União (Brasil, 2019a).

Ainda no âmbito do Supremo Tribunal Federal, foi fixada a tese do Tema 793 (Brasil, 2019b), de que:

Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.

Chama a atenção que, logo após a fixação da tese do IAC 14 pelo Superior Tribunal de Justiça em 12 de abril de 2023, o Supremo Tribunal Federal definiu, em 17 de abril de 2023, por meio de decisão provisória no Tema 1234, regras de competência para as ações em que se pleiteiam prestações de saúde, justificando, em suas razões de decidir, que no julgamento do Tema 793 o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu à livre escolha do cidadão acerca do ente federativo contra o qual pretendesse litigar, mas que no IAC 14 o STJ teria sido definida a existência de solidariedade irrestrita, contrária à tese já definida pelo Supremo Tribunal Federal, sinalizando que (Brasil, 2023a):

as demandas judiciais em que se pleiteia medicamentos padronizados devem ser direcionadas aos entes por eles responsáveis no âmbito da política pública. Solução em sentido contrário implicaria a completa desorganização da política pública, com a formação do polo passivo baseada em mero elemento de vontade da parte autora, em aceno de desrespeito à política pública e de incentivo ao ente federativo faltoso no cumprimento de suas obrigações legais. Daí decorre, também, o perigo de dano que autoriza a concessão parcial da tutela provisória, tendo em vista que as ações judiciais sobre prestações de saúde tramitarão à revelia da política pública, sem que se tenha estruturado de forma adequada o ressarcimento entre os entes federativos, implicando inegável desprogramação orçamentária. (grifo nosso)

Inclusive, o julgamento do IAC 14 pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) foi fato novo relevante que se considerou como perigo de dano para o deferimento da decisão provisória no âmbito do Tema 1234 do Supremo Tribunal Federal (STF), vez que a decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) instalou “desconexão entre a repartição legislativa de competências e responsabilidades no âmbito da política pública do Sistema Único de Saúde e a judicialização da matéria” (Brasil, 2023a, p. 5-6).

E mais, ressaltou que no julgamento do Tema 793 não se sedimentou que haveria livre escolha do cidadão contra qual ente federativo poderia litigar, não houve definição de solidariedade irrestrita, mas definição da responsabilidade de acordo com a estrutura do Sistema Único de Saúde (Brasil, 2023a, p. 15).

Assim, restou definido provisoriamente no Recurso Extraordinário 1.366.243/SC, *Leading case* vinculado ao Tema 1234, o que segue (Brasil, 2023a):

5.1. nas demandas judiciais envolvendo medicamentos ou tratamentos padronizados: a composição do polo passivo deve observar a repartição de responsabilidades estruturada no Sistema Único de Saúde, ainda que isso implique deslocamento de competência, cabendo ao magistrado verificar a correta formação da relação processual; 5.2. nas demandas judiciais relativas a medicamentos não incorporados: devem ser processadas e julgadas pelo Juízo, estadual ou federal, ao qual foram direcionadas pelo cidadão, sendo vedada, até o julgamento definitivo do Tema 1234 da Repercussão Geral, a declinação da competência ou determinação de inclusão da União no polo passivo; 5.3. diante da necessidade de evitar cenário de insegurança jurídica, esses parâmetros devem ser observados pelos processos sem sentença prolatada; diferentemente, os processos com sentença prolatada até a data desta decisão (17 de abril de 2023) devem permanecer no ramo da Justiça do magistrado sentenciante até o trânsito em julgado e respectiva execução (adotei essa regra de julgamento em: RE 960429 ED-segundos Tema 992, de minha relatoria, DJe de 5.2.2021); 5.4. ficam mantidas as demais determinações contidas na decisão de suspensão nacional de processos na fase de recursos especial e extraordinário.

Dessa forma, esses são os parâmetros para definição de competência que devem ser respeitados pelos Tribunais no âmbito de ações em que se pleiteiam prestações de saúde, nos termos do artigo 927, inciso III, do Código de Processo Civil.

A definição pelo Supremo Tribunal Federal parte de três premissas: as ações em que se demanda prestações de saúde que estão padronizadas sem sentença prolatada, de prestações não padronizadas sem sentença prolatada e casos em que já houve prolação de sentença, sendo que haveria possibilidade de escolha do ente federado contra o qual pretende demandar somente na hipótese de demandas relativas a prestações de saúde não incorporadas.

Embora a supracitada definição provisória no Tema 1234 do Supremo Tribunal Federal (STF) abarque boa parte das situações, ainda subsiste a opção de escolha da jurisdição ou juízo competente para a demanda, o que pode, como já pontuado alhures, se alinhar com estratégia conhecida como *forum shopping*.

3 O JUIZ NATURAL, A COMPETÊNCIA ADEQUADA, *FORUM SHOPPING* E *FORUM NON CONVENIENS*

A garantia do juiz natural é direito previsto constitucionalmente no artigo 5º, inciso LII, o qual dispõe que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”, bem como no artigo 5º, inciso XXXVII, que prevê que “não haverá juízo ou tribunal de exceção”.

As regras acima dispostas têm o propósito de garantir julgamento imparcial e, para tanto, o julgador também deve ser competente, sendo que a competência decorre da observância das regras pré-estabelecidas em normas e mediante distribuição dos processos de forma alternada e aleatória (artigo 285 e 930 do Código de Processo Civil).

Disso se extrai que o juiz natural não é escolhido pelas partes (Arenhart; Marinoni; Mitidiero, 2023, RB-14.3). Aliás, segundo Ada Pellegrini Grinover (2011, p. 108), a garantia do juiz natural desdobra-se em três conceitos:

só são órgãos jurisdicionais os instituídos pela Constituição; ninguém pode ser julgado por órgão constituído após a ocorrência do fato; entre os juízes preconstituídos vigora uma ordem taxativa de competências, que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja.

Vale dizer, a definição do juízo competente precede ao ajuizamento da ação e as regras de competência previstas na legislação, sendo vedada a criação de tribunal de exceção ou a escolha do juiz da causa. Não há eleição de juízo, somente eleição de foro, pelo que não é possível a escolha de vara ou juízo competente (Carneiro, 1999, p. 201).

No entanto, em sede de competência concorrente, é direito potestativo do autor exercer a escolha daquele que lhe é mais conveniente (Didier Júnior,

2019, p. 250). E, em se tratando de competência concorrente, caberá ao demandante escolher um dos foros igualmente competentes para a propositura da demanda e a escolha por um deles exclui a competência dos demais pela regra da prevenção.

A competência concorrente é de atribuição de mais de um órgão jurisdicional, no entanto, a competência somente poderá exercida por um deles, assim “a titularidade da competência seria concorrente, mas seu exercício também é encarado como exclusivo. A lógica do sistema, portanto, é a exclusividade” (Cabral, 2021, RB-7.3).

No entanto, conforme pontua Cabral (2021, RB-7.3):

Não obstante, isso não torna os outros juízos incompetentes para qualquer processo posterior. Caso uma demanda veiculando pretensão similar seja distribuída a outro juízo dentre aqueles concorrentemente competentes, não lhe será possível rejeitá-la por incompetência.

Proposta a demanda, fixa-se a competência, sendo irrelevantes as modificações posteriores de fato e de direito, salvo quando suprimirem órgão jurisdicional ou alterarem a competência absoluta, nos termos do artigo 43 do Código de Processo Civil (Brasil, 2015). As regras de competência e distribuição dos processos bem como da perpetuação da jurisdição dão concretude ao princípio do juiz natural (Gajardoni; Oliveira Júnior, 2014, p. 70).

Em se tratando de competência concorrente, portanto, forçoso concluir que há a opção de escolha pelo demandante acerca de qual órgão jurisdicional pretende acionar. E a essa possibilidade de escolha do juízo competente, denomina-se *forum shopping*, expressão que fora emprestada do direito internacional.

No âmbito do direito internacional, entende-se por *forum shopping* a intenção do demandante em determinar a competência, em casos de competência concorrente entre jurisdições estrangeiras, visando a escolha da legislação aplicável mais favorável ao que propõe a ação, seja no âmbito material ou processual (Peixoto, 2018, p. 3).

Vale dizer, na doutrina internacional costuma-se conceituar o *forum shopping* como a escolha da jurisdição mais favorável ao demandante, comparando-se as legislações incidentes ao caso concreto, nas hipóteses em que haja jurisdições internacionais concorrentes.

Em âmbito nacional, pode-se entender por *forum shopping* a intenção do demandante em determinar a competência (Camargo, 2015, p. 21), em casos de competência concorrente (Didier Júnior, 2019, p. 250 e 253), visando a escolha do juízo competente mais favorável aos seus interesses.

Não obstante frequentemente a prática do *forum shopping* estar ligada a um contexto negativo, de abuso de direito ou má-fé (Peixoto, 2018, p. 3), trata-se, na realida-

de, de um direito potestativo, de “escolha legítima dentro do planejamento estratégico da litigância à luz dos interesses do autor” (Cabral, 2021, RB-8.14), levando em consideração o acesso efetivo à justiça ou as chances de êxito (Braga, 2013, p. 17).

No entanto, embora seja direito potestativo do autor a escolha do juízo para o ajuizamento da ação em havendo competência concorrente, a escolha “não pode ficar imune à vedação do abuso do direito, que é exatamente o exercício do direito contrário à boa-fé” (Didier Júnior, 2019, p. 250), não pode ser utilizada como forma de “dificultar a defesa do demandando ou impedir o bom prosseguimento do processo” (Didier Júnior, 2019, p. 251).

O *forum non conveniens* trata-se do foro não conveniente, de mecanismo de controle ao *forum shopping*, caso este seja utilizado de forma indevida. Refere-se ao poder do juízo escolhido dar-se por incompetente em hipótese de competência concorrente, por entender não ser o mais adequado a atender aos interesses das partes e da melhor justiça (Braga, 2013, p. 20).

Assim, na hipótese de competência concorrente, haveria a possibilidade de controle, pelo Poder Judiciário, do exercício do direito de escolha do juízo em que a ação foi ajuizada, para que não seja acolhida competência decorrente de uma escolha abusiva do autor da ação (Didier Júnior, 2019, p. 253). A hipótese de controle teria como fundamento a possibilidade de o juízo controlar sua própria competência (Didier Júnior, 2019, p. 252).

Trata-se do princípio da competência adequada, que visa controlar a opção do Autor (Cabral, 2021, RB-8.14), que propugna que deve prevalecer a competência de quem teria competência mais adequada para julgar a causa, com base no devido processo legal, adequação e boa fé (Braga, 2013, p. 15). Isso significa que o juízo além de abstratamente competente, deve ser concretamente competente (Braga, 2013, p. 28).

O controle é possível, mesmo porque, o juízo escolhido terá ao menos uma parcela mínima de competência, nem que esta se revele no controle da sua própria competência. É a chamada regra da *KompetenzKompetenz*, “por mais incompetente que seja o órgão jurisdicional, sempre terá competência para decidir se é ou não competente” (Didier Júnior, 2019, p. 242).

4 A DEFINIÇÃO DA COMPETÊNCIA NA TUTELA PROVISÓRIA INCIDENTAL DEFERIDA NO ÂMBITO DO TEMA 1234 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Especificamente na seara das ações em que se pleiteiam prestações de saúde, há possibilidade de escolha do ente federado contra quem será proposta a ação. De uma forma geral, se a ação for proposta em face do Município ou do Município em litisconsórcio com o Estado, o feito tramitará na Justiça Estadual; ao passo que, se a demanda for proposta em face da União ou em face da União em litisconsórcio com o Estado e Município, tramitará perante a Justiça Federal.

No entanto, considerando as premissas provisórias estabelecidas no *Leading Case* do Tema 1234, ou seja, no Recurso Extraordinário 1.366.243/SC, verifica-se que houve uma certa limitação à escolha contra o ente federado contra o qual a parte autora poderá litigar.

Na primeira situação, tem-se (Brasil, 2023a):

5.1. nas demandas judiciais envolvendo medicamentos ou tratamentos padronizados: a composição do polo passivo deve observar a repartição de responsabilidades estruturada no Sistema Único de Saúde, ainda que isso implique deslocamento de competência, cabendo ao magistrado verificar a correta formação da relação processual;

Dessa forma, na hipótese de medicamentos padronizados, estabeleceu-se que deve ser observada a repartição de responsabilidade estruturada no Sistema Único de Saúde (item 5.1), não havendo, nessa hipótese, a possibilidade de escolha do juízo competente. Assim, em se tratando de prestação de saúde de atribuição municipal ou estadual, a demanda deverá ser ajuizada na Justiça Estadual e, em se tratando de atribuição federal, deve ser ajuizada na Justiça Federal. Há, portanto, limitação à possibilidade de *forum shopping*.

Pode-se concluir, que nessa hipótese, o ajuizamento deve observar uma razão de conveniência, sendo mais conveniente que somente o responsável pela prestação de saúde seja acionado. E mais, segundo o item 5.1 cabe ao julgador verificar a correta formação da relação processual, ou seja, verificar a correção do ente acionado conforme a repartição de competência, ainda que isso implique deslocamento de competência.

Na segunda situação, tem-se (Brasil, 2023a):

5.2. nas demandas judiciais relativas a medicamentos não incorporados: devem ser processadas e julgadas pelo Juízo, estadual ou federal, ao qual foram direcionadas pelo cidadão, sendo vedada, até o julgamento definitivo do Tema 1234 da Repercussão Geral, a declinação da competência ou determinação de inclusão da União no polo passivo;

Em se tratando de demandas cujo objeto tenha prestação de saúde não incorporada, há a opção de *forum shopping*, ou seja, de escolha do juízo contra o qual deseja se litigar. Se o demandante optar pelo ajuizamento da demanda somente contra o ente municipal e/ou estadual, a competência será da Justiça Estadual e, na hipótese de ajuizamento da demanda somente contra o União ou também contra a União, a competência será da Justiça Federal.

Dessa forma, na hipótese de medicamentos não padronizados, estabeleceu-se que deve ser observado o direcionamento dado pelo cidadão. Há, portanto, nessa hipótese, a possibilidade de *forum shopping*, efetiva possibilidade de escolha entre os entes federados contra os quais pretende demandar e, portanto, entre o processamento e julgamento perante a Justiça Estadual ou a Justiça Federal.

Na terceira situação, tem-se (Brasil, 2023a):

5.3. diante da necessidade de evitar cenário de insegurança jurídica, esses parâmetros devem ser observados pelos processos sem sentença prolatada; diferentemente, os processos com sentença prolatada até a data desta decisão (17 de abril de 2023) devem permanecer no ramo da Justiça do magistrado sentenciante até o trânsito em julgado e respectiva execução (adotei essa regra de julgamento em: RE 960429 ED-segundos Tema 992, de minha relatoria, DJe de 5.2.2021);

Por fim, restou determinada a impossibilidade de alteração da competência após a prolação de sentença nos processos em que se demandam prestações de saúde, independentemente de se tratar de prestações padronizadas ou não.

5 JURIMETRIA DA DISCUSSÃO PROCESSUAL DA COMPETÊNCIA NO ÂMBITO DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO APÓS DECISÃO PROVISÓRIA NO TEMA 1234 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Considerando que de acordo com a Súmula 150 do Superior Tribunal de Justiça compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença da União no processo, proceder-se-á à análise jurimétrica da aplicação do Tema 1234 do Supremo Tribunal Federal (STF) pelo Tribunal Regional da 4ª Região para verificação do impacto da decisão provisória no Tema 1234 do Supremo Tribunal Federal (STF), no respectivo Tribunal.

A jurimetria é a aplicação de métodos estatísticos ao direito e parte da premissa de que o direito não se esgota no estudo teórico da lei, mas também envolve estudar o direito aplicado aos casos concretos, como o direito se revela na solução das controvérsias postas em juízo.

Para a realização de um estudo jurimétrico os dados devem ser coletados, arrumados e quantificados para o fim de extração de informação. Portanto, para quantificação permanência da discussão acerca da competência após a decisão provisória proferida no âmbito do Tema 1234 do Supremo Tribunal Federal (STF), utilizou-se da pesquisa pública jurisprudencial disponível no site do Tribunal Regional Federal da 4ª Região no endereço <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/> pesquisa utilizando-se o parâmetro “1234”, selecionando no campo origem tanto o Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4) como as Turmas Recursais.

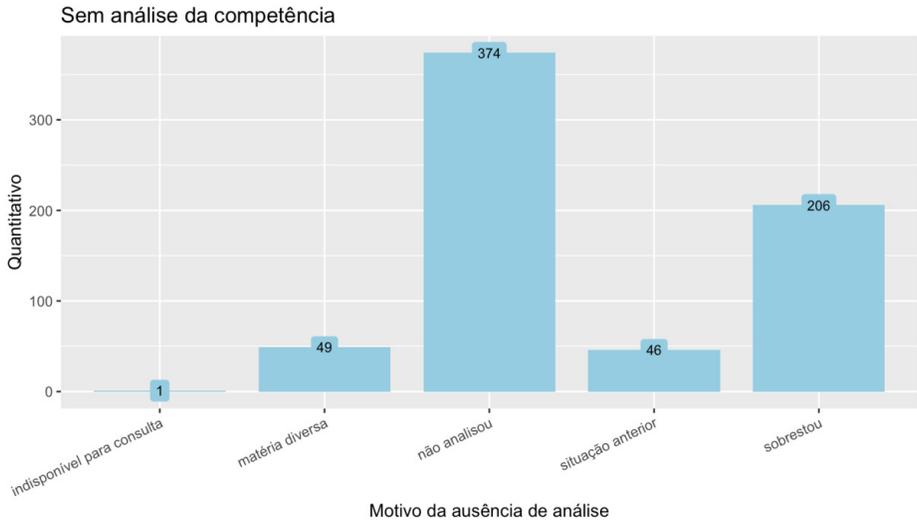
A escolha do parâmetro de pesquisa “1234” se justifica pela sua abrangência, coletando todo o acervo jurisprudencial que contenha o referido número em sua ementa ou inteiro teor. Outrossim, relevante pontuar que não se diferencia no referido mecanismo de busca a presença ou ausência de pontos, de forma que não foi necessário utilizar adicionalmente o parâmetro “1.234”.

Para importação dos dados foi utilizado código em linguagem R associado ao software RStudio. O código em linguagem R para importação dos dados foi criado pela ABJ - Associação Brasileira de Jurimetria, mediante auxílio prestado ao pesquisador.

A arrumação dos dados foi realizada mediante planilha eletrônica do Planilhas Google com utilização da ferramenta de validação de dados. Posteriormente a planilha foi importada ao RStudio para proceder-se à análise do impacto da decisão provisória do Tema 1234 do Supremo Tribunal Federal (STF) proferida em 17/04/2023 na definição da competência no tribunal selecionado.

O total de acórdãos resultantes de pesquisa no período de 17/04/2023 a 16/12/2023 foi de 2600 processos. Desses 2600 processos, 676 não tiveram análise da competência, embora constasse o parâmetro “1234” do corpo do documento referente à decisão.

Gráfico 1

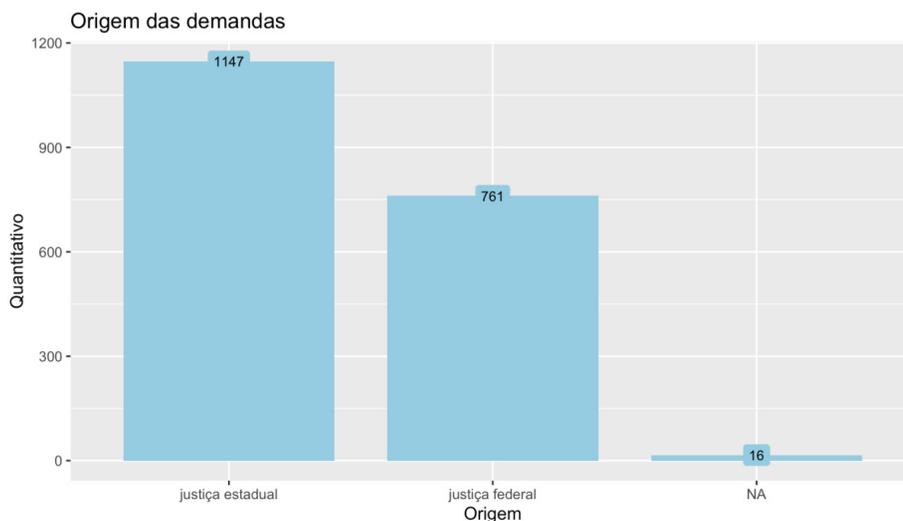


Fonte: Dados da pesquisa.

Os motivos de ausência de análise foram os mais variados: 49 processos tratavam de matéria diversa da saúde, 374 processos não tiveram análise da competência embora fosse citado o Tema 1234, 46 processos levavam em consideração que o Tema 1234 não havia sido objeto de discussão no juízo de primeiro grau ou não era objeto do recurso, 206 foram sobrestados diante da existência de recurso especial e/ou extraordinário para os tribunais superiores e apenas 1 estava indisponível para consulta.

Dos 1924 processos que estavam tramitando na Justiça Federal e que tiveram análise da competência, 1147 tiveram sua origem na Justiça Estadual e 761 haviam sido ajuizados na Justiça Federal, sendo que apenas em 16 processos não foi possível verificar a origem pelos dados disponíveis na consulta pública dos processos.

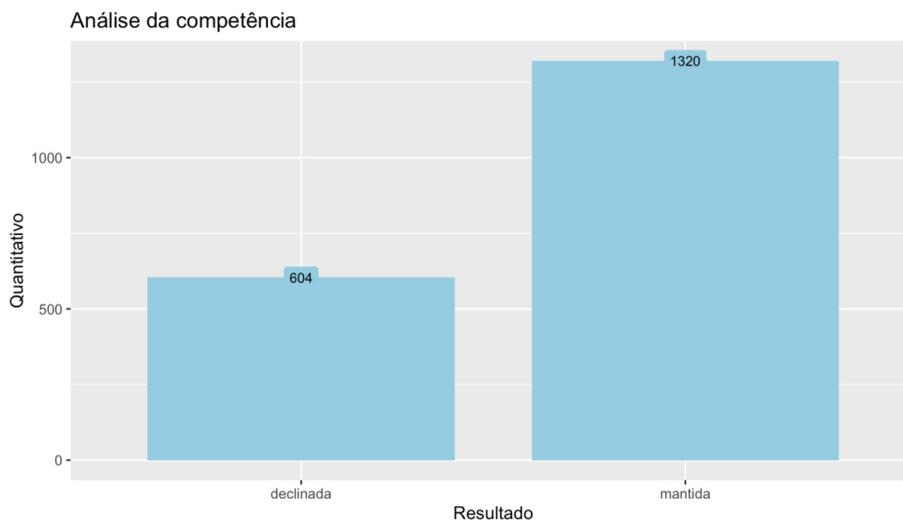
Gráfico 2



Fonte: Dados da pesquisa.

Ainda, dos 1924 processos que estavam tramitando na Justiça Federal e que tiveram análise da competência, em 604 processos houve declinação de competência para a Justiça Estadual e em 1320 houve manutenção da competência na Justiça Federal.

Gráfico 3



Fonte: Dados da pesquisa.

Constata-se, assim, que mesmo após a decisão provisória no Tema 1234 do Supremo Tribunal Federal (STF) definindo a competência para as demandas de saúde, ainda permanece discussão processual acerca da competência, persistindo indefinição que afeta a segurança jurídica.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em relação à competência nas ações de saúde, conclui-se:

Ao buscar o Poder Judiciário para implementação do seu direito à saúde, o jurisdicionado se depara com a existência de competência concorrente entre a Justiça Estadual e a Justiça Federal. Há, portanto, possibilidade de escolha da justiça competente conforme sua opção contra quais entes federativos pretende demandar, o que se alinha com a estratégia conhecida como *forum shopping*.

A discussão processual acerca da competência dessas ações acarreta atraso processual, em colisão com efetivação do direito buscado judicialmente. A controvérsia acerca da definição da competência permeia os Tribunais Superiores, sendo que recentemente foi proferida decisão provisória no âmbito do Tema 1234 do Supremo Tribunal Federal (STF), definindo regras que devem ser seguidas pelos demais órgãos jurisdicionais, buscando a segurança jurídica.

Em se tratando de hipótese de competência concorrente, a escolha do juízo em que será proposta ação se alinha com a estratégia conhecida como *forum shopping*, visando a escolha do juízo competente mais favorável aos seus interesses. No entanto, deve-se buscar a efetivação do princípio da competência adequada, onde deve ser fixada a competência mais adequada para o julgamento da causa, com base nas regras do devido processo legal, adequação e boa-fé.

A definição pelo Supremo Tribunal Federal na tutela provisória incidental deferida no âmbito do Tema 1234 parte de três premissas: as ações em que se demanda prestações de saúde que estão padronizadas sem sentença prolatada, de prestações não padronizadas sem sentença prolatada e casos em que já houve prolação de sentença.

Na hipótese de demandas em que se pleiteia prestações padronizadas, deve ser respeitada a repartição de responsabilidades estruturadas no Sistema Único de Saúde. Em se tratando de prestações não incorporadas ou padronizadas, permanece a possibilidade de escolha do ente federado contra o qual pretende demandar. Por fim, na hipótese de a demanda já ter sido sentenciada, deve permanecer perante o juízo sentenciante.

Dessa forma, permanece a possibilidade de escolha do ente contra o qual se quer litigar somente na hipótese em que se demandar prestações não incorporadas ou padronizadas, sendo que se ajuizada a ação em face do Município ou do Município em litisconsórcio com o Estado, o feito tramitará na Justiça Estadual; ao passo que, se a demanda for proposta em face da União ou em

face da União em litisconsórcio com o Estado e Município, tramitará perante a Justiça Federal.

Realizada análise jurimétrica acerca da discussão processual da competência no âmbito do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, constatou-se a permanência da discussão da competência mesmo após a decisão proferida no âmbito do Tema 1234 do Supremo Tribunal Federal (STF).

No período de 17/04/2023 a 16/12/2023 foi verificado que de 2600 processos encontrados na pesquisa pública de jurisprudência do referido Tribunal com a utilização do parâmetro 1234, sendo que em 1924 foi realizada análise da competência. Quanto à origem das demandas, a maior parte dos processos que estavam tramitando perante a Justiça Federal eram originários da Justiça Estadual (total de 1147). Do total de processos que teve análise da competência, a maior parte permaneceu tramitando perante a Justiça Federal (total de 1320) enquanto 604 tiveram a competência declinada para a Justiça Estadual.

Confirma-se portanto, a insegurança jurídica acerca da competência no âmbito das ações de saúde, considerando a expressiva alteração de competência detectada, principalmente no tocante à remessa dos autos da Justiça Estadual para a Justiça Federal e, mesmo após a decisão proferida no âmbito do Tema 1234 do Supremo Tribunal Federal (STF), permanece relevante discussão processual acerca da competência como se verifica pela movimentação processual de tal assunto no período de oito meses, acarretando atraso no trâmite processual e podendo prejudicar a tutela do direito que se visa resguardar.

7. REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**: Teoria do Processo Civil. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2023. *E-book*. Disponível em: <https://proview.thomson-reuters.com/launchapp/title/rt/monografias/101481798/v8/page/I>. Acesso em: 24 set. 2023.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**. v. 2, n. 1, 2012, p. 1-50. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/rfd.2012.1794>. Acesso em: 11 ago. 2023.

BRAGA, Paula Sarno. Competência adequada. **Revista de Processo**, v. 2019, p. 13-41, maio 2013, DTR\2013\2681.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 27 set. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). **Incidente de Assunção de Competência 14**. Relator: Min. Gurgel de Faria, 12 de abril de 2023 (2023b). Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=I&cod_tema_inicial=14&cod_tema_final=14. Acesso em: 10 fev. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). **Tema 686**. Relator: Min. Herman Benjamin, 9 de abril de 2014. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=686&cod_tema_final=686. Acesso em: 10 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Tema 500**. Relator: Min. Marco Aurélio, Relator do acórdão: Min. Roberto Barroso, 22 de maio de 2019 (2019a). Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaReper>

cussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4143144&numeroProcesso=657718&classeProcesso=RE&numeroTema=500. Acesso em: 10 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Tema 793**. Relator: Min. Luiz Fux, Relator do acórdão: Min. Edson Fachin, 23 de maio de 2019 (2019b). Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4678356&numeroProcesso=855178&classeProcesso=RE&numeroTema=793>. Acesso em: 10 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Tutela Provisória Incidental no Recurso Extraordinário 1.366.243/SC**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 17 de abril de 2023 (2023a). Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15357370113&ext=.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2024.

BLANK, Dioni Mauri Penning; TESSARI, Cláudio. A efetividade da tutela jurisdicional e compromisso com os escopos políticos do processo. **Revista Brasileira de Direito Processual - RDBPro**, ano 30, n. 120, p. 125-147, out/dez. 2022.

CABRAL, Antonio do Passo. **Juiz Natural e Eficiência Processual**: Flexibilização, delegação e coordenação de competências no Processo Civil. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. *E-book*. Disponível em: https://next-proview.thomsonreuters.com/launch_app/title/rt/monografias/259441217/v1/page/1. Acesso em: 10 fev. 2023.

CAMARGO, Solano de. **Forum shopping**: modo lícito de escolha de jurisdição?. 2015. 203 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/D.2.2016.tde-21122015-193317>. Acesso em: 31 dez. 2023.

CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. A obrigação do Poder Público de fornecer medicamentos não incorporados ao Sistema Único de Saúde. **Revista dos Tribunais**, v. 991, p. 73-94, maio 2018, DTR\2018\13988.

CARDOSO, Oscar Valente. Legitimidade passiva e competência nas demandas da saúde pública: prevenir ou remediar? **Revista de Direito e Medicina**, v. 15, jul. dez. 2023, DTR\2023\9694. Disponível em: <http://revista-distribunais.com.br/maf/app/document?stid=st-rql&marg=DTR-2023-9694>. Acesso em: 10 fev. 2023.

CARNEIRO, Athos Gusmão. O litisconsórcio facultativo ativo ulterior e os princípios do juiz natural e do devido processo legal. **Revista de Processo**, v. 96, p. 195-205, out. dez. 1999, DTR\1999\481.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 21. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de. Perpetuatio iurisdictionis ou perpetuação do juiz natural?. **Revista de Processo**, v. 231, p. 57-72, mai. 2014, DTR\2014\1802.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O princípio do juiz natural e sua dupla garantia. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**, v. 1, p. 87-117, out. 2011, DTR\1983\1.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta. Acesso à saúde: Um novo olhar. **Revista de Processo**, v. 324, p. 339-354, fev. 2022, DTR\2022\46.

MAIA, Maurilio Casas. O direito à saúde e a tutela do melhor interesse do paciente (hiper)vulnerável e os planos e seguros de saúde. **Revista dos Tribunais**, v. 973, p. 19-48, nov. 2016, DTR\2016\24362.

PEIXOTO, Ravi. O *forum non conveniens* e o processo civil brasileiro: limites e possibilidades. **Revista de Processo**, v. 279, p. 381-415, mai. 2018. DTR\2018\12752.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. *E-book*. Disponível em: <https://itunes.apple.com/WebObjects/MZStore.woa/wa/viewBook?id=0>. Acesso em: 10 out. 2022.

A EQUIPARAÇÃO DA INJÚRIA HOMOTRANSFÓBICA AO CRIME DE RACISMO À LUZ DOS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS

Alisson da Silveira Pedro¹

1 INTRODUÇÃO

Em julho de 2019 o Supremo Tribunal Federal (STF) concluiu o julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n. 26 e do Mandado de Injunção (MI) n. 4.733, que tinha por finalidade discutir o enquadramento das condutas de homofobia e de transfobia como crime de racismo, reconhecendo que houve omissão inconstitucional por parte do Congresso Nacional ao não editar uma legislação que criminalizasse atos de homofobia e de transfobia.

Ademais, em agosto de 2023 a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos (ABGLTI) opôs embargos de declaração, apontando obscuridade na aplicação da decisão embargada, que retira a efetividade da decisão do STF ao restringir o reconhecimento da homotransfobia ao crime de racismo, impedindo que tal prática possa também configurar crime de injúria racial, quando proferida contra honra subjetiva de um indivíduo LGBTQIAPN+.

Nesse sentido, a partir das referidas ações constitucionais, buscou-se uma análise acerca da criminalização da homofobia e da transfobia no Brasil, bem como da equiparação da injúria transfóbica ao crime de racismo, à luz dos princípios penais e processuais penais, considerando o princípio da legalidade e seus desdobramentos, como a vedação da *analogia in malam partem* e o princípio da separação de poderes.

¹ Mestrando em Direito Processual e Cidadania, Universidade Paranaense, Unipar, Umuarama/PR, E-mail alisson.pedro.adv@gmail.com

Desse modo, o objetivo do presente artigo é a análise dos limites da atuação do Poder Judiciário ao exercer a função jurisdicional a fim de identificar se o controle das omissões legislativas realizado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em sede da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e do Mandado de Injunção nº 4733, encontram ou não fundamento na Constituição Federal de 1988.

Para tanto, realizou-se uma revisão bibliográfica na literatura e artigos científicos, com o fim de possibilitar o conhecimento das discussões e posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do assunto, recorrendo-se à uma análise qualitativa sobre os posicionamentos, teóricos e críticos, acerca decisão do STF de suprir ativamente a omissão do Poder Legislativo.

Assim, num primeiro momento buscou-se a análise dos conceitos de homofobia e transfobia, tendo-se em vista a existência de uma visão mais restritiva e outra visão mais ampla do conceito de raça.

Posteriormente, buscou-se um exame aprofundado do voto de cada Ministro em sede da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e do Mandado de Injunção nº 4733, para a compreensão da legitimidade e do atual estado do exercício da jurisdição constitucional no Brasil.

Por fim, foi realizada uma análise acerca dos embargos de declaração nas referidas ações constitucionais, com foco na problematização da temática envolvendo a criminalização da homofobia e da transfobia, evidenciando as principais consequências jurídicas ocorridas no ordenamento brasileiro em detrimento da fixação da referida decisão.

2 HOMOFOBIA E TRANSFOBIA

Antes do aprofundamento da análise proposta pelo presente artigo, é necessária uma breve digressão aos conceitos de homofobia e transfobia, e como eles podem se relacionar ao racismo.

A delimitação de cada conceito, nesse sentido, é de extrema importância para se determinar se algumas condutas se amoldam, ou não, ao conceito de racismo, sujeito às punições definidas na Lei nº 7.716/1989 e, por conseguinte, no crime de injúria racial definido no artigo 140, § 3º do Código Penal Brasileiro.

O termo discriminação designa a materialização, no plano concreto das relações sociais, de atitudes arbitrárias, em forma de ações ou omissões, originadas do preconceito, capazes de produzir violação de direitos contra indivíduos e grupos estigmatizados (Rios, 2007, p. 37-38).

Borrillo (2010, p. 13), define a homofobia como sendo uma manifestação arbitrária que designa a pessoa que lhe difere quanto ao desejo sexual como inferior ou anormal, sendo uma diferenciação que diz respeito à sexualidade das pessoas.

A homofobia, portanto, é uma ameaça aos valores democráticos de respeito, que promove desigualdade entre os indivíduos em função do seu desejo sexual. Afirmo Borrillo (2010, p.14-15) que a homofobia surge como um marco da compulsoriedade da heterossexualidade como regra, colocando todos os seres humanos diferentes como pessoas a serem aniquiladas, sendo uma vida que não é qualificada como vida.

Ademais, de acordo com Junqueira (2007, p. 3-4), embora o termo venha sendo ressignificado, ainda guarda traços do discurso clínico e medicalizante que lhe deu origem, sendo muitas vezes empregado em referência a conjuntos de emoções negativas em relação às pessoas homossexuais.

Desta forma, como aduzem Da Cruz *et al* (2023, p. 9385-9386), assim como a homofobia se trata de violência dirigida aos homossexuais, a transfobia trata-se da inferiorização das pessoas transexuais, por também desviarem do padrão hegemônico cisgênero, com a diferença de que a transfobia é a exclusão de pessoas, não pela orientação sexual, mas por uma leitura preconceituosa quanto sua identidade de gênero.

Para essas pessoas, o gênero considerado “natural” e, portanto, socialmente aceitável, é aquele atribuído ao nascimento, sendo que qualquer desvio dessa norma mereceria repúdio ou até mesmo agressão.

O que está por trás de ambos, todavia, de acordo com Da Cruz *et al* (2023, p. 9387), “é a imposição do patriarcado como regime autoritário de poder, que tenta se fazer natural e esconder que não se trata de mera construção social e histórica”.

Nesse contexto, o patriarcado consiste num esquema de dominação que entra em todos os campos da sociedade e impõe alguns padrões, como a heteronormatividade, que legitima especialmente o poder masculino sobre o feminino e tudo aquilo que está ligado ao feminino e é aceito justamente por se naturalizar.

Nesse sentido, afirma Bourdieu (2012, p. 12) que a diferença biológica entre o corpo dito naturalmente masculino e o dito naturalmente feminino, em especial a diferença anatômica dos órgãos sexuais, justifica a diferença socialmente construída entre gêneros e sexualidade, como se fosse algo natural.

2.1 Homotransfobia e a equiparação ao racismo

O uso da noção de raça como forma de diferenciar categorias de seres humanos trata-se de um fenômeno da modernidade, que remonta ao século XVI (Almeida, 2019, p. 19).

Nesse sentido, Almeida (2019, p. 19) afirma que, por sua conformação histórica, a raça opera a partir de dois registros básicos: como característica biológica, onde a identidade racial é atribuída por algum traço físico; e como

característica étnico-cultural, onde a identidade está associada à origem geográfica, religião, língua etc., registros estes que se entrecruzam e se complementam.

Foi valendo-se desse conceito que o Supremo Tribunal Federal decidiu o caso Ellwanger, em 2003, no Habeas Corpus nº 82.424-2/RS, que teve como paciente o Sr. Siegfried Ellwanger.

Na ocasião, Ellwanger foi condenado como incurso na Lei do Racismo, por ser autor de livros e sócio de uma editora, em que editou e comercializou obras com conteúdo antissemita, em que pregava revisionismo histórico sobre os fatos ocorridos no Holocausto, na Segunda Guerra Mundial.

Foi alegado pela defesa que os judeus não constituíam uma raça, razão pela qual o crime praticado pelo paciente seria no máximo, o de incitamento contra os judeus e não o de racismo, motivo pelo qual buscavam afastar a imprescritibilidade dos crimes.

O STF, todavia, denegou a ordem, fixando as bases hermenêuticas para o enquadramento de determinadas condutas no crime de racismo.

Dezesseis anos mais tarde, foram as mesmas bases hermenêuticas que foram utilizadas para o enquadramento de condutas homofóbicas e transfóbicas no crime de racismo. Nesse sentido, o STF aplicou seu entendimento já consolidado no caso Ellwanger, de que o conceito de raça, para além de seu aspecto fenotípico, guarda em si também um elemento de ordem social, política e cultural.

Portanto, conforme afirmam Da Cruz et al (2023, p. 13), declarou a corte que não há só uma, mas várias dimensões conceituais de racismo.

Para os ministros, o racismo constitui manifestação de poder que, ao buscar justificação na desigualdade, objetiva viabilizar a dominação do grupo majoritário sobre integrantes de grupos vulneráveis, fazendo instaurar, mediante inferiorização odiosa, situação de injusta exclusão de ordem política e de natureza jurídico-social (Da Cruz, et al, 2023, p. 13).

Desta forma, como colocado pelos Ministros, o conceito de racismo deve também ser compreendido em sua dimensão social, pois resulta em uma construção histórica e cultural que tem como objetivo a justificação da desigualdade, o controle ideológico, a dominação política, a subjugação social e a negação da alteridade e da dignidade daqueles que integram o grupo vulnerável, eis que se trata de uma manifestação de poder.

De acordo com Amorim, Amorim e Pereira (2021, p. 118132) “os casos de não aceitação de pessoas homossexuais, sejam travestis ou transexuais, para uma pequena parte da sociedade ocasionou o crescimento alarmante de violência a esses grupos”.

Nesse sentido, o combate à homofobia e à transfobia precisavam ser urgentemente institucionalizados no sistema jurídico brasileiro, não apenas para resolver o problema em si, mas para garantir proteção à comunidade LGB-

TQIAPN+. Isso assegura que não fiquem desamparados na esfera penal e possam agir contra condutas LGBTfóbicas. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 protege a igualdade de tratamento entre as pessoas, em conformidade com o princípio da igualdade.

Todavia, tal criminalização, deveria ser feita pelo Poder Legislativo, ante a vedação do direito penal ao recurso da analogia *in malam partem*, visto que, quando se tratar de matéria penal, será reservado a lei editada pelo Congresso Nacional a criminalização de condutas, pois conforme a o texto constitucional é competência da União, legislar sobre matéria de direito penal.

3 OS DIREITOS HUMANOS E SUA EFETIVAÇÃO POR PARTE DO ESTADO

Desde a Declaração dos Direitos Humanos, muito se tem debatido sobre a implementação de direitos fundamentais em prol da democracia. Isso evidencia a falta de uma avaliação interdisciplinar sobre o tema no contexto político e social. É necessário analisar as políticas governamentais para verificar a (in) efetividade dessas garantias fundamentais para os seus destinatários.

De acordo com Bomfim e Di Gregório (2023, p. 312), a busca do Estado pela proteção de direitos deve ir além do simples positivismo textual da Constituição, pois a interpretação judicial, manifestada nas decisões do Judiciário, precisa traduzir as normas de forma a ampliar as proteções em casos de omissão do legislador.

Nesse sentido, salienta-se que o Estado deve buscar a equidade em todas as suas condutas, respeitando sempre os limites constitucionais impostos.

Como salienta Rios (2007, p. 38):

O pressuposto para a qualificação jurídica de uma relação social como discriminatória é a contrariedade ao direito. Com efeito, não haverá discriminação se a diferenciação de tratamento for considerada conforme o direito, como se dá, por exemplo, diante da proteção jurídica à mulher no mercado de trabalho (Rios, 2007, p. 38).

Portanto, no caso da injúria homotransfóbica, a teoria e a jurisprudência dos direitos humanos e dos direitos fundamentais afirmam, de modo cada vez mais claro e firme, a ilicitude da discriminação por orientação sexual.

Tribunais internacionais de direitos humanos e tribunais constitucionais nacionais já se manifestaram acerca da ofensa a diversos direitos humanos e fundamentais na discriminação dirigida contra manifestações divorciadas do heterossexismo. A homotransfobia viola uma série de direitos básicos, reconhecidos tanto pelo direito internacional dos direitos humanos, quanto pelo direito constitucional brasileiro.

Entretanto, mesmo que haja a necessidade de um país democrático insistir na proteção dos Direitos Humanos constitucionalmente previstos e até mesmo em legislações infraconstitucionais, há que se notar a necessidade quanto existência de lei anterior para que determinado fato seja considerado crime².

Portanto, deve-se ter um olhar cauteloso acerca da necessidade da anterioridade da lei, pois, de acordo com a legislação vigente, uma infração penal somente existirá após a existência prévia de uma lei em sentido estrito tipificando tal fato como criminoso. Veda-se, assim, a aplicação da analogia *in malam partem*, o que significa que tal princípio de integração não pode ser aplicado em desfavor do réu.

Como será analisado adiante, na decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a equiparação da injúria homotransfóbica ao crime de racismo, a conduta deve amoldar-se estritamente ao conceito de raça para os fins da própria lei - raça, cor, etnia, religião e procedência nacional, o que foi objeto de análise pela Corte Constitucional brasileira.

4 DO JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 26 E DO MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 4733 E SEUS LIMITES

4.1 Da separação dos Poderes

A Constituição Federal dispõe em seu artigo 2º que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, o que estabelece um limite do poder do Estado, que se subdivide nas funções de legislar, administrar e julgar, cada qual confiado, no seu principal exercício, a um órgão distinto independente.

Desta forma, com o advento da Constituição Federal de 1988, o Brasil retomou a adoção de um sistema de tripartição de poderes baseado no modelo de Montesquieu, atenuado pelo modelo de freios e contrapesos, que se caracteriza como um modelo basilar para a organização do Estado Democrático de Direito (Alencar; Miranda; Miranda Neto, 2023, p. 13).

Para Capez (2018, p. 205), a teoria proposta por Montesquieu conhecida como a Separação dos Poderes, colaborou principalmente para evitar que o judiciário se aproprie da função que é de competência do Poder Legislativo e,

² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; (CRFB, 1988).

Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) (CPB, 1940).

condutas desses tipos são consideradas não agraciadas pelo legislador. Então, não seria correto o STF utilizar analogia in malam partem para criminalizar as condutas homotransfóbicas.

De acordo com Da Silva e Figueiredo (2023, p. 1231), em razão da independência desses entes, suas funções próprias devem ser respeitadas, o que significa que um Poder não pode se sobrepor ao outro, o que denota que há uma atuação primária de cada poder correspondente às três funções da soberania.

Cada poder, nesse sentido, tem suas funções típicas, mas também funções atípicas de legislar, administrar e julgar dentro desses mesmos poderes, bem como para a vigilância entre essas entidades estatais, entendidas como um sistema de freios e contrapesos.

Essa delimitação de funções típicas e atípicas é a forma pela qual a ordem constitucional se utiliza para manter o poder soberano descentralizado e balanceado, para impedir que haja abusos por parte dos entes estatais.

No entanto, como aduzem Alencar e Miranda (2023, p. 13-14), no atual contexto de crise política tem-se observado um distanciamento entre os representantes e os representados, e os assuntos políticos acabam sendo transferidos para a via judicial. Essa mudança de titular gera certa fluidez entre as funções dos três Poderes, o que causa o que se convencionou denominar de judicialização.

4.2 Da legalidade e reserva legal

O artigo 5º, inciso II da Constituição Federal traz em seu texto o princípio da legalidade, quando afirma que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Da mesma forma, o inciso XXXIX do mesmo artigo traz a legalidade penal, quando postula que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

O princípio da legalidade trata-se de uma proteção às liberdades individuais, o que permitiu a concepção de um Estado de Direito, sendo a legalidade uma ferramenta contra o abuso do poder estatal.

Nesse sentido, Capez (2011) afirma que a liberdade individual é protegida e limitada por esse princípio, porque delimita com certa precisão, quais condutas devem ser reconhecidas como passíveis de punição penal, tratando-se de uma previsibilidade fundamental em face à arbitrariedade do Estado quando exerce seu poder punitivo.

Afirmam Amorim, Amorim e Pereira (2021, p. 118142), que a analogia consiste em um método de integração para suprir lacunas jurídicas. Quando não há previsão específica em lei, aplica-se uma disposição legal em casos idênticos ou semelhantes ao da controvérsia. Além disso, para a aplicação da analogia, é

necessário que as situações particulares sejam semelhantes em seus aspectos característicos.

A analogia *in malam partem* refere-se à aplicação de uma lei prejudicial ao réu. Quando o legislador omite a criminalização de uma determinada conduta, o Judiciário utiliza a analogia para casos semelhantes a um crime, verificando se a conduta em questão se assemelha a outra já regulamentada pelo legislativo.

Desta forma, parte da doutrina foi contrária à equiparação da homofobia e da transfobia à expressão de raça, no seu caráter político-social, levando em conta o princípio da legalidade previsto no art. 5º, XXXIX da Constituição da República e no art. 1º do Código Penal, seus fundamentos e desdobramentos, entre eles, o princípio da vedação à analogia *in malam partem* (Da Cruz, et al, 2023).

De acordo com Da Silva e Figueiredo (2023, p. 1230), a rejeição da analogia de tipo penal em casos concretos semelhantes ao objeto da norma com fins de abranger uma conduta não prevista em lei é amplamente aceita, se tal método for prejudicial ao réu. A precisão do tipo penal é a condição de o cidadão ter como certo o que é ou não passível de sanção.

A analogia é uma medida que não pode ser aplicada no direito penal devido ao Princípio da Reserva Legal, que requer uma lei prévia para penalizar uma conduta específica. Dentro das vertentes do princípio da legalidade, há a proibição do uso da analogia *in malam partem*, que estipula que o julgador não pode aplicar punição por analogia caso não haja previsão legal explícita para criminalizar tal conduta.

Para Nucci (2018, p. 378), para uma conduta se encaixar em uma lei já prevista, seria necessário que a lei seja alterada para prever o novo tipo incriminador para tal conduta ainda não criminalizada.

Portanto, verifica-se que o STF não possui competência para alterar o teor de uma lei no ordenamento jurídico, a ponto de criminalizar uma conduta, uma vez que trata-se de competência exclusiva do Poder Legislativo.

Desta forma, passa-se a análise da decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e no Mandado de Injunção nº 4733, onde foi decidido pela equiparação da injúria homotransfóbica ao crime de racismo no Brasil.

4.3 Análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e do Mandado de Injunção nº 4733

A decisão do STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e no Mandado de Injunção nº 4733, foi de encontro com a visão mais restritiva, quando entendeu que a homotransfobia é uma das formas de

racismo e que, por isso, também deveria ser considerada crime imprescritível e inafiançável.

O Min. Alexandre de Moraes discorreu sobre a possibilidade jurídico-constitucional do STF estabelecer a criação de um tipo penal, afirmando que os Poderes do Estado devem respeito recíproco a suas competências e responsabilidades, sendo de competência do Congresso Nacional legislar com independência e do STF garantir e concretizar a máxima efetividade das normas constitucionais, especialmente quando se tratar de direitos e garantias fundamentais, o que significa que a Suprema Corte, dentro dos limites hermenêuticos constitucionais, deve exercer a efetivação da jurisdição constitucional verificando a possibilidade de afastar o entendimento de atipicidade das diversas formas de discriminação presentes nas condutas homofóbicas e transfóbicas (Brasil, 2019).

O Min. Luís Roberto Barroso afirmou que se está diante de uma decisão claramente interpretativa, sendo que, por mais que a criação de leis seja de competência do Poder Legislativo, a interpretação constitucional é de competência do STF e, uma vez que o Congresso Nacional não atua em situações em que há mandamento constitucional para tanto, papel do Tribunal se amplia legitimamente para fazer valer a Constituição (Brasil, 2019).

O Min. Celso de Melo, todavia, afirmou a impossibilidade jurídico constitucional de criação de um novo tipo penal pelo Poder Judiciário, vez que isso importaria em transgressão ao postulado constitucional da separação de poderes, o que representaria ofensa ao princípio da reserva legal em matéria penal (Brasil, 2019).

O Min. Luiz Fux afirmou que há um sistema de freios e contrapesos que determina uma interação entre os poderes como uma forma de limitação de poder e, nessa perspectiva, a própria Constituição, ao prever a inconstitucionalidade por omissão determinou que seja dada ciência ao poder competente, para que possam ser tomadas as medidas necessárias, o que mitiga a alegação de usurpação de poder (Brasil, 2019).

O Min. Gilmar Mendes, por sua vez, asseverou que a inércia do Estado qualifica-se como um dos processos deformadores da Constituição, razão pela qual as omissões constitucionais são passíveis de impugnação judicial, o que justifica, na espécie, a intervenção do STF, vez que as violações aos direitos e garantias fundamentais dos grupos de vulnerabilidade LGBTQIAPN+, demandam uma ação imediata da corte constitucional (Brasil, 2019).

Assim, como descrito anteriormente, a judicialização da política manifestou-se claramente no caso em espécie, vez que, ao criminalizar a homotransfobia, o Supremo proferiu uma decisão proativa preenchendo um vazio legislativo, com o intuito de garantir ao grupo vulnerável em questão a aplicação de seus direitos constitucionalmente garantidos.

De acordo com Alencar, Miranda e Miranda Neto (2023, p. 16), o STF deliberou por uma interpretação ampliativa de uma legislação já existente, sendo que, mesmo tendo atuado em uma perspectiva expansiva quanto às suas competências, ele não saiu dos limites constitucionais de suas funções, nem invadiu as funções do Poder Legislativo.

Continuam os autores que a Corte Constitucional apenas ampliou o sentido interpretativo da lei a fim de garantir e proteger juridicamente os direitos fundamentais das minorias, fazendo tudo com base nos parâmetros impostos pela Constituição.

Em contraponto, afirmam Da Silva e Figueiredo (2023, p. 1230) que a recepção de uma conduta dentro de uma norma concebida para tipificar outras práticas discriminatórias constitui analogia, ainda que o uso do termo tenha sido expressamente afastado na ocasião. Portanto, o princípio da legalidade penal não permitiria um entendimento da norma mais desfavorável ao réu.

No mesmo sentido, aduzem que, por um lado, compreende-se que a omissão legislativa constitui grave violação dos direitos LGBTQIAPN+, mas a postura do STF extrapola o procedimento normal de uma ADO, que seria a comunicação ao órgão competente sobre a mora legislativa.

Ao invés disso, a Suprema Corte passou a abranger as condutas homotransfóbicas como um tipo de “racismo social”, sendo então abarcadas pela Lei do Racismo sem, contudo, amoldar-se estritamente ao conceito de raça para os fins da própria lei - raça, cor, etnia, religião e procedência nacional, carregando consigo todas as consequências vinculadas ao racismo, como inafiançabilidade e imprescritibilidade, sendo considerada analogia *in malam partem* dentro do Direito Penal, ferindo os preceitos da legalidade e reserva legal, (Da Silva; Figueiredo, 2023, p. 1237).

Portanto, de acordo com Amorim, Amorim e Pereira (2021, p. 118144), a Constituição Federal estabelece que cada Poder possui funções constitucionais específicas, impedindo o STF de usurpar competências que não lhe são atribuídas. Sua função primordial é proteger a Constituição, não violá-la.

4.4 Análise dos Embargos de Declaração na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e do Mandado de Injunção nº 4733

Na esteira do entendimento sobre a criminalização do homotransfobia na ADO nº 26 e no MI nº 4733, a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos (ABGLTI) opôs embargos de declaração, apontando obscuridade na aplicação da decisão embargada, que retira a efetividade da decisão do STF ao restringir o reconhecimento da homotransfobia ao crime de racismo, impedindo que tal prática possa também configurar

crime de injúria racial, quando proferida contra honra subjetiva de um indivíduo LGBTQIAPN+.

Na ocasião prevaleceu o entendimento do Relator Min. Edson Fachin, que asseverou que uma vez que o Supremo entende que discriminação por identidade de gênero e orientação sexual configuram racismo, a prática da homotransfobia pode configurar crime de injúria racial (Brasil, 2023).

Afirmou o Ministro que a interpretação hermenêutica que restringe sua aplicação aos casos de racismo e mantém desamparadas de proteção as ofensas racistas perpetradas contra indivíduos da comunidade LGBTQIAPN+, contraria não apenas o acórdão embargado, mas toda a sistemática constitucional.

O Min. Cristiano Zanin, por outro lado, entendeu que a análise da matéria não é possível no âmbito de embargos de declaração, pois isso configuraria um novo julgamento com ampliação do mérito, ante ausência de obscuridade.

O Min. Fachin foi seguido integralmente pelos Ministros Dias Toffoli, Kassio Nunes Marques, Rosa Weber, Cármen Lúcia, Alexandre de Moraes e Luiz Fux, e o Min. André Mendonça declarou-se impedido.

Ademais, com a edição da Lei nº 14.532/23, a injúria racial passou a compor a Lei do Racismo, em seu art. 2º-A, fazendo com que não haja mais dúvidas de que os crimes de injúria homofóbica e transfóbica devem ter seu tratamento realizado como de injúria racial, uma vez que a aplicação da Lei do Racismo está expressamente prevista na tese fixada na ADO nº 26 e no MI nº 4733.

Assim, como as teses fixadas pelo STF foi de que as condutas homofóbicas ou transfóbicas ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei do Racismo, é certo que a injúria racial também receberia tratamento semelhante, tendo-se em vista que a injúria racial é uma das formas de racismo.

Entretanto, como afirmam Da Cruz *et al* (2023, p. 9409), sob o prisma da legalidade estrita, apesar da criminalização ter se dado de forma indireta, através de uma suposta interpretação extensiva do conceito de racismo, esta ocorreu por meio de decisão judicial, e não por uma lei em sentido estrito.

Isso, por sua vez, desnatura a taxatividade do crime, pois não há previsão expressa, o que é vedado pelos princípios penais e processuais penais.

Com essa decisão, o Supremo Tribunal Federal acabou por reconhecer que a Lei de Racismo não esgota as condutas consideradas racistas e que, portanto, todos os tipos penais que visem coibir a prática do racismo fazem parte de um mesmo núcleo de incriminação, cujo mandamento é emanção direta da Constituição.

Por essa lógica, a homofobia e a transfobia também estariam representadas na injúria homofóbica e transfóbica como formas de racismo, motivo pelo qual estas também seriam crimes puníveis na forma da injúria racial.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou analisar a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e o Mandado de Injunção nº 4.733, que abarca condutas preconceituosas não expressamente previstas na Lei do Racismo, motivadas por homofobia ou transfobia, o os Embargos de Declaração opostos pela Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos (ABGLI) à aplicação do acórdão que equiparou a homofobia aos crimes de racismo e injúria racial.

Após as discussões levantadas, foi possível verificar que a omissão legislativa foi a maior causa de limitação do exercício dos direitos fundamentais por parte da comunidade LGBTQIAPN+, razão pela qual foi proposta a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e o Mandado de Injunção nº 4.733, objetivando suprir a lacuna deixada pelo legislador ordinário.

Nesse sentido, constatou-se que o conceito de racismo se encontra em uma luta narrativa por sua definição, ora ligado a características fenotípicas ou genotípicas das pessoas, ora ligado também a características étnico-culturais.

O Supremo Tribunal Federal, todavia, fixou suas bases hermenêuticas no caso *Ellwanger*, admitindo como racismo as condutas que violam os direitos das pessoas não apenas por características, mas também por questões de ordem social e cultural.

Desta forma, foi possível concluir que a ausência de uma resposta efetiva por parte do Poder Legislativo para a sociedade, e em desacordo com a ordem constitucional, constitui-se em grave omissão, havendo necessidade de se disciplinar uma categoria de condutas que fere os direitos de personalidade fundamentais e caros à ordem constitucional, como é o caso do grupo vulnerável em estudo.

Entretanto, o STF, ao tentar suprir a omissão legislativa, extrapolou o procedimento normal de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, passando a reconhecer condutas homotransfóbicas como equiparadas ao racismo, sem que haja lei em sentido estrito permitindo equiparação.

Da mesma forma, o STF acabou também por reconhecer que as condutas racistas não se esgotaram na Lei do Racismo e que, destarte, todos os tipos penais que visem coibir a prática do racismo fazem parte de um mesmo núcleo de incriminação. Por essa lógica, a homofobia e a transfobia também estariam representadas na injúria homofóbica e na transfóbica como formas de racismo, motivo pelo qual estas também seriam crimes puníveis na forma da injúria racial, mesmo antes da edição da Lei nº 14.532/23.

Assim, sob o prisma do princípio da legalidade estrita, apesar da criminalização propriamente dita ter se dado de maneira indireta, por meio da extensão do conceito de racismo, esta se deu por meio de uma decisão judicial, de modo a desnaturar a taxatividade desse crime, o que é vedado pelos princípios penais e processuais penais.

Nesse contexto, observa-se que o STF não atuou como guardião da Constituição, pois agiu além dos limites de sua competência, utilizando uma atribuição que não lhe é própria. Permitir o exercício do direito por analogia nessa decisão estaria infringindo o princípio da legalidade.

Portanto, é constatável que a tese extraída do julgamento em questão utilizou-se da técnica da analogia *in malam partem*, ultrapassou a jurisdição da Suprema Corte e invadiu a competência legislativa do Congresso Nacional, o que pode preceder futuras matérias penais e interpretações mais abrangentes que as dadas pelo próprio texto penal.

6. REFERÊNCIAS

ALENCAR, Italo Diêgo Sousa de; MIRANDA, Sara Barros Pereira De; MIRANDA NETO, Edson Barbosa de. Expansão da autoridade do supremo tribunal federal e a criminalização da homotransfobia: uma análise a partir do julgamento da ado nº 26 e do mandado de injunção nº 4733. **Revista Foco**, v.16.n.1, p. 1-20, 2023.

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo estrutural**. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

AMORIM, Eduardo Borges; AMORIM, Arthur Borges; PEREIRA, Ana Cláudia Negrão. O entendimento do supremo tribunal federal à respeito da transfobia e homofobia como racismo/The federal supreme court's understanding regarding transphobia and homophobia as racism. **Brazilian Journal of Development**, v. 7, n. 12, p. 118120-118150, 2021.

BAHIA, Alexandre G.M.F.M; CONCEIÇÃO, Andreza Cássia da Silva. Os números da transfobia no Brasil: a omissão inconstitucional do país em tratar do problema. In_ **Transgêneros**. VIEIRA, Tereza Rodrigues (organizadora). Brasília: Zakarewicz, 2019.

BOMFIM, Miguel Borges Santos; DI GREGORIO, Maria de Fátima Araújo. **Proteção criminal inclusiva: a posição do supremo entre a homofobia e os crimes raciais**. Semana de Educação da Pertença Afro-Brasileira, p. 310-317, 2023.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. 11. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

BORRILLO, Daniel. **Homofobia: história e crítica de um preconceito**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF e Mandado de Injunção nº 4733/DF**. Relator: Ministro Celso de Mello, 13 de junho de 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/>. Acesso em: 20 nov. 2023.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120)** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal. ed 22**. São Paulo: Saraiva, 2018.

DA CRUZ, Wellisson Vilarinho et al. O tratamento da injúria homofóbica e da transfóbica como crimes de racismo. **Cuadernos de Educación y Desarrollo**, v. 15, n. 9, p. 9378-9414, 2023.

DA SILVA, Marcos Mauricio Costa; FIGUEIREDO, David Oliveira Campos. Análise da constitucionalidade o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão 26 e mandado de injunção 4733: criminalização da homofobia e transfobia. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação**, v. 9, n. 5, p. 1229-1244, 2023.

JUNQUEIRA, Rogério Diniz. Homofobia: limites e possibilidades de um conceito em meio a disputas. **Bagoas-Estudos gays: gêneros e sexualidades**, v. 1, n. 01, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RIOS, Roger Raupp. O conceito de homofobia na perspectiva dos direitos humanos e no contexto dos estudos sobre preconceito e discriminação. **Rompendo o silêncio: homofobia e heterossexismo na sociedade contemporânea**, p. 27-48, 2007.

A VULNERABILIDADE DOS PORTADORES DE DOENÇAS RARAS E A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

José Adelar de Moraes¹

1 INTRODUÇÃO

As doenças raras representam um desafio significativo para a comunidade médica, científica e social em todo o mundo. Conceituadas pela sua baixa prevalência, estas condições afetam uma parcela substancial da população, caracterizando-se por uma diversidade de manifestações clínicas e necessidades complexas de cuidados de saúde. Neste contexto, emerge uma série de desafios invisíveis que permeiam o diagnóstico, tratamento e suporte oferecido aos pacientes e suas famílias.

Este artigo propõe uma análise abrangente das doenças raras, serão explorados os obstáculos invisíveis que envolvem o reconhecimento e manejo dessas doenças, incluindo a falta de conhecimento médico, diagnóstico tardio e acesso limitado a tratamentos especializados.

Serão discutidos os desafios enfrentados em busca do diagnóstico, uma jornada que, muitas vezes, é comparada a uma verdadeira odisséia.

Um ponto crucial a ser discutido é a questão das políticas públicas (in) existentes para doenças raras. A falta de atenção e investimento adequado por parte dos governos, muitas vezes, resulta em uma escassez de recursos destina-

¹ Mestrando em Direito Processual e Cidadania na Universidade Paranaense. Bolsista PRO-SUP/CAPES/UNIPAR. Especialista em Responsabilidade Civil e Penal no Direito Médico pela Faculdade IBMEC- São Paulo. Advogado. Integrante do Programa de Iniciação Científica no Projeto Direito Pediátrico e Direito Fundamental da Criança Vulnerável : Desafios Práticos no Processo de Proteção Jurídica na Área da Saúde, desenvolvido na UNIPAR, sob a Coordenação da Profa. Dra. Tereza Rodrigues Vieira. E-mail: advocacia-moraes@hotmail.com.

dos à pesquisa, desenvolvimento de tratamentos e suporte aos pacientes. Esta lacuna na abordagem das doenças raras ressalta a necessidade urgente de uma resposta coordenada e abrangente por parte das autoridades de saúde.

Também será discutido a disparidade regional dos centros especializados para o diagnóstico e tratamento dos portadores de doenças raras, e a questão do acesso a medicamentos órfãos para o tratamento de doenças raras.

Por fim, será destacado a importância do poder judiciário na garantia dos direitos dos pacientes com doenças raras que em muitos casos, recorrem ao sistema judicial em busca de acesso a tratamentos experimentais ou medicamentos não disponíveis no mercado.

A metodologia utilizada, é o hipotético dedutivo, o procedimento é monográfico e a técnica utilizada é a pesquisa bibliográfica especializada, na doutrina, jurisprudência, artigos científicos e a consulta em sites especializados.

Essa abordagem permite uma análise aprofundada e fundamentada do tema, utilizando-se de fontes variadas para embasar argumentos e conclusões.

2 CARACTERIZANDO AS DOENÇAS RARAS

O panorama da saúde global é realmente vasto e complexo, com uma variedade impressionante de enfermidades que desafiam a compreensão científica e os recursos disponíveis para tratamento. No meio dessa complexidade, destacam-se as chamadas doenças raras.

Apesar de serem individualmente raras, elas são coletivamente significativas devido ao seu impacto na qualidade de vida de milhões de pessoas em todo o mundo. Essas condições muitas vezes são crônicas, progressivas, debilitantes e podem afetar pessoas de todas as idades, desde bebês até idosos

Embora o número exato de doenças raras ainda permaneça desconhecido, estima-se que existam entre 6.000 e 8.000 tipos diferentes dessas enfermidades em todo o mundo. Essa ampla gama de patologias reflete a complexidade genética e biológica que caracteriza as doenças raras, muitas das quais são hereditárias e resultam de mutações genéticas específicas.

De acordo com o Ministério da Saúde (FIOCRUZ, 2022, *online*) segundo os parâmetros delineados pela legislação, são consideradas doenças raras aquelas que afetam até 65 pessoas em cada 100.000 indivíduos. Essa caracterização, embora baseada em uma incidência aparentemente baixa, revela a complexidade e a singularidade dessas enfermidades, muitas das quais são crônicas, degenerativas e, em alguns casos, incapacitantes.

As estatísticas apresentadas destacam a significância das doenças raras em todo o mundo. Com pouco mais de seis mil doenças raras catalogadas até o momento, a maioria delas possui origem genética, o que significa que são causadas por mutações em genes específicos.

Um fato que chama a atenção, é que cerca de 70% dessas doenças têm início na infância, o que pode ter um impacto significativo no desenvolvimento e na qualidade de vida das crianças afetadas, bem como em suas famílias.

A prevalência das doenças raras, afetando entre 3,5% e 5,9% da população mundial, é significativo. Isso equivale a aproximadamente 300 milhões de pessoas em todo o mundo, sendo 30 milhões na União Europeia, 25 milhões nos Estados Unidos e 13 milhões no Brasil. Esses números destacam a importância de reconhecer e abordar as necessidades desses indivíduos e de suas famílias.

É crucial destacar a significativa proporção de doenças raras que se manifestam durante a infância, representando um desafio significativo para pacientes, famílias e profissionais de saúde.

De acordo com literatura médica, mais de três em cada quatro doenças raras têm seu início durante a infância, totalizando mais de 6 mil condições identificadas até o momento (FIOCRUZ, 2022, *online*).

Entre essas doenças, citamos algumas como, “doença de Huntington, doença de Fabry, doença de Batten, hemofilia, neurofibromatose, atrofia muscular espinhal (AME), síndrome de Hallervorden-Spatz” (Santos, 2022, p.4-5), Essas condições não apenas impactam a saúde física e emocional das crianças afetadas, mas também tem implicações significativas para suas vidas na fase adulta. Além disso, em torno de 80% das doenças raras eventualmente, passam pelas mãos de pediatras, destacando ainda mais a importância de assegurar que esses profissionais estejam bem-informados e atualizados sobre as características clínicas, métodos de diagnóstico e opções de tratamento para doenças raras (FIOCRUZ, 2022, *online*).

Portanto, a conscientização sobre as doenças raras e o treinamento adequado dos pediatras são essenciais para melhorar o reconhecimento precoce e o manejo eficaz dessas condições, contribuindo para melhorar a qualidade de vida das crianças afetadas e suas famílias.

3 DESAFIOS INVISÍVEIS

De acordo com a Portaria nº 199/2014, as doenças raras classificam-se em genéticas e não genéticas, com cada categoria apresentando características distintas.

Ao receber a informação da suspeita do diagnóstico, os desafios são inúmeros:

Ao receber a informação da presença de uma patologia dessa natureza, um dos grandes desafios para os pacientes com doenças raras é a obtenção de um diagnóstico precoce para um tratamento efetivo.

Esses pacientes enfrentam barreiras nos acessos aos seus cuidados e, em geral, pouco mais de 10% recebem tratamento específico decorrente de três barreiras,

a saber, atraso no diagnóstico, início tardio do tratamento ou a inexistência de tratamento efetivo até o momento.

Existem ainda outros fatores que contribuem para o atraso do diagnóstico precoce, impossibilitando um tratamento adequado para que os pacientes alcancem qualidade de vida dentro de suas condições. São eles: deficiência de políticas públicas, falta de conhecimento de profissionais de saúde, deficiência do ensino universitário, carência de centros de referência em doenças raras em todo o país (Cardoso, 2022, p. 15).

A jornada em busca de um diagnóstico muitas vezes se assemelha a uma maratona exaustiva, cheia de obstáculos e incertezas. O processo pode ser longo e desgastante, com inúmeras consultas médicas, exames e testes repetidos, enquanto a ansiedade e a frustração aumentam a cada resultado inconclusivo.

E mesmo quando finalmente se chega a um diagnóstico, muitas vezes é tarde demais, o que pode resultar em atrasos no tratamento e no manejo da doença. A falta de conhecimento e conscientização sobre doenças raras por parte dos profissionais de saúde pode levar a diagnósticos errôneos ou atrasados, exacerbando ainda mais o sofrimento do paciente e de sua família.

Receber um diagnóstico de uma doença rara é uma experiência avassaladora e muitas vezes solitária para pais e mães. Segundo Marília Dovicgues (2009, prefácio) enquanto a internet pode ser a primeira fonte de informações disponível, ela apresenta desafios significativos. Embora ofereça acesso rápido a uma ampla gama de recursos, a qualidade e a confiabilidade dessas informações podem ser questionáveis.

Ainda segunda a autora, um dos principais problemas é a linguagem geralmente generalista encontrada em muitos recursos *online*. Isso pode levar a interpretações errôneas ou alarmantes sobre a condição de saúde do paciente. Além disso, como mencionado, muitos dos materiais disponíveis podem estar desatualizados ou não refletir as mais recentes descobertas e avanços da medicina moderna.

Outra questão apontada pela autora “é o despreparo de alguns médicos e equipes de hospitais que recebem as crianças, seja no parto ou durante o pré-natal, quando tem que comunicar aos pais um diagnóstico de doença genética de um filho” (Dovicgues, 2009, prefácio).

Destarte, o despreparo de alguns médicos e equipes hospitalares ao lidar com o diagnóstico de doenças genéticas em crianças é uma preocupação séria e que pode ter consequências significativas para os pais e para o próprio paciente. Receber um diagnóstico de uma condição genética em seu filho é uma experiência emocionalmente desafiadora e impactante para os pais, e é essencial que os profissionais de saúde abordem essa situação com sensibilidade, empatia e preparo adequado.

Infelizmente, nem todos os profissionais de saúde estão adequadamente treinados para comunicar essas notícias de maneira compassiva e informativa. Isso pode resultar em pais se sentindo desamparados, confusos e isolados em um momento em que mais precisam de apoio e orientação.

Além disso, a falta de preparo também pode levar a uma comunicação inadequada sobre os próximos passos no cuidado e tratamento da criança, deixando os pais sem entender completamente as opções disponíveis ou os recursos aos quais podem recorrer.

Para resolver essa questão, é fundamental que os profissionais de saúde recebam um treinamento adequado em comunicação de más notícias, empatia e cuidados centrados no paciente e na família. Isso pode ajudar a garantir que os pais recebam o apoio e a informação de que precisam para tomar decisões informadas sobre o cuidado de seus filhos.

Segundo dados da Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ, 2022, *online*) as dificuldades relacionadas às doenças raras incluem diagnósticos tardios e difíceis, falta de definição de casos para vigilância epidemiológica, codificação limitada na Classificação Internacional de Doenças, mecanismos fisiológicos pouco compreendidos, insuficiência de linhas de cuidado baseadas em evidências, escassez de dados de estudos longitudinais, ineficiência de programas de triagem, registros clínicos e bases de dados limitados, desenvolvimento fragmentado de medicamentos e conhecimento insuficiente sobre essas doenças, também conhecidas como “doenças órfãs” devido ao pouco interesse da comunidade científica e da indústria farmacêutica.

O caso do padre Marlon Múcio, é um exemplo ilustrativo dos desafios associados a doenças raras. Diagnosticado com deficiência do transportador de riboflavina, doença raríssima, com apenas 15 diagnósticos no Brasil e com 350 casos registrados no mundo (Globo, 2024, *online*).

A *Riboflavin Transporter Deficiency* (RTD) é uma doença genética rara que afeta aproximadamente 1 em cada 1 milhão de pessoas. Os indivíduos com RTD têm uma deficiência de uma enzima específica responsável por transportar a riboflavina (vitamina B2) para dentro das células. Os sintomas incluem fraqueza muscular, dificuldade para andar e engolir. Essa condição resulta em problemas metabólicos devido à falta de riboflavina intracelular, impactando negativamente a função muscular e neurológica dos pacientes.

De acordo com a matéria veiculada, ele nasceu com feridas por todo o corpo, e aos 7 anos perdeu a audição, vivia cansado e começou a ter dificuldades para mastigar:

Eu passei por quase cem médicos, das mais diversas especialidades. Eu recebi 6 diagnósticos errôneos e era tratado para o que eu não tinha.

Foi só aos 45 anos, quando já tinha se tornado padre, que ele descobriu qual era sua doença.

Aconteceu comigo aquela ‘peregrinação’ [‘odisseia diagnóstica é o termo’] que a gente fala. Ou ‘via sacra’ das pessoas que têm doença rara. Nós vamos a muitos especialistas, vários da mesma especialidade médica e muitos exames”, disse Marlon. E gastamos muito dinheiro até descobrir o que temos (Globo, 2024, *online*).

A falta de tratamentos específicos pode resultar em uma jornada complexa e desafiadora para os pacientes, que muitas vezes enfrentam uma série de sintomas debilitantes sem uma solução direta. Além disso, pode haver uma sensação de desamparo e frustração tanto para os pacientes quanto para os profissionais de saúde, que desejam proporcionar o melhor cuidado possível a esses indivíduos.

Além disso, mesmo quando tratamentos específicos estão disponíveis, o acesso a estas terapias podem ser limitado devido a diversos fatores, incluindo custos elevados, falta de cobertura dos planos de saúde, disponibilidade limitada em determinadas regiões ou países, e os desafios associados à aprovação regulatória e comercialização de tratamentos para doenças raras.

4 AS POLÍTICAS PÚBLICAS (IN) EXISTENTES PARA AS DOENÇAS RARAS

As políticas públicas têm um papel importante na proteção dos direitos humanos e na promoção da justiça. Através de leis e regulamentos que protejam os direitos civis, políticos, sociais e econômicos, os governos podem criar um ambiente onde a justiça social seja uma realidade tangível para todos.

De acordo com Daniela Koeller Rodrigues Vieira (2019, p.11), apesar dos avanços na estruturação e ampliação do Sistema Único de Saúde no Brasil, ainda existem áreas que necessitam de maior atenção e ampliação, especialmente no que diz respeito aos serviços voltados para grupos específicos que requerem cuidados especializados. Entre esses grupos estão as pessoas com deficiências e os indivíduos com condições raras de origem genética.

A criação da Política Nacional de Atenção Integral às Pessoas com Doenças Raras em 2014, por meio da Portaria MS 199/2014 (Brasil, 2014, *online*), foi um passo importante para reconhecer e enfrentar os desafios enfrentados por pacientes com doenças raras no Brasil. Essa política estabeleceu diretrizes para melhorar o acesso ao diagnóstico, tratamento e cuidados para esses pacientes, além de instituir fontes de custeio para apoiar essas iniciativas.

Até então “havia apenas a Política Nacional de Atenção Integral em Genética Clínica, estabelecida pela Portaria nº 81. De 2009, porém esta não se destinava as doenças raras de origem não genética” (Moro, 2020, p. 26).

A Lei ° 14.154, de 26 de maio de 2021, apresenta um marco importante para a saúde pública no Brasil, especialmente no que diz respeito à triagem neonatal. Esta lei aperfeiçoa o Programa Nacional de Triagem Neonatal (PNTN) do SUS, por meio do estabelecimento de um rol mínimo de doenças a serem rastreadas pelo teste do pezinho que passa a englobar, de forma gradual, 14 grupos de doenças, e poderá identificar até 53 tipos diferentes de enfermidades e condições especiais de saúde. Seis mil doenças raras, aproximadamente; 53 exames de triagem neonatal.

O Estado do Paraná é o único estado da Federação que possui um sistema de notificação de síndromes e doenças raras. O Sistema Integrado de Doenças Raras SIDORA, (Paraná, 2023, *online*), desenvolvido pela Secretaria de Estado da Saúde (SESA) em parceria com a Companhia de Tecnologia da Informação e Comunicação do Paraná (CELEPAR), tem como objetivo coletar dados e fornecer informações cruciais para o desenvolvimento de políticas públicas relacionadas a doenças raras.

Uma das principais funcionalidades do SIDORA é disponibilizar uma carteirinha com *QR-Code* para a população cadastrada. Essa carteirinha permite o acesso facilitado, especialmente em emergências, a informações relevantes sobre a pessoa diagnosticada com uma doença ou síndrome rara.

No entanto, apesar dos avanços, ainda persistem desafios significativos. Um dos principais, é o desafio de implantação de centros de referência para o tratamento de doenças raras em todo o país pois até o momento, apenas 18 desses centros foram criados, em Goiás (1), Bahia (2), Distrito Federal (2), São Paulo (3), Ceará (2), Pernambuco (1), Minas Gerais (1), Espírito Santo (1), Rio de Janeiro (1), Paraná (2), Rio Grande do Sul (1), Santa Catarina (1) (Brasil, 2022, *online*).

A análise dos dados revela a ausência de centros na Região Norte do Brasil revelando a disparidade regional no acesso a esses serviços. Dadas as dimensões continentais do país, é evidente que esse número é insuficiente para atender adequadamente as necessidades de todos os pacientes com doenças raras.

Essa disparidade regional agrava ainda mais a vulnerabilidade dos pacientes com doenças raras, que já enfrentam desafios significativos devido à natureza de suas condições. A falta de acesso a centros especializados pode resultar em diagnósticos tardios, tratamento inadequado e piora na qualidade de vida.

A instalação em 30/08/2023 de uma subcomissão permanente dentro da Comissão de Assuntos Sociais do Senado para abordar a problemática das doenças raras demonstra um compromisso sério em lidar com questões de saúde pública que afetam uma parcela significativa da população. Ao designar um espaço específico para discutir essas questões, o Senado mostra uma compreensão da complexidade e da importância de oferecer suporte adequado a pacientes e familiares que lidam com doenças raras.

A declaração da presidente da subcomissão, senadora Mara Gabrilli, (Brasil, 2022, *online*), enfatizando a necessidade de uma rede assistencial especializada, destaca um dos principais desafios enfrentados por aqueles que vivem com doenças raras. A falta de acesso a cuidados especializados pode tornar ainda mais difícil para esses pacientes obter o tratamento adequado e o suporte necessário para lidar com suas condições de saúde.

A senadora destaca que é preciso ampliar a atenção integral aos portadores de doenças raras:

A necessidade de ampliar a atenção integral às pessoas com doenças raras é tão urgente que, no final de 2021, a ONU adotou a Resolução “Enfrentando os desafios das pessoas que vivem com uma doença rara e de suas famílias”. A iniciativa tem o objetivo de que todos os Estados-Membros fortaleçam seus sistemas de saúde para promover atenção integral, equânime e universal a todos os acometidos por uma condição rara. O Brasil, junto ao Catar e a Espanha, teve papel muito importante no processo inicial de proposição da Resolução (Brasil, 2022, *online*).

A habilitação do Hospital Pequeno Príncipe, em Curitiba em 2016, pelo Ministério da Saúde como o primeiro hospital habilitado como serviço de referência em doenças raras no país e foi um marco significativo no cuidado de pacientes. O serviço médico ressalta a importância do diagnóstico precoce:

Segundo o Ministério da Saúde, para 95% dos acometidos por uma doença rara não há tratamento, mas com o diagnóstico definido é possível realizar cuidados paliativos e serviços de reabilitação. Outros 3% têm tratamento cirúrgico ou medicamentoso que atenua os sintomas. Os demais podem ser curados com medicamentos ou ainda com a realização de transplantes (Hospital Pequeno Príncipe, 2023, *online*).

Atentos à essa necessidade, tramita no Senado Federal os PL 4691/2019, o PL 5128/2020 e o PL 682/2019, que são passos significativos na direção certa para amenizar o sofrimento desses pacientes e suas famílias. Esses projetos podem incluir medidas para facilitar o acesso a tratamentos, medicamentos específicos, suporte psicológico, educação sobre as doenças raras e outras formas de assistência que são fundamentais para melhorar a qualidade de vida dessas pessoas.

O senador paranaense Flávio Arns (Brasil, 2022, *online*) destaca a importância de garantir os direitos de todos os brasileiros, independentemente de sua condição de saúde ou deficiência. Ele ressalta a necessidade de ação concreta para assegurar esses direitos, não apenas por compaixão, mas por um compromisso com a cidadania e a justiça social.

A afirmação do senador, de que é necessário agir não apenas por compaixão, mas por um sentido de cidadania e direitos, ressalta a importância de políticas e medidas concretas que garantam a igualdade de oportunidades e acesso a serviços para todas as pessoas, independentemente de suas condições de saúde ou deficiência.

Em suma, enfrentar os desafios associados às doenças raras requer uma abordagem abrangente que envolva o reconhecimento da importância do suporte às pessoas afetadas, o estabelecimento de centros especializados, o investimento em pesquisa e o estabelecimento de políticas de saúde adequadas. Essas medidas podem ajudar a melhorar a qualidade de vida e os resultados de saúde para os pacientes com doenças raras.

5 MEDICAMENTOS ÓRFÃOS

A Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) 205/2017, aprovada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária representou um avanço na regulamentação significativa para o registro e desenvolvimento de medicamentos para doenças raras. Anteriormente, não havia uma regulamentação específica para essas condições, o que poderia dificultar o acesso a tratamentos adequados para pacientes que sofrem com essas doenças raras.

Com a aprovação da RDC 205/2017, foram possíveis estratégias para reduzir os prazos de análise das submissões de registro de novos medicamentos para doenças raras. Além disso, foram criados critérios específicos para aprovação de ensaios clínicos, confirmação da adesão às boas práticas em pesquisa, fabricação e registro de novas tecnologias.

A possibilidade de apresentação de dados adicionais posteriormente à concessão do registro, por meio de assinatura de termo de compromisso entre a Anvisa e a empresa solicitante, ofereceu uma flexibilidade que pode acelerar o processo de registro sem comprometer a segurança dos pacientes.

A situação das doenças raras no Sistema Único de Saúde apresenta desafios significativos em termos de acesso a tratamentos adequados, dos 154 Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) que o Ministério da Saúde já publicou (Brasil, 2020, *online*), 46 foram destinados exclusivamente a tratar as pessoas com doenças raras, enquanto estima-se que existam entre 6 e 8 mil doenças raras, isso revela uma lacuna substancial na cobertura e no acesso a tratamentos para essas condições.

O contraste entre o número limitado de PCDT disponíveis e a vasta quantidade de doenças raras existentes é preocupante, especialmente considerando que apenas cerca de 10% delas têm algum tratamento disponível. Isso significa que muitas pessoas afetadas por doenças raras enfrentam dificuldades significativas para acessar os cuidados de saúde necessários.

Essa diferença entre o número de medicamentos incorporados no sistema público e o total de doenças raras é o que explica o volume de pedidos que vão parar no Poder Judiciário. Muitas das ações movidas pelas pessoas com doenças raras foram a única alternativa encontrada diante da inexistência de oferta no sistema público de saúde.

Na Europa, existem cerca de 80 medicamentos com designação “órfão” e com autorização de introdução no mercado. No Brasil, 35 tratamentos para doenças raras são cobertos pelo SUS e apenas 45 medicamentos considerados “órfãos” encontram-se registrados para tratamento de aproximadamente 14 doenças raras. É previsível que, nessas condições, a judicialização da saúde pareça ser um caminho compreensível e certamente a previsão de que cerca de 60% dos recursos totais para a aquisição de medicamentos serão gastos para o atendimento de pacientes com doenças raras não parece fora de propósito (Oliveira; Silveira, 2015, *online*).

A discrepância entre o número de medicamentos órfãos disponíveis na Europa em comparação com o Brasil destaca uma lacuna significativa no acesso a tratamentos para doenças raras no país. Enquanto na Europa existem aproximadamente 80 medicamentos órfãos com autorização de introdução no mercado, no Brasil apenas 45 desses medicamentos estão registrados para o tratamento de cerca de 14 doenças raras.

Essa disparidade evidencia os desafios enfrentados pelos pacientes com doenças raras no Brasil, que muitas vezes têm dificuldade em acessar os tratamentos necessários devido à falta de disponibilidade ou aprovação desses medicamentos no país. A situação é agravada pelo fato de que apenas 35 tratamentos para doenças raras são cobertos pelo Sistema Único de Saúde, o que pode limitar ainda mais o acesso para aqueles que dependem exclusivamente do sistema público de saúde.

A disparidade entre o número de medicamentos incorporados no sistema público de saúde e o total de doenças raras é uma das principais razões para o grande volume de pedidos que chegam ao Poder Judiciário, pois “muitas das ações movidas pelas pessoas com doenças raras foram a única alternativa encontrada diante da inexistência de oferta no sistema público” (Moro, 2022, p.77).

A realização de uma audiência pública pela Comissão de Ciência, Tecnologia e Inovação da Câmara dos Deputados em 14 de junho de 2023 (Brasil, 2023, *online*), mostra o reconhecimento da importância desse tema e o desejo de buscar soluções para melhorar o acesso e a qualidade dos tratamentos para pacientes com doenças raras.

Na matéria veiculada, a deputada Federal Luísa Canziani destaca uma questão crucial relacionada ao tratamento de doenças raras, o alto custo de diagnósticos e tratamentos. Esses custos podem representar um grande desafio para os

pacientes e para o sistema de saúde como um todo, especialmente no contexto da rede pública de saúde, onde os recursos são mais limitados.

Nesse contexto, a busca por tratamentos por meio de ações judiciais torna-se uma alternativa viável e, em alguns casos, a única opção disponível para esses pacientes. As ações movidas pelas pessoas com doenças raras refletem a necessidade urgente de acesso a medicamentos e tratamentos específicos para suas condições médicas, que muitas vezes não são contemplados pelos protocolos existentes no sistema público de saúde.

Um marco regulatório dedicado aos medicamentos órfãos seria fundamental para abordar questões específicas relacionadas a esse tipo de medicamento, como incentivos para pesquisa e desenvolvimento, simplificação de processos regulatórios, estímulo à inovação e garantia de acesso aos pacientes.

6 O PODER JUDICIÁRIO COMO INSTRUMENTO CONCRETIZADOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Na lição de Paulo Bonavides (1999, p.527-528 *apud* Bevervanço, 2001, p. 71), a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, representa um marco mundial e universal no contexto dos direitos humanos, especialmente quando vistos sob a perspectiva dos direitos das pessoas portadoras de deficiência. Este documento histórico estabeleceu princípios fundamentais de liberdade, igualdade e fraternidade para todos os seres humanos, reconhecendo implicitamente a importância da dignidade e dos direitos inalienáveis de cada indivíduo.

Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p. 42) sustenta que a dignidade humana é um conceito que existe independentemente do reconhecimento legal. Ele argumenta que a dignidade é um valor intrínseco e pré-existente, não sendo uma mera construção jurídica ou uma concessão do direito, ressaltando que “não se pode olvidar que o Direito poderá exercer papel crucial na sua proteção e promoção, não sendo, portanto, completamente sem fundamento que se sustentou até mesmo a desnecessidade de uma definição jurídica da dignidade da pessoa humana[...]” (*ibidem*).

A normatização dos direitos fundamentais na Constituição brasileira é um aspecto central para a sua eficácia e aplicabilidade no sistema jurídico, “dessa forma, o processo judicial, ao ser utilizado como um instrumento para a garantia dos direitos fundamentais, torna possível o exercício da cidadania” (Pedrollo, 2023, p.40).

Sob o viés jurídico, o Poder Judiciário desempenha um papel essencial na defesa e proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos, assegurando que os princípios constitucionais sejam respeitados e implementados efetivamente na prática, “[...] já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção da aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos

fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentalidade formal do âmbito da Constituição” (Sarlet, 2021, p. 280).

Cleto Vinícius Vieira Pedrollo (2023, p.38) aduz que reconhecimento da saúde como um direito fundamental na Constituição Brasileira trouxe profundas implicações jurídicas e sociais. Uma das principais consequências desse reconhecimento é a possibilidade de que omissões ou ineficiências nas políticas públicas de saúde sejam questionadas e fiscalizadas por instituições de controle, como o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública.

Neste diapasão, conforme bem averbado por Moro (2020, p. 77) “a judicialização da saúde tem sido apresentada à sociedade como uma grande vilã, ao argumento de que não se pode dar tudo a todos. De que seria impossível dar a todos os tratamentos mais recentes resultantes de avanços tecnológicos [...]”.

Destarte, a judicialização não deve ser vista como algo negativo, mas sim como um meio de reconhecer e assegurar a supremacia da Constituição e, por consequência, dos direitos fundamentais humanos.

Atento ao crescente fenômeno da judicialização da saúde, o Supremo Tribunal Federal no RE 657.718/MG (Tema 500) afetado à sistemática de repercussão geral, fixou a seguinte tese:

- 1.O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais.
2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial.
3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras);(ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.
4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União (Brasil, 2019).

A inclusão dos termos “medicamentos órfãos” e “doenças raras e ultrarraras” em uma decisão da mais alta corte do país é um marco significativo no reconhecimento e na visibilidade dessas questões. Isso demonstra uma mudança positiva na conscientização e na compreensão sobre a importância de abordar as necessidades específicas dos pacientes com doenças raras e ultrarraras, bem como a necessidade de desenvolver medicamentos específicos para essas condições.

No contexto do direito processual, é fundamental destacar que os direitos fundamentais necessitam não apenas de uma normatização intrinsecamente densa, mas também de formas apropriadas de organização e regulamentação procedimental para desempenharem sua função na sociedade de forma efetiva,

“isto é, deve conter técnicas processuais adequadas à realização do direito material” (Medina, 2016, p. 109).

No bojo desse entendimento, Cintra; Grinover; Dinamarco (1993, p. 47), enfatizam que o direito processual desempenha um papel essencial na implementação prática do ordenamento jurídico, garantindo que os direitos sejam protegidos, os conflitos sejam resolvidos de forma justa e a sociedade permaneça organizada e harmoniosa. Suas disposições e procedimentos são fundamentais para a concretização da justiça em níveis individuais e coletivos.

O processo judicial desempenha um papel essencial na efetivação dos direitos fundamentais, especialmente quando há falhas do Poder Legislativo em regulamentar direitos constitucionais. No bojo desse entendimento, Jônatas Luiz Moreira de Paula (2003, p.82) destaca a aceitação da intervenção judicial em questões administrativas quando interesses sociais são prejudicados e em questões legislativas diante de omissões na regulamentação de direitos constitucionais.

Nesses casos, a intervenção judicial se torna necessária para assegurar a efetividade dos direitos e garantir a proteção dos interesses coletivos e individuais.

Portanto, o papel do Poder Judiciário vai além da simples aplicação da lei; ele envolve uma interpretação comprometida com a proteção dos direitos fundamentais e a promoção da justiça social. Essa responsabilidade é essencial para manter a integridade do Estado de Direito e garantir que a Constituição cumpra seu papel de proteger os direitos fundamentais de todos os cidadãos.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O paciente afetado por uma doença rara enfrenta desafios consideráveis no acesso a tratamentos experimentais e compassivos, especialmente devido à falta de protocolos clínicos estabelecidos para sua condição.

O processo de diagnóstico de doenças raras frequentemente se assemelha a uma jornada exaustiva e repleta de desafios, tanto para os pacientes quanto para seus familiares. A busca por respostas pode ser longa e frustrante, marcada por consultas médicas, exames repetidos e a ansiedade crescente diante da falta de resultados conclusivos. Mesmo quando um diagnóstico é finalmente alcançado, muitas vezes é tarde demais, o que resulta em atrasos no tratamento e na gestão adequada da doença.

A falta de conhecimento e conscientização sobre doenças raras por parte dos profissionais de saúde pode levar a diagnósticos errôneos ou atrasados, ampliando ainda mais o sofrimento do paciente e de sua família. A comunicação inadequada por parte dos médicos ao informar um diagnóstico de doença genética em crianças pode deixar os pais desamparados e confusos, exacerbando a sensação de isolamento em um momento tão delicado.

As políticas públicas desempenham um papel crucial na realização dos direitos fundamentais de uma sociedade, podendo influenciar positivamente o bem-estar e a justiça social. No entanto, a implementação eficaz dessas políticas, muitas vezes, encontra obstáculos, como observado no contexto das doenças raras no Brasil.

Um dilema de difícil solução, no entanto, é possível abordá-lo sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana, um dos pilares fundamentais dos direitos humanos. A aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana pode fornecer um quadro ético e moral para orientar a tomada de decisões que respeitem e protejam a dignidade e os direitos fundamentais de todos os indivíduos envolvidos.

Apesar dos avanços na estruturação e ampliação do atendimento na rede pública de saúde, ainda há desafios significativos para a efetivação do direito fundamental à saúde dos indivíduos portadores de doenças raras.

O fortalecimento e a expansão da rede de centros especializados são fundamentais para garantir que todos os pacientes, independentemente de sua localização geográfica, tenham acesso equitativo a cuidados de saúde de qualidade.

Políticas públicas direcionadas e um compromisso contínuo com a inclusão e a equidade são essenciais para alcançar esse objetivo.

Sob o viés jurídico, o Judiciário atua como guardião da Constituição, assegurando que os princípios constitucionais sejam respeitados e implementados de maneira eficaz.

Neste contexto, direito processual é fundamental para a materialização dos direitos fundamentais, ele permite que o ordenamento jurídico seja mais do que um conjunto de regras abstratas, transformando-o em um sistema vivo e operativo que resolve casos reais. Sem o direito processual, o acesso à justiça e a proteção efetiva dos direitos seriam severamente comprometidos, minando a confiança no sistema legal e na própria ideia de justiça.

8 REFERÊNCIAS

BEVERVANÇO. Rosana Beraldi. **Direitos da pessoa portadora de deficiência**: Da exclusão à igualdade. Curitiba: Centro operacional das promotorias de defesa dos direitos do idoso e das pessoas portadoras de deficiência, 2001.

_____. Câmara dos Deputados. **Comissão debate tratamento de doenças raras no SUS**. Brasília. 2023. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/970122-COMISSAO-DEBATE-TRATAMENTO-DE-DOENCAS-RARAS-NO-SUS>. Acesso em: 25 fev. 2024.

_____. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. **Portaria nº199 de 30 de janeiro de 2014**. Institui a Política Nacional de Atenção Integral às Pessoas com Doenças Raras, aprova as Diretrizes para Atenção Integral às Pessoas com Doenças Raras no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) e institui incentivos financeiros de custeio. Disponível em: https://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2014/prt0199_30_01_2014.html. Acesso em: 31 jan. 2024.

_____. Ministério da Saúde. **Doenças raras**: Brasil avança na assistência e tratamento de pacientes. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/2020/fevereiro/sus-avanca-no-tratamento-de-doencas>

-raras#:~:text=Em%202019%2C%20o%20Sistema%20%20C3%A7as%20raras%3B%20e%20habilitou%20nove. Acesso em 23 fev. 2024.

_____. Ministério da Saúde. **Centros habilitados para tratamento**. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/composicao/sgtes/educucomunicacao-em-doencas-raras/centros-habilitados-para-tratamento-de-doencas-raras>. Acesso em: 22 fev. 2024.

_____. Senado Federal, 2022. **Doenças raras atingem cerca de 13 milhões de brasileiros**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2022/02/02/doencas-raras-atingem-cerca-de-13-milhoes-de-brasileiros>. Acesso em: 23 fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 657718/MG**. Recurso Extraordinário em se discute, à luz dos artigos [...], da Constituição Federal, a possibilidade, ou não, de o Estado ser obrigado a fornecer medicamento não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária. – Anvisa. Recorrente: Alcirene de Oliveira. Recorrido: Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Marco Aurélio, 22 de maio de 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4143144>. Acesso em: 20 mar. 2024.

CARDOSO, Teresinha M. **Olhar raro: IV Congresso Íbero-americano de doenças raras**. Organização Lauda Santos. Brasília: Editora Escreva, 2022.

CINTRA, Antonio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 9ª. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1993.

DOVIGUES, Marília. **Todos os amores são perfeitos**. Ribeirão Preto: Centro Universitário Barão de Mauá, 2019.

FIOCRUZ. Fundação Oswaldo Cruz. **Características e os desafios das doenças raras**, 2022. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/artigo-aborda-caracteristicas-e-os-desafios-das-doencas-raras>. Acesso em 22 fev. 2024.

GLOBO. **Padre toma 281 comprimidos por dia devido a doença rara que ele levou 45 anos para descobrir**, 2024. Disponível em: <https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2024/03/04/padre-toma-281-comprimidos-por-dia-devido-a-doenca-rara-que-ele-levou-45-anos-para-descobrir.ghtml>. Acesso em: 05 mar. 2024.

HOSPITAL PEQUENO PRÍNCIPE. **Doenças raras: cerca de 75% dos casos se manifestam na infância**. Complexo Hospitalar Pequeno Príncipe, 2023. Disponível em: <https://pequenoprincipe.org.br/noticia/doencas-raras-cerca-de-75-casos-manifestam-na-infancia/>. Acesso em: 25 fev. 2024.

MEDINA, José Miguel García. **Direito Processual Civil Moderno**: de acordo com a Lei 13.256/2016 reforma do novo CPC São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MORO, Rosângela Wolff. **Doenças raras e políticas públicas; Entender, acolher e atender**. São Paulo: Matrix, 2020.

OLIVEIRA, Anselmo Gomes de; SILVEIRA, Dâmaris. **Medicamentos órfãos: doenças raras e judicialização**. Conselho Federal de Farmácia. Revista Infarma, v. 27, n.4, 2015. Disponível em: <https://revistas.cff.org.br/?journal=infarma&page=article&op=view&path%5B%5D=1304>. Acesso em 25 fev. 2024.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **A Jurisdição como elemento de inclusão social. Revitalizando as regras do jogo democrático**. 1. ed. São Paulo: Editora Manole, 2002.

PARANÁ. **SIDORA; Paraná lança sistema para mapear e apoiar pessoas sobre síndromes e doenças raras**. Agência Estadual de notícias, 27/02/2023. Disponível em: <https://www.aen.pr.gov.br/Noticia/Sidora-Parana-lanca-sistema-para-mapear-e-apoiar-pessoas-sobre-sindromes-e-doencas-raras>. Acesso em 10 abr. 2024.

PEDROLLO, Vinicius Vieira. **Práticas de mediação pelo Ministério Público como estratégia para a desjudicialização do Direito à saúde no Brasil**. São Paulo: Editora Dialética, 2023.

SANTOS. Lauda. **IV Congresso Ibero-americano de Doenças Raras**. Organização por Lauda Santos. Brasília, DF: Editora Escreva, 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

VIEIRA, Daniela Koeller Rodrigues. **Pessoas com deficiência e doenças raras: o cuidado na atenção primária**. Organização por Daniela Koeller Rodrigues Vieira. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2019.

A TUTELA JURISDICIONAL COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E IMPLEMENTAÇÃO DE AÇÕES AFIRMATIVAS

Reginaldo Bonifácio Marques¹

1. INTRODUÇÃO

A busca científica deve instigar novas formas de pensar, abrindo caminho para uma nova visão dos institutos outrora estudados. Nesse meio, as ações afirmativas sempre estão sendo reinventadas com a finalidade de expansão dos direitos fundamentais a todos.

É pensando nisso que o presente estudo se debruçou sobre as discussões judiciárias em relação às tutelas que buscam a efetividade de ações estatais focadas na diminuição das desigualdades sociais.

Certo esta que o mandamento constitucional exposto no artigo 3º, CF, responsabiliza o Estado como mantenedor do bem-estar social e garantidor de direitos.

Nessa linha, o Poder Judiciário torna-se o guardião das promessas esculpidas na Carta Magna nacional, ora inibindo toda a forma de discriminação, ora fomentando discussões, exigindo programas e políticas e interpretando leis que alcancem as lacunas deixadas pelo sistema.

Inicialmente, diante das inferências levantadas, mostra-se salutar demonstrar a importância das medidas positivas para garantir o acesso dos vulneráveis aos centros de poder com forma de democratizar espaço outrora inalcançáveis para aqueles. Ademais, destaca-se no estudo em tela que com adoção de diferenciação afirmativa, os espaços públicos são enriquecidos pela diversidade cultural em um ambiente.

¹ Mestrando em Direito Processual Civil e Cidadania na Universidade Paranaense – UNIPAR. Docente do curso de Direito, na UNIPAR, campus Guaíra-PR.

Portanto, apurou-se o surgimento das reservas de vagas identitárias nas universidades públicas e o desdobramento da iniciativa com a advento da decisão do STF na ADPF 186/DF e, posteriormente, a lei de cotas raciais, lei 12.711/12.

No entanto, a pesquisa em comento não seria completa se não analisasse a extensão das reservas de vagas raciais nos concursos públicos os recentes desdobramentos quanto a prorrogação da temporalidade dessa ação afirmativa, prevista para o término 10 de junho de 2024.

Sendo assim, houve a necessidade da análise da ADC 41 para entender a recente decisão do STF na prorrogação da reserva de vagas para as minorias étnicas no âmbito dos concursos.

Dessa forma, as análises trouxeram impressões do voto do Ministro Flávio Dino como mecanismo de efetivação das ações afirmativas e a atuação judicial no preenchimento das lacunas deixadas pela dinâmica social para garantia de direitos fundamentais.

O estudo buscou a pesquisa pelo método indutivo, buscando na literatura o ativismo judicial como meio de forçar a atuação estatal na implementação ações de cunho integrativo.

2. DA TUTELA JURISDICIONAL NAS AÇÕES AFIRMATIVAS

As discussões que permeiam as ações afirmativas possibilitam uma reflexão sobre os problemas no cenário brasileiro quanto as desigualdades sociais e econômicas, bem como a marginalização e atos discriminatórios. Não é à toa que o Constituinte originário elencou no rol do artigo 3º da Constituição Federal como os principais objetivos fundamentais da República Federativa, destacando a importância da superação das desigualdades existentes.

É nesse sentido que o Brasil, mesmo antes do texto constitucional supracitado ser escrito, demonstrou atenção ao tema da superação das desigualdades étnico-raciais, por meio de acordos e tratados internacionais assinados e ratificados no cenário interno. Nesse viés, destaca-se a Convenção da Organização Internacional do Trabalho, ratificada em 1964 cujo objetivo visava combater práticas discriminatórias no âmbito trabalhista.

Outro importante instrumento na construção normativa para o combate ao racismo e as desigualdades foi a participação do Brasil na Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial, em 1969, que contribuiu para a construção do Decreto 65.810/1969, visando a implementação de ações afirmativas e políticas que coibissem atos discriminatórios.

Certo está que o presente estudo deve partir dos esforços despendidos pelo Poder público na implementação de políticas e ações afirmativas que direcionem para uma diminuição das desigualdades.

Assim, como gênese, a utilização da expressão ação afirmativa, visando caracterizar tais ações com igualdade substância, adveio da ordem executiva federal norte-americana 11.246, em 1965 (Feres Junior, 2018, p. 57). O texto impunha a necessidade de correções de igualdade, diante do preconceito sistêmico, favorecendo grupos minoritários socialmente para assegurar direitos fundamentais. (Rocha, 1996, p. 285)

As ações afirmativas passam a ser uma forma possível de mitigar as exclusões sociais e um relevante instrumento de combate à discriminação. (Brito Filho, 2023, p. 62. Não por menos, os esforços devem ser direcionados para superar os desníveis deixados pelo preconceito de forma que ações efetivas ganhem destaque, fomentando o respeito as identidades interculturais. (Davis, 2000, p. 115).

Coadunado ao exposto, é imperioso buscar um conceito basilar para o entendimento de ações afirmativas. Assim, Para Joaquim Benedito Barbosa Gomes (2001, p. 40) denominam-se ações afirmativas com a utilização de políticas públicas e privadas, sejam coercitivas, facultadas ou volitivas, que busquem dirimir toda forma de discriminação, possibilitando nesse caminho a concretização de ações de efetiva igualdade material.

Ainda na visão do autor supracitado, as ações afirmativas visam encorajar o Estado a buscar a efetivação material de direitos sociais para inclusão dos grupos minoritários (Gomes, 2001, p. 39)

Inobstante, José Cláudio Monteiro de Brito Filho (2023, p. 66) definiu ação afirmativa como

Forma ou modelo de combate à discriminação que, por meio de normas que estabelecem critérios diferenciados de acesso a determinados bens, opõe-se à exclusão causada à pessoas pelo seu pertencimento a grupos vulneráveis, proporcionando uma igualdade real entre os indivíduos.

Não muito distante das conceituações apresentadas, João Feres Junior ... [et. al] (2018, p. 13) conceituou ação afirmativa com “todo programa, público ou privado, que tem por objetivo conferir recursos ou direitos especiais para membros de um grupo social desfavorecido, com vistas a um bem coletivo”.

Diante dos conceitos apresentados, observa-se uma constante nas definições ao apresentar o esforço estatal em garantir que haja normas e iniciativas que busquem inclusão social das classes minoritárias e vulneráveis, dando condições de igualdade de representação.

Observa-se, então, uma aproximação da tarefa incumbida ao Estado de garantir o acesso aos bens mínimos ao avanço das democracias liberais no desenrolar do século XX. São nesses regimes constitucionais, visando um melhor bem-estar social, que figurou a estimulação de igualdade (Feres Junior, 2018, p. 51).

Corre-se até aqui para demonstrar que as exigências trazidas no texto constitucional, especificamente no artigo 3º, é um apelo do Constituinte originário para garantir que o Estado olhe para todos, de forma igualitária e oportunize a todos condições de acesso aos direitos sociais basilares.

Portanto, nessa tarefa de destacar a força das ações afirmativas, o presente estudo destaca a construção da igualdade, na percepção material, com viés a igualar as diferenças deixadas pelos processos opressivos.

Ao passo que as nações se aparelhavam ao processo de democratização, maior se acentuou ao modelo de uma concepção da igualdade jurídica efetiva, com olhos a promoção da igualação (Rocha, 1996, p. 284)

Não se pode avançar ao estudo das ações afirmativas sem um entendimento maciço da percepção da igualdade substancial, efetiva e materialmente aplicada na atuação estatal. Quanto a esse ponto, deve-se levar em conta a promoção de políticas e ações que operem transformações significativas e efetivas no cenário das desigualdades. Nessa toada, Joaquim Benedito Barbosa Gomes (2001, p. 44) afirma que é:

é preciso também promover, tornando rotineira a observância dos princípios da diversidade e pluralismo, de tal sorte que venha a operar-se uma transformação no comportamento e na mentalidade dos membros da sociedade, cujos “mores” são fortemente condicionados pela tradição, pelos costumes, pela história.

Como percebido supra, a busca pela igualdade não deve pautar-se apenas na instituição de normas e regras que proíbam a discriminação, mas assentada na evidência prática e efetiva das ações que ultrapassem a mero formalismo.

Contribuindo para o tema, as imposições constitucionais quanto a igualdade real, avança de uma conceituação passiva para uma condição jurídica ativa, permanecendo o Estado a frente das condutas que promoverão igualdade efetiva. (Rocha, 1996, p. 286)

Para Robert Alexy (2008, p. 442), entende-se que a efetiva participação do Estado nas ações que visam superar as desigualdades deve ser entendida que “todo direito a uma ação positiva, ou seja, a uma ação do Estado, é uma prestação”. Portanto, da mesma forma que o Estado inibe eventos discriminatórios, ou seja, proibindo uma ação negativa, também é responsável pela promoção de programas de inclusão social, que movimentam a máquina estatal para uma finalidade. Dessa forma, é fundamental que o Estado tenha objetivos fundamentais claros para que possa atuar.

É nesse sentido que Robert Alexy (2008, p. 444) entendeu que:

Direitos a ação positivas do Estado impõem ao Estado, em certa medida, a persecução de alguns objetivos. Por isso, todos os direitos a ações positivas suscitam o problema de se saber se e em que medida a persecução de objetivos estatais pode e deve estar vinculada a direitos constitucionais subjetivos dos cidadãos.

Dessa feita, o esforço do Estado deve ter uma intencionalidade pré-estabelecida. Volta-se, novamente, aos objetivos que encadernam os primeiros artigos da Constituição Federal, como fonte de inspiração da atuação do Estado.

Portanto, a atuação estatal não visa apenas coibir certos comportamentos que violem os direitos sociais, mas ativa participação do Estado por meio de ações de financiamento e desobstruindo barreiras economicamente quanto nos direitos sociais, contribuindo na implementação de meios programáticos (Capelletti, 1999, p. 41).

Segundo José Claudio Monteiro de Brito Filho, (2023, p. 79), o sucesso das ações afirmativas deve estar na máxima efetividade dos resultados, com baixa lesividade. Como pode ser observado:

Assim, não basta que a medida, em tese, capaz de corrigir o acesso desigual e injusto a determinado recurso; é preciso que sua implementação seja feita de forma a garantir os resultados esperados com o mínimo de impacto negativo. Questões como a forma como as medidas serão implementadas, como de qual será o apoio colocado à disposição para que se alcance o objetivo pretendido, por exemplo, são indispensáveis para o sucesso da iniciativa, bem como para o seu controle.

Nesse caminho visando uma medida ideal, finalística e de máxima aplicabilidade, o Estado busca atender a todos, não apenas na formalidade normativa, mas na construção da igualdade real.

Coadunado ao exposto, as vulnerabilidades passam a ser alvo estatal à medida que o Poder Público emprega força na direção correta para superar entraves históricos de segregação.

Bem verdade, ao passo que a sociedade privilegia um grupo em detrimento de outro, uma ação compensatória restaurativa precisa ser tomada, haja vista que a dinâmica social trouxe um dano a estes tolhidos de direitos fundamentais. Nessa direção, Joaquim Benedito Barbosa Gomes (apud Weinrib, 2001, p. 63) ao tomar as lições de Ernest Weinrib (1983) afirmou que “restaura-se assim a igualdade de princípio anteriormente existente, transferindo-se ao prejudicado certos ganhos indevidamente obtidos por quem se beneficiou da iniquidade histórica que se visa a exterminar.”

Portanto, como um dos pontos fundamentais para a atuação do Estado, deve-se levar em consideração os desequilíbrios existentes na sociedade, aplicando-se a justiça social para efetivação dos direitos primários (Rawls, 1997, p. 10).

No papel de mediador, o Estado passa a ter um importante tarefa na construção de ações integrativas. Na concepção de Joaquim Benedito Barbosa Gomes (2001, p. 6 e7), tem-se o Estado como um promovedor de ações afirmativas, corrigindo distorções existentes. Assim se observa:

De cunho pedagógico e não raramente impregnadas de um caráter de exemplaridade, têm como meta, também, o engendramento de transformações culturais e sociais relevantes, inculcando nos atores sociais a utilidade e a necessidade da observância dos princípios do pluralismo e da diversidade nas mais diversas esferas do convívio humano. Constituem, por assim dizer, a mais eloqüente manifestação da moderna idéia de Estado promovente, atuante, eis que de sua concepção, implantação e delimitação jurídica participam todos os órgãos estatais essenciais, aí incluindo-se o Poder Judiciário, que ora se apresenta no seu tradicional papel de guardião da integridade do sistema jurídico como um todo, ora como instituição formuladora de políticas tendentes a corrigir as distorções provocadas pela discriminação.

Não poderia deixar de destacar no fragmento do autor supracitado a contribuição do Poder Judiciário na implementação das políticas integrativas como instituição fiscalizadora dos outros poderes. Como percebido, o Poder Julgador passa a ter responsabilidade de garantir que o uso da máquina pública seja efetivo na desconstrução de disparidades.

Portanto, nos contextos sociais, a figura magistral transpassa apenas a de mero observador de leis, mas de Poder ativo de fomentar efetivação de políticas públicas, de garantir direitos fundamentais e constitucionalizar programas de cunho sociológico.

Nessa tarefa, Antoine Garapon (1999, p. 24) leciona que a figura do magistrado se torna importante à medida que este não figura apenas como expectador estático do desencadeamento na sociedade, mas pacificador das praxes sociais. Dessa forma, o ativismo judicial passa a ser um instrumento de estimulação de políticas públicas. Ademais:

Na pessoa do juiz, a sociedade não busca apenas o papel de árbitro ou de jurista, mas igualmente o de conciliador, pacificador das relações sociais, e até mesmo animador de uma política pública, como, por exemplo, a de prevenção de delinquência. (Garapon, 1999, p. 24)

Certo está que o Poder Judiciário não deve se furtar em enfrentar questões sociais, tornando-se fator político capaz de dirimir impasses esquecidos pelos outros poderes, mesmo que tais decisões contrariem a opinião pública (Garapon, 1999, p. 161).

É tomando as lições de Antoine Garapon (1999, p. 181) que se entende que a justiça se torna guardião do direito. Olhando dessa forma que o doutrinador supra destaca o papel do Judiciário como poder tutelador das promessas esculpidas nos textos constitucionais, garantindo uma perpetuação dos direitos entre os indivíduos. Portanto, “o juiz exerce sua autoridade ao proteger a memória dessa promessa inicial por tudo e contra todos”. Ademais, “O juiz, seja constitucional ou judiciário, nada mais é do que o avalista dessa promessa de

liberdade feita por cada um. A autoridade assegura a continuidade do sujeito de direito e, portanto, da democracia”. (Garapon, 1999, p. 182).

Partindo desse ponto, destacam-se momentos importantes da atuação judicial na efetivação de direitos sociais, em especial à educação, como meio de oportunizar uma melhor condição às minorias prejudicadas pelo sistema discriminatório.

Segundo Mauro Capelletti (1999, p. 104) o Poder Judiciário poderia se abster de apreciar temas tão caros socialmente, afastando-se dos embates difusos. No entanto, o aparelho judicial não teria o valor devido e tornaria irrelevante e obsoleto, ficando a par das transformações e da dinâmica social (Capelletti, 1999, p. 59)

Entretanto, o Poder judiciário tem sido instrumento de construção social. É nesse caminho que as cotas raciais ganharam um destaque a partir dos debates nas universidades públicas nacionais. Certo está que o ambiente acadêmico demonstrava uma disparidade acentuada na presença de negros e indígenas. Assim, pode ser registrado que

Até a aprovação dessas medidas, as universidades públicas brasileiras eram majoritariamente frequentadas por estudantes de cor branca. Dados divulgados pelo IBGE, em 2001, mostravam que apenas 2,2% dos jovens pretos e 3,6% dos jovens pardos frequentavam faculdades e universidades, dados que confirmam a predominância racial branca e a origem dos estudantes das escolas particulares. (Leite, 2020, p. 93)

O debate das reservas das vagas em universidades públicas, com base na diferenciação racial, surgiu, no âmbito nacional, na UNB, quando foi reservado um percentual de 20% das vagas destinadas à candidatos autodeclarados negros e indígenas (Pimenta, 2018, p. 34).

Para coibir fraudes no sistema estabelecido, a Universidade implantou uma comissão, formada por *experts*, para a comprovação racial dos candidatos autodeclarados. No entanto, a instauração verificativa, implantada pelo método de heteroidentificação, polemizou o discurso integrativo, sendo comparado por vários críticos como uma “prática nazista de classificação racial” (Feres Junior, 2018, p. 76).

As discussões quanto ao tema trouxeram grandes desafios para o cenário nacional, principalmente quanto a constitucionalidade da reserva de vagas adotada pela Universidade de Brasília. Em 2009, o Partido Democratas – DEM – questionou a constitucionalidade alegando a não necessidade de política de cotas, haja vista não haver discriminação pela cor da pele no Brasil (STF, 2012, p. 26). É nesse contexto de embates que o ativismo judicial tem se manifestado como fonte de implementação de políticas afirmativas. Assim a ADPF 186, julgada improcedente em 2012, surgiu em um contexto histórico de pacificação

social em detrimento de diversas críticas em relação às cotas raciais, por muitos consideradas de tratamento preferencial.

A decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal enfrentou a urgência de políticas de inclusão social mediante as distorções sociais trazidas pelos anos de segregação dos direitos das minorias escravizadas. A necessidade de medidas integrativas ficou destacada no voto do Ministro Ricardo Lewandowski, em que pese a proporcionalidade e o caráter razoável das cotas identitárias, além da previsibilidade temporária e do enriquecimento da diversidade nos bancos acadêmicos (Pristsch, 2022, p. 75-103).

O posicionamento positivo do STF em relação às ações afirmativas de cotas viabilizou o acesso de populações vulneráveis, trazendo benefícios incalculáveis para a diversidade cultural no espaço de poder como a uma universidade pública. Nesse sentido, Geraldo Leite (2020, p. 94) lecionou:

Assim, as cotas raciais para ingresso em concursos universitários devem ser mantidas até que a situação dos estabelecimentos acadêmicos apresente uma situação de equidade. A medida afirmativa se mostra como uma das mais eficazes para melhorar o acesso de pretos e pardos ao ensino superior, mais até do que os critérios de renda e origem de escolas públicas. Os benefícios correntes da medida autorizam a defesa de sua permanência, até que o ambiente acadêmico reflita verdadeiramente a pluralidade brasileira. (Leite, 2020, p. 94)

Certo está que a decisão da Pretório Supremo repercutiu significativamente no Poder Legislativo, considerando que no mesmo ano da decisão do STF em relação a constitucionalidade das cotas raciais em universidades públicas, o Congresso Nacional aprovou o Projeto de lei 73/1999, que tramitou na Casa legislativa por mais de dez anos, e que resultou na lei de reserva de vagas identitárias, lei 12.711/12 (Feres Filho, 2018, p. 83)

Posteriormente à aprovação da Lei de Cotas para as universidades, em 29 de junho de 2014, foi criada a lei 12.990/2014 pelo Congresso Nacional, visando instituir cotas raciais para concursos públicos. A polêmica das cotas identitárias mais uma vez volta ao STF para o controle de constitucionalidade, por meio da ADC 41, julgada em 08 de junho de 2017. A decisão, em seu turno, apontou graves feridas sociais ainda não saradas, retomando novamente o tema do racismo velado, do afastamento das populações desprestigiadas historicamente ao acesso dos postos de poder e o desfavorecimento dos escravizados. É nesse ponto que ao Sabrina Santos Lima e Mônia Clarissa Hennig (2021) retrataram que:

Frisa-se que os fundamentos explanados pelos Ministros correlacionam-se, caminham num mesmo sentido e estão em plena harmonia, motivo pelo qual, inclusive, não houve divergências significativas ao longo da sentença. Primeiramente há que se falar da questão do racismo estrutural presente na sociedade brasileira, que, como coloca o Ministro Luís Roberto Barroso, é um racismo

silencioso, velado, encoberto. Trata-se da existência de uma discriminação racial, bem como de diferenças significativas entre brancos e negros quando se fala em níveis de escolaridade, postos de poder, nível salarial, cargos de trabalho (inclusive no setor público), e espaços elitizados.

Destaca-se da decisão acima analisada como medida temporal para dirimir as desigualdades acentuadas historicamente.

Inobstante, a lei de cotas raciais para os concursos públicos trazia no artigo 6º a previsão do prazo de dez anos de vigência. Tal ponto foi destacado no voto do Ministro Marco Aurélio na ADC 41, ficando registrado que:

A Lei entrou em vigor na data da publicação, e foi previsto prazo de validade para as regras estabelecidas do tratamento diferenciado, tudo a partir – precisamos admitir que existe em nossa sociedade – de preconceito que está a merecer, a todos os títulos, a excomunhão maior. Previu-se que a Lei terá validade durante dez anos. Tenhamos esperança de que, nesse período, esse segmento de irmãos, menos favorecido, tenha oportunidades como os demais, como as demais almas existentes no Brasil.

A decisão garantiu a constitucionalidade das reservas de vagas nos certames públicos, assegurando as populações minoritárias oportunidades outrora inalcançáveis diante da fragrante defasagem dos recursos oferecidos a essa população.

3. DA ADI 7.654/DF PRORROGANDO AS RESERVAS DE VAGAS ÉTNICAS EM CONCURSOS

No entanto, diante da temporariedade dessas ações afirmativas que tinham o prazo para o dia 10 de junho de 2024, mais uma vez é trazido a baía o ativismo judicial do Supremo na busca suprir a deficiência legislativa.

Nesse cenário, o STF, suscitado pelos Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e pelo Rede Sustentabilidade, analisou, em 25 de maio de 2024, a medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 7.654/ DF, relatoria do Ministro Flávio Dino, quanto à extensão das reservas de vagas para concursos públicos.

Na decisão, o Ministro salientou que a Lei de Cotas em concurso público regulamentava o artigo 39, do Estatuto da Igualdade Racial e os estudos embasadores do projeto de lei visavam diminuir as disparidades de representação étnica no funcionalismo público, justificando o tratamento diferenciado como forma de superação das desigualdades.

Ficou destacado na decisão liminar o caráter temporal da medida afirmativa como forma de avaliação e transparência, buscando resultados que possam balizar a continuidade da adoção de medidas isonômicas.

Para o Ministro, o fim das ações integrativas sem que houve uma avaliação não se coadunaria aos princípios estampados na Carta Magna nacional, possibilitando um retrocesso aos avanços. É nesse meio que o Poder Judiciário sobrepõe como garantidor da efetividade das normas inclusivas, velando para que não haja um abandono das populações pormenorizadas. Coadunado ao exposto que pode ser frisado as palavras do Ministro Flávio Dino quando votou que:

O compromisso assumido pelo Brasil ao ratificar, por meio do Decreto nº 19.932, de 10 de janeiro de 2022, a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, incorporada ao ordenamento interno na forma do § 3º do art. 5º da Constituição, impõe que o Estado brasileiro adote políticas de promoção da igualdade de oportunidades para pessoas ou grupos sujeitos ao racismo, à discriminação racial e formas correlatas de intolerância, entre elas medidas de caráter trabalhista (arts. 5º e 6º).

Por fim, ficou registrado a preocupação do Ministro em assegurar a continuidade dos direitos trazidos pela lei enquanto tramita no Casa Legislativa o projeto de lei 1.958, de 2021, uma nova lei de incorporação de direitos.

Em 17 de junho de 2024, o Tribunal Pleno, em sessão virtual, referendou a decisão monocrática do Ministro, reforçando o compromisso e o ativismo judicial na integração de medidas de efetividade na tutela das ações afirmativas.

Diante do estudo da decisão supra, observa-se a proximidade dos entendimentos de Mauro Capelletti (1999, p. 102) que escreveu que:

Bem sabemos, porém, que, em certa medida, a “lei “é um mito, que deve ser “interpretada” e completada para traduzir-se em ação real em que a interpretação judiciária, mesmo tendo por objeto a lei, em certa medida é sempre criativa do direito.

Em detrimento ao exposto, o Poder Judiciário deve estar a par das dinâmicas sociais, possibilitando dar respostas rápidas e efetivas. Dessa forma, a solução do Magistrado aos problemas sociais deve visar surtir o efeito inclusivo, sobre a hermenêutica exemplificativa, na finalidade de suprir as inércias dos outros Poderes.

4. CONCLUSÃO

O Constituinte originário estipulou objetivos ao Poder Público que garantisse as pessoas direitos fundamentais. Nesse ambiente garantista que surgiu as ações afirmativas.

Portanto, a prioridade do Estado está em promover o bem-estar social e dirimir desigualdades acentuadas pelos processos escravocratas. Nessa tarefa, o Poder Judiciário torna-se guardião das promessas apontadas pelo Legislador na Constituição Federal.

Certo está que o ativismo judicial na efetivação das ações afirmativas tem sido uma ferramenta essencial para reduzir as desigualdades raciais e combater o racismo estruturado.

Portanto, mesmo em meio a temporalidade das reservas de vagas étnicas, tanto nas universidades quanto nos concursos, deve-se atentar ao real resultado da implementação. Dessa forma, as leis trazidas pelo Congresso Nacional e as decisões judiciais em torno das cotas raciais demonstram uma preocupação na isonomia material das populações vulneráveis.

Inobstante, o Poder Judiciário não pode se furtar da apreciação das demandas sociais, em honra ao artigo 5º, inciso XXXV, da CF. As respostas judiciais para garantir direitos, encontram guaridas no estado democrático de direitos e na busca da igualação real, não admitindo retrocessos nas conquistas existente.

Forçoso então ressaltar que a decisão do Ministro Flávio Dino quanto a temporalidade da reserva de vagas étnicas nos concursos públicos vem ao encontro de caráter garantidor de continuidade de políticas integrativas, materialmente isonômicas e com máxima efetividade.

Confiado nisso, percebe-se no Judiciário a incumbência de tutelar as promessas deixadas no texto constitucional, em especial nos artigos envolvendo direitos sociais, comprimindo o Estado na responsabilidade de provedor de acesso a todos os meios necessários para o desenvolvimento.

Por fim, o alcance de alguns desafios sociais deve exigir o apoio de todos os setores. As formas discriminatórias devem ser combatidas com base na oportunidade de todos terem representatividade na sociedade.

5. REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução : Virgílio Afonso da Silva. São Paulo : Malheiros Editores, 2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental 186 DF. Relator Min. Ricardo Lewandowski, 24 abr. 2012. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente por unanimidade.
- BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Ações Afirmativas** (livro eletrônico). 5 ed. – São Paulo, SP : LTr Editora, 2023.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 1999.
- DAVIS, Darien J. **Afrobrasileiros hoje**. Tradução : Felipe Lindoso. São Paulo : Summus, 2000.
- FERES JUNIOR, João. **Ação Afirmativa: conceito, história e debates** / João Feres Junior ... [et al.]. – Rio de Janeiro: EdUERJ, 2018.
- FERES JÚNIOR, J., CAMPOS, L.A., DAFLON, V.T., and VENTURINI, A.C. Ação afirmativa: conceito, história e debates [online]. Rio de Janeiro: EDUERJ, 2018, 190 p. Sociedade e política collection. ISBN: 978-65990364-7-7. <https://doi.org/10.7476/9786599036477>. Acesso em: 10 ago. 2024.
- GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**/ Antoine Garapon. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. – Rio de Janeiro: Revan, 1999

GOMES, Joaquim B. Barbosa. Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: (o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

LEITE, Geraldo. Cotas raciais na educação e no serviço público. **Cadernos Aslegis**, n. 58, p. 77-98, jan.-jun. 2020.

LIMA, Sabrina Santos; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. O controle de constitucionalidade e a atuação do Supremo Tribunal Federal na proteção das minorias: análise crítica da ADC no 41 (cotas raciais em concursos públicos). **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 8, n. 2, p. 507-528, maio/ago. 2021.

PIMENTA, Alexandre Jorge. Análise da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 186/DF e sua repercussão na lei de cotas. **Revista Programa Conexões de Saberes**, Belém, PA, v. 3, p. 33- 48, 2018. ISSN 2447-097X.

PRISTSCH, Cesar Zucatti. Um olhar sobre o sistema de cotas no ensino superior brasileiro a partir do direito comparado: evolução na Suprema corte americana, a ADPF 186/DF e o tema 203 da repercussão geral Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 111, n. 1035, jan. 2022. 506 p.

RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Eteves. – São Paulo: Martins Fontes, 1997.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Ação afirmativa o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista de informação Legislativa**. Brasília, 1996. Site: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176462/000512670.pdf?sequence=3&isAllowed=y> Acesso em: 10 ago. 2024.

A VULNERABILIDADE DO DEPENDENTE QUÍMICO E O PROCESSO DE INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA: UMA ANÁLISE À LUZ DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E DO BIODIREITO

Camila Mota Dellantonio Zago ¹

RESUMO: A vulnerabilidade do dependente químico e o processo de internação compulsória constituem uma questão complexa que envolve aspectos políticos, sociais, segurança pública e biodireito. Dependentes químicos, especialmente aqueles em situação de rua, encontram-se em condições de extrema vulnerabilidade, apresentando riscos elevados à saúde e à vida. As Políticas Públicas de internação compulsória surgem como uma medida de proteção em casos em que a autonomia do indivíduo está gravemente comprometida pela dependência. A legislação brasileira, como a Lei nº 10.216/2001 c/c a Lei nº 13.840/2019, bem como a Lei nº 11.343/2006, que trata sobre o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, definem as condições de atenção aos usuários ou dependentes de drogas e trata do financiamento das políticas sobre drogas, autoriza a internação compulsória em situações excepcionais, visando a proteção do próprio dependente e da sociedade. Este processo, no entanto, deve ser conduzido com respeito aos direitos humanos, assegurando as garantias processuais e terapêuticas necessárias. A bioética da proteção, que contrapõe autonomia e vulnerabilidade, justifica a supressão temporária da autonomia

¹ Mestranda em Direito Processual Civil e Cidadania da Universidade Paranaense; Bolsista CAPES; Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Fac. IBMEC São Paulo; Especialista em Direito de Família e Sucessões pela LEGALE Educacional; Especialista em Direito Previdenciário pelo Instituto Facuminas. Integrante do Programa de Iniciação Científica no Projeto “Direito Pediátrico e Direito Fundamental da Criança Vulnerável : Desafios Práticos no Processo de Proteção Jurídica na Área da Saúde”, desenvolvido na UNIPAR, sob a Coordenação da Profa. Dra. Tereza Rodrigues Vieira. E-mail: camilamotadellantonio@live.com

do dependente químico para garantir sua vida e integridade. O tema envolve debates sobre a eficácia das políticas públicas, a necessidade de critérios objetivos para determinar a internação, e a importância de medidas de reinserção social pós-internamento. A análise à luz do biodireito ressalta a importância de um tratamento humanizado, que respeite a dignidade dos indivíduos e busque sua recuperação e reintegração social, além de prevenir a recaída e o retorno às condições de vulnerabilidade extrema.

Palavras-chave: Dependência química, autonomia, internação, políticas públicas, compulsoriedade.

ABSTRACT : The vulnerability of chemical dependents and the process of compulsory hospitalization constitute a complex issue that involves aspects of public policies and bio-law. Chemical dependents, especially those who are homeless, find themselves in conditions of extreme vulnerability, presenting high risks to their health and life. Public policies for compulsory hospitalization emerge as a protective measure in cases where the individual's autonomy is severely compromised by dependency. Brazilian legislation, such as Law No. 10.216/2001 in conjunction with Law No. 13.840/2019, as well as Law No. 11.343/2006, which addresses the National System of Public Policies on Drugs, defines the conditions of care for drug users or dependents, and deals with the financing of drug policies and other provisions, authorizes compulsory hospitalization in exceptional situations, aiming to protect the dependent and society. This process, however, must be conducted with respect for human rights, ensuring the necessary procedural and therapeutic guarantees. The bioethics of protection, which contrasts autonomy and vulnerability, justifies the temporary suppression of the chemical dependent's autonomy to guarantee their life and integrity. The topic involves debates about the effectiveness of public policies, the need for objective criteria to determine hospitalization, and the importance of post-hospitalization social reintegration measures. The analysis considering bio-law emphasizes the importance of a humane treatment that respects the dignity of individuals and seeks their recovery and social reintegration, in addition to preventing relapse and the return to extreme vulnerability conditions.

Keywords: Chemical dependence, autonomy, hospitalization, public policies, compulsoriness.

1 INTRODUÇÃO

A dependência química é um problema de saúde pública global que afeta milhões de pessoas em todo o mundo, caracterizada pelo uso compulsivo e des-

controlado de substâncias psicoativas, levando a consequências adversas para a saúde física e mental do indivíduo, bem como para sua vida pessoal, social e profissional.

No âmbito da população geral, há um número expressivo de indivíduos que se encontram excluídos das estruturas convencionais da sociedade, resultando no comprometimento de sua saúde física e psíquica, e, conseqüentemente, de sua sobrevivência. Este cenário produz uma população que vive em condições de extrema precariedade, sendo compelida a recorrer às ruas como única alternativa de moradia e subsistência.

A dependência química constitui um quadro de contínua gravidade, que enfraquece os vínculos familiares e sociais e dificulta a manutenção de atividades laborais. Devido ao elevado grau de vulnerabilidade psicossocial a que estas pessoas estão submetidas em situação de rua, há uma crescente demanda por cuidados físicos e psicológicos nos serviços de saúde e nos Centros de Atenção Psicossocial (CAPS), tornando-se imprescindível o acompanhamento por profissionais capacitados, entre os quais se destacam os assistentes sociais, visto que este profissional atua diretamente no atendimento ao usuário.

No Brasil, as políticas públicas voltadas para o tratamento e a reabilitação dos dependentes químicos têm sido objeto de discussões intensas e controversas, especialmente quando se trata do processo de internação compulsória, como forma de lidar com o problema. Essa abordagem, no entanto, levanta uma série de questões éticas, legais e de eficácia no tratamento da dependência.

Atualmente, o diagnóstico é realizado com base nos critérios estabelecidos pela Classificação Internacional de Doenças (CID) e pelo Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM), conferindo-lhe, assim, a condição de doença propriamente dita (AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, 2013).

A internação compulsória, embora possa parecer uma medida necessária para proteger o dependente químico e a sociedade em geral, muitas vezes não aborda as causas subjacentes do vício e pode resultar em violações dos direitos humanos e individuais. Além disso, o acesso a tratamentos alternativos e menos invasivos, como a internação voluntária e o apoio psicossocial, muitas vezes é limitado, o que contribui para a perpetuação do ciclo de dependência e exclusão social.

Diante do atual contexto, especialmente entre indivíduos em situação de rua e nos CAPS, justifica-se a presente pesquisa, destacando-se a relevância da análise, investigação e reflexão sobre o papel das Políticas Públicas, Serviços Sociais e Decisões Judiciais, que abordam a questão da dependência química.

Nesse sentido, emerge a seguinte problemática: Qual a atuação do judiciário junto aos dependentes químicos? Os familiares podem decidir pelo dependente? Há efetividade nas Políticas Públicas empregadas aos dependentes?

Partindo dessas reflexões iniciais, o objetivo geral deste trabalho foi compreender a atuação do judiciário combinado com as políticas públicas que determinam a internação compulsória dos dependentes químicos.

Os objetivos específicos incluíram a revisão da literatura para compreender a dependência química; a análise das políticas públicas e assistenciais voltadas para os dependentes químicos, especialmente a forma como é apresentado e determinado pelo judiciário; e a discussão sobre a atuação do poder público junto aos dependentes químicos e seus familiares.

A metodologia empregada foi a revisão bibliográfica, com a análise de trabalhos/pesquisas publicadas nos últimos dez anos, bem como decisões judiciais que determinam a internação.

Este artigo busca analisar a vulnerabilidade do dependente químico dentro desse contexto, considerando tanto as questões políticas quanto os princípios do biodireito.

2 POLÍTICAS PÚBLICAS E DEPENDÊNCIA QUÍMICA

As políticas públicas relacionadas à saúde e dependência química variam significativamente de acordo com o contexto social, econômico e cultural de cada país.

No Brasil, a abordagem tradicionalmente adotada tem sido predominantemente baseada na internação compulsória como forma de lidar com o problema. Essa abordagem, no entanto, levanta uma série de questões éticas, legais e de eficácia no tratamento da dependência.

A saúde é um bem jurídico do direito à vida, tem o Estado o dever de garanti-la. Interessante frisar o que a redação do artigo 2º da Lei nº 8.080, de 10 de setembro de 1990 garante:

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

§ 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

Conforme preceitua Camila Carvalho Rabelo (2011):

Deve o Poder Público, através das diversas esferas governamentais, proporcionar à população meios idôneos e eficazes para que tenha acesso a diagnóstico e

prevenção de doenças, assistência clínica e hospitalar quando necessária, além de facilitar a obtenção de medicamentos e tratamentos adequados.

Agindo assim, o Estado está cumprindo com as normas estabelecidas na Constituição Federal que estabelece ser dever do ente público promover o acesso à saúde a todos que necessite de atendimento médico-hospitalar.

Nota-se que o dever do Estado é garantir as pessoas o seu direito efetivo, promovendo a saúde, não só a cura dela, mas buscando sempre melhorar a qualidade de vida. Cabe ao Estado exercer essa construção inovadora, procurando garantir o bem-estar físico e social, fazendo valer os direitos e garantias fundamentais que toda a sociedade necessita (Rabelo, 2011).

Embora, muitas vezes o que o ocorre na busca pela efetivação do direito a saúde é que, este somente é concedido mediante ações judiciais, é o que nos apresentam Machado e Mateus (2014):

[...] ainda permanece a inaplicabilidade desse direito a todos. Para concretizar o seu direito à saúde a população, muitas vezes, tem recorrido às ações judiciais para o seu cumprimento, portanto, o desejo do Constituinte Originário não foi ainda plenamente efetivado.

A construção da cidadania (também preceito fundamental) requer uma participação efetiva da população na busca de soluções para os seus problemas – nesse caso a saúde-, e também, presença ativa nos espaços de poder decisório em todos os níveis dos entes federados.

Ademais, dispõe o artigo 197 da Constituição Federal de 1988:

Art.197: São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Quando pensamos nas políticas públicas, não podemos afirmar que a única medida para garantir saúde ao dependente é a internação. Para isso, se faz necessário partir do princípio de que a internação faz parte de uma etapa (para alguns dependentes) do tratamento que é necessário, porque esse indivíduo, muitas vezes em situação de rua, corre risco, sendo necessária a intervenção do Estado mesmo que seja contra a vontade dele.

Para que seja realizada a internação involuntária aonde o médico, família e o Ministério Público se posicionam, há todo um estudo referente ao caso concreto. Não se pode afirmar que é o centro de uma “política”, mas sim, um pedaço de uma política que se faz necessária para que esse indivíduo não cause risco para a própria vida e nem de outras pessoas que convivem com ele.

“As políticas públicas (...) tanto podem estar destinadas a manter estruturas de privilégios e subalternidades quanto podem se destinar a reduzir desigualda-

des, promovendo autonomias, garantindo direitos e, assim, construindo cidadania” – (Albergaria; Leonelli. Op. cit., p. 119.)

A Lei Nº 13.840, aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada no dia 5 de junho de 2019, permite a internação involuntária de usuários de drogas, a grande discussão sobre tal procedimento é se estaríamos diante de um retrocesso realizando “encarceramento” em massa ao invés de voltar os olhos para a doença da dependência e de seu devido tratamento.

A internação compulsória, embora possa parecer uma medida necessária para proteger o dependente químico e a sociedade em geral, muitas vezes não aborda as causas subjacentes do vício e pode resultar em violações dos direitos humanos e individuais.

Além disso, o acesso a tratamentos alternativos e menos invasivos, como a internação voluntária e o apoio psicossocial, muitas vezes é limitado, o que contribui para a perpetuação do ciclo de dependência e exclusão social.

A dependência química representa um dos grandes desafios contemporâneos em saúde pública, exigindo respostas eficazes por meio de políticas públicas que integrem prevenção, tratamento e reinserção social. Esta questão complexa envolve não apenas aspectos de saúde física e mental, mas também questões sociais, econômicas e jurídicas que impactam indivíduos e comunidades.

As políticas voltadas para a dependência química devem abranger desde a educação preventiva sobre os riscos associados ao uso de substâncias psicoativas até a oferta de tratamentos acessíveis e eficazes.

A prevenção, nesse contexto, desempenha um papel crucial ao informar e conscientizar a população sobre os danos causados pelas drogas, buscando evitar o início do uso problemático.

No âmbito do tratamento, é essencial oferecer opções diversificadas que atendam às necessidades específicas de cada indivíduo e de seus familiares. Isso inclui desde intervenções ambulatoriais até programas de internação, quando necessários, garantindo sempre o respeito aos direitos humanos e a dignidade dos pacientes. A promoção da saúde mental e a redução de danos são princípios fundamentais que devem guiar essas iniciativas.

Além do tratamento, é necessário traçar estratégias eficazes para a reintegração social dos dependentes químicos. Isso inclui o suporte psicossocial, a capacitação profissional e a criação de oportunidades de trabalho, visando restabelecer a autonomia e a qualidade de vida dos indivíduos afetados.

No contexto brasileiro, legislações como a Lei nº 11.343/2006, que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), são fundamentais para orientar ações integradas entre diferentes esferas do governo e a sociedade civil, onde foca estabelecido as diretrizes para a prevenção, tratamento, recuperação e reinserção social dos usuários e dependentes de drogas, promovendo uma abordagem abrangente e coordenada para enfrentar o problema.

3 O BIODIREITO, BIOÉTICA E A PROTEÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA

O biodireito, como campo interdisciplinar que busca conciliar os avanços da ciência com os valores éticos e morais, desempenha um papel crucial na análise das questões relacionadas à dependência química e à internação compulsória.

Em sua essência, o biodireito busca proteger a dignidade e a autonomia da pessoa humana, garantindo o respeito aos seus direitos fundamentais, mesmo em situações de vulnerabilidade.

Já a bioética, é uma tentativa para se determinar os valores fundamentais pelos quais vivemos. Em um contexto social, é uma tentativa de avaliar as ações pessoais e as ações dos outros de acordo com uma determinada metodologia ou certos valores básicos (Vieira, 2000).

Essencial lembrar aqui que a noção de igualdade e liberdade impõe o respeito ao próximo, conforme pregam os direitos fundamentais. Não se pode requerer a internação compulsória sem antes buscar alternativas para o tratamento do dependente, como dito nos de execução – medidas atípicas – para que este ser humano seja inserido em outros tratamentos (medicações, terapias ou até mesmo a internação voluntária). Assim, é preciso maior aproximação entre o dependente químico, como medida de reabilitação.

Assim, se faz necessário questionar legitimidade da internação compulsória como uma medida que, muitas vezes, nega ao dependente químico o direito à liberdade (direito de escolha) e à autodeterminação. Em vez disso, defende abordagens que priorizem a promoção da saúde, a prevenção do uso de substâncias e a garantia do acesso universal a tratamentos adequados e humanizados.

A bioética da proteção autoriza a supressão da autonomia do sujeito para efetivar sua proteção quando em situação de vulnerabilidade acrescida. Assim, fica clara a necessidade de intervenção para garantir a vida de pessoas tão vulneráveis que não mais se enquadram como autônomas, justificando a internação.

O internamento deve ser assegurado pelo tempo mínimo necessário para romper o quadro de risco e transtorno agravado do paciente, suspendendo-se a internação tão logo o paciente apresente sinais de melhora clínica, não mais apresentando risco de morte e com os efeitos mais agudos da intoxicação e compulsão contidos. O período necessário para cessar esses efeitos não é determinado em dias ou semanas, pois não há consenso sem a análise do caso concreto do quadro clínico do paciente.

Uma vez atingido esse breve período de contenção necessária, o indivíduo deve ser consultado sobre as formas de tratamento às quais deseja se submeter. A partir de sua decisão, pode continuar internado, se assim desejar, ser encaminhado a outras modalidades de tratamento ou simplesmente escolher

deixar a instituição, sendo instruído sobre formas de tratamento possíveis e de uso menos gravoso.

3.1 Internação Compulsória e Supressão da Autonomia do Dependente – Análise de Casos

Nos casos de internação compulsória, observa-se uma verdadeira supressão da autonomia ao considerar esses indivíduos como não autônomos.

Inicialmente, para estudar o instituto da autonomia, é imperativo fazer referência a Kant, dada a importância de suas contribuições no estudo da liberdade e da autonomia como características inerentes aos indivíduos. Este filósofo definiu a autonomia como a capacidade de realizar escolhas que podem ser concebidas como leis universais, sendo, portanto, a essência deste princípio a função autolegisladora. Isso significa a habilidade de determinar as normas às quais o indivíduo pretende se submeter.

“Según Kant, en consecuencia, la persona humana no tiene precio (...). En lugar de precio, los seres humanos tenemos dignidad. En consecuencia, la dignidad es un valor, una cualidad irreal que tenemos todos los humanos”. Fábio Konder Comparato, adotando esta postura kantiana, entende que sendo a pessoa um fim em si mesmo, apenas pode guiar-se por sua vontade natural, sendo este o traço distintivo entre as pessoas e as coisas.

A internação compulsória, consoante definição do artigo 6º da Lei nº 10.216/011 é aquela que se estabelece por determinação judicial, sem consentimento do indivíduo que recebera o tratamento:

Art. 6. A internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos.

Parágrafo único. São considerados os seguintes tipos de internação psiquiátrica:

I - internação voluntária: aquela que se dá com o consentimento do usuário;

II - internação involuntária: aquela que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro;

III - internação compulsória: aquela determinada pela Justiça.

A internação compulsória decorre de decisão judicial e, como tal, permite certo grau de parcialidade. No trabalho, foram analisados alguns julgados que apresentam motivos distintos para fundamentar a decisão, confirmando a falta de consenso no âmbito jurídico sobre o que deve ser feito em situações semelhantes e a ausência de critérios objetivos para determinar a internação.

Abaixo, fica evidente como o Tribunal de Justiça tem se posicionado. É necessário a “comprovação” da dependência, mediante prova robusta de que os outros tratamentos não foram eficazes, e que a dependência do indivíduo

pode causar risco à própria saúde e integridade física ou de seus familiares, bem como da sociedade:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA - LEGITIMIDADE ATIVA DA GENITORA DO PACIENTE - LAUDO MÉDICO CIRCUNSTANCIADO - CONDIÇÕES E NECESSIDADE DO PACIENTE - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO - MEDIDA EXCEPCIONAL - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL. A genitora do paciente, ainda que maior de idade, é parte legítima para pleitear a internação compulsória do filho, sendo desnecessário prévio ajuizamento de ação de interdição. Nos termos do art. 6º da Lei nº 10.216/01, a internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos. Sem a existência de prova robusta de que o paciente tem resistido ao tratamento ambulatorial ou de que este tem colocado em risco a sua integridade física ou de seus familiares e vizinhos, impossível determinar a sua internação compulsória, notadamente por se tratar de medida excepcional.

(TJ-MG - AC: 10000211925649001 MG, Relator: Wilson Benevides, Data de Julgamento: 16/03/2022, Câmaras Cíveis / 7ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 17/03/2022)

No próprio acordão o desembargador relator Dr. Wilson Benevides da 7ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, ao REJEITAR A PRELIMINAR E DAR PROVIMENTO AO RECURSO da Apelação Cível Nº 1.0000.21.192564-9/001, preconiza:

A propósito, no julgamento da ADPF nº 45/DF, o Min. Relator Celso de Mello sustentou que: Não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte em especial - a atribuição de formular e implementar políticas públicas, pois nesse domínio, o encargo reside, primeiramente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

Noutro giro, consoante se afere do art. 6º da referida Lei nº 10.216/01, a internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos.

Por tais razões o pedido foi recusado, pois não houve elementos probatórios diante da excepcionalidade da internação compulsória, restando claro que é dever do Magistrado agir com cautela, de modo a evitar que tal medida seja tomada de forma indiscriminada e sem lastro probatório que a sustente.

Diferente do citado acima, no caso a seguir, é possível verificar quando há necessidade da internação compulsória, o que demonstra como os Tribunais de Justiça vêm se posicionando com coerência nas decisões, onde, somente há o deferimento do pleito (internação compulsória) quando há a real demonstração da gravidade da dependência:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA. DEPENDENTE QUÍMICO. Preliminar. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Conjunto probatório suficiente ao deslinde da causa. Mérito. Direito à saúde (art. 196 da CF). Demonstração da gravidade do quadro clínico do paciente, inclusive colocando em risco sua integridade física, de seus familiares e de todos que o cercam. Contexto fático que preenche os requisitos da Lei nº 10.216/2001. Precedentes desta Corte. Sentença de procedência da ação mantida. Reexame necessário e recurso voluntário não providos. (TJ-SP - AC: 10029054920208260619 SP 1002905-49.2020.8.26.0619, Relator: Osvaldo de Oliveira, Data de Julgamento: 26/11/2021, 12ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 26/11/2021)

No julgado acima, a esposa/companheira do dependente de álcool em estado grave e que em razão da dependência, tem colocado a sua vida e a de outras pessoas em risco. Requereu a internação compulsória em clínica especializada no tratamento de dependentes alcoólicos, a ser custeada pelo Município. O Ministério Público manifestou pela procedência do pedido, uma vez que a necessidade da internação ficou demonstrada pelos documentos constantes nos autos, Processo 1002905-49.2020.8.26.0619 - código 3CCE565, pois o dependente coloca em risco sua vida e a de terceiros, diante do consumo excessivo de bebida alcoólica.

Ainda, conforme decidido pelo Juiz de Direito: Dr. Leopoldo Vilela de Andrade da Silva Costa:

“A internação compulsória é aquela em que alguém pretende a internação de uma pessoa contra a vontade dela, sem que tenha poderes para suprir sua vontade; ou seja, a decisão judicial é dada para suprir a vontade da pessoa a ser internada. Isso difere da imposição da obrigação de fazer de fornecer e custear tratamento. A Constituição Federal considera a saúde um direito de todos e um dever do Estado (artigo 196) e o artigo 198 afirma que o sistema único de saúde será financiado, nos termos do artigo 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.”

Estabelece, o §2º, do artigo 4º, da Lei 10.216/2.001:

“O tratamento em regime de internação será estruturado de forma a oferecer assistência integral à pessoa portadora de transtornos mentais, incluindo serviços médicos, de assistência social, psicológicos, ocupacionais, de lazer, e outros”.

Dessa forma, é imperativo que o município cumpra todas as condições dignas de saúde, seja por meio de políticas preventivas (campanhas, informações), seja por meio de políticas remediadoras (tratamentos medicamentosos). Deve-se assegurar ao dependente a assistência terapêutica necessária para sua recuperação integral.

Ressalta-se que o Poder Público tem a obrigação de destinar verbas específicas para o adequado funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) durante a elaboração do orçamento anual, permitindo a realização de programas direcionados à promoção, proteção e recuperação da saúde dos indivíduos e das comunidades necessitadas.

Confirmado a dependência, o Estado deve disponibilizar o tratamento em unidade de saúde pública ou, na ausência desta, na rede privada, conforme previsto no artigo 3º da Lei nº 10.216/01, devendo assegurar vaga para o tratamento do paciente em estabelecimento médico-terapêutico adequado, público ou particular, arcando com o pagamento das despesas de internação neste último caso.

4 DESAFIOS E PERSPECTIVAS FUTURAS

Diante dos desafios apresentados pela dependência química e pelo processo de internação compulsória, é fundamental repensar as políticas públicas e as práticas de intervenção adotadas atualmente. Isso inclui a implementação de estratégias mais abrangentes e inclusivas, que valorizem a participação ativa do dependente químico em seu próprio tratamento e reconheçam a importância do apoio psicossocial e comunitário.

Além disso, é necessário um maior investimento em pesquisa e desenvolvimento de abordagens terapêuticas inovadoras, que considerem a complexidade biopsicossocial da dependência química e ofereçam soluções personalizadas e centradas no paciente. Somente através de uma abordagem integrada e baseada no respeito à dignidade humana será possível enfrentar efetivamente o desafio da dependência química e promover o bem-estar de todos os indivíduos afetados por essa condição.

A dependência química é um fenômeno complexo que afeta indivíduos e comunidades em todo o mundo independentemente de classe social e/ou gênero. No contexto das políticas públicas de saúde, o processo de internação compulsória tem sido uma abordagem controversa e frequentemente debatida para lidar com a vulnerabilidade associada aos dependentes químicos.

Apesar da inquestionável relação estabelecida entre dependentes químicos e violência – causando grandes impactos, imputa-se aos dependentes a responsabilidade pela grande parte dos problemas sociais, fruto de um discurso reducionista que tenta justificar a omissão e a falência dos projetos estatais, em uma única causa, como adverte Loiva Maria de Boni Santos:

A falta de debates democráticos sobre o assunto tem capitalizado discursos de cunho ideológico, deixando a população à mercê de um discurso reducionista sobre o assunto, o que incide no cotidiano da rede de cuidados de pessoas que usam drogas, fragilizando e desqualificando a assistência. Além disso, este discurso coloca todas as pessoas que usam drogas ilícitas num lugar marginal, como bode expiatório dos problemas sociais, desconsiderando quaisquer outros aspectos da contemporaneidade relacionados ao tema (Santos, 2010, p.16).

A dependência química é reconhecida como um problema de saúde pública global, com impactos significativos na saúde física, mental, social e econômica dos indivíduos e das comunidades.

No Brasil, como em muitos outros países, as políticas públicas de enfrentamento à dependência química têm sido marcadas por uma variedade de abordagens, incluindo a internação compulsória como uma medida para lidar com casos graves de dependência.

Nesse sentido, os motivos que levam ao vício são inúmeros e variados, não existindo, portanto, uma situação delimitada e definida que possa servir de diagnóstico a essa problemática.

Carl Hart, neurocientista da Universidade de Columbia em Nova York, que em entrevistas publicada pelo periódico Carta Maior (2014) descreve essa perspectiva e assim se posiciona:

As pessoas se viciam por muitas razões. Algumas possuem outras doenças psiquiátricas que contribuem com seu vício em drogas. Outras ficam viciadas porque esta é a melhor opção disponível a elas; outras porque têm poucas capacidades limitadas para assumir responsabilidades. As pessoas se tornam viciadas por um leque muito diverso de razões. Se nós estivéssemos de fato preocupados com o vício em drogas, nós estaríamos tentando entender precisamente o porquê as pessoas se tornam dependentes. Mas não é nisso que estamos interessados. Nesta sociedade nós nos interessamos em maldizer as drogas. Dessa forma, não temos de lidar com os problemas sociais mais complexos que transformam as pessoas em dependentes químicos.

Deixando claro que a internação só pode ser feita quando há indicação médica, Luís Patrício elenca algumas hipóteses em que os tratamentos são estratégias para o auxílio do tratamento dos toxicodependentes:

A pessoa pode ser internada por um período curto, de umas horas a dois ou três dias, por exemplo, porque está em estado confusional. Pode ser internada por três a cinco dias para fazer a ‘paragem’ dos consumos, a desintoxicação, e iniciar o tratamento com antagonistas. Pode ser internada por cinco a dez dias para fazer a desintoxicação. Pode ser internada por umas semanas para se tratar de uma depressão ou de uma psicose aguda. Pode ser internada em qualquer hospital por outra doença que lhe surja. Pode ser internada por meses numa comunidade ou num tratamento terapêutico.

Poder Judiciário, em diversas ocasiões, decidiu restringir a autonomia individual para permitir intervenções médicas, superando a necessidade de consentimento tanto para autorizar tratamentos de saúde quanto para determinar a internação compulsória de dependentes químicos.

Numerosas decisões judiciais proferidas por juízes brasileiros autorizam profissionais de saúde em instituições hospitalares a realizarem procedimentos terapêuticos em pacientes que não estão em condições de escolher. Isso evidencia que, além da exigência de que uma decisão seja tomada de forma livre e consciente, há uma avaliação moral sobre o conteúdo da decisão que pode ser feita pelos julgadores quando o Judiciário é acionado.

O Estado tem o dever de proteger os direitos individuais e promover o bem-estar dos cidadãos. Com isso, admite-se a utilização de determinados meios para alcançar esses fins, desde que não sejam abusivos e que o tratamento assegure a vida e os direitos individuais. Se a internação compulsória é o melhor caminho para atingir esses objetivos, o Estado tem o poder de encaminhar a pessoa a uma clínica para realizar o tratamento, mesmo contra a sua vontade.

É importante esclarecer que este artigo não pretende defender a internação compulsória dos dependentes químicos como a única, nem como a melhor forma de proteção dos diversos direitos fundamentais assegurados a esses. Muito pelo contrário, a própria lei define a internação compulsória como uma medida de exceção, a ser adotada apenas diante da possibilidade de que o dependente venha a causar risco para si e para as pessoas ao seu redor.

É preciso considerar as particularidades de cada caso concreto para definir o tratamento adequado, a fim de garantir aos dependentes os direitos que estão sendo ceifados pela realidade sub-humana e marginalizada em que se encontram.

Como resposta, políticas públicas de internamento compulsório foram estabelecidas, por vezes de forma higienista (Vieira; Cardin, 2028), sem atentar para as particularidades de cada caso concreto e desconsiderando a realidade social, necessidades, vulnerabilidades e a autonomia dos dependentes.

Ficou claro, à luz do estudo da autonomia como conceito e princípio bioético, que nem todos os indivíduos estão aptos a decidir, sendo necessário, em alguns casos, a intervenção para proteção e respeito ao paciente, para que seja verificado se todos os meios de tratamento da dependência já foram superados e não surtiram o efeito desejado.

A bioética da proteção como resposta adequada ao contraponto entre autonomia e vulnerabilidade, paralelo este que permite, em certas circunstâncias, mitigar ou desconsiderar a autonomia para assegurar um tratamento adequado ao dependente químico.

5 CONCLUSÃO

A argumentação exposta ao longo da pesquisa demonstrou que a internação compulsória pode, em determinadas circunstâncias, ser considerada uma estratégia de tratamento eficaz e necessária no contexto dos dependentes químicos.

Apesar do preconceito associado às drogas, que ignora os benefícios e a liberdade de escolha do usuário, é indiscutível que, em algumas situações, o uso de drogas se estabelece como uma verdadeira mazela. Isso decorre de padrões disfuncionais que afetam a saúde dos indivíduos, desencadeando prejuízos biológicos e sociais, colocando, em muitas vezes, a vida do dependente em risco e das pessoas com as quais convive.

Alguns indivíduos, mais afetados, passam a viver em função do vício, apresentando extrema compulsão que, em situações extremas, os incapacita de se autodeterminar. A combinação das vulnerabilidades da dependência química com os distúrbios físicos e psicológicos cria um quadro que, se não interrompido, culminará com a morte iminente do sujeito além do risco inserido aqueles que moram no mesmo local.

A crítica apresentada pelo presente trabalho sugeriu algumas medidas no âmbito jurídico consideradas eficazes para conferir um julgamento mais voltado ao respeito do paciente, estabelecendo critérios de decisão e capacitando os julgadores para lidar com tais situações.

Além disso, destacou a necessária preocupação com o momento posterior à intervenção forçada, considerando que, se o objetivo do procedimento é empoderar o indivíduo, medidas devem ser tomadas para que este resgate sua autonomia. Também é fundamental possibilitar a inclusão social desses dependentes, evitando que voltem a ter recaídas no vício.

A conclusão final do presente trabalho milita a favor da internação compulsória no contexto da dependência química, constatando que a voluntariedade do dependente pode ser afetada pela restrição (parcial ou total) da autonomia devido à sua condição extremamente vulnerável.

A resposta está, pois, em proteger esses pacientes vulneráveis e vulnerados, inclusive para mantê-los vivos em situações gravíssimas que justificam esse tipo de intervenção. É fundamental ressaltar que, embora realizado contra a vontade do paciente, este procedimento deve assegurar todas as garantias processuais e terapêuticas para que se estabeleça como uma medida de empoderamento e reinserção social do indivíduo.

6 REFERÊNCIAS:

ALVARENGA, Galeno. Abuso de Drogas (Dependência Química e Psicológica). Disponível em: <<http://www.galenoalvarenga.com.br/transtornos-mentais/abuso-de-drogas-dependenciaquimica-e-psicologica>> . Acesso em 06 jun. 2024.

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais DSM-5. 5. ed., p.62) Porto Alegre, RS: Artmed, 2013.

Associação Psiquiátrica Americana (2000). Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais — DSM-IV (4ª ed.) (D. Batista, Trad.). Porto Alegre: Artes Médicas.

Aguilar, L. R., & Pillon, S. C. (2005). Percepción de tentaciones de uso de drogas en personas que reciben tratamiento. **Revista Latino-Americana de Enfermagem**, 13, 790-797.

AYRES, J. R. C. M. (2001). Sujeito, intersubjetividade e práticas de saúde. **Ciência e Saúde Coletiva**, 6, 63-72.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 out. 1988.

CAVALCANTE, A. M. Drogas esse Barato sai caro: Os caminhos da Prevenção. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Record: Rosa dos Tempos, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. São Paulo. Saraiva, 2005.

MACHADO, Deusa Helena Gonçalves; DO NASCIMENTO MATEUS, Elizabeth. Breve reflexão sobre a saúde como direito fundamental. 2010. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/breve-reflexao-sobre-a-saude-como-direito-fundamental/>>. Acesso em: 18 jul. 2024.

Organização Mundial da Saúde (2001). Transtornos devido ao uso de substâncias. Em Organização Pan-Americana da Saúde & Organização Mundial da Saúde (Orgs.). Relatório sobre a saúde no mundo. **Saúde Mental: nova concepção, nova esperança** (pp. 58-61). Brasília: Gráfica Brasil.

PATRÍCIO, Luís Duarte. Droga de vida, vidas de drogas. Rio de Janeiro: Bertrand Editora, 1995, p. 174-175.

RABELO, Camila Carvalho. Direito Fundamental a Saúde. 2011. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6567> . Acesso em: 18 jul. 2024.

Ribeiro, M. (2004). Organização de serviços para o tratamento da dependência do álcool. **Revista Brasileira de Psiquiatria**, 26, 50-62.

SCIVOLETO, S., & MORIHISA, R. (2001). Conceitos básicos em dependência química de álcool e outras drogas na adolescência. **Jornal Brasileiro de Dependência Química**, 2, 30-33.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. Bioética e Direito. **Revista de informação legislativa**, v. 37, n. 145, p. 197-199, jan./mar. 2000.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética e Direito**. São Paulo: editora Jurídica Brasileira, 1999 e 2003, pp.15-21.

VIEIRA, Tereza Rodrigues; CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Pessoas em situação de rua**. Brasília: Zakarewicz, 2018.

YÁNEZ, Gonzalo Fugueroa. La Dignidad y el derecho a la vida (vivir com dignidade). **Revista del Derecho y Genoma Humano**, Bilbao, Fundación BBV, n.18. Enero-Junio, 2003.

DESASTRES CLIMÁTICOS E CONFLITOS COLETIVOS COMPLEXOS¹

Délton Winter de Carvalho²

Hermes Zaneti Jr.³

¹ O presente texto conta com financiamento do Edital 15/2022, Programa Emergencial de Prevenção e Enfrentamento de Desastres Relacionados a Emergências Climáticas, Eventos Extremos e Acidentes Ambientais, PDPG Emergências Climáticas CAPES, Processo n. 23038.001317/2022-55, com o projeto “Responsabilidade Civil num cenário de Emergência Climática.”

² Advogado. Professor de Direito Ambiental no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, nível Mestrado e Doutorado. Advogado, parecerista e consultor jurídico em Direito Ambiental. Pós-Doutor University of California, Berkeley, CA, USA. Líder do Grupo de Pesquisa “Direito, Risco e Eco-complexidade” (CNPq/PPGD UNISINOS). Membro afiliado do CLX – Climate Litigation Accelerator da NYU – New York University. Professor Visitante na Berkeley School of Law. Membro da CEMCDA - Comissão Especial de Mudanças Climáticas e Desastres Ambientais da OAB Nacional. Membro da Comissão de Direito Ambiental da OAB/RS e do IAB – Instituto dos Advogados Brasileiros. Pesquisador vinculado ao Programa Emergencial de Prevenção e Enfrentamento de Desastres Relacionados a Emergências Climáticas, Eventos Extremos e Acidentes Ambientais, PDPG Emergências Climáticas CAPES, Processo n. 23038.001317/2022-55. E-mail: delton@deltoncarvalho.com.br

³ Professor de Direito Processual Civil na Graduação e membro permanente do programa de Mestrado da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Pós-doutorado em Direito Processual pela Università degli Studi di Torino/IT (UNITO). Doutor em Direito, área de concentração Teoria do Direito e Filosofia do Direito, pela Università degli Studi di Roma 3 (UNIROMA3). Doutor e Mestre em Direito, área de concentração Direito Processual, pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Membro da IAPL (*International Association of Procedural Law*), IIDP (*Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal*) IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual). Membro da ABRAMPA (Associação Brasileira dos Membros do Ministério Público de Meio Ambiente) e do MPCON (Associação Nacional do Ministério Público do Consumidor). Promotor de Justiça no Estado do Espírito Santo (MPES). Dirigente do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Espírito Santo (CEAF/MPES). Diretor da Escola Nacional do Ministério Público (ENAMP/CDEMP). Este trabalho é resultado das atividades do grupo de pesquisa “Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo”, vinculado à Universidade Federal do Espírito Santo (UFES) e cadastrado no Diretório de Grupos de Pesquisa do CNPq (<http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/0258496297445429>(link is external). O Grupo FPCC é fundador da ProcNet - Rede Internacional de Pesquisa Justiça Civil e Pro-

1. DOS DANOS AMBIENTAIS AOS DESASTRES CLIMÁTICOS

Camões diria que “mudam-se os tempos, mudam-se as vontades.” Encontramo-nos em tempos de grandes mudanças estruturais. De uma forma retórica, pode ser dito que aquilo que consistia em um dano ambiental, como um efeito colateral da sociedade industrial, num momento pós-industrial, muitas vezes se traduzirá em um desastre ambiental. Nesta dimensão, o Direito Ambiental e o Direito dos Desastres, apesar de suas respectivas autonomias, passaram a apresentar pontos comuns, sobreposições e aprendizados recíprocos.

De outro lado, a emergência climática trazida à luz cientificamente apresenta um cenário de desastres (Carvalho, 2022), provoca reflexos políticos (declarações de emergência climática) e jurídicos (nova forma de estado constitucional de emergência). Portanto, às interfaces entre o Direito Ambiental e o Direito dos Desastres, é adicionado o Direito Climático, quando se está diante de uma nova categoria policontextual, os desastres climáticos.

Enquanto o dano climático é o ponto de encontro entre o Direito Ambiental e o Direito Climático, o desastre climático consiste no elemento de convergência entre o Direito Ambiental, o Direito Climático e o Direito dos Desastres. Em nível de Direito Climático, esta sobreposição enfatiza a importância da adaptação climática, como conjunto de estratégias para reduzir as vulnerabilidades dos sistemas humanos e naturais aos efeitos atuais e esperados para as mudanças climáticas. Face às impossibilidades reais de evitar a Mudança Climática, vem ganhando grande destaque o papel do Direito nas estratégias de mitigação e, sobretudo, nas de adaptação. A adaptação climática enaltece a importância de se combater vulnerabilidades que estejam vinculadas ao agravamento das consequências provenientes dos fenômenos climáticos extremos. Portanto, é de fundamental relevância destacar que o Direito detém uma função central na redução de vulnerabilidades (sociais, físicas e tecnológicas). Uma das estratégias do Direito para reduzir vulnerabilidades climáticas, consiste exatamente na teoria dos direitos fundamentais como resposta à crise climática, no chamado Constitucionalismo Climático (Jaria-Manzano; Borràs, 2019; Setzer; Carvalho, 2021; Carvalho, 2022). Contudo, a forma e o tratamento processual que é dado para a solução destes conflitos também merece grande destaque, a fim de assegurar a adequada tutela aos direitos e interesses em jogo. Exemplos destes novos conflitos consistem na litigância climática assim como nos litígios de desastres em massa.

cesso Contemporâneo, para obter informações sobre a atividade do grupo acesse o site do LAPROCON – Laboratório de Processo Constitucional UFES (<http://laprocon.ufes.br/>). Visiting Scholar na Universidade de Zagreb, 2023 (Programa Erasmus +). E-mail: hermeszanetijr@gmail.com.

O dano climático⁴ apresenta uma dupla dimensão conceitual. De um lado, manifesta-se na lesão causada diretamente ao sistema climático⁵, decorrente de atividades ilícitas que contribuam com emissões de gases do efeito estufa. Nestes termos, trata-se de um verdadeiro dano ambiental transfronteiriço, pois está atrelado a um bem ambiental global indivisível. Exemplos de conflitos judiciais que já existem no Brasil em nível de responsabilidade civil por dano direito ao sistema climático consistem nos casos IBAMA v. Siderúrgica São Luiz Ltda. (Jusclima) e MPF v. Rezende (Jusclima). Estas ações podem ter por objeto um dano climático já ocorrido ou seus efeitos futuros.⁶

De outro lado, existem danos climáticos indiretos que se manifestam “por intermédio” de distúrbios no sistema climático. Estes consistem em danos decorrentes de eventos climáticos que, por seu turno, afetam a esfera individual (saúde e patrimônio) ou transindividual (ambiente, necessidade de custeio público para resposta, compensação, reconstrução ou remoção) e que possam ser atribuídos a uma determinada atividade ou setor. Aqui, as condutas, ativas ou passivas, que colaborarem para as perdas decorrentes de distúrbios climáticos específicos poderão ser responsabilizadas pelos danos. Por evidente, ainda há um grande desafio para as necessárias demonstrações das cadeias causais, sobretudo quando se diz respeito à segunda espécie. No entanto, a ciência da atribuição vem evoluindo a passos largos (Burger; Wentz; Horton, 2020).

A tutela do dano é uma tutela de direito material, mas para além dos danos existe a tutela ilícitos climáticos, dos atos contrários ao direito, que se caracteriza por ser uma tutela preventiva autônoma na qual a discussão sobre o dano, dolo ou culpa não ingressam no debate judicial. Nessas tutelas, há uma precompreensão da dimensão e relevância do bem jurídico pelo direito material que autoriza a tutela de forma autônoma em relação as consequências, aos prejuízos (art. 497, parágrafo único, CPC). O dano é o prejuízo juridicamente relevante. O ilícito é a contrariedade ao direito. Logo, é preciso separar ambas as tutelas de direito material em razão de seus pressupostos distintos e “porque há uma

⁴ Sobre debates acerca do dano climático, ver PEETERS, Marjan. *Climate Change Liability – New Horizons in Environmental Law and Energy Law*. United Kingdom: Edward Elgar Publishing Limited, 2011; SMITH, J.; SHAERMAN, D. *Climate Change Litigation: Analysing the law, scientific evidence and impacts on the environment, health and property*. Adelaide: Presidian Legal Publications, 2006.

⁵ Para um debate sobre o sistema climático com bem jurídico, ver CARVALHO; Délton Winter de; ROSA, Rafaela Santos Martins da. “Premissas para a configuração do sistema climático como bem jurídico.” *Revista de Direito Ambiental*. n. 104, ano 26, 2021.

⁶ Para uma análise sobre dano climático, em suas dimensões presente e futura, ver ROSA, Rafaela Santos Martins da. *Dano Climático Futuro e Responsabilidade Civil*. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, 2023. Acerca de danos ambientais presentes e futuros, ver CARVALHO, Délton Winter de. *Dano Ambiental Futuro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

histórica confusão na legislação brasileira entre ilícito, fato danoso e pressupostos da responsabilidade civil” (Mitideiro, 2021, p. 76). Essa é uma importante contribuição para a tutela dos direitos nos litígios climáticos, justamente por que o ilícito climático se autonomiza em relação a tutela reparatória na forma específica e a tutela ressarcitória em dinheiro que se voltam a repressão do dano (Marinoni, 2022; Marinoni, 2020).

Estas demandas, para a tutela do ilícito e do dano, detém a face de uma litigância de adaptação (Peel; Osofsky, 2017), compelindo a adoção de medidas de adaptação climática tanto pelo setor público como privado. Em situações como estas, há uma ênfase mundial em casos de responsabilidade civil do Estado por omissão, em razão de não haver uma atividade diretamente identificável como fonte dos danos (climáticos). Tratam-se de danos ou ilícitos climáticos decorrentes da violação do dever de adaptação.

De outro lado, há demandas que terão por objeto a responsabilização de atividades públicas ou privadas que tenham causado alterações climáticas que, por seu turno, afetem determinadas atividades econômicas de atores públicos ou privados. Exemplo deste perfil de litígio em nível internacional, consiste na ação climática Luciano Lliuya v RWE AG (CLX) onde o autor, um agricultor peruano de Hyaraz, ajuizou ação indenizatória na Alemanha contra a empresa de energia RWE, em virtude de que suas emissões contribuíram significativamente para as mudanças climáticas. Diante desta constatação e do fato de que o lago glacial situado na cidade de Huaraz vem apresentando um aumento volumétrico em virtude do derretimento das geleiras perto a sua cidade, este postula o ressarcimento pelo dano climático que, por seu turno, consiste nos custos que este e as autoridades de Huaraz devem ter com a instalação de proteções contra enchentes e risco de colapso das estruturas.

Estas demandas podem ter por objetivo a busca de compensação por danos causados pelo aquecimento global e/ou o uso da litigância para prevenir ou reduzir seus efeitos. (Smith; Shearman, 2006). Para tanto, detém duas características principais que as diferenciam das demandas tradicionais envolvendo danos e perdas (tais como aqueles decorrentes de danos ambientais e aqueles provocados por tabaco) (Smith; Shearman, 2006).

Em primeiro lugar, os fenômenos climáticos dizem respeito a cadeias causais significativamente mais longínquas e complexas, bem como os tipos de danos causados que são consideravelmente mais espalhados e difusos (Smith; Shearman, 2006). As reflexões existentes, no direito comparado, já demonstram que as demandas climáticas futuras terão por base a estrutura da responsabilidade civil extracontratual, por violação a um dever de cuidado, por vício do produto, ou turbação à propriedade pública ou privada (Salzman; Hunter, 2007). Ainda, os autores em demandas climáticas tendem a se enquadrar em duas categorias de pretensões, aqueles que buscam compensação por danos decorrentes

dos efeitos negativos do aquecimento global ou aqueles que, por meio do litígio, visam prevenir ou reduzir o aquecimento global posterior (Smith; Shearman, 2006). Apesar das dificuldades de delimitar os potenciais autores na litigância climática, em razão da variedade de tipos de danos provavelmente ocasionados pelas mudanças climáticas, três perfis ganham especial destaque na condição de autores potenciais: i) os indivíduos, ii) os grupos de interesse e iii) os governos (Smith; Shearman, 2006, p. 14). Em países como o Brasil, no qual a litigância coletiva é autorizada também a entes exponenciais, também se acrescentaria a legitimação processual iv) do Ministério Público e v) da Defensoria Pública (Didier Jr., Zaneti Jr., 2023).

Já em uma perspectiva mais local, há conflitos referentes a desastres climáticos que afetam pessoas, patrimônio e ambiente nas comunidades locais, decorrentes de eventos físicos tais como inundações, deslizamentos de massa e estiagem. Os desastres climáticos, por seu turno, se enquadram na categoria de lesões anormais e significativas que ocorrem “por intermédio” do sistema climático ou, em outras palavras, de efeitos deletérios de eventos climáticos extremos. A tênue distinção em relação aos danos de natureza climática consiste exatamente na maior magnitude daqueles em relação a estes. Desastres climáticos devem ter intensidade suficiente para a perda da estabilidade sistêmica de uma determinada comunidade. (Carvalho, 2020)

Segundo o IPCC, desastres climáticos consistem em “alterações severas no funcionamento normal de uma comunidade devido a eventos físicos perigosos que interagem com condições sociais vulneráveis, levando a efeitos humanos, materiais, econômicos ou ambientais adversos generalizados que requerem resposta emergencial imediata para satisfazer as necessidades humanas críticas e que possam demandar auxílio externo.” (Srex, 2012) Estes são eventos multifacetados e que se refletem frequentemente em insegurança alimentar, inundações e vendavais, ondas de calor e incêndios, escassez hídrica, deslocamento de pessoas, assim como impactos às espécies e aos ecossistemas (Lyster, 2015). Além disso, as cidades são fortemente impactadas por tais eventos, que causam danos às suas infraestruturas básicas, tais como pontes, escolas, meios de subsistência e serviços públicos básicos (distribuição de energia e de água).

Outro fator decorrente do fenômeno das mudanças climáticas e, em especial, dos desastres climáticos, há um exacerbamento da litigiosidade. Em tempos de crise, o universo jurídico tente a colapsar em sua incapacidade para responder a litígios que não encontram respostas pacificadas em seus precedentes e na tradição. E é exatamente, nestes períodos, em que as cortes são mais demandadas por respostas que tragam estabilidade social, justiça climática e segurança jurídica. Por este motivo, as cortes irão inevitavelmente falhar em dar uma resposta completa aos riscos, danos e desastres climáticos. No entanto, elas precisam inevitavelmente dar respostas a partir das premissas do constitucionalismo cli-

mático que promete remodelar a “paisagem normativa” (Weaver, Kysar, 2017) dos direitos fundamentais ante a justiça climática. E é neste diapasão que o próprio processo civil também precisa se mostrar como um instrumento de justiça climática, redução de vulnerabilidades e gestão circular dos riscos climáticos.

2. ESTRATÉGIAS JUDICIAIS PARA LIDAR COM OS DESASTRES CLIMÁTICOS

2.1. O Papel das Cortes em Antecipação a Desastres Climáticos:

Uma primeira função do sistema de justiça em antecipação desastres climáticos, se dá mediante decisões que forneçam segurança jurídica, orientação e apoio aos órgãos da administração pública, entidades privadas, autoridades científicas, sociedade civil organizada, entre outros. Esta esfera está intimamente ligada aos processos de tomada de decisão em contextos de riscos ambientais ou climáticos, onde o sistema de justiça é compelido a escrutinar procedimentos ou atos administrativos (tais como licenciamentos ou licenças ambientais) a fim de avaliar a legalidade e a tolerabilidade dos riscos envolvidos.

O objeto nestes casos é evitar a ocorrência de um evento ou mitigar as suas probabilidades ou consequências, em caso de concretização. Por vezes, esta prevenção ou mitigação pode se dar por meio de uma gestão cautelosa do risco em uma atividade econômica ou mesmo a remoção de pessoas situadas em uma determinada área de risco. Há, nesta fase, grande ênfase ao papel desenvolvido por entidades como defesa civil e autoridades ambientais, bem como, do Ministério Público, que, pelo exercício de seu poder de polícia, auxiliam a prevenir e/ou mitigar riscos. De outro lado, as informações científicas permitem a tradução de dados referentes a estes riscos na legitimidade para a imposição judicial de deveres de cuidado, assentados na previsibilidade de danos cientificamente conhecidos (prevenção) ou mesmo em indícios de riscos graves cientificamente ancorados (precaução).

As decisões judiciais e o próprio rito processual devem ter foco na gestão do risco, (i) temporalmente adequadas à necessária antecipação à ocorrência ou ao agravamento destes eventos; (ii) atentas e reverentes ao padrão probatório preventivo ou precaucional (com standards probatórios adequados, sem exigência de comprovação do dano); (iii) com forte ênfase em medidas antecipatórias, que permitam a identificação da probabilidade do direito e a o perigo da demora. De outro lado, a redução das vulnerabilidades, pré-existentes ou amplificadas pelo sinistro, exigem medidas de maior atenção às vítimas, tais como (i) a possibilidade de sua participação nos processos decisórios acerca das tutelas do inibitórias, de remoção do ilícito, reparatórias e ressarcitórias, eventualmente

aplicáveis, (ii) maior transparência e comunicação didática da evolução do feito e das decisões judiciais que lhes afetam; (iii) distribuição dinâmica dos ônus da prova em conformidade com as capacidades das partes e suas vulnerabilidades; (iv) a utilização dos direitos humanos e fundamentais como estratégia central de redução das vulnerabilidades sociais, físicas e tecnológicas.

O papel da jurisdição em atendimento a um evento extremo é marcado pela imposição de deveres correlatos a cada uma das fases do evento, isto é, prevenção e mitigação, resposta emergencial, compensação e reconstrução. O elo de ligação entre todas estas fases e as respectivas funções do Direito nestas, seja em sua face material ou processual, é realizada pela gestão circular do risco⁷. Assim, a premissa na atuação jurisdicional em casos complexos e com potencial catastrófico é sempre de produzir decisões adequadas às situações e às posições jurídicas em conflito. Para tanto, o objetivo primordial deve ser o de evitar tais eventos (prevenção ou precaução bem-sucedida) e, na medida de sua impossibilidade, mitigar, responder ou compensar seus efeitos, por meio de planejamento adequado, respostas eficientes e compensações justas. Finalmente, o aprendizado obtido com a ocorrência destes deve ser aplicado a fim de reduzir riscos de novos eventos graves ou catastróficos, por meio de medidas de reconstrução ou deslocamento. Para cumprir com tais funções, por meio do processo civil, é fundamental que os procedimentos sejam suficientemente flexíveis, adquirido plasticidade e fluidez necessárias para as tutelas das posições jurídicas em jogo, com equidade, eficiência e segurança jurídica.

Sempre que possível, o juiz deve ter especial atenção às decisões que permitam aumentar a capacidade da comunidade afetada e suas instituições para responder ao sinistro climático, enaltecendo a adoção de medidas que permitam a retomada da estabilidade social, mediante a obtenção de uma nova normalidade.

Mas antes de mais nada, é fundamental, principalmente à jurisdição de entrada compreender a fase do círculo dos desastres em que o conflito se encontra e com isso as funções primordiais do Direito para a proteção das pessoas, pacificação social, tutela de direitos, imposição de deveres e resgate da estabilidade social. Estas temporalidades do desastre e, conseqüentemente, das posições

⁷ Sobre a gestão circular do risco, ver: FARBER, Daniel A. *Disaster Law and Emerging Issues in Brazil*. *Revista de estudos constitucionais, hermenêutica e teoria do direito (RECHTD)*, São Leopoldo, v. 4, n. 1, p. 2-15, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2012.41.01>. Acesso em: 6 abr. 2020; FARBER, Daniel; CHEN, Jim; VERCHICK, Robert. R. M.; SUN, Lisa Grow. *Disaster Law and Policy*. 2. ed. New York: Aspen Publishers, 2020; FARBER, Daniel A. Navegando a Interseção entre o Direito Ambiental e o Direito dos Desastres. In: FARBER, Daniel; CARVALHO, Délton Winter de. *Estudos Aprofundados em Direito dos Desastres*. 2. ed. Curitiba: Appris, 2019; CARVALHO, Délton Winter de. *Desastres ambientais e sua regulação jurídica: deveres de prevenção, resposta e compensação ambiental*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2020.

jurídicas trazidas ao processo, podem ser sintetizadas no antes e no depois à eclosão do evento. À cada fase da gestão circular dos desastres deve corresponder uma ou mais tutelas jurisdicionais e tutelas do direito material possíveis, havendo na prevenção e mitigação uma evidente correlação com a tutela mandamental e a tutela inibitória ou de remoção de ilícito; na fase de resposta, as tutelas de urgência mandamentais e executivas lato sensu, com medidas sub-rogatórias, indutivas e coercitivas; na compensação, a ressarcitória em dinheiro, sem descuidar dos métodos de satisfação efetiva permitida inclusive a cominação de astreintes na ineficiência da execução tradicional para pagamento de quantia certa (art. 139, CPC); e, por derradeiro, na reconstrução ou deslocamento das vítimas, a tutela ressarcitória na forma específica (Mitidiero, 2021, P. 80).

2.1.1. Tutela inibitória e de remoção de ilícito como medidas para redução de riscos de desastres climáticos

Para atender a estas posições jurídicas preventivas de direito material, ameaçadas pela ocorrência de um evento extremo, a tutela jurisdicional deve adotar uma flexibilidade procedimental, adotando premissas que forneçam equilíbrio entre eficiência e segurança jurídica na tutela dos direitos e interesses envolvidos e, muitas vezes, altamente conflituosos. Nesta esteira, o próprio Código de Processo Civil de 2015 previu a tutela contra o ilícito (no art. 497, parágrafo único), ao consignar que “Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência do dano ou da existência de culpa ou dolo.”

Assim, há a consagração de tutela jurisdicional contra o ato contrário ao direito, elencando duas formas de tutela contra o ilícito: (i) a tutela inibitória, que se volta contra a prática, a repetição ou a continuação de um ilícito; e (ii) a tutela de remoção do ilícito, direcionada à remoção dos efeitos concretos da conduta ilícita. (Marinoni; Arenhart, 2016). Estas consistem em tutelas autônomas eminentemente preventivas, desvinculando a ilicitude do dano. E se estamos num paradigma de ilicitude desvinculada do dano, tem-se o risco ambiental como uma de suas categorias. Como vimos, o ilícito consiste na contrariedade ao Direito. Portanto, esta tutela de inibição ao ilícito pode estar direcionada a normas que ordenam uma obrigação de fazer ou a uma obrigação de não fazer. A título de exemplos, a inibitória se presta a impedir na prática a construção de obra em local proibido, a continuação de uma atividade poluidora, a omissão do ente municipal à ocupação de áreas de risco⁸, a não confecção de mapas de risco pela Municipalidade com histórico de desastres⁹, a não internalização de

⁸ Art. 8º, V, da Lei 12.605/12.

⁹ Art. 8º, IV, da Lei 12.608/12.

medidas mitigatórias dos riscos hidrológicos trazidos por Planos de Bacia Hidrográfica¹⁰, entre outras possibilidades exemplificativas.

De outro lado, a tutela de remoção do ilícito se dá quando a norma já foi violada e o ato possui eficácia continuada, tal como a disposição de resíduos perigosos em local irregular, construção mantida em área ambientalmente inadequada, ou mesmo a existência de uma construção em área de alto risco de desastre.¹¹ Para ambas as tutelas contra ilícito, não há qualquer necessidade de demonstração do dano atual, culpa ou dolo, que até pode ter ocorrido, mas é irrelevante para a tutela autônoma, cabendo, apenas, a demonstração de simples contrariedade ao Direito. Por esta razão, ambas as tutelas contra o ilícito se prestam a uma tutela preventiva, quer por risco intolerável ou mesmo simples violação de posições jurídicas consagradas. A tutela reparatória específica ou ressarcitória em dinheiro pode ficar para outra demanda, outro momento.

Portanto, o dever de redução de riscos de desastres (*disaster risk reduction* – DRR) enseja deveres positivos e negativos que, para evitar ou mitigar novos desastres, justificam medidas inibitórias sempre que houver ilícitos relacionados ao não cumprimento a este dever. Este dever trata-se de uma variação do dever de cuidado (*duty of care*), amplamente utilizado ao redor do mundo em diversas tradições jurídicas. Deixar de realizar mapeamento de áreas de risco, de apresentar planos de contingência, ou se omitir à ocupação de áreas de risco consistem em violações a esta forma de dever. Por outro lado, a remoção de ilícito se prestará àquelas construções que, já realizadas em lugares indevidos, produzem riscos de desastres e, portanto, devem ser demolidas, removendo-se o ilícito independente da efetiva ocorrência de qualquer dano. Em nível de direito material, descrevemos tais demandas a partir do dano ambiental futuro (Carvalho, 2013), como risco ilícito, que por sua intolerabilidade (probabilidade/magnitude) justifica a responsabilização civil (obrigações de fazer ou não fazer).

De tal forma, os ilícitos se configuram pela contrariedade ao cumprimento de medidas preventivas ordenadas na legislação competente (ambiental, urbanística ou de defesa civil) ou pela inação ante a existência de riscos dos quais se tem conhecimento, quer por elementos quantificáveis (prevenção) ou não (precaução). Portanto, há deveres preventivos previstos expressamente em legislações, em especial a Lei 12.608/12, mas não apenas. De outro lado, em havendo riscos de desastres, por evidente estar-se-á diante de uma contrariedade ao Direito, já se justificando ao menos a tutela inibitória, sem olvidar possibilidades de tutelas de remoção de ilícito ou mesmo de urgência.

Especialmente em regiões com histórico de ocorrência de desastres, fica mais evidente a necessária vigilância do sistema de justiça sobre as omissões

¹⁰ Art. 42-A, § 2º, Lei 10.257/01.

¹¹ Art. 3-B, Lei 12.340/10.

da administração pública na gestão de riscos de desastres. No mesmo sentido, deve haver decisões que forneçam segurança jurídica e agilidade às medidas de resposta emergencial. Também, os conflitos judiciais que envolvam desastres devem ser priorizados a fim de ser evitado um agravamento da situação de emergência pela demora na sua solução.

Em nível da atuação em cenários de riscos catastróficos, a jurisdição estará diante geralmente de casos de riscos climáticos, industriais e ambientais, tendo dentre as suas funções constitucionais a gestão dos riscos que possam afetar direitos fundamentais como a vida, a qualidade de vida e ao meio ambiente.¹²

2.2. As Cortes Judiciais durante a tormenta:

2.2.1. A tutela de urgência como resposta emergencial a desastres climáticos em curso e o caso do Município de chuvas extremas em São Sebastião – SP, 2023:

Frequentemente, as demandas judiciais em litígios de desastres envolvem a necessidade de tutelas de urgência a fim de evitar a ocorrência de danos massivos ou, pelo menos, o agravamento de eventos que já estejam em curso. De outro lado, há ações judiciais posteriores ao evento que têm por horizonte a reorganização de entidades produtoras de vulnerabilidades e que, assim, violam direitos fundamentais, pelo seu funcionamento.

Por este motivo, refletir sobre o papel do Direito Processual Civil para se antecipar ou responder a desastres é, em si, ver o Direito como um sistema construtor do tempo, temporalizando a complexidade por meio de decisões que aceleram ou conformam fatos, estruturas ou comportamentos ao Direito. Enquanto a aceleração é enfatizada nas tutelas de urgência, a redução das vulnerabilidades produzidas pela falta de políticas públicas ou pelo comportamento viciado de entidades, é um dos principais focos dos processos estruturais (medidas estruturais, planos, monitoramento, (Didier Jr., Zaneti Jr., Oliveira, 2020), com amplas referências bibliográficas).

Sabendo-se que os desastres climáticos são constituídos por risco e vulnerabilidade, a tutela de urgência enfatiza a gestão judicial do primeiro, enquanto

¹² Digno de destaque que o inciso V, do §1º do artigo 225 CF prevê que: “Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: (...) V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente.”

Acerca do papel das cortes judiciais e administrativas no gerenciamento dos riscos ambientais, ver: STEWART, Richard B. “The Role of Courts in Risk Management.” In: *Law and the Environment: a multidisciplinary reader*. In: PERCIVAL, Robert. V.; LEVIZATOS, Dorothy C. Philadelphia: Temple University Press, 1997. p. 350-351; CARVALHO, Délon Winter de. “Gestão Jurídica do Risco Ambiental.” *Gestão Jurídica Ambiental*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

que o segundo tem no processo estrutural uma importante estratégia judicial para sua redução ao longo do tempo. A fim de assegurar o direito fundamental à efetividade do processo, o sistema processual brasileiro prevê a tutela provisória (no Livro V), que se desdobra em tutela de urgência e tutela de evidência¹³, ambas de cognição sumária e que podem apenas responder a emergência. A tutela de urgência é composta pelas espécies cautelar e antecipada, podendo ser concedida em caráter antecedente ou incidental. E mais, a urgência pode ser tratada de maneira autônoma e ser estabilizada do ponto de vista fático, sem necessidade de coisa julgada (arts. 303 e 304, CPC).

Se diversas circunstâncias sociais exigem a adoção de medidas urgentes, ainda mais evidente a relevância da tutela de urgência em casos de processos coletivos, em razão dos interesses (transindividuais) em jogo. A frequente irreversibilidade de determinadas categorias de danos coletivos, como é o caso atinente aos ambientais ou climáticos, justifica uma ênfase preventiva no tratamento jurídico dado em nível de direito material a estes conflitos. É justamente essa tutela material que é protegida pela tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito que também admite tutela provisória e sua estabilização (Marinoni, 2020). Não por outro motivo, conflitos coletivos encontram uma tutela processual efetiva e adequada a partir da tutela de urgência preventiva e autônoma, cuja função precípua é evitar a concretização ou o agravamento de lesões ou mesmo de ilícitos. Essa tutela pode inclusive se estabilizar do ponto de vista fático sem prejuízo de demandas futuras estruturantes. Em se tratando de situações que envolvam riscos graves, irreversíveis ou mesmo catastróficos, ainda mais verdadeira esta ênfase preventiva e a relevância da respectiva tutela processual de urgência.

A tutela antecipatória é satisfativa do direito material, pois tem por objeto a antecipação dos efeitos pretendidos com a futura tutela final do mérito, lastreada em juízo de verossimilhança. Já a tutela cautelar se presta a assegurar a efetividade de uma tutela satisfativa do direito material, consistindo em uma tutela de segurança para garantir o resultado útil do processo ou proteção do direito à cautela, conforme o caso. Os requisitos para a concessão da tutela de urgência foram uniformizados no art. 300 do CPC, a partir do qual esta “será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.” A probabilidade do direito se reflete na já conhecida locução *fumus boni iuris*, ou “fumaça do bom direito”, o que significa que deve haver o convencimento de que a tutela final provavelmente será concedida. A admissão de uma tutela de urgência assentada numa convicção de probabilidade (juízo de verossimilhança) como sendo suficiente decorre exatamente da existência do segundo requisito, o perigo de dano.

¹³ Para os fins aqui pretendidos, será enfrentado no presente texto apenas a tutela de urgência.

Um exemplo do uso da tutela de urgência como estratégia jurisdicional de resposta emergencial em caso de desastre climático consiste na ação ajuizada em decorrência das chuvas extremas ocorridas no litoral norte do Estado de São Paulo, especialmente no Município de São Sebastião. Entre os dias 18 e 19 de Fevereiro de 2023, esta região foi atingida por chuvas extremas, seguidas de deslizamentos de terras. Na virada de 18 para 19 de fevereiro, várias cidades da região norte do litoral de São Paulo receberam, em menos de 24 horas, níveis de chuva sem precedentes, e que deveriam ocorrer apenas a cada 100 anos. Em Bertiooga o índice de chuva foi de 683 mm, maior pluviosidade registrada no país em um intervalo de tempo tão curto. Em São Sebastião foram 627 mm. O evento ocasionou a morte de 65 pessoas, 1.109 desalojados e 1.172 desabrigados, tendo sido decretado estado de calamidade pública tanto pelo Estado de São Paulo quanto o Município de São Sebastião.

Em face da gravidade do evento em curso (que no momento já havia contabilizado 45 óbitos e 40 desaparecidos), da possibilidade de ocorrências de novos deslizamentos e da resistência de moradores das áreas de risco em deixarem suas residências, a Justiça de Caraguatatuba deferiu a Tutela Cautelar de caráter antecedente (Jurisdição, 2023) postulada pelas Procuradorias do Estado de São Paulo e do Município de São Sebastião. A decisão acatou o pedido para autorizar os autores, em caráter preventivo e provisório, “a evacuar, ainda que contra a vontade, os moradores situados em área de risco e/ou em edificações vulneráveis.” (Jurisdição, 2023)¹⁴

A medida cautelar, de caráter preventivo e provisório, foi concedida em virtude da identificação do perigo de dano, demonstrado pela existência de risco de novos deslizamentos em face da previsão de chuvas e da constatação de instabilidade do solo, trazidas em relatório da Defesa Civil Estadual. Já a probabilidade do direito decorreu diretamente do dever Estadual de monitorar áreas de riscos (art. 7º, V, Lei 12.605/12) e apoiar os municípios no levantamento de áreas de risco, na elaboração de planos de contingência e na divulgação de protocolos de prevenção e alerta e de ações emergenciais (VIII). Além disso, os próprios Municípios têm o dever de “vistoriar edificações e áreas de risco e promover, quando for o caso, a intervenção preventiva e a evacuação da população das áreas de alto risco ou das edificações vulneráveis.”¹⁵

¹⁴ “A medida aqui determinada tem caráter preventivo e provisório, devendo cessar tão logo a situação climática esteja favorável. Ademais, ela deve ser usada como última ferramenta e aplicada apenas em face daquele que, estando em situação de risco real, se recusar a deixar sua residência. Outrossim, a conduta dos autores desta demanda deve ser fiscalizada pelo Ministério Público e pela Defensoria tendo em vista a situação de vulnerabilidade das pessoas envolvidas.” (Jurisdição, 2023)

¹⁵ Art. 8º, VII, Lei 12.608/12.

Em razão da alegada impossibilidade de individualização dos moradores das áreas de risco, a ação judicial foi ajuizada contra os réus incertos e indeterminados¹⁶, dispensando-se a qualificação dos réus (art. 319, §3º, CPC) e postulando a citação destes sujeitos incertos por edital (art. 256, I, CPC).

A decisão chama a atenção para o fato de que a medida tem por fim assegurar em nível emergencial o direito à vida dos moradores residentes nas referidas áreas de risco. Mesmo considerando que a administração pública detém poder de polícia para a adoção de medidas de evacuação da população, as autoridades municipal e Estadual requereram a ordem judicial a fim de obter maior segurança jurídica às medidas adotadas e facilitar o convencimento da população. Tratou-se de uma busca por legitimação judicial e redução de litigiosidade para a realização da evacuação dos moradores que impusessem resistência, por meio de uma análise judicial antecipada acerca da legalidade da medida para o presente caso e reforço do poder de polícia. A intervenção do Ministério Público nestes casos deve ser obrigatória, como se trata de tutela coletiva, e deve ser voltada a efetivar as medidas de proteção dos mais vulneráveis, reforçando a desocupação das áreas de risco.

A gravidade dos eventos pretéritos e a identificação de riscos de novos deslizamentos, justificou a medida voltada ao futuro, para evitar o agravamento da situação e prevenir maiores perdas de vidas. Finalmente, a decisão entendeu que o cumprimento das medidas deveria ser conduzido sob o acompanhamento e a fiscalização do Ministério Público e da Defensoria Pública, devendo ainda o Município indicar local adequado para receber os moradores atingidos pela remoção, assim como seus animais. Importante ressaltar que a gravidade dos riscos justifica medidas extremas como a evacuação de pessoas vivendo em áreas de risco, contudo, não se pode esquecer que estas devem ser conduzidas de forma a garantir a dignidade dos atingidos e, também, serem seguidas por medidas estruturais e não estruturais capazes de reduzir vulnerabilidades e riscos futuros.

2.3. O Papel das Cortes no Pós-Desastre: litigância de desastre em massa

As cortes judiciais exercem também uma função de responder a estes eventos climáticos extremos, após a sua ocorrência, seja (i) fornecendo suporte e segurança jurídica às entidades da administração pública competentes para a resposta emergencial, tais como a defesa civil, entidades não governamentais de socorro às vítimas, órgãos ambientais e concessionárias de serviços essen-

¹⁶ “Moradores situados em área de risco e/ou em edificações vulneráveis de Boiçucanga, Juquehy, Cambury, Barra do Sahy, Maresias, Paúba, Toque Toque Pequeno, Barra do Una, Barequeçaba, Varadouro, Itatinga, Olaria, Topolândia, Morro do Abrigo, Enseada e Jaraguá, e outras em que posteriormente se identificar risco na Comarca de São Sebastião.”

ciais, por exemplo; (ii) assegurando a garantia de direitos às vítimas ou imposito deveres de socorro e de prestação de auxílio aos afetados; (iii) ou mesmo, promovendo a atribuição de responsabilidades pelas causas ou agravamento da ocorrência catastrófica.

Cumpra chamar atenção que as cortes judiciais se relacionam com os desastres de duas formas. A um, quando estas são expostas a decidir sobre conflitos oriundos de um desastre, ou, ainda, na medida em que o próprio serviço das cortes é atingido por desastres, sejam eles de qual natureza forem, climáticos, mistos ou antropogênicos. É fundamental a preparação estrutural das cortes de justiça para o enfrentamento de desastres, a fim de que estas possam seguir mantendo a sua operacionalidade apesar da desestabilização social. Em apertada síntese, a continuidade operacional, mesmo em um cenário social grave, tem por finalidade evitar a ausência do Direito. Mesmo quando é comum e aceitável que muitos negócios e atividades suspendam suas operações durante o sinistro, o Judiciário deve permanecer com suas atividades jurisdicionais funcionando, exatamente para permitir a estabilização social, perdida com o desastre.

A continuidade das operações pela jurisdição é essencial para dar suporte aos órgãos competentes para a identificação e a acomodação das vítimas, assim como para garantir a compensação destas, mediante a identificação e condenação dos responsáveis. Em seguida, a jurisdição pode ser instada a decidir sobre conflitos referentes a reconstrução das propriedades ou ambiente atingidos, ou mesmo acerca da necessidade de remoção (provisória) ou realocação (definitiva) destes.

Quando se fala em litigância de desastre em massa (*mass disaster litigation*) (Sherman, ²⁰¹³), por evidente há uma tendência de proliferação de ações judiciais, sejam elas de tutela coletiva ou mesmo individuais, compostas por múltiplas partes e objetos. São conflitos amplos e amorfos (Chayes, 1976). Estes conflitos apresentam uma significativa distinção quando comparados a conflitos processuais tradicionais, de caráter individual, de objeto simples e lineares procedimentalmente. No processo civil tradicional, temos ações formadas a partir de uma bipolaridade de partes (dois indivíduos ou dois interesses unitários diametralmente opostos) (Chayes, 1976), pedidos e objetos bem definidos assim como interesses claros e diretamente contrapostos. No mesmo sentido, estas demandas exigem do Judiciário uma análise jurisdicional (probatória, interpretativa e decisória) mais retrospectiva, isto é, voltada ao passado mediante a análise de eventos já concretizados e suas consequências (Chayes, 1976, p. 1.282-1.292). Finalmente, em virtude destas demandas ficarem adstritas às partes, a tutela não depende de maior atenção ao contexto social acerca dos efeitos da decisão judicial (Chayes, 1976, p. 1.283-1.288).

Ao contrário, litígios de desastre em massa se tratam, por evidente, de litígios complexos, colocando em “rota de colisão múltiplos interesses sociais,

todos eles dignos de tutela.” (Didier; Zaneti, 2019. p. 455). Apresentam uma formação processual policêntrica¹⁷ em detrimento da bipolaridade do processo civil tradicional. Isso vai se refletir na formação de uma multiplicidade de partes e interessados atingidos pela decisão pretendida. Estes mesmos litígios acabam afetando uma gama de grupos e atores que sequer encontram-se representados diretamente no processo judicial, havendo uma grande relevância do contexto social para o deslinde do mérito. É por essa razão que do ponto de vista subjetivo podemos falar aqui de “zonas de interesse” e “despolarização da demanda” (“intervenção móvel”) que permitem a verificação da legitimidade e do interesse processual *ad actum* ao longo do procedimento, compreendido não mais como uma “fotografia estática”, mas como um “filme dinâmico”, no qual essas múltiplas posições são verificadas e exercidas processualmente com os ônus, poderes, deveres e faculdades que lhes são inerentes.¹⁸

Outra marca destes litígios é sua lógica prospectiva, que traz a necessidade da jurisdição lançar seu olhar aos efeitos futuros da decisão, inserindo as contingências e os elementos preditivos aos procedimentos judiciais e às futuras probabilidades que envolvem a controvérsia (Chayes, 1976, p. 1.292; Arenhart, 2019, p. 132.). Ainda mais explícito o caráter prospectivo a ser atentado na jurisdição quando se está diante de litígios que envolvam eventos com potenciais extremos, tais como desastres, onde não por outra razão tem na gestão de risco o seu elemento identitário. Assim, o elemento prospectivo jurisdicional é enaltecido a fim de se evitar desastres climáticos ou o seu agravamento, gerindo assim circularmente o risco. Em outras tintas, modificar o curso de atividades e estruturas existentes. E que isso seja realizado num tempo adequado às necessidades

¹⁷ Litígios em rede como aqueles com repercussão distinta nas diversas dimensões e grupos envolvidos na situação conflituosa, sendo usado como exemplo uma teia de aranha, em que ao se puxar um fio, a pressão será distribuída de forma diversa ao longo da teia e de seus múltiplos centros tensão. Neste sentido, o seminal trabalho de FULLER, Lon. *The Forms and Limits of Adjudication*. *Harvard Law Review*, v. 92, 1978. p. 395. Ainda, LINKE, Micaela Porto Filchtiner; JOBIM, Marco Felix. “A pandemia de Covid-19 no Brasil e os processos estruturais: uma abordagem para litígios complexos.” *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Vol. 21, ano 14, n. 3. Set-Dez, 2020. p. 406-407.

¹⁸ Sobre o tema do interesse e da legitimidade nesta perspectiva ampliada MITIDIERO, Daniel. *Processo Civil*. São Paulo: RT, 2021, p. 67-70. Ver ainda CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do Processo e “Zonas de Interesse”: sobre a Migração entre Polos da Demanda. *Revista Forense*, n. 404, 2009; Especificamente sobre o art. 6º, § 3º da Lei da Ação Popular e a possibilidade de mudança de polo ou não-contestação da pessoa jurídica MAZZEI, Rodrigo. A “Intervenção Móvel” da Pessoa Jurídica de Direito Público na ação Popular e Ação de Improbidade Administrativa (art. 6º, § 3º, LAP, e art. 17, § 3º, LIA). In.: *Aspectos Polêmicos e Atuais sobre Terceiros no Processo Civil e Assuntos Afins*. São Paulo: RT, 2007. Para uma atualização do tema do interesse e da participação no processo ver, igualmente, TEMER, Sofia. *Participação no Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2020; GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Teoria Geral da Jurisdição*. Salvador: JusPodivm, 2020.

(quase sempre urgentes) dos afetados, com parâmetros que sejam capazes de também apresentar segurança às relações e decisões jurídicas.

Em distinção ao caráter linear dos pedidos no processo civil tradicional, o pedido nas demandas complexas deve ter um caráter mais genérico, a fim de fornecer maior flexibilidade e dinâmica ao fluxo processual, enquanto o evento ainda estiver apresentando seus múltiplos desdobramentos. A concretização desta maior amplitude processual se dará por meio de tutelas específicas (resarcitórias, estruturais, por exemplo). Ao contrário do processo civil tradicional, onde o processo é pensado para encontrar um término com a decisão final, litígios desta natureza tendem a exercer o acompanhamento da implementação das decisões, em rede, em cascata e estruturalmente. Para o Conselho Nacional de Justiça, demandas envolvendo desastres são unificadas na taxonomia das “questões ambientais, econômicas e sociais de alta complexidade, grande impacto e repercussão”, incluindo casos como a Boate Kiss, Mariana (Rio Doce), Brumadinho e COVID-19, nos termos da Portaria Conjunta CNJ e CNPM n. 1/2019.¹⁹ Desastres climáticos devem também ser enquadrados nesta taxonomia envolvendo eventos de alta complexidade, grande impacto e repercussão.

2.3.1. Processo Coletivo e Instrumentos para Resposta a Desastres Climáticos

As mudanças climáticas serão um multiplicador de desastres (Farber; Chen; Verchick; Sun, 2015), ao alteram as médias de temperaturas, de precipitações e de aumento do nível do mar, aumentam eventos climáticos extremos tais como ondas de calor, inundações ou secas. São estes riscos catastróficos que irão impor uma necessária reengenharia do Estado Administrativo e seus sistemas governança (Farber, 2018), em seus aspectos constitucionais, administrativos e processuais.

Estes eventos dão margem a uma litigância multifacetada, envolvendo diversos interesses contrapostos, tais como individuais homogêneos, coletivos “stricto sensu” e difusos. Seja qual for a espécie, a prática jurídica norte americana desenvolveu cinco institutos processuais para litígios de desastres massivos: (i) ações individuais ajuizadas em diversas localidades sem coordenação entre elas; (ii) grupos de autores individuais atuando em cooperação estratégica para conduzir suas ações individuais; (iii) as *class actions*; (iv) a litigância multidistrital, prevista no art. 28 U.S.C. § 1407; (v) uma ação com vários indivíduos alocados no polo ativo (Rheingold, 1977, p. 18).

¹⁹ Que institui o Observatório Nacional sobre questões ambientais, econômicas e sociais de alta complexidade, grande impacto e repercussão.

Mutatis mutandis, no processo civil brasileiro há uma ampla gama de instrumentos jurisdicionais coletivos tanto para manejo preventivo como *post factum*. Os interesses transindividuais podem ser tutelados por ação civil pública (Lei n. 7.347/95) ou ação popular (art. 5º, LXXIII, CF, Lei n. 4.717/65), compreendendo casos que envolvam interesses difusos (grupo indeterminado ou indeterminável, tendo como característica aglutinadora um evento fático, por exemplo um dano ambiental) ou coletivos *stricto sensu* (grupo determinado, tendo sua unidade configurada em relação jurídica de base, tais como a contaminação que atingiu apenas os funcionários de um empresa em virtude dos produtos utilizados por esta). Além destes, os desastres comumente dão vazão a grande número de ações individuais aforadas isoladamente pelas vítimas ou aglutinadas em uma ação civil coletiva de direitos individuais homogêneos (conforme previsto no art 81 e 91, do CDC), o que na doutrina é algumas vezes denominado tutela coletiva de direitos individuais (Zavascki, 2008), mas que se trata de uma proteção essencialmente coletiva do grupo de titulares de direitos individuais homogêneos atingido, pelo menos nas fases de conhecimento e fluid recovery, destinada a uma tutela integral (Didier Jr.; Zaneti Jr., 2023, Cap. 2).

Apesar destas categoriais representarem uma conquista histórica para a tutela dos interesses transindividuais e sua distinção em relação aos direitos subjetivos individuais, sejam eles tutelados individual ou coletivamente (direitos individuais homogêneos), há um risco inegável de enrijecimento processual, sempre que houver uma leitura descontextualizada destes conceitos em relação à situação conflituosa em si.

Para mitigar este enrijecimento conceitual dos interesses transindividuais, a doutrina destaca uma necessidade de transição da tutela coletiva assentada apenas conceitualmente na categorização histórica dos interesses transindividuais para uma reflexão centrada nos conflitos coletivos. Para tanto, lança-se mão dos recortes analíticos concretos da conflituosidade e da complexidade destes litígios (Vitorelli, 2020, p. 29-32; Didier Jr.; Zaneti Jr., 2023, Cap. 2). A principal crítica se faz no sentido de que a diferenciação entre as categorias conceituais dos interesses difusos, coletivos “*stricto sensu*” e individuais homogêneos é árdua e muitas vezes estes interesses estão entrelaçados, sem possibilidade de diferenciação operacional.

Além disso, lesões em grupos atingem indivíduos, e estes, por seu turno, compõem os grupos tutelados. Não há, portanto, uma homogeneidade nestas categoriais. Há grande imprecisão na diferenciação entre os interesses difusos em relação aos coletivos “*stricto sensu*” (interesses transindividuais) e mesmo em relação à tutela coletiva de direitos individuais (homogêneos), na definição de seus limites e objetos precisos, havendo frequente incongruência nas decisões judiciais que envolvam estas categoriais (Vitorelli, 2020, p. 42-43).

A fim de superar este cenário conceitual, propõe a classificação dos litígios coletivos de difusão global²⁰, de difusão local²¹ e de difusão irradiada²².

A perspectiva da tutela dos litígios coletivos deve ser, portanto, combinada com a tutela de direitos coletivos prevista no microsistema do processo coletivo. As categorias de direito permitem a estrutura da tutela e as categorias de conflito funcionam como um fator de adequação. Assim, “as diferenças entre os conflitos coletivos justificam as variações sobre a competência, possibilidade de autocomposição, legitimação para a causa, intervenção de terceiro, conteúdo da decisão etc. Tomar o conflito coletivo – e não o direito coletivo – como fator de adequação do processo coletivo é uma das premissas mais importantes, se não for a mais importante, para a construção de um devido processo legal coletivo” (Didier Jr.; Zaneti Jr., 2023, p. 136).

Esta maior maleabilidade procedimental fornecida por um processo coletivo mais focado no conflito e seus efeitos sobre direitos materiais do que em categorias processuais conceituais, permite uma maior aderência do feito à conflitos dotados de alta complexidade, como, por exemplo, é o caso dos desastres climáticos.

²⁰ Os litígios coletivos de difusão global dizem respeito aqueles em que a lesão ou ameaça “não atinge o diretamente os interesses de qualquer pessoa”, devendo, portanto, ter sua titularidade imputada à sociedade como um todo, representada processualmente a partir de categorias supra-coletivas e despersonalizadas. Como dito pelo autor, afetam ou ameaça a sociedade como um todo: “Aqui não se trata de proteger o bem jurídico porque sua lesão interessa especificamente a alguém, mas porque interessa, genericamente, a todos.” (Vitorelli, Edilson. *Processo Civil Estrutural: teoria e prática*. Salvador: JusPodium, 2020. p. 32-33).

²¹ Já os litígios coletivos de difusão local são aqueles em que, embora coletivo, a lesão ou ameaça “atinge pessoas determinadas, em intensidade significativa, capaz de alterar aspectos relevantes de suas vidas.” O grupo atingido compartilha de alguma tipo de laço de solidariedade social, sendo citado como exemplo grupos indígenas e trabalhadores de determinada empresa, detendo objetivos comuns em relação ao objeto do litígio. (Vitorelli, Edilson. *Processo Civil Estrutural: teoria e prática*. Salvador: JusPodium, 2020. p. 34-36).

²² Finalmente, os litígios coletivos de difusão irradiada apresentam um caráter policêntrico em que a ameaça ou lesão aos interesses atingem de forma diferente, quantitativa e qualitativamente, os integrantes dos grupos, dando origem a subgrupos. Nesta esteira, as soluções desejadas pelos atingidos sejam divergentes e, inclusive, antagônicas. (Vitorelli, Edilson. *Processo Civil Estrutural: teoria e prática*. Salvador: JusPodium, 2020. p. 37-42). Ainda, tais litígios atingem de forma direta os interesses de “diversas pessoas ou seguimentos sociais”, porém, sua repercussão é assimétrica, na medida em que “essas pessoas que compõem uma comunidade, não têm a mesma perspectiva social e não serão atingidas, na mesma medida, pelo resultado do litígio, o que faz com que suas visões acerca do seu resultado desejável sejam divergentes e, não raramente, antagônicas.” (VITORELLI, Edilson. “Tipologia dos Litígios Transindividuais: um novo ponto de partida para a tutela coletiva.” In: Hermes Zaneti Jr. (coord.). *Repercussões do Novo CPC: Processo Coletivo*. Salvador: Editora Juspodium, 2016. p. 97).

3. REFERÊNCIAS

- ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. p. 132.
- BURGER, Michael; WENTZ, Jessica; HORTON, Radley. “**The Law and Science of Climate Change Attribution**.” *Columbia Journal of Environmental Law*. v. 45, n. 1, 2020.
- CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do Processo e “Zonas de Interesse”: sobre a Migração entre Polos da Demanda. **Revista Forense**, n. 404, 2009.
- CARVALHO, Délton Winter de. **Dano Ambiental Futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- CARVALHO, Délton Winter de. **Desastres Ambientais e sua Regulação Jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- CARVALHO, Délton Winter de. “**Desvendando a emergência climática**.” *Atuação: Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense*. v. 17, n. 36, p. 39-64, 30 nov. 2022.
- CARVALHO, Délton Winter de. “**Constitucionalismo climático como fundamento transnacional aos litígios climáticos**.” *Revista de Direito Internacional*. v. 19, n. 1, 2022.
- CHAYES, Abram. “The Role of The Judge in Public Law Litigation.” *Harvard Law Review*. Vol. 89, n. 7, May, 1976. **Climate Change Attribution**.” *Columbia Journal of Environmental Law*. v. 45, n. 1, 2020.
- CLX, Climate Litigation Accelerator. **Lliuya v. RWE**. Disponível em: <https://clxtoolkit.com/casebook/liuya-v-rwe-ag/>. Acesso em: 06. jun. de 2023.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo**. 17ª ed. Vol. IV. Salvador: JusPodium, 2023 (13ª, 2019).
- FARBER, Daniel; CHEN, Jim; VERCHICK, Robert; SUN, Lisa Grow. **Disaster Law and Policy**. 3ª ed. 2015.
- FARBER, Daniel. “**Governance Principles and Climate Disasters: constitutional and administrative law issues**.” Rosemary Lyster; Robert Verchick. *Research Handbook on Climate Disaster Law: Barriers and Opportunities*. Elgar, 2018.
- GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: JusPodivm, 2020.
- IPCC. SREX – **Special Report on Managing the risks of extreme events and disasters to advance climate change adaptation**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- JARIA-MANZANO, Jordi; BORRÀS, Susana (Eds.). **Research Handbook on Global Climate Constitutionalism**. Cheltenham (UK); Northampton (MA, USA): Edward Elgar Publishing, 2019.
- JURISDIÇÃO. **Comarca de Caraguatatuba – SP. Tutela Cautelar Antecedente – Liminar**. Processo Judicial n. 1000011-74.2023.8.26.0626, Juiz Dr. Paulo Guilherme de Faria, 22 de fevereiro de 2023.
- JusClima 2030. Litígios climáticos - órgão julgador: **15ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária de Minas Gerais**. Disponível em: <https://jusclima2030.jfrs.jus.br/litigio/ibama-vs-siderurgica-sao-luiz-ltda/>. Acesso em: 6 de jun. de 2023.
- JusClima 2030. Litígios climáticos - órgão julgador: **7ª Vara Federal Ambiental e Agrária da Seção Judiciária do Amazonas**. Disponível em: <https://jusclima2030.jfrs.jus.br/litigio/ministerio-publico-federal-vs-dauro-parreira-de-rezende-brasil/>. Acesso em: 6 de jun. de 2023.
- LYSTER, Rosemary. **Climate Justice and Disaster Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 7ª ed. São Paulo: RT, 2020.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória (e Tutela de Remoção do Ilícito)**. 8ª ed. São Paulo: RT, 2022.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 294 ao 333**. Luiz Guilherme Marinoni; Sérgio Cruz Arenhart; Daniel Mitidiero. *Coleção Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 71-72.
- MAZZEI, Rodrigo. A “Intervenção Móvel” da Pessoa Jurídica de Direito Público na ação Popular e Ação de Improbidade Administrativa (art. 6º, § 3º, LAP, e art. 17, § 3º, LIA). In.: **Aspectos Polêmicos e Atuais sobre Terceiros no Processo Civil e Assuntos Afins**. São Paulo: RT, 2007.

MITIDIERO, Daniel. **Processo Civil**. São Paulo: RT, 2021.

PEEL, Jacqueline; OSOSFSKY, Hari M. **Climate Change Litigation: Regulatory Pathways to Cleaner Energy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

RHEINGOLD, Paul D. **Mass Disaster Litigation and the Use of Plaintiffs' Groups**. Major and Complex Litigation. v. 3, n. 3, American Bar Association, 1977.

ROSA, Rafaela Santos Martins da. **Dano Climático: Conceito, Pressupostos e Responsabilização**. Tirant, 2023.

SALZMAN, James; HUNTER, David. "Negligence in the Air: the Duty of Care in Climate Change Litigation." University of Pennsylvania Law Review. v. 156, 2007.

SETZER, Joana; CARVALHO, Délton Winter de. "Climate litigation to protect the Brazilian Amazon: establishing a constitutional right to a stable climate." Review of European, Comparative & International Environmental Law - RECIEL. v. 30, n. 2, 2021. p. 197-206.

SMITH, Joseph; SHEARMAN, David. **Climate Change Litigation: analysing the law, scientific evidence & impacts on the environment, health & property**. Adelaide: Presidian, 2006.

SHERMAN, Edward. "Compensating Victims of Mass Disasters through the Court Systems: Procedural Challenges and Innovations." Russian Law Journal, v. 1, n. 1, 2013. p. 68.

TEMER, Sofia. **Participação no Processo Civil**. Salvador: JusPodivm, 2020.

VITTORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: teoria e prática**. Salvador: JusPodium, 2020.

WEAVER, R. Henry; KYSAR, Douglas A.. "Courting Disaster: Climate Change and the Adjudication of Catastrophe." Notre Dame Law Review. v. 93, n. 1, 2017.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

A TUTELA PROCESSUAL INDIVIDUAL DO SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL¹

Gilberto Fachetti Silvestre²

1. INTRODUÇÃO

O marco regulatório do saneamento básico não deve comportar espaços para inexecutabilidade, motivo pelo qual as políticas públicas na área demandam atenção com vistas à amplificação da sua eficácia.

O presente estudo é uma pesquisa financiada pela Bolsa Pesquisador Capixaba da Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Espírito Santo (FAPES) que tem por objeto analisar os meios típicos das tutelas processuais dos direitos individuais existenciais e patrimoniais como mecanismos cabíveis para dar eficácia ao direito ao saneamento, cuja proteção mais comum ocorre por meio de ações coletivas.

Dados do Conselho Nacional de Justiça revelam que a tutela coletiva tende a ser menos eficiente quando se trata de causas quanto aos bens e políticas

¹ Este trabalho é uma continuação do estudo anterior SILVESTRE, Gilberto Fachetti. A eficiência do saneamento básico no Brasil: entre tutela coletiva e tutelas individuais. In: XXX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI FORTALEZA-CE, 2023, Fortaleza-CE. *Anais do XXX Congresso Nacional do Conpedi: Direitos Sociais e Políticas Públicas II*. Florianópolis: Conpedi, 2023, p. 7-23.

² Professor do Departamento de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Bolsista Pesquisador Capixaba da Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Espírito Santo (FAPES); Doutor em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Pós-Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e em Educação pela UFES; Professor Visitante do Instituto Superior de Direito Canônico de Londrina – Pontifícia Università Gregoriana de Roma; Pesquisador na Școala Doctorală – Facultatea de Drept a Universitatea Alexandru Ioan Cuza” din Iași, Romênia; Advogado. E-mail: gilberto.silvestre@ufes.br.

públicas. Por isso, a pesquisa reflete sobre algumas contribuições que a tutela individual dos direitos pode oferecer para a maior operabilidade e eficácia do marco legal do saneamento básico no Brasil.

A problemática enfrentada consistiu numa análise preliminar em torno da duvidosa natureza jurídica do saneamento básico, uma vez que não há sua previsão expressa como direito fundamental na legislação brasileira. Assim, a pesquisa teve o seguinte problema: é possível utilizar a tutela civil dos direitos da personalidade para o acesso ao saneamento básico?

A hipótese suscitada é de que a tutela processual dos direitos da personalidade deve ser aplicada ao saneamento básico, pois é mais operacional e pode ser mais eficiente que a tutela convencional dos direitos fundamentais sociais. Foi assim que, por meio dos instrumentos jurídicos de resolução de problemas, a pesquisa buscou os elementos que poderiam confirmar essa tese destinada a “individualizar” a tutela do saneamento básico.

A aparente possibilidade de um novo prisma da tutela processual representaria maior eficácia (e, também, eficiência) para a efetivação do direito ao saneamento básico, principalmente quando se fala sobre o aspecto extrapatrimonial dos direitos da personalidade, em que se pode aferir uma operabilidade maior da tutela cessatória, de forma específica e não meramente pecuniária.

A tese de tutela do direito humano ao saneamento básico foi desenvolvida com ênfase na promoção e proteção dos direitos humanos para a satisfação das necessidades humanas básicas, analisando a efetivação de direitos humanos fundamentais, como expressão genuína da cidadania, enfatizando os problemas do fenômeno jurídico e suas soluções concretas, os instrumentos processuais e institucionais necessários para a implementação das necessidades humanas.

Quanto aos materiais e à metodologia, a pesquisa foi bibliográfica e documental, concomitantemente: bibliográfica porque analisou artigos e livros já publicados, não coletando dados de outras fontes ou de campo; e documental porque coletou dados genéricos em matérias jornalísticas e na também na legislação.

Os procedimentos específicos foram executados nesta ordem: 1) delimitação da problemática em torno da eficácia do saneamento básico, apesar das alterações no marco legal promovidas pela Lei n.º 14.026/2020; 2) fixação do problema em torno da possibilidade e das vantagens de se aplicar as tutelas dos direitos da personalidade ao saneamento básico que necessita de segurança, qualidade, regularidade e continuidade; 3) elaboração da hipótese baseada em uma tese propositiva de que a tutela dos direitos da personalidade — vistas, tipicamente, como “individualistas” — podem ser aplicadas para garantir saneamento básico; 4) levantamento e leitura de referências bibliográficas sobre a matéria (direitos da personalidade, saneamento básico e tutelas específica); 5) confirmação da razoabilidade da hipótese e possíveis críticas a mesma; e 6)

confirmação da aplicabilidade e operabilidade da tese proposta em casos concretos hipotéticos.

Ao final, a pesquisa chega a resultados e a contribuições que se fundam em mecanismos processuais, inspirados no Código Civil e no Código de Processo Civil, que se revelam eficientes para obrigar a Administração Pública a promover políticas públicas de saneamento básico mais eficazes.

2. CONTEXTUALIZAÇÃO DA PESQUISA FINANCIADA PELA FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA E INOVAÇÃO DO ESPÍRITO SANTO (FAPES)

A caracterização jurídica — *rectius*: natureza jurídica — do saneamento básico não é ideia consolidada na teoria jurídica. Segundo André Luiz Freire (2020), “a Constituição não definiu a expressão ‘saneamento básico’. Isso, contudo, não implica afirmar que a Lei Maior não traz qualquer significado para ‘saneamento básico’. Muito pelo contrário”. Nesse sentido, é importante destacar que o sintagma “saneamento básico” aparece na legislação (infra e constitucional) com sentidos variados, ou seja, é caracterizada por certa polissemia.

O saneamento básico pode significar objeto de política urbana, serviço público (pois a titularidade é pública) e instrumento de efetivação à saúde (Freire, 2020). Some-se a isso o entendimento de que o saneamento básico é uma política pública, ou seja, não necessariamente um direito (Araújo, 2017, p. 299). Tratam-se, porém, de perspectivas despersonalizadas e não-individualizadas, as quais não contribuem tanto para a eficácia da prestação do saneamento básico no Brasil.

Embora sejam realizados grandes investimentos financeiros, o saneamento ainda é ineficiente. Verifica-se que o montante de fundos disponibilizados para investimentos em medidas estruturais sanitárias básicas aumentou nos últimos anos, mas os montantes segurados não aumentaram significativamente e, além disso, há receios de que melhorias mais profundas serão realizadas promovido nas normas de referência (leis, portarias, portarias *etc.*).

Portanto, considera-se que o complexo contexto institucional no campo do saneamento básico no Brasil apresenta vários obstáculos à implementação de projetos neste setor, o que por sua vez constitui um obstáculo à universalização do acesso aos serviços (Almeida, 2016, p. 15).

O setor apresenta dois tipos de déficit, um quanto ao serviço (qualidade do serviço prestado àqueles que já têm acesso ao saneamento básico, mas que por vezes falha) e um outro quanto acesso ao serviço (falta do saneamento básico para certas pessoas ou comunidades).

No ano de 2019, quando discutia o Projeto de Lei n.º 3261/2019, que deu origem à Lei n.º 14.026/2020 (Marco Legal do Saneamento Básico), a Comissão

de Serviços de Infraestrutura do Senado Federal discutiu em audiências públicas dados do Instituto Trata Brasil a respeito da universalização do saneamento básico no país. Essa audiência pública revelou os seguintes dados (Agência Senado, 2019): 48% da população brasileira ainda não têm coleta de esgoto; 35 milhões de brasileiros ainda não têm água tratada; 5.650 piscinas olímpicas de esgotos são despejadas no meio ambiente diariamente e sem qualquer tratamento; 46% do esgoto do Brasil é tratado; e 59% das escolas do ensino fundamental não possuem rede de esgoto.

Da forma como concebido hoje, o saneamento básico é visto como instrumento para promover outros direitos, como saúde e bem-estar.

3. CABIMENTO DAS TUTELAS PROCESSUAIS INDIVIDUAIS AO SANEAMENTO BÁSICO

É possível a exigibilidade processual-judicial do saneamento básico por meio de ações individuais que defendem a eficácia dos direitos da personalidade.

Da forma como concebido hoje, o saneamento básico é visto como instrumento para promover outros direitos, como saúde e bem-estar. Para Elizângela Suely Bastos Cearense *et alii* (2021, p. 3), por exemplo, o “saneamento básico é uma política social que concretiza o direito à cidadania, conquistados pela sociedade e conseqüentemente amparados pelas leis”.

Ocorre que existe uma diferença entre o *direito* e o *objeto do direito*. Saúde e bem-estar são objetos, finalidades ou interesses protegidos por um direito subjetivo. O titular desse direito é o particular, o qual poderá exigí-lo perante o titular do *dever jurídico*, qual seja, a Administração Pública.

Desse modo, o saneamento básico é o direito da pessoa perante o Estado que garante e protege interesses sanitários, como a saúde e a qualidade de vida.

Andrei Jouravlev *et alii* (2021, p. 137) também reconhece que se deve converter esse interesse em um direito humano: “Al reconocerlos, se asume que cada persona, sin importar raza, sexo, nacionalidad o condición social, puede demandar el acceso a determinadas condiciones materiales e inmateriales de vida y la protección de ciertos intereses”.

Sendo direito subjetivo, o saneamento básico pode ser tutelado judicialmente. E geralmente o é, por meio de ações coletivas. O que se pretende aqui consiste em propor que o particular, por meio de ações individuais, possa tutelar judicialmente seu direito ao saneamento básico.

Há a possibilidade de uma outra ideia — outra, e não nova — em torno do saneamento básico, pela qual o direito é do indivíduo a ser assistido, pois tal direito é visto mais como “direito da coletividade”.

Washington Lima dos Santos *et alii* (2021, p. 1-2 e 4), em sentido semelhante, destaca a existência dos direitos humanos à água potável, à higiene e ao esgo-

tamento sanitário (WASH: *water, sanitation, hygiene*). Observe que água e esgoto são vistos como direitos e não como instrumentos para a realização de algum direito. Aliás, em 2010, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas declarou o acesso à água limpa e esgotamento sanitário como direitos humanos (Heller, 2022). E assim descrevem esses padrões, destacando a necessidade de olhar as demandas sob um aspecto individualizado, circunstanciado:

abrange padrões voltados à disponibilidade de água e esgotamento sanitário, à acessibilidade física à água e ao banheiro, à segurança e qualidade da água distribuída, à acessibilidade econômica e à aceitabilidade da água e da solução para o esgotamento sanitário, bem como a higiene/limpeza, considerando, nesse particular, as condições de privacidade e dignidade humana. Os princípios e padrões dos DHAES [*direitos humanos à água potável, à higiene e ao esgotamento sanitário*] não são associados a padrões fixos. Ao contrário, denotam as peculiaridades de cada demanda. No entanto, as normativas fornecem um quadro que pode apoiar os Estados e as agências internacionais na busca de serviços com caráter mais prescritivo, pautados em regras e instruções (SANTOS; *et alii*, 2021, p. 4).

No mesmo sentido, Gustavo C. X. M. P. Machado (2021, p. 2): “O acesso a água e ao saneamento são direitos humanos universais que estão relacionados ao ambiente sustentável, a promoção da saúde e, por conseguinte, a qualidade de vida, entre outros”.

Para Edson Aparecido da Silva e Ricardo de Sousa Moretti (2021), os direitos humanos, conforme definidos pela Organização das Nações Unidas, incluem o direito à vida e à liberdade de escravidão, tortura, opinião e expressão, além de outros. Destacam que o direito humano à água e saneamento é um pré-requisito para a realização de outros direitos humanos, sendo ele próprio, um direito dessa natureza.

De se observar, então, a natureza de potestade do saneamento básico, reconhecida, inclusive, pela Organização das Nações Unidas (Aguiar; Moretti, 2021, p. 22-23) (Cacenate; Branchi, 2021, p. 255-256).

Direitos humanos e direitos da personalidade se interseccionam. Geralmente, os primeiros são vistos como poderes gerais, amplos, valores de proteção da humanidade (Henrique; Moretti, 2021). Segundo Andrei Jouravlev *et alii* (2021, p. 137), as comunidades globais estabelecem certos “pisos mínimos” de convivência, que são diretrizes básicas do que se exige dos outros, e na era atual esses pisos mínimos são os direitos humanos.

Já os direitos da personalidade são poderes privados, individuais, da individualidade do sujeito de direito. Ocorre que, de certa maneira, os direitos da personalidade são individualizações de direitos humanos, dando a estes contornos mais individualizados. Em última instância, ambas as categorias servem à proteção da dignidade e da personalidade humanas. Neste sentido Aline Maria Baldez

Custódio (2021, p. 1), para quem o “acesso à água potável e ao saneamento são direitos humanos declarados pela ONU, e sua ausência ou insuficiência limitam o alcance da dignidade humana”.

Diante das possibilidades de danos à personalidade decorrentes de lesões aos direitos da personalidade, existem duas maneiras de proteger tais direitos: a *autotutela*, quando o próprio titular do direito poderá tomar medidas para impedir que o dano ocorra ou continue ocorrendo, na iminência da ação do agente ou durante essa ação danosa; e a *heterotutela*, que se refere aos casos em que o dano já ocorreu ou há a possibilidade de vir a ocorrer, além, evidentemente, quando a vítima não tem condições de praticar a autotutela (Silvestre; Hibner, 2017, p. 17) (Silvestre; Faim, 2020, p. 247-248).

Concomitante ou seguidamente, são as seguintes as tutelas dos direitos da personalidade (Silvestre; Hibner, 2017, p. 17-24):

1. *Ressarcitória*: objetiva a reparação dos prejuízos patrimoniais (perdas e danos) — tutela indenizatória — e à compensação dos prejuízos extrapatrimoniais (dano moral) (Marasca, 2013, p. 1359 e segs.) — tutela compensatória;
2. *Inibitória*: refere-se prevenção da lesão, para que o dano não ocorra;
3. *Cessatória*: impede que uma lesão à personalidade já iniciada continue ocorrendo, seja naqueles casos em que o dano se repete com frequência, seja nos casos em que uma conduta produz o dano perenemente (Bellelli, 2004, p. 601 e ss.); e
4. *Restauratória*: é um “conjunto de medidas que objetiva a remoção dos efeitos do ilícito já ocorrido, com o propósito de restaurar a personalidade da vítima” (Silvestre; Hibner, 2017, p. 24).

Todas as tutelas se aplicam em caso de lesão ao direito ao saneamento básico, em caso de não ser devidamente prestado pelo Estado.

As tutelas cessatória e inibitória constituem a proteção preventiva do dano, de modo a evitar a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito (Silvestre; Hibner, 2017, p. 20). São as mais aplicáveis aos casos de saneamento básico.

Como forma de inibir a ocorrência do dano ou sua continuidade, o juízo fixa obrigação de fazer e/ou de não fazer, impondo *astreintes* para o caso de descumprimento da ordem judicial (*caput* do art. 814 do Código de Processo Civil). Têm espeque legal no *caput* do art. 12 do Código Civil e no parágrafo único do art. 497 do Código de Processo Civil.

A tutela cessatória não é uma ação, um procedimento; é a proteção que se concede, de maneira específica (tutela específica), em uma ação de fazer ou de não fazer, com espeque no art. 497 do Código de Processo Civil (Silvestre; Faim, 2020, p. 251). Logo, cessatória é a tutela concedida em uma ação de co-

nhecimento, de conteúdo condenatório e de eficácia executivo-mandamental, o que possibilita a tutela provisória (Nery Jr.; Nery, 2015, p. 1183).

4. TUTELA INDIVIDUAL DO SANEAMENTO BÁSICO VERSUS TUTELA COLETIVA

Aqui se defende que uma única pessoa poderá conseguir, via tutela da personalidade, para si, para sua rua ou para seu bairro, o saneamento básico (Silvestre; Faim, 2021, p. 257).

A questão da legitimidade ativa gira em torno da natureza difusa do interesse do saneamento básico. Se o controle das políticas públicas relativas a saneamento básico afeta e interessa a toda a coletividade, então seria possível valorar o interesse de cada pessoa individualmente?

Assim, em se tratando de saneamento básico, reconhecido como um direito de natureza coletiva e não individual, não se faria possível uma tutela individual porque isto atingiria direito de todos os moradores do local.

Nessa perspectiva coletivista, o saneamento básico é um direito indivisível e seu interesse é difuso, devendo, portanto, ser pleiteado através de ação civil pública (*caput* do art. 5.º da Lei n.º 7.347/1985).

Mas essa possibilidade de legitimar ativamente para a causa o sujeito individualmente já foi decidida pelo Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu, no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n.º 1.870.390/RJ, a legitimidade do indivíduo para a propositura de ações individuais cuja matéria seja saneamento básico (STJ, AgInt. no AREsp. n.º 1.870.390/RJ, Segunda Turma, Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 29/11/2021).

Nesse sentido, a civilística e a processualística fornecem instrumentos capazes de realizar e promover políticas públicas de saneamento básico mais céleres e eficazes.

Além disso, os mecanismos processuais de tutela individual se revelam mais eficientes que o processo coletivo para obrigar a Administração Pública a promover políticas públicas de saneamento básico mais eficazes.

Sendo o saneamento básico um direito humano, quando individualizado na vida civil de uma pessoa específica, ele ganha feições de direito da personalidade. Por isso, pode ser tutelado individualmente, independentemente de ações coletivas que dependem de Ministério Público ou Defensoria Pública.

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2021), 55% das demandas relativas a direitos humanos se concentraram nos Juizados Especiais. A tramitação em um juizado especial tende a ser mais célere.

Ainda de acordo com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2021), o tempo médio de um processo em Juizados Especiais até a sentença é de dois anos, enquanto que na Justiça Comum pode chegar a até cinco anos.

A partir de entrevistas realizadas com juízes, o Conselho Nacional de Justiça (2017, p. 16-18) identificou a percepção de que as ações individuais têm mais sucesso que as ações coletivas para a tutela de acesso a políticas e bens públicos. Conclusão: para 62,4% dos juízes entrevistados, as ações individuais solicitando acesso a políticas ou bens públicos têm mais sucesso que as ações coletivas com o mesmo objetivo.

Sendo o saneamento básico uma política pública, sua tutela pela via do processo coletivo tende a ser mais complexa e menos bem-sucedida. A tutela pela via de ações individuais possibilita o acesso das pessoas ao saneamento básico com mais celeridade e com mais expectativas de sucesso.

Para a Sociedade Brasileira de Direito Público (2017a, p. 11), a falta de celeridade e a complexidade do processo constituem o principal problema das ações coletivas.

Os juízes indicaram, ainda, quais seriam as desvantagens das ações coletivas se comparadas com as ações individuais, chegando aos seguintes pontos (SBDP, 2017, p. 80-81): as ações coletivas requerem tratamento diferenciado; as ações coletivas são mais complexas; autores de ações coletivas não acompanham tais processos com o mesmo afinco com que atores de ações individuais acompanham suas lides; os cartórios tratam diferentemente as ações coletivas, não lhes dando prioridade; e as ações coletivas demoram mais tempo para serem julgadas.

Ao analisar os dados, a pesquisa concluiu que (SBDP, 2017, p. 81): 81,7% dos magistrados ouvidos reconheceram que o processamento e julgamento das ações coletivas são, em regra, mais complexos do que aqueles envolvidos na tramitação de ações individuais; 73,3% dos entrevistados concordam que as ações coletivas, em regra, demoram mais tempo para serem julgadas; 59,8% dos respondentes entendem que os autores dos processos coletivos não atuam com o mesmo afinco que se observa nos litigantes do polo ativo de ações individuais; e 51,4% dos juízes entrevistados, as ações coletivas não recebem tratamento diferenciado/prioritário nos cartórios das varas judiciais.

Quanto às ações individuais, a Sociedade Brasileira de Direito Público indagou os entrevistados se, em sua experiência, as ações individuais tendem a ter mais êxito, com julgamentos favoráveis à ação, em relação às ações coletivas em casos que envolvem acesso a políticas e bens públicos.

O resultado foi o entendimento de que há maior probabilidade de sucesso em casos individuais. Para 62,4 % dos juízes, as ações individuais de acesso a políticas e bens públicos têm uma taxa de sucesso mais elevada que as ações coletivas. Já para 8,5% as ações coletivas têm mais sucesso. Para 23,4%, não houve diferença na probabilidade de uma decisão positiva entre a ação coletiva e a ação individual relacionada com o acesso políticas e interesse público (SBDP, 2017, p. 82).

A partir desses dados, é possível concluir que a tutela de políticas e bens públicos individualmente não só é possível como se apresenta como mais salutar. Não se trata de propor a substituição da tutela coletiva do saneamento pela tutela individual, mas de apresentar a possibilidade (e eficácia) da tutela individual do saneamento, para diminuir a dependência dos desassistidos em relação a outros agentes.

5. CONCLUSÃO

Para a eficácia de direitos de amplitude e interesse social, como é o caso do saneamento básico, o Direito Processual Civil reserva uma tutela coletiva aos direitos transindividuais, cujo processo-procedimento está previsto, básica e essencialmente, nos arts. 81 a 104 da Lei n.º 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) e na Lei n.º 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública). Nesta perspectiva, a Defensoria Pública — com espeque no art. 185 do Código de Processo Civil — e o Ministério Público — por subsunção ao inciso I do *caput* do art. 178 do Código de Processo Civil — têm legitimidade ativa para a propositura de ação coletiva visando à consecução das ações administrativas necessárias para assegurar o saneamento básico àqueles desassistidos do serviço.

Esta pesquisa analisou dados do Conselho Nacional de Justiça que revelam uma baixa operabilidade — que leva ao risco de ineficiência — das ações coletivas, basicamente por causa da complexidade das ações coletivas e da demora na tramitação, que se prolonga por anos. Ou seja, a tutela coletiva é importante, mas pode não ser tão eficiente para a garantia do saneamento básico a quem não o tem.

O saneamento pode ser visto para além da sua *transindividualidade*, ou seja, na sua *individualidade*, como um direito de natureza existencial. Nesse sentido, o saneamento básico se revelou um direito da personalidade (art. 11 e ss. do Código Civil).

Com efeito, o direito ao saneamento básico possibilita a tutela processual cessatória, de caráter individual, por vezes mais eficaz que a tutela coletiva típica dos direitos fundamentais. Consequentemente, cabem formas de tutela individual do direito ao saneamento básico, diminuindo ou retirando a dependência das pessoas desatendidas em relação a ações civis públicas para a eficácia desse direito.

Não se trata de uma proposta individualista, mas de propor uma garantia e uma solução do problema que envolve a realização dos instrumentos necessários para promover o sanitarismo no Brasil.

Não se objetiva construir uma ideia de primazia da individualidade sobre a coletividade, mas apenas de oferecer um mecanismo a mais para tutelar aqueles vulneráveis que se encontram em condições degradantes de sua digni-

dade por causa da falta de saneamento básico e que, por isso, vivem em situação degradante.

6. REFERÊNCIAS

AGÊNCIA SENADO. Brasil tem 48% da população sem coleta de esgoto, diz Instituto Trata Brasil. **Senado Notícias**. 25 set. 2019. Disponível em <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/09/25/brasil-tem-48-da-populacao-sem-coleta-de-esgoto-diz-instituto-trata-brasil>>. Acesso em 28 mar. 2022.

AGUIAR, Alex Moura de Souza; MORETTI, Ricardo de Sousa. Introdução: a Tarifa Social e o direito humano à água e ao saneamento. In: MORETTI, Ricardo de Sousa; BRITTO, Ana Lucia (orgs.). *Água como direito: tarifa social como estratégia para a acessibilidade econômica*. Brasília: ONDAS – Observatório Nacional dos Direitos à Água e ao Saneamento, 2021, p. 19-29.

ALMEIDA, Hugo Vítor Dourado de. **Ambiente institucional-normativo de acesso aos recursos públicos do saneamento básico: estudo das limitações a partir de pleitos do PAC Funasa para esgotamento sanitário na Bahia**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal da Bahia. Orientador: Luiz Roberto Santos Moraes. Salvador, 2016.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

ARAÚJO, Alexandre Mota Brandão de. Análise jurídica do saneamento básico no Brasil. **Revista de Doutrina e Jurisprudência**, vol. 108, n. 2, p. 283-300, jan-jun. 2017.

BARBAZZA, Alberto. Natura, contenuto e struttura dei diritti della personalità. RUSCICA, Serafino (a cura di). **I diritti della personalità**. Strategie di tutela. Inibitorie. Risarcimento danni. Internet. Padova: Cedam, 2013, p. 31-124.

BELLELLI, Alessandra. L'inibitoria come strumento generale di tutela contro l'illecito. **Rivista di Diritto Civile**. Padova, anno L, n. 5, p. 601-624, lug./ago., 2004.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Departamento de Análise em Saúde e Vigilância de Doenças não Transmissíveis. **Saúde Brasil 2019: uma análise da situação de saúde com enfoque nas doenças não preveníveis e na imunização**. Brasília: Ministério da Saúde, 2019.

CACENOTE, Rafaela; BRANCHI, Bruna A. Ocupações urbanas e direitos humanos à água e ao saneamento: o caso da Ocupação Bela Vista – Passo Fundo (RS). In: HELLER, Léo; MONTENEGRO, Marcos Helano Fernandes; MORETTI, Ricardo de Sousa (Orgs.). **Olhares sobre a realização dos direitos humanos à água e ao saneamento**. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2021, p. 253-268.

CARCARÁ, Maria do Socorro Monteiro; SILVA, Elaine Aparecida da; MOITA NETO, José Machado. Saneamento básico como dignidade humana: entre o mínimo existencial e a reserva do possível. **Engenharia Sanitária e Ambiental**, v. 24, n. 3, p. 493-500, maio 2019. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-41522019000300493&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 15 maio 2021.

CARVALHO, Sônia Aparecida de; ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. O direito fundamental ao saneamento básico como garantia do mínimo existencial social e ambiental. **Revista Brasileira de Direito**, v. 8, n. 2, p. 6-37, out. 2012. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/286>>. Acesso em: 15 maio 2021.

CEARENSE, Elizângela Suely Bastos; PONTES, Sheila Silva. A precariedade da política de saneamento: a realidade das comunidades do bairro de águas lindas em Belém/PA. In: ONDAS – OBSERVATÓRIO NACIONAL DOS DIREITOS À ÁGUA E AO SANEAMENTO. **Anais do Encontro Nacional pelos Direitos Humanos à Água e ao Saneamento – ENDHAS**, 09 a 11 de dezembro de 2021. Brasília: ONDAS, 2021.

CHIARELLA, Maria Luisa. La persona umana nell'ordinamento giuridico. RUSCICA, Serafino (a cura di). **I diritti della personalità**. Strategie di tutela. Inibitorie. Risarcimento danni. Internet. Padova: Cedam, 2013, p. 7-30.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2021**. Brasília: CNJ, 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Sumário Executivo Justiça Pesquisa**. Direitos e Garantias Fundamentais. Ações Coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2018/02/9b3ba34c3dd4f6b44893444f7c29b2be.pdf>>. Acesso em 20 fev. 2022.

- COSTA, Ilton Garcia da; PIEROBON, Flávio; SOARES, Eliane Cristina. A efetivação do direito ao saneamento básico no Brasil: do PLANASA ao PLANASB. *Revista Jurídica Meritum*, v. 13, n. 2, p. 335-358, jul./dez. 2018.
- CUSTÓDIO, Aline Maria Baldez. Direitos humanos, pobreza e acesso ao saneamento básico no Brasil: retrocessos e perspectivas. HELLER, Léo; MONTENEGRO, Marcos Helano Fernandes; MORETTI, Ricardo de Sousa (Orgs.). **Olhares sobre a realização dos direitos humanos à água e ao saneamento**. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2021, p. 34-80.
- CUSTÓDIO, Aline Maria Baldez. Direitos humanos, pobreza e acesso ao saneamento básico no Brasil: retrocessos e perspectivas. In: ONDAS – OBSERVATÓRIO NACIONAL DOS DIREITOS À ÁGUA E AO SANEAMENTO. **Anais do Encontro Nacional pelos Direitos Humanos à Água e ao Saneamento – ENDHAS**, 09 a 11 de dezembro de 2021. Brasília: ONDAS, 2021.
- EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. **Neoconstitucionalismo e direitos sociais: um contributo contra a pobreza**. Rio de Janeiro: FAPERJ, 2009.
- FERREIRA, Laiana Carla. O acesso ao direito humano à água no novo cenário da prestação regionalizada. In: ONDAS – OBSERVATÓRIO NACIONAL DOS DIREITOS À ÁGUA E AO SANEAMENTO. **Anais do Encontro Nacional pelos Direitos Humanos à Água e ao Saneamento – ENDHAS**, 09 a 11 de dezembro de 2021. Brasília: ONDAS, 2021.
- FREIRE, André Luiz. Saneamento básico: conceito jurídico e serviços públicos. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direitos Difusos e Coletivos. Nelson Nery Jr., Georges Abboud, André Luiz Freire (coord. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/325/edicao-1/saneamento-basico:-conceito-juridico-e-servicos-publicos>.
- FREIRE, André Luiz. Saneamento básico: conceito jurídico e serviços públicos. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Álvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direitos Difusos e Coletivos. Nelson Nery Jr., Georges Abboud, André Luiz Freire (coord. de tomo). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/325/edicao-1/saneamento-basico:-conceito-juridico-e-servicos-publicos>. Acesso em 15 maio 2021.
- HELLER, Léo. A agenda internacional da água. **ONDAS-Privaqua**. 23 fev. 2022. Disponível em <https://ondas-brasil.org/a-agenda-internacional-da-agua/>. Acesso em 25 fev. 2022.
- HELLER, Léo. Acessibilidade econômica: requisito para a igualdade no acesso aos serviços de água e saneamento. In: MORETTI, Ricardo de Sousa; BRITTO, Ana Lucia (orgs.). **Água como direito: tarifa social como estratégia para a acessibilidade econômica**. Brasília: ONDAS – Observatório Nacional dos Direitos à Água e ao Saneamento, 2021, p. 19-29.
- HENRIQUE, Sávio Mourão; MORETTI, Ricardo de Sousa. Comparação entre modelos e práticas de regulação do saneamento. In: MONTENEGRO, Marcos Helano; SILVA, Edson Aparecido; POLLACHI, Amauri; FAUSTINO, Alexandre; MORETTI, Ricardo de Sousa (eds.). **Realização dos direitos humanos à água e ao saneamento: influências da remuneração e da cobrança pela prestação dos serviços de saneamento**. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2021, p. 62-84.
- HIBNER, Davi Amaral. **As tutelas dos direitos da personalidade no Código de Processo Civil**. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Orientador: Prof. Dr. Gilberto Fachetti Silvestre. Vitória, 2019.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa nacional de saneamento básico 2017: abastecimento de água e esgotamento sanitário**. Rio de Janeiro: IBGE, 2020.
- JHERING, C. Rudolf von. **Der Kampf um's Recht**. Vortrag; Wien, 1872. Disponível em: <https://gdz.sub.uni-goettingen.de/id/PPN512195463?if=1&panX=0.473,%22panY=0.809,%22view=22,%22scan=22,%22zoom=22:0.453> >.
- JOURAVLEV, Andrei; MATUS, Sílvia Saravia; SEVILLA, Marina Gil. **Reflexiones sobre la gestión del agua em América Latina y el Caribe. Textos seleccionados 2002-2020**. Santiago de Chile: Naciones Unidas, 2021.
- JULIANO, Ester Feche Guimarães de Arruda; *et al.* Racionalidade e saberes para a universalização do saneamento em áreas de vulnerabilidade social. **Ciênc. Saúde Coletiva**, v. 17, n. 11, p. 3037-3046, nov. 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232012001100020&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 15 maio 2021.

LOISEAU, Grégoire. Des droits patrimoniaux de la personnalité en droit français. *McGill Law Journal*, n. 42, p. 319, 1997.

MACHADO, Gustavo Carvalhaes Xavier Martins Pontual; RODRIGUES, Milena Manhães; OLIVEIRA, Jaime Lopes da Mota; BARROCAS, Paulo Rubens Guimarães; CORTINE, Anna Cecília de Avelar. A relevância de soluções alternativas para universalização do acesso a água no Brasil: o caso da Salta-Z. In: ONDAS – OBSERVATÓRIO NACIONAL DOS DIREITOS À ÁGUA E AO SANEAMENTO. *Anais do Encontro Nacional pelos Direitos Humanos à Água e ao Saneamento – ENDHAS*, 09 a 11 de dezembro de 2021. Brasília: ONDAS, 2021.

MARASCA, Massimo. Diritti della personalità e responsabilità civile. RUSCICA, Serafino (a cura di). **I diritti della personalità**. Strategie di tutela. Inibitorie. Risarcimento danni. Internet. Padova: Cedam, 2013, p. 1341-1400.

MASSA, Kaio Henrique Correa; CHIAVEGATTO FILHO, Alexandre Dias Porto. Saneamento básico e saúde autoavaliada nas capitais brasileiras: uma análise multinível. *Revista Brasileira de Epidemiologia*, Rio de Janeiro, v. 23, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-790X2020000100444&tlng=pt>. Acesso em: 15 maio 2021.

MEIER, Philippe; DE LUZE, Estelle. **Droit des personnes : Articles 11 – 89a CC**. Série Droit civil suisse. Zürich: Schulthess Verlag, 2014

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NOHARA, Irene Patrícia; POSTAL JÚNIOR, Jairo. Perspectiva da gestão do saneamento básico no Brasil: prestação indireta e deficiências setoriais. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, v. 9, n. 1, p. 380-398, jan./abr. 2018.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PERA, Flavio Samuele. Danno-evento e danno-consequenza. VIOLA, Luigi. **Tractatus dei danni. La responsabilità civile ed il danno**. Vol. 1. S/I: Halley Editrice, 2007, p. 387-396.

PINO, Giorgio. Giudizi di valore e dottrine civilistiche – il caso dei diritti della personalità. **Diritto & Questioni Pubbliche**, n. 2, p. 132-140, ago. 2002.

RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. **A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil**. Rio de Janeiro: GZ, 2014.

RUSCICA, Serafino. Mezzi di tutela e profili processuali. RUSCICA, Serafino (a cura di). **I diritti della personalità**. Strategie di tutela. Inibitorie. Risarcimento danni. Internet. Padova: Cedam, 2013, p. 1293-1340.

SANTOS, Washington Lima dos; OLIVEIRA, Naiara Ramos de; GONTIJO, Hebert Medeiros; LIMA, Sonaly Cristina Rezende Borges de. Direitos humanos à água e ao esgotamento sanitário em contextos onde as demandas individuais prevalecem. In: ONDAS – OBSERVATÓRIO NACIONAL DOS DIREITOS À ÁGUA E AO SANEAMENTO. *Anais do Encontro Nacional pelos Direitos Humanos à Água e ao Saneamento – ENDHAS*, 09 a 11 de dezembro de 2021. Brasília: ONDAS, 2021.

SCALISI, Antonino. **Il valore della persona nel sistema i nuovi diritti della personalità**. Milano: Giuffrè, 1990.

SILVA, Edson Aparecido da. Água como direito humano, mas não só. *ONDAS*. 21 jun. 2021. Disponível em <<https://ondasbrasil.org/agua-como-direito-humano-mas-nao-so/>>. Acesso em 25 fev. 2022.

SILVA, Edson Aparecido; MORETTI, Ricardo de Sousa. Universal Access to Sanitation. In: LEAL FILHO, W; AZUL, A.M.; BRANDLI, L.; LANGE SALVIA, A.; WALL, T. (eds) **Clean Water and Sanitation. Encyclopedia of the UN Sustainable Development Goals**. Springer, 2021. Cham. https://doi.org/10.1007/978-3-319-70061-8_107-1

SILVESTRE, Gilberto Fachetti. **A responsabilidade civil pela violação à função social do contrato**. São Paulo: Almedina, 2018.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti; FAIM, Lucas Correa. Contribuições da tutela processual civil dos direitos da personalidade para a eficácia do marco legal do saneamento básico. *Revista de Direito da Administração Pública*, a.5, v.1, n.3, p. 234-257, 2020.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti; GARCIA, Gabriel Pereira. As tutelas dos direitos da personalidade: a tutela ressarcitória. LIMA NETO, Francisco Vieira; SILVESTRE, Gilberto Fachetti; HERKENHOFF, Henrique Geaquinto.

(Orgs.). **Introdução ao Direito Civil**. Volume 1 – personalidade civil e sua tutela. Vitória: Edição dos Organizadores, 2020b, p. 156-160.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti; GARCIA, Gabriel Pereira. As tutelas dos direitos da personalidade: a tutela inibitória. LIMA NETO, Francisco Vieira; SILVESTRE, Gilberto Fachetti; HERKENHOFF, Henrique Geaquito. (Orgs.). **Introdução ao Direito Civil**. Volume 1 – personalidade civil e sua tutela. Vitória: Edição dos Organizadores, 2020c, p. 161-163.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti; GARCIA, Gabriel Pereira. As tutelas dos direitos da personalidade: a tutela cessatória. LIMA NETO, Francisco Vieira; SILVESTRE, Gilberto Fachetti; HERKENHOFF, Henrique Geaquito. (Orgs.). **Introdução ao Direito Civil**. Volume 1 – personalidade civil e sua tutela. Vitória: Edição dos Organizadores, 2020d, p. 164-166.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti; GARCIA, Gabriel Pereira. As tutelas dos direitos da personalidade: a tutela restauratória. LIMA NETO, Francisco Vieira; SILVESTRE, Gilberto Fachetti; HERKENHOFF, Henrique Geaquito. (Orgs.). **Introdução ao Direito Civil**. Volume 1 – personalidade civil e sua tutela. Vitória: Edição dos Organizadores, 2020e, p. 167-185.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti; HIBNER, Davi Amaral. A tutela dos direitos da personalidade no Brasil e na Itália: questões materiais e processuais. II CONGRESSO DE PROCESSO CIVIL INTERNACIONAL. **Anais do II Congresso de Processo Civil Internacional**. Vol. 2. Codificação e acesso à Justiça. Vitória: UFES, 2017, p. 11-26. Disponível em: <<https://periodicos.ufes.br/processocivilinternacional/article/view/19819>>. Acesso em 15 maio 2021.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO. **Ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva**. 2017a. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/a2ab183c-1d1c0c2c69e6023a6c9d42ca.pdf>>. Acesso em 20 fev. 2022.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE DIREITO PÚBLICO. **Ações coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva**. s/l.: SBDP, 2017b. Disponível em <<http://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/01/07-acoes-coletivas-no-brasil-cnj-relatorio-final-pos-nota-tecnica.pdf>>. Acesso em 20 fev. 2022.

SOUSA, R. V. A. Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995.

STEA, Gaetano. La tutela civile dei diritti della personalità. **Rivista Giurisprudenziale**, n. 1, 2001.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

JUSTIÇA MULTIPORTAS E OS CONFLITOS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: ARBITRAGEM E OS INTERESSES PÚBLICOS DISPONÍVEIS

Ricardo Gueiros Bernardes Dias ¹
Diogo Abineder Ferreira Nolasco Pereira²

Sumário: Introdução. 2 Justiça Multiportas: dos meios autocompositivos e heterocompositivos e a história da Arbitragem no Brasil. 3 Interesses disponíveis da Administração Pública? 4 A Arbitragem como tratamento adequado à solução das controvérsias envolvendo a Administração Pública. 5. Conclusão.

ABSTRACT: The purpose of this article is to understand the need to make the language of the multi-door courthouse compatible in conflicts involving Public Administration, especially Arbitration. The research adopts a deductive approach, bibliographic and documental research technique, with an exploratory and propositional methodological objective. The article makes proposals about the possibility of applying Arbitration in conflicts involving the Public Administration, authorized by the Act No. 13,129 / 2015. We will try to demonstrate that the Public Administration has alienable public rights and that for that reason, they can be the subject of an arbitration clause or arbitration commitment.

¹ Pós-Doutorado em Direito pela University of Houston, EUA. Doutor em Direito pela University of California (Hastings)/UGF. Mestre em Direito pela UGF/UERJ. Pós-graduado em Direito Comparado pela Université de Sorbonne (Paris-Panthéon). Graduado em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Professor do Efetivo da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). E-mail: ricardogueiros2014@gmail.com

² Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo – UFES. Parecerista “ad hoc” da Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro). Parecerista do Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). E-mail: diogo.nolasco@gmail.com

The study presents a topic that deserves debate in the academic environment due to its innovation and complexity. Traditionally, there is an interpretation that public interests would necessarily be alienable, which leads to resistance to the recognition of the multi-door courthouse in conflicts involving Public Administration, which, as will be seen, must be overcome.

KEYWORDS: Multi-door courthouse; arbitration; public administration; public right.

RESUMO: O objetivo deste artigo é levar a compreensão da necessidade de se compatibilizar a linguagem do sistema multiportas nos conflitos envolvendo a Administração Pública, especialmente a Arbitragem. A pesquisa adota uma abordagem dedutiva, a técnica de pesquisa é bibliográfica e documental, seu objetivo metodológico é exploratório e propositivo. O artigo faz proposições sobre possibilidade de se aplicar a Arbitragem nos conflitos envolvendo a Administração Pública, autorizada pela Lei n.º 13.129/2015. Procuraremos demonstrar que a Administração Pública possui interesses disponíveis e que por tal razão, podem ser objeto de cláusula compromissória ou compromisso arbitral. O estudo apresenta um tema que merece debate no meio acadêmico devido à sua inovação e complexidade. Tradicionalmente, verifica-se uma interpretação de que os interesses públicos seriam necessariamente indisponíveis, o que induz para uma resistência ao reconhecimento do modelo Justiça Multiportas nos conflitos envolvendo a Administração Pública, que, como se verá, deve ser superada.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça Multiportas; arbitragem; administração pública; interesse público.

1. INTRODUÇÃO

A expressão *multi-door courthouse* (Justiça Multiportas) foi originalmente usada pelo Prof. Frank Sander (Harvard) em 1976, em conferência que posteriormente veio a ser publicada em 1979: Frank Sander. *Varieties of dispute processing*, Minnesota: West Publishing, 1979, p. 65/87. Esse sistema cria uma verdadeira mudança de paradigma, pois privilegia a utilização de meios extrajudiciais de solução de controvérsias que passa pela participação das partes na busca de uma solução amigável o que melhor atenderia aos seus interesses.

O Código de Processo Civil de 2015, artigo 3º, §3º, cogita o sistema multiportas em qualquer fase processual, permitindo às partes uma solução pacífica da controvérsia.

O sistema multiportas, dada sua dimensão, deve ser percebido à luz de distintos tratamentos adequados de solução de conflitos. Os que tratam da autocomposição bem como dos meios heterocompositivos, compreendidos a Jurisdição Estatal e Não-Estatal.

O instituto da Arbitragem, como meio heterocompositivo, tratado como forma de jurisdição não-Estatal, apesar de não ser um instituto novo, ganhou novos contornos a partir do giro dado à cultura do litígio no Brasil que privilegia a jurisdição Estatal.

Ocorre que a Jurisdição Estatal, nos moldes como exercida atualmente, não nos parece instrumento hábil a promover a pacificação social haja vista dar a resposta de modo intempestivo e com pouca possibilidade de restaurar a relação social rompida pelo litígio.

Ademais, nos conflitos envolvendo a Administração Pública, percebe-se ao longo da história, uma resistência estatal em desenvolver uma autonomia negocial. Nesse contexto, a Arbitragem se coloca como um dos tratamentos adequados à solução das controvérsias jurídicas.

A resistência mencionada parte do reconhecimento de um inconsciente coletivo quanto aos interesses da Administração Pública serem sempre encarados como indisponíveis. Isso induziria a uma incompatibilidade da utilização da Arbitragem, ou mesmo os demais tratamentos, como instrumento adequado aos conflitos envolvendo a Administração Pública.

Porém, pretendemos induzir a compreensão de que a Administração Pública possui interesses disponíveis.

A partir disso, o presente estudo fará um corte metodológico no sentido de mostrar ser compatível a Arbitragem como tratamento adequado à solução de controvérsias envolvendo a Fazenda Pública, conforme previsão da Lei n.º 13.129/2015.

O presente estudo pretende responder se a Administração Pública possui interesses disponíveis e de que modo tais interesses, na existência de eventual controvérsia jurídica que os envolva, possam ser tutelados por meio da Arbitragem.

O desenvolvimento do presente artigo é dividido em três partes. Na primeira delas, intitulada “Arbitragem”, pretende-se contextualizar o momento histórico da inserção da Arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro bem como buscar explicar o referido instituto levando-se em consideração a sua natureza jurídica, o seu objeto e o seu campo de atuação, demonstrando assim, como o contendor do direito pode-se valer de tal instituto na defesa de seus Direitos.

A segunda parte nomeada de “Administração Pública e seus interesses disponíveis”, buscou-se demonstrar que há uma cultura jurídica equivocada a interpretar que os interesses da Administração Pública necessariamente são indisponíveis.

Por derradeiro, a terceira parte, a saber, “Alguns aspectos sobre a Arbitragem na solução das controvérsias envolvendo o Poder Público”, encerra a discussão pretendida ao dispor sobre a possibilidade de se utilizar o instituto da Arbitragem como instrumento para dar solução às controvérsias jurídicas envolvendo a Administração Pública.

2. JUSTIÇA MULTIPORTAS: DOS MEIOS AUTOCOMPOSITIVOS E HETEROCOMPOSITIVOS E A HISTÓRIA DA ARBITRAGEM NO BRASIL

A partir do modelo de Justiça Multiportas, verifica-se que a autocomposição e a Jurisdição não-Estatal, muito embora bastante evoluídos no resto do mundo, são institutos que vem engatinhando no Brasil. Tal cultura deve ser superada haja vista as inúmeras vantagens em se utilizar de meios não convencionais de solução de controvérsias.

A Arbitragem é eficiente tratamento adequado à resolução de conflitos jurídicos da sociedade. Destacam-se inúmeras vantagens na sua utilização em detrimento da solução convencional oferecida pela Jurisdição Estatal, tais como a rapidez, informalidade, especialização e confiança dos contadores.

A escolha deste meio parte da existência de um “compromisso” bilateral assumido pelos sujeitos envolvidos no conflito, demonstrando, com isso, uma confiança recíproca na busca comum do resultado. A expressão “compromisso” deve ser lida genericamente, ausente do significado técnico do compromisso arbitral ou da cláusula arbitral.

Um procedimento menos formal que o processo judicial, trazendo maior celeridade na sua solução. Além disso, o aspecto da especialidade talvez seja a maior das vantagens, já que os árbitros são tecnicamente especializados no assunto que irão julgar, conhecendo todas as especificidades de casos semelhantes.

Destaca-se ainda a confidencialidade do procedimento arbitral muito embora, nos conflitos envolvendo a Administração Pública vigora o princípio da publicidade. Com efeito, a vantagem da confidencialidade, ao nosso sentir, não se coaduna com a garantia constitucional da publicidade que permite a fiscalização, por qualquer do povo, dos atos envolvendo o Poder Público.

Os tratamentos tradicionais de solução de controvérsias possuem singularidades. Na autotutela há uma imposição do interesse de uma parte sobre a outra. Na autocomposição as partes conjuntamente e autonomamente compõem o conflito. Na jurisdição Estatal o Poder Judiciário, como órgão do Estado, decide com caráter substitutivo e imperativo. O Estado, ao apreciar o pedido, substitui a vontade das partes, aplicando ao caso concreto a “vontade” da norma jurídica (CHIOVENDA, 2000, p.9-14).

A autotutela pode ser identificada como uma forma primitiva de solução de conflitos, verificada quando ainda não existia autoridade (órgão estatal) capaz de superar os interesses dos homens e impor o Direito imperativamente. Atualmente a legislação brasileira autoriza o exercício da autotutela quando há ausência de confiança entre as partes e há impossibilidade de estar o Estado-juiz presente sempre que um direito esteja sendo ou prestes a ser violado como, por exemplo, no caso da prisão em flagrante, legítima defesa, estado de necessidade, desforço imediato, direito de retenção, entre outros.

A autocomposição é também uma forma primitiva de resolução de conflitos, em que as partes envolvidas no conflito cedem seu interesse ou parte dele. Considerada como expressão altruísta que traduzia atitudes de renúncia, reconhecimento ou concessões mútuas entre os adversários. Atualmente legitima-se a autocomposição pela utilização da conciliação e da mediação.

Na visão clássica esposada por Ada Pellegrini e Dinamarco a jurisdição (Estatal) é o instrumento utilizado pelos órgãos do Poder Judiciário para pacificar os conflitos sociais manifestando, para tanto, a vontade do ordenamento jurídico para cada caso apresentado. Atualmente é o método praticamente exclusivo no exercício da pacificação social.

A Arbitragem (Jurisdição Não-Estatal), se coloca como um método de solução de conflitos em que a composição do conflito é entregue a terceira pessoa que decide de forma imperativa, daí ser meio heterocompositivo. As partes envolvidas no conflito elegem um árbitro no qual têm confiança e ele resolve o conflito.

A Arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro tem origem nos tempos da colonização portuguesa, nas Ordenações Filipinas que constava de cinco Livros, divididos em Títulos, e estes em princípio e em parágrafos. O livro III, com 98 Títulos, destinava-se às leis processuais civis. O Título 16 do Livro III das Ordenações Filipinas, previa a certeza da sentença arbitral, independentemente de homologação e a possibilidade de apelação.

A Constituição Imperial de 1824 trazia previsão no artigo 160 que nas causas cíveis, caso as partes convencionassem, seriam nomeados juízes árbitros para decidirem sendo que tais decisões eram irrecorríveis.

O Código de Processo Civil de 1939, no Livro IX – Do Juízo Arbitral, previa arbitragem em diversos dispositivos. O diploma de 1939 autorizava a utilização da arbitragem em alguns casos, mas dependente de homologação pelo Poder Judiciário.

No Código de Processo Civil de 1973, houve uma remodelagem do instituto, previsto no Capítulo XIV do Livro IV, mas manteve-se, entretanto, a obrigação original de intervenção do Poder Judiciário.

Há aproximadamente 25 (vinte e cinco) anos, é que passou a ter previsão em legislação própria. A Lei n.º 9.307/96 que revogou a previsão do instituto no Código de Processo Civil de 1973.

Com a edição da Lei da Arbitragem, em meados da década de 90, com uma cultura nacionalmente desfavorável haja vista seu alto custo, manteve-se adstrita a círculos muito restritos.

Na doutrina nacional, a cultura desfavorável à arbitragem se dava pela ausência de execução específica à cláusula compromissória, fato que, segundo Vera Cecília Monteiro de Barros, se resolveu com a entrada em vigor da Lei n.º 9.307/96, pois “deu-se um passo extremamente importante e removeu-se o obstáculo que sempre impediu o desenvolvimento da arbitragem no país” (BARROS, 2016, p. 584).

Outro marco importante à consolidação da Arbitragem no país foi o reconhecimento da constitucionalidade da Lei n.º 9.307/96 pelo Supremo Tribunal Federal em 2001.

EMENTA: 1.Sentença estrangeira: laudo arbitral que dirimiu conflito entre duas sociedades comerciais sobre direitos inquestionavelmente disponíveis - a existência e o montante de créditos a título de comissão por representação comercial de empresa brasileira no exterior: compromisso firmado pela requerida que, neste processo, presta anuência ao pedido de homologação: ausência de chancela, na origem, de autoridade judiciária ou órgão público equivalente: homologação negada pelo Presidente do STF, nos termos da jurisprudência da Corte, então dominante: agravo regimental a que se dá provimento, por unanimidade, tendo em vista a edição posterior da L. 9.307, de 23.9.96, que dispõe sobre a arbitragem, para que, homologado o laudo, valha no Brasil como título executivo judicial. 2. Laudo arbitral: homologação: Lei da Arbitragem: controle incidental de constitucionalidade e o papel do STF. A constitucionalidade da primeira das inovações da Lei da Arbitragem - a possibilidade de execução específica de compromisso arbitral - não constitui, na espécie, questão prejudicial da homologação do laudo estrangeiro; a essa interessa apenas, como premissa, a extinção, no direito interno, da homologação judicial do laudo (arts. 18 e 31), e sua conseqüente dispensa, na origem, como requisito de reconhecimento, no Brasil, de sentença arbitral estrangeira (art. 35). A completa assimilação, no direito interno, da decisão arbitral à decisão judicial, pela nova Lei de Arbitragem, já bastaria, a rigor, para autorizar a homologação, no Brasil, do laudo arbitral estrangeiro, independentemente de sua prévia homologação pela Justiça do país de origem. Ainda que não seja essencial à solução do caso concreto, não pode o Tribunal - dado o seu papel de “guarda da Constituição” - se furtar a enfrentar o problema de constitucionalidade suscitado incidentalmente (v.g. MS 20.505, Néri). 3. Lei de Arbitragem (L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário

(CF, art. 5º, XXXV). Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF. Votos vencidos, em parte - incluído o do relator - que entendiam inconstitucionais a cláusula compromissória - dada a indeterminação de seu objeto - e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, conseqüentemente, declaravam a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9.307/96 (art. 6º, parágrafos único; 7º e seus parágrafos e, no art. 41, das novas redações atribuídas ao art. 267, VII e art. 301, inciso IX do C. Pr. Civil; e art. 42), por violação da garantia da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário. Constitucionalidade - aí por decisão unânime, dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prescrevem a irrecorribilidade (art. 18) e os efeitos de decisão judiciária da sentença arbitral (art. 31). (SE 5206 AgR, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 12/12/2001, DJ 30-04-2004 PP-00029 EMENT VOL-02149-06 PP-00958).

A Suprema Corte, por maioria de votos, manifestou entendimento de que não se representaria afronta à inafastabilidade da jurisdição a manifestação de vontade da parte contratante na cláusula compromissória.

A corrente minoritária preconizada pelo relator Min. Sepúlveda Pertence, assentava que a lei de arbitragem afrontaria a garantia constitucional do acesso à Justiça por colidir frontalmente com a inafastabilidade do controle jurisdicional prevista no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988. Porém, a corrente majoritária, que contou com os votos dos Ministros Nelson Jobim, Ilmar Galvão, Ellen Gracie, Celso de Mello, Marco Aurélio, Maurício Corrêa e Carlos Velloso, ratificou como efetivo fundamento do reconhecimento da constitucionalidade que o inciso XXXV representa um direito à ação, e não um dever.

Na ocasião, assentou o Min. Marco Aurélio Mello que a arbitragem é “uma tendência mundial no sentido de, tanto quanto possível, evitar-se a sobrecarga do Judiciário, de modo a chegar-se, no menor espaço de tempo, à solução de um conflito de interesses, no que este abala a paz social” (AgRe na SE 5206/Espanha, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 30.04.2004).

Com vistas a ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem, em agosto de 2012, por iniciativa do Senado Federal, foi criada uma Comissão de Juristas incumbida de elaborar o projeto de Lei de Arbitragem e Mediação. Presidiu esta comissão o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Luís Felipe Salomão. A iniciativa visava dispor sobre a escolha dos árbitros, a prever sobre interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem e sobre a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem.

O Anteprojeto no Senado Federal teve seu texto original, com poucas modificações, aprovado pelo PLS 406/2013. Na Câmara dos Deputados, o projeto que teve o número 7.108/2004, teve uma pequena alteração que foi rejeitada pelo Senado Federal posteriormente. Após aprovação do texto final pelo Senado, o Projeto foi encaminhado à sanção presidencial. Em 26 de maio de 2015, após sancionada com vetos na esfera consumerista e trabalhista, promulga-se a Nova Lei de Arbitragem n.º 13.129 que entraria em vigor 60 dias após sua publicação.

A alteração legislativa manteve a sistemática anterior. “Foram preservados, no geral, os princípios e fundamentos normativos do texto original, com melhorias pontuais, a consolidação da jurisprudência dos nossos Tribunais Superiores e a definição de algumas questões práticas que suscitaram interpretações divergentes” (BARROS, 2016, p. 585).

No Brasil, com o Código de Processo Civil de 2015, verificou-se uma expansão da Arbitragem com “a equiparação da sentença arbitral com a sentença judicial, qualificando aquela como título executivo judicial e retirando a necessidade de homologação” (MAZZEI; CHAGAS, 2015, p. 530).

Uma importante modificação feita pela Lei n.º 13.129/2015 é a arbitragem envolvendo a Administração Pública.

A possibilidade de incidência das disposições da lei de arbitragem nos interesses da administração pública tem produzido inúmeros debates.

André Chateaubriand Martins traz alguns pontos divergentes ao mencionar uma polarização daqueles que defendem que o art. 1º da Lei Brasileira de Arbitragem (“LBA”) seria uma autorização legal para a Administração Pública utilizar a arbitragem, completando assim o requisito do princípio da legalidade em sentido estrito que preconiza que o administrador público apenas pode fazer o que a lei expressamente lhe permite e daqueles que questionam a arbitragem em contratos administrativos sem previsão expressa na Lei n. 8.666/93, ou sem lei específica autorizando de forma expressa (MARTINS, 2016, p. 67).

Para o autor, esta divergência foi parcialmente resolvida pela jurisprudência ao admitir que cláusulas compromissórias celebradas por empresas públicas e sociedades de economia mista seriam válidas desde que tais órgãos estejam sujeitos ao regime jurídico das sociedades privadas quando exploram atividade econômica conforme artigo 173 §1º, II da Constituição Federal de 1988 (MARTINS, 2016, p. 67). No mesmo sentido.

Em que pese a polêmica, a jurisprudência vinha se mostrando bastante favorável à participação de entidades públicas em arbitragens. Além do famoso “caso Lage”, decidido em 1973 pelo STF, e de acórdão do extinto Tribunal Federal de Recursos – que considerava necessária prévia autorização legal, a orientação

do STJ consolidou nitidamente uma tendência *favor arbitratis*, reconhecendo até que empresas estatais prestadoras de serviços públicos poderiam se submeter à arbitragem, desde que se trate de questão patrimonial disponível, como o equilíbrio econômico-financeiro do contrato (TIBURCIO; PIRES, 2016, p. 431-462).

Mas a divergência ainda reside quando se diz respeito às autarquias e entes integrantes da Administração Pública direta, mormente para se identificar quais conflitos de enquadrariam no conceito de direitos disponíveis relacionados à Administração Pública, questão que ainda será debatida neste ensaio.

Com efeito, a Arbitragem envolvendo a Administração Pública implicou em divergências existindo, antes da Lei n.º 13.159/2015, três correntes doutrinárias.

A primeira corrente baseava-se no artigo 54, *caput*, da Lei n.º 8.666/93, que determina a aplicação supletiva aos contratos regidos por ela, dos princípios da teoria geral dos contratos e das disposições de direito privado. Tal afirmação é defendida por Adilson Abreu Dallari citado por Carmen Tiburcio e Thiago Magalhães Pires (DALLARI *apud* TIBURCIO, 2016, p. 431-462).

A segunda corrente defende que há uma autorização genérica para que se adote a arbitragem em diversas legislações pontuais relacionadas à Administração Pública – como a Lei de Concessões (Lei 8.987/1995, art. 23-A) (TIBURCIO; PIRES, 2016, p. 431-462). Integram esta corrente Caio Tácito (TÁCITO, 1997) e Diogo de Figueiredo Moreira Neto (NETO, 2007).

A terceira e derradeira corrente sustenta que as sociedades de economia mista e empresas públicas exploradoras de atividade econômica, seriam aptas a se submeter à arbitragem tendo em vista a previsão do art. 173, §1º, da Constituição Federal de 1988. Tal posicionamento é sustentado por André Chateaubriand Martins, conforme já elencado e Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2006).

Com a nova lei a questão se encaminha para a admissibilidade da arbitragem em processos envolvendo a Fazenda Pública, e que, mesmo nesse contexto é preciso compreender, tendo em vista o que prescreve o artigo 1º da Lei da Arbitragem, em que consiste a indisponibilidade do interesse público.

3. INTERESSES DISPONÍVEIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA?

Feitas as considerações iniciais quanto a Arbitragem, apenas para contextualizá-la na história, já que o presente estudo não pretende debater o procedimento arbitral nem tampouco esgotar a matéria pretendida, antes de passar ao exame da temática, induziremos a uma compreensão do que consiste a indisponibilidade do interesse público que sustentará a conclusão deste ensaio.

Antes, necessário refletir sobre uma visão um tanto quanto equivocada de que a doutrina clássica de direito administrativo se posiciona no sentido de que os interesses do Estado seriam necessariamente indisponíveis.

Isso levando-se em consideração o fato de que parece haver um inconsciente coletivo no sentido de que o interesse público se sobrepõe ao particular, como verdadeira cláusula geral do direito administrativo.

Esse inconsciente coletivo, aqui denunciado, é fruto de uma leitura superficial que se faz da doutrina clássica. Hely Lopes Meirelles afirma que “a noção de supremacia do interesse público sobre privado decorre da desigualdade entre a Administração e os administrados, constituindo um dos pressupostos do direito administrativo e da existência do próprio estado” (MEIRELLES, 2009, p.105). Celso Antônio Bandeira de Mello assevera que:

Caracteriza a supremacia do interesse público sobre o privado como um princípio basilar de direito administrativo, o qual representa ‘verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Privado’. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo; da sobrevivência e asseguramento deste último (MELLO 2007, p.66).

Como exemplo dessa leitura superficial que se faz da doutrina clássica, embora adote conclusão sobre a análise dos direitos disponíveis com a qual concordamos, temos André Chateaubriand Martins, segundo o qual “estariam os interesses do Estado, em qualquer hipótese, sobrepostos aos interesses do particular” (MARTINS, 2016. p. 73).

Em que pese tal equívoco, o autor reconhece a dificuldade na “compreensão do papel do Estado nas relações em que contrata em nome próprio e, conseqüentemente, a análise das matérias que podem se submeter a arbitragem” (MARTINS, 2016. p. 73), objeto deste tópico.

Pontuando essa imprecisa crítica à doutrina clássica, veja-se que Claudio Penedo Madureira assevera que “ambos os lados parecem compartilhar uma mesma diretriz teórica sobre o modo como deve se dar a aplicação do direito pela Administração, segundo a qual a observância do interesse público pressupõe, inclusive, a realização de direitos subjetivos dos indivíduos” (MADUREIRA, 2015. p. 78).

Após uma leitura conjugada da doutrina clássica, verifica-se que o interesse público se reflete no interesse do Estado e da Sociedade na observância da ordem jurídica e por isto há efetiva realização de direitos subjetivos dos indivíduos e (MADUREIRA, 2015. p. 78), além disso, o conceito formulado pelo direito administrativo traz maior segurança às relações jurídicas (MADUREIRA, 2015. p. 85).

Assim, o Estado e a Sociedade ao observarem a ordem jurídica realizam o próprio interesse público.

Logo, não nos parece que todo o direito da Administração, por sua simples relação com os administrados, pauta-se pela ideia de indisponibilidade.

Com efeito, é inquestionável o equívoco em “relacionar a indisponibilidade de direitos a tudo quanto se puder associar, ainda que ligeiramente, à Administração” (GRAU, 2002, p.398).

Neste ponto do trabalho, vale destacar a diferença entre interesse público primário e interesse público secundário, classificação proposta por Renato Alessi.

O interesse público primário seria o “complexo de direitos individuais prevalentes em uma determinada organização jurídica da coletividade” já o interesse público secundário seria “o interesse da administração enquanto aparato organizativo, unitariamente considerado” (ALESSI *apud* MARTINS, 2011, p. 197-198).

Celso Antônio Bandeira de Mello trouxe para o direito brasileiro a sua contribuição desta distinção afirmando, em resumo, que o interesse primário é a dimensão pública do interesse privado, se referindo ao plexo de interesses dos indivíduos enquanto partícipes da sociedade e o secundário é o interesse particular, individual do Estado enquanto pessoa jurídica autônoma (MELLO, 2007, Cap. I).

Mostra-se importante a distinção referenciada, pois conforme sustenta Renato Alessi citado por Ricardo Marcondes Martins, “em relação aos interesses secundários e patrimoniais a Administração deve utilizar-se de meios jurídicos estabelecidos pelo direito privado, pois para a satisfação desses interesses ela não goza de supremacia jurídica sobre os particulares” (ALESSI *apud* MARTINS, 2011, p. 198).

Em apertada síntese, os interesses públicos primários são aqueles que promovem e concretizam os valores eleitos pela sociedade como um todo, como por exemplo, a dignidade da pessoa humana, a democracia, a justiça, a proteção ao meio ambiente, etc. ao passo que os interesses públicos secundários se relacionam aos interesses patrimoniais do Estado ou suas entidades.

Nessa linha de raciocínio é que começa a tomar corpo a afirmação de que a Administração Pública possui interesses disponíveis, embora tal afirmação não se parece incontroversa entre os doutrinadores.

Ainda fundado na distinção entre os interesses públicos primários e secundários, Diogo de Figueiredo Moreira Neto assenta a noção de disponibilidade aqui defendida.

Está-se diante de duas categorias de interesses públicos: os primários e os secundários, sendo que os primeiros são indisponíveis e o regime público é indispensável, ao passo que os segundos têm natureza meramente instrumental, existindo para que os primeiros sejam satisfeitos, e resolvem-se em relações patrimoniais e, por isso, tornaram-se disponíveis na forma da lei, não importando sob que regime. São disponíveis nesta linha, todos os interesses e os direitos derivados que tenham expressão patrimonial, ou seja, que possam ser quantificados monetariamente, e estejam no comércio, e que são, por esse mo-

tivo e normalmente, objeto de contratação que vise a dotar a Administração ou seus delegados dos meios instrumentais de modo a que estejam em condições de satisfazer os interesses finalísticos que justificam o próprio Estado (NETO, 1997, p.84).

Nesse escopo, os interesses patrimoniais da Administração, que são interesses secundários, são interesses públicos disponíveis e em relação a eles, “a Administração não gozaria de supremacia: estaria numa posição de igualdade em relação aos administrados” (ALESSI *apud* MARTINS, 2011, p. 199).

Cumprе ressaltar, neste ponto, em respeito ao valor intelectual do autor e como modo de demonstrar que o tema não é pacificado, que apesar de ter sido trazido neste artigo as lições de Renato Alessi citado por Ricardo Marcondes Martins, este não compreende como possível a Arbitragem pela Administração Pública mormente por não reconhecer como disponíveis os interesses públicos secundários.

Sintetiza-se: a teoria que sustenta a possibilidade da utilização da arbitragem pela Administração para os interesses disponíveis desta deve ser rechaçada porque a Administração, conceitualmente, não possui interesses disponíveis. O chamado interesse público secundário só é juridicamente reconhecido quando for coincidente com o primário. Interesse público secundário não coincidente com o primário não é tutelado pelo Direito, não é interesse jurídico (MARTINS, 2011, p. 201).

Como já afirmado, embora dissonante, o reconhecimento de interesses disponíveis da Administração é fundamental para a conclusão deste estudo.

O Superior Tribunal de Justiça já enfrentou a matéria no Agravo Regimental no Mandado de Segurança 11.308-DF em que foi relator o então Ministro daquela corte e hoje no Supremo Tribunal Federal Luiz Fux. Em voto afirmou que “naturalmente não seria todo e qualquer direito público sindicável na via arbitral, mas somente aqueles conhecidos como ‘disponíveis’, porquanto de natureza contratual ou privada” (AgRe no MS 11.308-DF, 1ª Seção, rel. Min. Luiz Fux, j. 28.6.2006, DJ 14.8.2006).

Além disso, assentou o órgão que o Estado “quando visa a evadir-se de sua responsabilidade no afã de minimizar os seus prejuízos patrimoniais, persegue nítido interesse secundário, subjetivamente pertinente ao aparelho estatal em subtrair-se de despesas, engendrando locupletamento à custa do dano alheio” (AgRe no MS 11.308-DF, 1ª Seção, rel. Min. Luiz Fux, j. 28.6.2006, DJ 14.8.2006).

Aliados a este entendimento, Carmen Tibúrcio e Thiago Magalhães Pires, em estudo sobre o tema, manifestam que como os interesses públicos secundários corresponderiam aos interesses instrumentais ou acessórios da Administração, passam, por isso a serem disponíveis.

Enquanto o interesse primário é indisponível por sua natureza, o secundário pode ser – e frequentemente é – objeto de disposição por parte do Estado. Muitas vezes, a própria satisfação do interesse primário recomendará que o Poder Público efetue mais gastos ou abra mão de determinadas pretensões patrimoniais – é o que ocorre, e.g., quando se regulariza a posse de áreas indevidamente ocupadas para promover o direito fundamental à moradia (art. 6º. Da CF/1988) (TIBURCIO; PIRES, 2016, p. 435).

Com efeito, tal assertiva revela-se plenamente compatível com a própria ideia de interesse público da doutrina clássica de direito administrativo para quem “o interesse público se traduz no interesse do Estado e da sociedade na observância da ordem jurídica estabelecida” (MADUREIRA, 2015, p. 78).

Assim, “razoável o entendimento de que os direitos patrimoniais da Fazenda Pública são disponíveis nos limites traçados pelo ordenamento jurídico, baseado na mais simples ideia de princípio da legalidade” (SICA, 2016, p. 275).

Repisa-se que o interesse público se conjuga ao princípio administrativo da legalidade (MADUREIRA, 2015, p. 90) e por isso, “o reconhecimento de que a administração pública é titular de direitos disponíveis está sujeito aos princípios informadores do Direito Administrativo” (STAJN, 2016, p. 520).

Nesse sentido, nos parece compatível o reconhecimento de interesses públicos disponíveis já que, como também defende André Chateaubriand Martins, são “inúmeras as situações em que o Estado contrata, através de certame licitatório, de forma meramente instrumental e, portanto, adequada ao instituto da arbitragem” (MARTINS, 2016, p. 75).

Assim, os interesses secundários da Administração destinados ao funcionamento do aparato administrativo, envolvendo atos de gestão e questões mercantis possuem, em sua essência, caráter de disponibilidade já que podem ser transacionáveis (MATTOS NETO, p. 222).

Essa difusão sobre a definição dos interesses públicos secundários vinculados, em alguns casos, a direitos disponíveis é importante para revelar o próprio papel do Estado na sociedade “que deve, cada vez mais, agir de forma eficiente para atrair mais investimentos privados, promovendo ambiente de regras mais claras e seguras para o mercado” (MARTINS, 2016, p. 75).

Criou-se um dogma da indisponibilidade do interesse público que promove certa resistência de atores governamentais e doutrinadores (GODOY, 2016, p. 104) que não contribui para a qualificação e eficiência da Administração.

Nesse contexto, a Lei Brasileira de Arbitragem, Lei n.º 13.129 de 26 de maio de 2015, qualifica “a eficiência administrativa, a boa administração e a adequada condução da ação governamental” (GODOY, 2016, p. 104).

4. A ARBITRAGEM COMO TRATAMENTO ADEQUADO À SOLUÇÃO DAS CONTROVÉRSIAS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Vimos até aqui o contexto histórico da Arbitragem e a polêmica envolvendo o interesse público no que concerne a sua possível disponibilidade.

Ao longo da história, embora entre os particulares a autonomia negocia foi tomando corpo, no Estado, há uma tardia capacidade de regulamentação (CAPONI, 2014, p. 359).

Partiremos agora ao reconhecimento da Arbitragem como tratamento adequado à solução das controvérsias envolvendo o Poder Público, mormente quanto aos aspectos da Lei Brasileira de Arbitragem, Lei n.º 13.129 de 26 de maio de 2015.

Certamente a edição da reforma da Lei de Arbitragem, em 2015, proporcionou, de certa maneira, uma redefinição do tema haja vista a ampliação de sua aplicação.

Como observam Carmen Tibúrcio e Thiago Magalhães Pires “a decisão legislativa, em verdade, foi bem clara: admite-se que a Administração Pública submeta à arbitragem os litígios em que é parte” (TIBURCIO; PIRES, 2016, p. 432).

Os autores chamam atenção para a questão envolvendo a viabilidade jurídica de submeter-se uma controvérsia jurídica envolvendo a Administração Pública à arbitragem, o que chamam de arbitrabilidade, daí a relevância do tema, já que não são todas as questões que podem ser apreciadas por juízos arbitrais. Neste contexto, a arbitrabilidade de um litígio comportaria o exame em dois ângulos distintos e complementares: (a) arbitrabilidade subjetiva – a possibilidade de as partes envolvidas se sujeitarem ao juízo arbitral; e (b) arbitrabilidade objetiva – a viabilidade de a questão controvertida ser submetida à arbitragem (TIBURCIO; PIRES, 2016, p. 433).

Como já trazido anteriormente, a Arbitragem envolvendo a Administração necessitava de prévia autorização visando atender o princípio da legalidade administrativa, ficando excepcionados os casos envolvendo empresas estatais exploradoras de atividade econômica ou prestadores de serviço público com certas limitações.

De certo modo, ainda que de forma genérica, a Lei de Arbitragem de 2015 passou a autorizar “explicitamente a celebração de convenções arbitrais pelas entidades da Administração, qualquer que seja sua natureza” (TIBURCIO; PIRES, 2016, p. 433), tratando, neste caso, do entendimento da arbitrabilidade subjetiva.

Além disso, quanto ao entendimento da arbitrabilidade objetiva, vê-se que a Nova Lei de Arbitragem determinou que a arbitragem fosse admitida para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Os §1º e §2º do artigo 1º da Lei n.º 13.129/2015 estabelece que a Administração Pública, tanto direta quanto indireta, pode utilizar da arbitragem para a solução de conflitos relacionados a direitos patrimoniais disponíveis e terá como autoridade ou órgão competente o mesmo competente para realizar acordos ou transações. O §3º do artigo 2º do mesmo diploma dispõe sobre a publicidade do procedimento além de asseverar que a arbitragem que envolva a Administração Pública será sempre de direito.

Veja-se que tais disposições ampliam e explicitam o entendimento sobre a arbitrabilidade subjetiva e objetiva, conforme observam Arnoldo Wald e Ana Gerda de Borja para quem o art. 1º, §1º, da Lei de Arbitragem concede uma autorização genérica para resolver por arbitragem todos os litígios de entes estatais (e não somente os das sociedade de economia mista, das concessionárias e das PPPs e algumas outras em relação às quais a lei ou regulamentação já preveem a adoção de cláusula compromissória), inclusive sem autorização legislativa específica, pois a mesma é dada em caráter genérico, o que é explicitado na Lei (WALD; BORJA, 2016, p. 131).

E seguindo, os autores sustentam que o §2º do mesmo dispositivo visa assegurar a segurança jurídica, “ao esclarecer que, em relação a entes da Administração Pública, poderá firmar a cláusula compromissória ou compromisso arbitral quem for autorizado para celebrar acordos” (WALD; BORJA, 2016, p. 131).

Nesse caso, o particular que for estabelecer cláusula compromissória ou compromisso arbitral com a Administração Pública deverá verificar quem tem poderes para tanto a fim de tornar válida a arbitragem.

Quanto o §3º do artigo 2º acima destacado, verifica-se que há exigência que a Arbitragem envolvendo o Poder Público deva ser sempre de Direito, não abrindo qualquer margem para que se decida por equidade além de exigir o respeito ao princípio da publicidade.

Certamente isso garante a transparência dos atos da Administração, permitindo que os administrados fiscalizem seus atos, além do fato de que o respeito à ordem jurídica estabelecida (Direito Positivo) protege o interesse público, conforme já debatido neste estudo.

Aspecto diverso e de igual relevante é a não limitação a litígios oriundos de contratos, como observado por Heitor Vitor Mendonça Sica. Para o autor, as disputas envolvendo direitos patrimoniais disponíveis decorrentes de relações extracontratuais poderiam ser objeto de convenção arbitral, desde que sejam objeto de compromisso arbitral (não seria possível alvitrar, por óbvio, uma cláusula compromissória em tais casos), citando o cabimento desse meio de solução de conflitos nas desapropriações e indenização por atos ilícitos extracontratuais (SICA, 2016, p. 277).

Ainda que se reconheça, embora seja fundamento nada científico, que a Arbitragem envolvendo o Poder Público serviria para “desafogar o Poder Ju-

diciário”, argumento amplamente difundido no Congresso Nacional durante a tramitação do PLS 406/2013, tal método justifica-se “pela constatação de que em diversos casos ela se apresenta como um mecanismo mais adequado de solução de conflitos” (SICA, 2016, p. 278).

A solução arbitral mostra-se superior à solução judicial, principalmente naqueles conflitos complexos relativos a contratos de alto valor (vultuosos) de onde extraem as vantagens da arbitragem, tais como a celeridade e a possibilidade de escolha de árbitros detentores de *expertise* em questões técnicas específicas atinentes ao litígio (SICA, 2016, p. 278).

Com estas premissas vê-se que a Arbitragem envolvendo a Administração Pública movimenta-se ao passo da atual lógica do sistema “multiportas” de solução de controvérsias segundo o qual não se busca necessariamente um instrumento preferencial ou alternativo à resolução do litígio, mas sim em se verificar as particularidades do caso concreto diante de um método mais adequado à sua pacificação (LORENCINI, 2012, p. 57-87).

Essa deve ser a tendência do direito administrativo atual que opta por valorizar a consensualidade dos atos que envolvam a Administração bem como por ampliar sua “contratualização”, expressão difundida por Marçal Justen Filho em seu Curso de Direito Administrativo.

5. CONCLUSÃO

Como demonstrado no presente estudo, a Arbitragem é efetivo instrumento de solução de controvérsias envolvendo a Administração Pública sendo necessário destacar que não há mais lugar para a afirmação de que o interesse público seja sempre indisponível.

Viu-se que a Nova Lei de Arbitragem ampliou a aplicação do instituto da arbitragem como instrumento de solução de controvérsias, mormente com a previsão expressa da aplicabilidade nos conflitos envolvendo a Administração Pública.

Procuramos demonstrar o entendimento de que a Administração Pública possui interesses disponíveis e que estes podem ser objeto de cláusula compromissória ou compromisso arbitral.

6. REFERÊNCIAS

BARROS, Vera Cecília Monteiro de Barros. A reforma da Lei de Arbitragem e as listas de árbitros. in: CAHALI, Francisco; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre. *Arbitragem: estudos sobre a lei n.º 13.129 de 26-5-2015*. São Paulo: Saraiva, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras: constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática. In: BINENBJOM, Gustavo (coord.). *Agências reguladoras e democracia*. 2006.

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

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 25 out. 2017.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 25 out. 2017.

CAPONI, Remo. *Autonomia privada e Processo Civil*: Os acordos processuais. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 228, 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova Era do Processo Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de. *Teoria geral do processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GIUSEPPE CHIOVENDA. *Instituições de direito processual civil*. v. II. Campinas: Bookseller, 2000.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O tema da arbitragem no contexto da Administração Pública. in: CAHALI, Francisco; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre. *Arbitragem*: estudos sobre a lei n.º 13.129 de 26-5-2015. São Paulo: Saraiva, 2016.

GRAU, Eros. *Da arbitralidade de litígios envolvendo sociedades de economia mista e da interpretação de cláusula compromissória*. Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, n.18, ano 5, Editora Revista dos Tribunais, out./dez. de 2002.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 1.

LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. Sistema multiportas: opções para o tratamento de conflitos de forma adequada. In: SALLES, C.A. et al (coord.). *Negociação, mediação e arbitragem*: curso básico para programas de graduação. SP: Método, 2012.

MADUREIRA, Claudio Penedo. *Advocacia Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MARTINS, André Chateaubriand. Arbitragem e Administração Pública. in: CAHALI, Francisco; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre. *Arbitragem*: estudos sobre a lei n.º 13.129 de 26-5-2015. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Arbitragem e Administração pública*: contribuição para o sepultamento do tema. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 54, 2011.

MATTOS NETO, Antônio José. *Direito Patrimonial disponível e indisponível à luz da arbitragem*. Revista de Processo, n.106. São Paulo: RT.

MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Os negócios jurídicos processuais e a arbitragem. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Processuais*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. 1. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6. ed. v. V. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Arbitragem nos contratos administrativos*. Revista de Direito Administrativo, n.209, Editora Renovar, jul./set. 1997.

_____. *Mutações do direito administrativo*. 2007.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Arbitragem e Fazenda Pública. in: CAHALI, Francisco; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre. *Arbitragem*: estudos sobre a lei n.º 13.129 de 26-5-2015. São Paulo: Saraiva, 2016.

STAJN, Rachel. Notas sobre conciliação e Administração Pública. in: CAHALI, Francisco; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre. *Arbitragem*: estudos sobre a lei n.º 13.129 de 26-5-2015. São Paulo: Saraiva, 2016.

TÁCITO, Caio. *Arbitragem nos litígios administrativos*. Revista de direito administrativo 210:223, 1997.

TIBURCIO, Carmen; PIRES, Thiago Magalhães. *Arbitragem envolvendo a Administração Pública*: Notas sobre as alterações introduzidas pela Lei 13.129/2005. Revista de Processo, vol. 254/2016: Revista dos Tribunais, Abr/2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v.1.

WALD, Arnaldo; BORJA, Ana Gerdau de. Arbitragem envolvendo entes estatais: a evolução da jurisprudência e a Lei n. 13.129, de 26-5-2015. in: CAHALI, Francisco; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre. *Arbitragem*: estudos sobre a lei n.º 13.129 de 26-5-2015. São Paulo: Saraiva, 2016.

DA PROVA NA AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL POR DISCRIMINAÇÃO DA PESSOA COM OBESIDADE

Nair de Fátima Gomes¹

1. INTRODUÇÃO

A obesidade é uma condição médica do indivíduo, influenciada por diversos fatores e caracterizada pelo acúmulo excessivo de gordura corporal, impactando negativamente a saúde. Embora seja amplamente reconhecida como uma questão de saúde, muitas vezes é mal compreendida e estigmatizada pela sociedade. Nota-se que indivíduos obesos frequentemente enfrentam preconceito, discriminação e estigma em diversas áreas da vida, incluindo o ambiente escolar e laboral, acesso a serviços de saúde, interações sociais e até mesmo no ambiente jurídico.

Nesse cenário, além dos desafios físicos que acompanham essa condição, os indivíduos obesos enfrentam discriminação e estigmatização, o que pode levar a sérios danos psicológicos e emocionais. Nesse contexto, ações de indenização por danos morais devido à discriminação por obesidade têm se tornado cada vez mais comuns.

O processo de estigmatização de corpos de pessoas obesas ou gordas e das características associadas a eles, acarreta um processo de desumanização desses indivíduos. Ademais, referido fenômeno impacta negativamente a vida de uma

¹ Advogada no Paraná, Docente da Rede Pública de Ensino e Mestranda em Direito Processual Civil e Cidadania pela Universidade Paranaense - UNIPAR. Integrante do Programa de Iniciação Científica no Projeto “Direito Pediátrico e Direito Fundamental da Criança Vulnerável : Desafios Práticos no Processo de Proteção Jurídica na Área da Saúde,” desenvolvido na UNIPAR, sob a Coordenação da Profª. Dra. Tereza Rodrigues Vieira. Email: nair.gomes@edu.unipar.br

parcela significativa da população e que, por vezes, é utilizado como ferramenta para humilhar e reduzir o valor dessas pessoas. Essa prática discriminatória não apenas marginaliza indivíduos, mas também reforça preconceitos e estereótipos prejudiciais, exacerbando as desigualdades sociais.

Desse modo, o presente trabalho tem por motivação contribuir com o conhecimento jurídico ao investigar um tema pouco explorado, acerca de manifestações públicas de incômodo e discriminação contra corpos gordos e os danos que estas situações causam em quem as sofre. Para isso, foi realizada uma análise na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que firmou entendimento por meio do recurso repetitivo nº. 1069, de que, a recusa indevida pela operadora de plano de saúde de cobertura médica, em pessoas em situação de obesidade mórbida, gera dano moral, porquanto agrava o sofrimento do indivíduo obeso, por já encontrar-se abatido pelas condições precárias de saúde.

Ainda, foi realizado, exame doutrinário e levantamento bibliográfico de artigos científicos, que reforçam, imprescindibilidade, a indenização por danos morais devido ao sofrimento causado em virtude da condição de obesidade. Esse estudo se propõe a analisar a resposta da justiça brasileira frente a atos de discriminação contra pessoas obesas, bem como demonstrar como esses atos geram danos indenizáveis de ordem moral, capazes de lesionar o bem-estar psicológico das vítimas, indo muito além do mero dissabor cotidiano.

Ao lançar luz sobre a discriminação em relação às pessoas obesas e as consequências legais desse ato, espera-se fomentar um debate mais amplo, informando a necessidade da tutela dos direitos dessas pessoas e combater todas as formas de discriminação.

Além disso, este estudo destaca a importância das políticas públicas e campanhas de conscientização que promovam a aceitação e o respeito à diversidade corporal. Isso porque a educação e a sensibilização são ferramentas poderosas na luta contra a discriminação das pessoas com obesidade, podendo ajudar a transformar atitudes e comportamentos discriminatórios enraizados na sociedade.

2. A DISCRIMINAÇÃO E O DANO MORAL NA OBESIDADE

A sociedade frequentemente considera as pessoas gordas como inferiores, destacando-as de forma pejorativa. Ser gordo, portanto, envolve enfrentar preconceitos e discriminações diárias, impactando a autoestima e a qualidade de vida, e exigindo um esforço constante para se afirmar e se aceitar em um ambiente, muitas vezes, hostil e intolerante.

Assim, além de ser considerada uma questão de saúde pública, a obesidade é caracterizada também como um sério problema social, uma vez que, o que antes era visto como sinônimo de beleza tornou-se fonte de inquietação. O culto à magreza marginalizou os obesos, privando-os do exercício de direitos básicos

como o livre trânsito nas cidades, em transportes coletivos e individuais e o acesso à saúde. Destarte, a intervenção do judiciário como garantia dos direitos das pessoas obesas tornou-se imprescindível (Almeida; Vieira, 2024, p.195).

É válido ressaltar que ser gordo significa pertencer a uma categoria social distinta. É ser tratado de maneira diferenciada, comendo alimentos específicos e vestindo roupas feitas sob medida ou compradas em lojas especializadas. Ser gordo é atrair atenção de maneira negativa, ser alvo de risadas e apelidos depreciativos (Gikovate, 2005, p.54).

Entende-se que a obesidade é caracterizada pela presença de um excesso de gordura corporal, sendo definida pela Organização Mundial de Saúde (OMS) como uma doença crônica que desencadeia alterações endócrinas e metabólicas. Farias (2020) destaca que a obesidade é classificada por meio do cálculo do Índice de Massa Corporal (IMC), no qual indivíduos com valores entre 30,0 e 34,9 kg/m² são diagnosticados com obesidade grau I, entre 35,0 e 39,9 kg/m² são classificados como obesidade grau II, e valores acima de 40,0 kg/m² são considerados como obesidade grau III ou obesidade grave (Farias, 2020, p.8). Logo, a compreensão precisa dessa condição é essencial para a identificação precoce e o manejo adequado dessa doença complexa, contribuindo para a promoção da saúde e o bem-estar dos indivíduos afetados.

Mattos (2012, p. 09) observa que a identidade do indivíduo fica restrita à sua identidade corporal. Cada pessoa passa a usar o corpo como um meio de representação, um espaço de inscrição e o principal meio de expressão do seu eu (“A minha aparência revela quem eu sou”). A constatação de um determinismo na reprodução socioeconômica, o fracasso da democratização educacional e as limitações de integração cultural revelam ao sujeito um poder ilusório sobre a realidade social. O sujeito se ilude ao acreditar que o corpo pode satisfazer todos os seus desejos e eliminar suas angústias. Essa visão limitada da identidade corporal pode levar a uma compreensão distorcida da própria existência e das relações sociais. Consequentemente, é importante considerar não apenas o corpo, mas também outros aspectos da identidade e da interação social para uma compreensão mais ampla e genuína do eu e da sociedade. Soma-se a isso, a obesidade tem influência na qualidade de vida, como sono ou mobilidade (Vieira; Almeida, 2022).

Destaca-se como uma forma de avanço significativo a Lei nº 10.048/00, que garante atendimento prioritário às pessoas obesas ou com mobilidade reduzida, e a Lei nº 10.098/00, que estabelece normas e critérios para promover a acessibilidade de pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida.

A mobilidade diminuída, frequentemente é relacionada a pessoas com deficiência, entretanto, atualmente tem sido interpretada como uma condição relacionada à obesidade e está contemplada por essa legislação. Essa medida não só visa a garantir acesso igualitário aos serviços públicos, mas também reconhece

as necessidades específicas de pessoas com diferentes capacidades físicas, incluindo aquelas afetadas pela obesidade. Ao proporcionar um tratamento mais justo e adequado, essas leis promovem inclusão e igualdade.

Outrossim, a implementação dessas leis reforça o compromisso da sociedade com os direitos humanos e a dignidade de todas as pessoas, independentemente de suas condições físicas. Essas medidas legais não apenas protegem contra a discriminação, mas também incentivam a conscientização e a sensibilidade em relação às questões de acessibilidade e inclusão, promovendo um ambiente social mais justo e solidário. A importância dessas legislações é evidente na promoção de uma sociedade que valoriza a diversidade e respeita as necessidades de cada indivíduo.

É oportuno lembrar que a discriminação contra pessoas obesas pode assumir várias formas, desde comentários depreciativos e piadas até a negação de oportunidades de emprego e acesso a serviços básicos. Essas experiências podem ter um impacto devastador na autoestima, na saúde mental e no bem-estar emocional dos indivíduos obesos. Muitas vezes, essa discriminação é sutil e pode passar despercebida, tornando ainda mais difícil para as vítimas obterem justiça e reparação pelos danos sofridos.

Rafael Mattos (2012) assinala ser inegável que toda sociedade categoriza as pessoas e define certos atributos como comuns e naturais para seus membros. Um indivíduo com um traço que o destaca e o afasta dos outros é estigmatizado, pois possui uma característica que diverge do que é considerado “normal” pelos demais (Mattos, 2012, p. 09). Essa estigmatização pode gerar exclusão e marginalização, afetando a integração social e a autoestima do indivíduo. Assim, é essencial promover a aceitação da diversidade e combater o preconceito, construindo uma sociedade mais inclusiva e solidária.

Não se pode perder de vista que a discriminação contra pessoas obesas é um problema social que afeta milhões de indivíduos em todo o mundo. Além dos desafios físicos e de saúde enfrentados pela obesidade, as pessoas que vivem esse quadro frequentemente enfrentam estigmas, preconceitos e discriminação em várias esferas da vida. Essa forma de discriminação pode ter sérios impactos psicológicos e emocionais, levando a consequências negativas para a saúde mental e o bem-estar desses indivíduos.

Isso porque a obesidade é frequentemente associada a estereótipos negativos e preconceituosos, como preguiça, falta de força de vontade, falta de autocontrole e até mesmo falta de higiene. Esses estigmas podem levar à exclusão social, marginalização e tratamento injusto em diversas áreas da vida, incluindo o trabalho, a educação, os cuidados de saúde e as interações sociais.

No ambiente de trabalho, por exemplo, pessoas obesas podem enfrentar discriminação no processo de contratação, promoção e remuneração. Ainda, podem ser preteridas em favor de candidatos com peso considerado “ideal” ou

podem ser alvo de piadas, comentários ofensivos ou *bullying* por parte de colegas e superiores. Essa discriminação pode minar a autoconfiança, prejudicar o desempenho no trabalho e até mesmo levar a problemas de saúde mental, como ansiedade e depressão.

Além desse fator, a discriminação com base na obesidade pode ter sérios impactos na saúde emocional e psicológica das pessoas afetadas. O constante enfrentamento de estigmas e preconceitos pode levar a sentimentos de vergonha, baixa autoestima, isolamento social e até mesmo transtornos alimentares. Esses efeitos podem se manifestar em problemas de saúde mental, como ansiedade, depressão e transtorno de compulsão alimentar, contribuindo para um ciclo de sofrimento emocional e físico.

Nesse contexto, a questão do dano moral surge como uma importante consideração legal. O dano moral se refere à violação dos direitos da personalidade de um indivíduo, incluindo sua dignidade, honra, reputação e integridade emocional. A discriminação com base na obesidade pode constituir uma violação desses direitos, causando danos emocionais e psicológicos que merecem reparação.

Assim, a aplicação das leis e a resolução de conflitos são centralizadas no poder judiciário, garantindo que os direitos dos cidadãos sejam protegidos. Em caso de violação de normas, a vítima pode exigir que seu interesse seja atendido, subordinando o interesse do ofensor ao seu próprio. Essa estrutura assegura que a justiça seja administrada de maneira imparcial e equitativa, promovendo a ordem social e a convivência harmoniosa. Também vale lembrar, reforça o papel fundamental do judiciário na manutenção da justiça e na proteção dos direitos fundamentais.

Portanto, é fundamental que a sociedade reconheça e combata a discriminação contra pessoas obesas, promovendo a inclusão, o respeito à diversidade e a conscientização sobre os danos causados por estigmas e preconceitos. Nessa seara, é importante que o sistema jurídico ofereça proteção adequada contra a discriminação, garantindo que as vítimas de discriminação por obesidade tenham acesso à justiça e possam buscar reparação pelos danos sofridos.

3. O PAPEL DA PROVA NA AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL

Na busca por justiça, as vítimas de discriminação por obesidade podem recorrer ao sistema jurídico em busca de reparação por danos morais. No entanto, a prova desempenha um papel crucial nesse processo. Provar a ocorrência da discriminação e seus efeitos prejudiciais pode ser desafiador, mas é essencial para o sucesso da ação de indenização por dano moral.

Ricardo Baranovsky (2022, p. 175) explicita que o conceito de prova engloba todos os meios capazes de demonstrar a verdade, sendo os fatos (controlados e relevantes) seu objeto principal. Os fundamentos do direito à prova derivam da Constituição Federal, garantindo o acesso à justiça, o devido processo legal e a ampla defesa. Essa concepção ressalta a importância da prova como instrumento essencial para a busca da verdade e para a efetivação dos princípios fundamentais do sistema jurídico. Assim, assegurar o direito à prova é garantir a proteção dos direitos individuais e a legitimidade do processo judicial, contribuindo para a construção de uma sociedade mais justa e equitativa.

Entende-se que o papel da prova em uma ação de indenização por dano moral é fundamental para a busca da justiça e reparação dos danos sofridos por uma pessoa em decorrência de atos ilícitos praticados por terceiros. Nesse contexto, a prova desempenha um papel crucial na demonstração da ocorrência do dano moral, bem como na quantificação dos danos e na responsabilização do autor do ato.

Primeiramente, é importante entender que o dano moral se refere a uma lesão de ordem emocional, psicológica ou reputacional que atinge a dignidade e a integridade da pessoa. Desse modo, conforme estipulado pela legislação civil, para que se configure a responsabilidade civil por dano moral, é necessário comprovar a existência do dano, a conduta ilícita do agente, o nexo de causalidade entre a conduta e o dano, e, por fim, a culpa ou dolo do agente.

A prova pode assumir diversas formas, sendo que cada uma delas tem seu próprio valor e importância no processo judicial. Testemunhas oculares, por exemplo, podem relatar o ocorrido com base em sua percepção direta dos fatos, o que pode ser crucial para corroborar a versão apresentada pela vítima. Ou seja, testemunhas oculares que presenciaram diretamente o comportamento discriminatório. Por exemplo, colegas de trabalho, familiares, amigos ou outras pessoas presentes no momento da ocorrência.

Soma-se a isso, documentos como mensagens, e-mails, laudos médicos, registros policiais, relatórios de incidentes e outros podem servir como evidências objetivas do dano moral sofrido também podem ser utilizadas para corroborar as alegações da vítima. Registros fotográficos ou de vídeo também podem ser úteis, especialmente em casos de discriminação pública ou evidência visual do impacto emocional do incidente.

No entanto, é importante ressaltar que nem sempre é fácil produzir provas concretas de um dano moral, uma vez que muitas vezes ele é subjetivo e difícil de mensurar. Nesses casos, o depoimento da própria vítima pode ser uma peça-chave na comprovação do dano, já que ela é a pessoa que melhor conhece os impactos que o ato ilícito teve em sua vida.

Além disso, é necessário atentar para o ônus da prova, que recai sobre a parte que alega os fatos constitutivos de seu direito. Logo, cabe ao autor da ação

de indenização por dano moral produzir as provas necessárias para comprovar suas alegações, cabendo ao réu o direito de se defender e apresentar suas próprias provas para contestar as alegações feitas contra si, contudo, o juiz poderá apresentar iniciativa probatória nas presunções de incidência do princípio da verdade real (Paula, 2012, p. 268).

Por fim, é importante destacar que a prova deve ser produzida de forma ética e legal, observando os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, CF/88). Somente com uma análise cuidadosa das provas apresentadas será possível que o juiz decida de forma justa e equitativa, garantindo a reparação adequada dos danos morais sofridos pela vítima. A preponderância das partes na produção de provas garante que aqueles que conhecem melhor os detalhes do caso possam apresentar evidências de forma completa e eficiente, assegurando um processo mais justo e equitativo.

Vale considerar que apesar das importantes mudanças introduzidas pelo Código de Processo Civil no campo da prova, a atividade das partes continua sendo predominante na sua produção. O autor e o réu possuem controle sobre os fatos trazidos ao processo e têm melhor acesso ao material probatório. Por isso, devem ter a oportunidade de produzir provas de forma prévia e sem interferência do juiz (Araújo, 2016, p. 196).

O objeto da prova é o fato probando, ou seja, o fato controvertido. Um fato é considerado controvertido quando é afirmado por uma parte e, especificamente, contestado pela outra. Portanto, não devem ser objeto da prova: i) os fatos incontroversos e ii) o direito envolvido na demanda. O objeto de prova difere dos meios de prova, que são os métodos usados para comprovar um fato. Assim, enquanto o fato probando é o objeto da prova, o instrumento do crime, a coisa ou o documento são considerados objetos de prova (Melo, 2016, p. 220). Inclusive, a correta identificação dos fatos controvertidos e dos meios de prova utilizados é essencial para garantir a precisão e a justiça no processo judicial, assegurando que todas as alegações sejam devidamente verificadas e fundamentadas.

De modo geral, o ônus da prova é designado pela legislação a uma das partes com base no interesse em comprovar um determinado acontecimento, levando em consideração também a proximidade, o que sugere uma maior facilidade, entre a parte e o referido acontecimento. O dever probatório, como norma usual, é designado por lei a uma das partes com base no interesse em comprovar um determinado fato e na proximidade deste com o fato em questão, facilitando a verificação. Nesse sentido, distribui-se que compete ao autor evidenciar o fato que estabelece direito, enquanto ao réu cabe comprovar o fato que impede, modifica ou extingue o referido direito (Medina, p. 657, 2016).

O princípio do interesse público na produção de provas estabelece que, se o objetivo da prova é apresentar a verdade dos fatos ao juiz, existe um claro

interesse público em que essa prova seja devidamente apresentada, visando alcançar a legitimação social do julgamento (Paula, 2012, p. 279). Esse princípio visa garantir que a justiça seja devidamente aplicada, refletindo a verdade material e assegurando que o processo judicial atenda aos anseios da sociedade, fortalecendo a confiança pública no sistema judicial.

O Código de Processo Civil (CPC) permite o uso de todos os meios de prova legais, bem como aqueles moralmente legítimos, mesmo que não especificados, admitindo tanto meios típicos quanto atípicos, desde que não violem a lei e a moral, conforme o art. 369 do CPC (Baronovsky, 2022, p. 175).

O artigo 370 do CPC não remove a primazia das partes na produção de provas. O princípio dispositivo rege a apresentação histórica dos fatos pelas partes no processo. O juiz atua apenas em momento posterior, com o objetivo de colaborar para uma solução justa e equânime do processo, conforme o art. 6º do CPC. Isso permite que o juiz possa complementar e integrar as provas já produzidas, utilizando um amplo espectro de cognição (prova pericial, documental ou oral) a ser realizada *ex officio*, quando entender necessário para a formação de seu convencimento (Araújo, 2016, p. 200). Portanto, a intervenção judicial na produção de provas visa assegurar que todas as questões relevantes sejam plenamente examinadas, promovendo uma decisão final mais justa e bem fundamentada.

O livre convencimento do juiz ao avaliar provas permite que ele forme sua convicção com base em critérios próprios, desde que justifique suas decisões. Esse sistema garante autonomia judicial, exigindo que o magistrado explique por que determinadas provas foram mais valorizadas, assegurando transparência e fundamentação nas decisões judiciais.

O sistema de livre convencimento permite ao juiz avaliar a prova conforme sua própria convicção, sem precisar fornecer justificativas. No entanto, o CPC adotou o sistema do convencimento motivado, conforme o art. 371, permitindo ao juiz avaliar a prova livremente, mas exigindo que explique os motivos do seu convencimento, ou seja, detalhando por que atribui mais valor a uma prova em detrimento de outra (Baronovsky, 2022, p. 176).

O poder de iniciativa do juiz na produção de provas é extenso e não se limita apenas à demonstração de direitos indisponíveis. O juiz deve decidir com maturidade e plenitude probatória, o que justifica sua liberdade para investigar o objeto litigioso quando necessário. Isso implica que, mesmo que as partes estabeleçam um negócio processual com a indicação de um perito, nada impedirá que o juiz determine a produção de prova por um novo perito se o laudo for insuficiente e a matéria analisada não oferecer esclarecimentos adequados (Araújo, 2016, p. 196). Dessa forma, o juiz pode buscar uma compreensão completa e precisa dos fatos, assegurando que a decisão final seja justa e bem fundamentada, refletindo a verdade material do caso.

4. DESAFIOS NA PROVA DO DANO MORAL POR DISCRIMINAÇÃO POR OBESIDADE

Embora a discriminação por obesidade seja uma forma de discriminação amplamente reconhecida, ainda existem desafios significativos na prova do dano moral em casos judiciais. Muitas vezes, a discriminação é sutil e subjetiva, tornando difícil apresentar evidências concretas do impacto emocional sobre a vítima. Além disso, o estigma associado à obesidade pode levar as vítimas a internalizarem sua própria desvalorização, dificultando a apresentação de provas convincentes.

O fato é que, por versar de algo imaterial, o dano moral, diferentemente do dano material, não se prova diretamente. A dor física, o sofrimento emocional, o desgosto, a humilhação, a desonra e a vergonha são condições subjetivas que não podem ser evidenciados por meio de documentos, depoimentos, perícias ou quaisquer outros meios de prova. Por isso, esses estados são presumidos de forma absoluta (Melo, 2008, p. 394). Desse modo, o que o autor necessita demonstrar os fatos que originam o ato lesivo decorrente da conduta irregular do ofensor.

Esse entendimento é fundamental para assegurar que as vítimas de danos morais possam obter reparação justa, mesmo quando a dor e o sofrimento não podem ser quantificados ou apresentados concretamente. A jurisprudência reconhece a necessidade de confiar na presunção do dano moral para garantir que os direitos das pessoas sejam protegidos adequadamente. Por meio dessa abordagem, o sistema jurídico busca equilibrar a justiça e a equidade, oferecendo um meio eficaz de reparação para as vítimas de condutas lesivas. Dessa forma, reforça-se a importância de um judiciário sensível e atento às nuances dos danos imateriais, garantindo a dignidade e o respeito às pessoas afetadas.

Desse modo, uma vez estabelecida a ocorrência da discriminação, o tribunal deve avaliar o dano moral sofrido pela vítima. Isso pode ser feito levando em consideração uma série de fatores, incluindo a gravidade e a frequência da discriminação, o impacto emocional e psicológico sobre a vítima, e qualquer consequência tangível, como perda de oportunidades de emprego, danos à reputação ou até mesmo despesas médicas.

Como exemplo, a ausência de uma legislação específica que criminalize a discriminação de pessoas obesas, não impediu que pessoas que vivenciam preconceitos cotidianos devido à sua condição física de obesidade pudessem buscar a responsabilização por danos morais. Decisões recentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ) têm formado o entendimento de que é abusiva a negativa de cobertura pelo plano de saúde para a internação de pacientes com obesidade crônica, quando a imprescindibilidade do tratamento para a qualidade de vida e saúde do beneficiário é comprovada. Esse posicionamento reflete

uma crescente sensibilização do judiciário em relação aos direitos das pessoas obesas, reconhecendo a importância de combater a discriminação e garantir o acesso aos tratamentos necessários.

Nesse sentido, destaca-se os julgados do posicionamento do STJ em suas decisões:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO DA PRESIDÊNCIA. RECONSIDERAÇÃO. OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PLANO DE SAÚDE. PACIENTE PÓS-CIRURGIA BARIÁTRICA. DOBRAS DE PELE. CIRURGIA PLÁSTICA. NECESSIDADE. CARÁTER FUNCIONAL E REPARADOR. NÃO ESTÉTICO. DEVER DE COBERTURA. DANOS MORAIS. CABIMENTO. AGRAVO INTERNO PROVIDO PARA CONHECER DO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, é de cobertura obrigatória pelo plano de saúde a cirurgia plástica de caráter reparador ou funcional, indicada pelo médico assistente, em paciente pós-cirurgia bariátrica, visto ser parte decorrente do tratamento da obesidade mórbida. 2. Conforme entendimento assente nesta Corte Superior, “a recusa indevida/injustificada, pela operadora de plano de saúde, em autorizar a cobertura financeira de tratamento médico a que esteja legal ou contratualmente obrigada, enseja reparação a título de dano moral, por agravar a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do beneficiário” (AgInt nos EDcl no REsp 1.963.420/SP, Relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Terceira Turma, julgado em 14/2/2022, DJe de 21/2/2022). 3. Agravo interno provido para conhecer do agravo e negar provimento ao recurso especial.

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. CIVIL. PLANO DE SAÚDE. PACIENTE PÓS-CIRURGIA BARIÁTRICA. DOBRAS DE PELE. CIRURGIAS PLÁSTICAS. NECESSIDADE. PROCEDIMENTO. NATUREZA E FINALIDADE. CARÁTER FUNCIONAL E REPARADOR. COBERTURA. RESTABELECIMENTO INTEGRAL DA SAÚDE. DANOS MORAIS. CONFIGURAÇÃO. VALOR INDENIZATÓRIO. MANUTENÇÃO. RAZOABILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ.

1. Tratam os autos da definição acerca da obrigatoriedade de custeio pelo plano de saúde de cirurgias plásticas em paciente pós-cirurgia bariátrica.

2. Teses para os fins do art. 1.040 do CPC/2015: (i) é de cobertura obrigatória pelos planos de saúde a cirurgia plástica de caráter reparador ou funcional indicada pelo médico assistente, em paciente pós-cirurgia bariátrica, visto ser parte decorrente do tratamento da obesidade mórbida, e, (ii) havendo dúvidas justificadas e razoáveis quanto a o caráter eminentemente estético da cirurgia plástica indicada ao paciente pós-cirurgia bariátrica, a operadora de plano de saúde pode se utilizar do procedimento da junta médica, formada para dirimir a divergência técnico-assistencial, desde que arque com os honorários dos respectivos profissionais e sem prejuízo do exercício do direito de ação pelo beneficiário, em caso de parecer desfavorável à indicação clínica do médico

assistente, ao qual não se vincula o julgador. 3. Recurso especial não provido. (REsp 1870834 / SP. RECURSO ESPECIAL. 2019/0286782-1)
AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE.

TRATAMENTO. OBESIDADE MÓRBIDA. CIRURGIA BARIÁTRICA. COBERTURA. NEGATIVA. DANO MORAL. CABIMENTO. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. A orientação desta Corte Superior é de que a recusa indevida ou injustificada pela operadora de plano de saúde em autorizar a cobertura financeira de tratamento médico a que esteja legal ou contratualmente obrigada gera direito de ressarcimento a título de dano moral, em razão de tal medida agravar a situação, tanto física quanto psicológica do beneficiário, não se tratando apenas de mero aborrecimento. Precedentes.

2. Agravo interno a que se nega provimento.

Nota-se, portanto, que a jurisprudência desta Corte Superior, em relação ao recurso repetitivo nº 1069, sobre a questão que foi submetida: “Definição da obrigatoriedade de custeio pelo plano de saúde de cirurgias plásticas em pacientes pós-cirurgia bariátrica”, firmou a seguinte tese no recurso repetitivo 1069:

- (i) É de cobertura obrigatória pelos planos de saúde a cirurgia plástica de caráter reparador ou funcional indicada pelo médico assistente, em paciente pós-cirurgia bariátrica, visto ser parte decorrente do tratamento da obesidade mórbida.
- (ii) Havendo dúvidas justificadas e razoáveis quanto ao caráter eminentemente estético da cirurgia plástica indicada ao paciente pós-cirurgia bariátrica, a operadora de plano de saúde pode se utilizar do procedimento da junta médica, formada para dirimir a divergência técnico-assistencial, desde que arque com os honorários dos respectivos profissionais e sem prejuízo do exercício do direito de ação pelo beneficiário, em caso de parecer desfavorável à indicação clínica do médico assistente, ao qual não se vincula o julgador.

Ao analisar decisões do STJ sobre a cobertura dos planos de saúde para a realização de cirurgia plástica de caráter reparador ou funcional indicada por um médico após a cirurgia bariátrica, a Corte completou que esses procedimentos fazem parte do tratamento da obesidade mórbida. E, concluiu que, em regra, a negativa de cobertura por parte dos planos de saúde pode resultar em reparação por danos morais, pois agrava a situação de aflição psicológica e angústia do beneficiário.

A luta contra o preconceito de pessoas com obesidade e a busca por justiça para suas vítimas dependem não apenas da legislação, mas também de uma interpretação judicial que valorize a dignidade humana e os direitos fundamentais. Dessa forma, a sociedade pode avançar em direção a um ambiente mais inclusivo e respeitoso, em que todos tenham a oportunidade de viver com dignidade e sem preconceitos. Promover a conscientização sobre os impactos da

discriminação de pessoas com obesidade e assegurar mecanismos eficazes de reparação são passos fundamentais para a construção de uma sociedade mais justa e equitativa.

Não se pode olvidar que a prática discriminatória de pessoas obesas ou com sobrepeso, possui profundas implicações sociais e psicológicas. Indivíduos gordos frequentemente enfrentam preconceitos em diversos contextos, como no ambiente de trabalho, nas relações sociais e até mesmo no acesso a serviços de saúde. Esse preconceito pode se manifestar de maneira explícita, por meio de insultos e humilhações, ou de forma implícita, por meio de atitudes excludentes e desrespeitosas.

O impacto psicológico da discriminação de pessoas obesas ou com sobrepeso é significativo. As vítimas muitas vezes sofrem de baixa autoestima, depressão, ansiedade e outros transtornos mentais. A constante desvalorização de seus corpos pode levar à internalização do ódio e à crença de que não são dignas de respeito ou amor. Esse sofrimento emocional pode ser profundo e duradouro, afetando a qualidade de vida e o bem-estar geral das pessoas gordas.

André Mota (2020, p. 118) ressalta que a prova é descrita como um instrumento jurídico-processual que visa formar a convicção do julgador sobre os fatos em questão, uma vez que, no campo do direito não basta apenas alegar; quem alega deve demonstrar a veracidade de suas afirmações. Nesse contexto, surge a prova como um meio de persuadir o juiz sobre a veracidade dos eventos. Assim, como mencionado, é essencial provar apenas os fatos, pois o direito não necessita de prova, uma vez que o juiz já o conhece (*iura novit curia*).

Essa perspectiva enfatiza a importância da prova como um elemento chave na determinação do resultado de um processo judicial. Garantir a apresentação adequada e convincente das evidências é fundamental para assegurar a justiça e a equidade nas decisões judiciais. Portanto, compreender o papel da prova no processo judicial é essencial para todos os envolvidos no sistema jurídico.

É relevante ressaltar a definição de discriminação segundo a doutrina de Maurício Godinho Delgado (2015, p. 188), que descreve: «Conduta pela qual nega-se à pessoa tratamento compatível com o padrão jurídico estabelecido para a situação concreta que ela vivencia».

A discriminação, muitas vezes, tem origem no preconceito arraigado, resultando em um julgamento desfavorável de uma pessoa com base em uma característica sua, associada a um grupo mais amplo de indivíduos. No entanto, também pode derivar de outros fatores relevantes para um caso específico (Delgado, 2015, p. 188).

Essa definição destaca a complexidade e a variedade de formas de discriminação que permeiam a sociedade. Assim, combater a discriminação requer uma abordagem ampla e sensível, visando promover a igualdade e o respeito pelos direitos de todos os indivíduos.

Segundo Diniz (2023, p. 17), a dignidade humana, fonte de todos os direitos fundamentais, é um valor orientador que não apenas informa os direitos da personalidade e os direitos humanos, mas também todo o sistema jurídico, destacando-se como o princípio constitucional de maior importância.

A dignidade humana não está explicitamente elencada nos direitos fundamentais e da personalidade, pois possui um valor axiológico superior a estes últimos, servindo como modelo a ser seguido. Por isso, está diretamente ligada à lesão da integridade físico-psíquica, sendo um critério para sua reparação (Diniz, 2023, p. 17-18).

Essa concepção ressalta a centralidade da dignidade humana no ordenamento jurídico e sua função essencial na proteção dos direitos individuais. Portanto, garantir a dignidade humana é fundamental para promover uma sociedade justa e respeitosa, na qual todos os indivíduos sejam tratados com igualdade e consideração.

Além da abordagem jurídica, é essencial considerar o papel da educação e das políticas públicas na luta contra a discriminação das pessoas com obesidade. A implementação de campanhas de conscientização que promovam a aceitação e o respeito à diversidade corporal pode ajudar a transformar atitudes e comportamentos discriminatórios enraizados na sociedade. Programas educacionais que abordem a diversidade corporal desde a infância são fundamentais para construir uma sociedade mais inclusiva e respeitosa.

As instituições de saúde também têm um papel decisivo nesse combate. É essencial que profissionais de saúde recebam treinamento adequado para lidar com pacientes obesos de maneira respeitosa e sem preconceitos, garantindo que todos recebam atendimento de qualidade, independentemente do seu peso corporal.

5. CONCLUSÃO

A discriminação baseada na obesidade é uma questão preocupante que pode acarretar consequências significativas para as vítimas, tanto físicas quanto emocionais. Logo, as ações de indenização por danos morais são ferramentas importantes para assegurar que as vítimas de discriminação por obesidade possam buscar justiça e reparação pelos danos sofridos. Entretanto, a obtenção de provas desempenha um papel crucial nesse processo, e os desafios associados à apresentação de evidências significativas não devem ser subestimados.

Nesse contexto, é essencial que o sistema jurídico reconheça e considere as experiências das vítimas de discriminação por obesidade, garantindo assim a igualdade de acesso à justiça e a proteção efetiva dos direitos humanos de todos os cidadãos. A sensibilização dos operadores do direito e a aplicação consistente das leis ante discriminação são passos fundamentais para combater

discriminação e promover inclusão de pessoas obesas e uma sociedade mais justa e inclusiva.

Portanto, ao reconhecer a gravidade da discriminação de pessoas obesas e a importância da reparação dos danos morais causados por essa forma de discriminação, podemos trabalhar em direção a um sistema jurídico mais sensível e eficaz na proteção dos direitos de todos os indivíduos, independentemente de sua aparência ou peso corporal. O progresso nesse sentido não apenas fortalecerá a confiança na justiça, mas também contribuirá para a construção de uma sociedade mais igualitária e respeitosa com a diversidade humana.

6. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Natália Cilião de; VIEIRA, Tereza Rodrigues. Tutela jurisdicional das pessoas obesas: a marginalização da pessoa gorda e a cultura da magreza. *In*: VIEIRA, T. R.; CARDIN, V. S. G.; PAULICHI, J. S. **Multiculturalismo e Minorias vulneráveis: Reconhecimento dos direitos fundamentais e da personalidade**. 1ed. Brasília: Zakarewicz Editora, 2024.

ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Curso de processo civil**: parte geral. Atualizado com a Lei 13.256/2016. São Paulo: Malheiros, 2016.

BARONOVSKY, Ricardo. **Direito processual civil**. 1. ed. São Paulo: Rideel, 2022. E-book. Disponível em: <https://plataforma.bvirtual.com.br>. Acesso em: 17 maio 2024.

BRASIL. Constituição [(1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 8 de outubro de 1988. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BRASIL. **Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil de 2002. Brasília: Senado Federal, 2002.

BRASIL. **Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, 2015.

BRASIL. **Decreto Nº 5.296 de 02 de dezembro de 2004**. Regulamenta as Leis nºs 10.048, de 8 de novembro de 2000... Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5296.htm Acesso em: 20 maio 2024.

BRASIL. **Lei nº. 10.048, de 08 de novembro de 2000**. Dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e dá outras providências. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l10048.htm>. Acesso em: 15 maio 2024.

BRASIL. **Lei nº. 10.098, de 19 de dezembro de 2000**. Estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil> . Acesso em: 15 maio 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (Turma- T3). **Agravo interno nos embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial 2020/0319339-0**. Processo Eletrônico Julgamento: 26-02-2024. AgInt nos EDcl no AREsp 1799900 / SP. Relator: Min- Marco Aurélio Bellizze (1150). Disponível em: <https://shre.ink/DXXE>. Acesso em: 15 maio 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (Segunda Seção – S2). **Recurso Especial Repetitivo 2019/0286782**-. Processo Eletrônico Julgamento: 13-09-2023. REsp 1870834 / SP. Relator: Min- Ricardo Villas Bôas Cueva (1147). Disponível em: <https://encr.pw/1fjyz>. Acesso em: 15 maio 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (Turma – T4). **Agravo interno no Recurso Especial 2018/0185729-2**. Processo Eletrônico Julgamento: 14-03-2022. AgInt no REsp 1755846 / SP. Relator: Min- Raul Araújo (1143). Disponível em: <https://encr.pw/PIheI>. Acesso em: 15 maio 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (Turma- Segunda Seção). **Tema repetitivo 1069**. Apelação cível. Ação de obrigação de fazer. Plano de saúde. Procedimentos pós-cirurgia bariátrica. Processo Eletrônico Julgamento: 19-09-2023. Origem REsp nº 1870834/SP. Relator: Min- RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA. Dje 06/03/2024.

Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1870834. Acesso em: 15 maio 2024.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **Constituição da República e direitos fundamentais**: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 2013. 188 p.

DINIZ, M. H. **Direito à integridade físico-psíquica da pessoa humana**: novos desafios. 1. Ed. São Paulo: ExpressaJur, 2023 ePUB.

FARIAS, Gisele. **Fisiopatologia da obesidade**. 1. ed. São Paulo: Contentus, 2020. E-book. Disponível em: <https://plataforma.bvirtual.com.br>. Acesso em: 15 maio 2024.

GIKOVATE, Flávio. **Deixar de ser gordo**. 9. ed. São Paulo: Summus, 2005. E-book. Disponível em: <https://plataforma.bvirtual.com.br>. Acesso em: 17 maio 2024.

MATTOS, Rafael. **Sobrevivendo ao estigma da gordura**. 1. ed. São Paulo: Vetor, 2012. E-book. Disponível em: <https://plataforma.bvirtual.com.br>. Acesso em: 15 maio 2024.

MEDINA, José Miguel García. **Direito Processual Civil Moderno**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MELO, Manuel Maria Antunes de. **Manual de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: CL Edijur, 2016.

MELO, Raimundo Simão de. **Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008.

MOTA, André. **Lições essenciais de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2020. E-book. Disponível em: <https://plataforma.bvirtual.com.br>. Acesso em: 15 maio 2024.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **Manual do Processo do Conhecimento**. Curitiba: Juruá, 2012.

VIEIRA, Tereza Rodrigues; ALMEIDA, Natália Cilião de. Gordofobia e a cultura da magreza que marginaliza socialmente as pessoas obesas, 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/375303/gordofobia-e-a-cultura-da-magreza-que-marginaliza-pessoas-obesas>. Acesso em: 12 jun. 2024.

**ISAPRES Y FALLOS DE PROTECCIÓN
CON EFECTOS *ERGA OMNES*:
ANÁLISIS DE LOS ASPECTOS PROCESALES
DE LAS SENTENCIAS SCS 18.VIII.22, ROL N° 12514-22 Y
SCS 30.XI.22, ROL N° 11.813-22**

Priscila Machado Martins¹

1. LA CUESTIÓN DEBATIDA

Las controversias contenidas en los fallos de la Corte Suprema de 18 de agosto de 2022, Rol N° 12514-22 y sentencia de 30 de noviembre de 2022, Rol N° 11.813-22 hacen parte de un conjunto de fallos que modificaron la jurisprudencia respecto de diferentes aspectos contractuales de las Isapres y afiliados, tales como plan base, tabla de factores, incorporación de nonatos y niños y niñas hasta los dos años, entre otros. En las referidas sentencias, la Tercera Sala del máximo Tribunal dejó sin efecto el alza de los planes Isapres debido a cinco aspectos principales: i) es arbitrario el alza de los planes a los afiliados sin entregar mayores antecedentes que justifiquen el incremento de dichos valores; ii) se debe contar con un plan base por cada contrato de salud y no por cada beneficiario; iii) es indebido elaborar tabla de factores por sexo y edad por ser inconstitucional, no obstante la Corte Suprema legitimó la tabla confeccionada por la Superintendencia de Salud² (Roles N°58.873-2018 y N°2.681-2020; iv)

¹ Doctora en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile; Profesora e Investigadora de Derecho Procesal Civil de la Universidad de los Andes, Chile; ID: <https://orcid.org/0000-0002-4121-0157>; Email: pmachado@uandes.cl; Esta publicación hace parte del Proyecto Fondecyt Regular N° 1221120, en el cual la autora es Investigadora Responsable.

² “Que, en consecuencia, tras este nuevo estudio de los antecedentes, esta Corte entiende que no es ilegal, para la determinación del precio final de un nuevo contrato individual de

al nonato y niños y niñas hasta dos años, su asistencia está cubierta por el GES, siendo que no se les puede aplicar una tabla de factores. Desde los dos años, se les aplican un plan de salud correspondiente a esa edad, el que es inmodificable en el tiempo, salvo que sea bajar el plan; y, por último, v) la tabla de factores elaborada por la Superintendencia de Salud se aplica solo cuando el afiliado ingresa a la Isapre respectiva y es inmodificable en el tiempo, salvo que sea en beneficio de este.

La sentencia en el día 18 de agosto de 2022 de la Corte Suprema en el Rol N° 12.514-2022 hace parte de un conjunto de 12 sentencias con el mismo contenido donde se acogieron recursos de protección presentados en contra de las alzas anuales de planes base de salud de las Isapres Consalud, Cruz Banca, Vida Tres, Colmena, Banmédica y Nueva Más Vida y ordenó detener el incremento de 7,6% aplicado por cada una de ellas.

En los Roles N° 12.514-2022, 12.508-2022, 13.109-2022, 13.222-2022, 14.268-2022, 13.178-2022, 14.691-2022, 13.709-2022, 16.670-2022, 15.372-2022, 17.403-2022, 14.821-2022, la Tercera Sala de la Corte Suprema entendió que las Isapres actuaron arbitrariamente al comunicar de manera general el alza de los planes a los afiliados sin entregar mayores antecedentes que justifiquen el incremento de los planes.

Los 12 fallos aducen que si bien es posible afirmar que, con la nueva regulación dada por la Ley N° 21.350, la razonabilidad o justificación requerida para una nueva propuesta de variación del precio base de los planes de salud hecha por una Isapre no exige una vinculación directa con los planes individuales, sino que es de carácter general, aplicable a todos los planes de salud ofrecidos por la Institución de Salud Previsional correspondiente, también lo es que tal variación debe justificarse en los precisos factores que la Ley N° 21.350 establece.

En los referidos instrumentos, la Corte Suprema establece que la carta en la que se comunica el alza porcentual del plan base no hace referencia a los factores que generaron incremento en los planes, sino que ofrece, como fundamentación que el incremento de los costos de salud registrados durante el último año e informados por la Superintendencia de Salud, llevó a las Isapres a registrar millonarias pérdidas durante el año de 2021, motivo por el cuál resul-

salud, multiplicar el precio base del plan complementario de salud ofrecido por el factor de riesgo del cotizante o afiliado determinado en una tabla de general aplicación, que no discrimine por sexo y que establezca grupos etarios correspondientes a sus riesgos de salud, de conformidad con la instrucción general contenida en la Circular IF/N° 343, de 11 de diciembre de 2019, de la Superintendencia de Salud. El precio final así fijado al momento de contratar no podrá modificarse al alza por el solo cambio de grupo etario del cotizante o afiliado durante la vigencia del contrato". Corte Suprema, Rol N° 16.630-2022 de 30 de noviembre de 2022.

taría indispensable realizar un ajuste a los precios base de los planes de salud en el porcentaje determinado por la Autoridad.

Según lo decidido al respecto, la sola mención genérica de un supuesto incremento de costos informado a la Superintendencia de Salud no es suficiente para cumplir con las exigencias de la letra a) del artículo 198 del DFL N° 1 de 2005, pues con ello no se da cumplimiento a la necesidad de expresar: i) la variación de los costos en las prestaciones de salud otorgadas por la recurrida; ii) la variación de la frecuencia de uso experimentada por las mismas; iii) la variación del costo en subsidios de incapacidad laboral pagados por ella; iv) el costo de las nuevas prestaciones que ha incorporado; v) la variación de frecuencia de uso de las prestaciones, que se realicen en la modalidad de libre elección de Fonasa; y vi) los elementos que han servido para incentivar la contención de costos del gasto de salud.

De este modo, la Corte Suprema considera que las Isapres actuaron de modo ilegal y arbitrario al proponer a los afiliados una variación porcentual del precio base de sus planes de salud sin fundamentar su decisión en los parámetros establecidos por la Ley N° 21.350. Además, deja establecido que las Isapres al prestar un servicio de seguridad social estrictamente regulado, se sujetan a similares exigencias a los que los órganos de la Administración Pública para justificar la razonabilidad de sus actos, pues solo a través de una adecuada motivación se exteriorizan las razones que han llevado a la Administración a dictarlo, exigencia que se impone en virtud del principio de legalidad.

Además, las sentencias en mención comparan las funciones ejercidas por las Isapres a los órganos de administración del Estado y los somete a las exigencias de la Ley N° 19.880, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos, consagra los principios de transparencia y publicidad, en cuanto permite y promueve el conocimiento del contenido y fundamentos de las decisiones que adopten los órganos de la Administración del Estado, calidad que, según la Corte Suprema detiene las Isapres. Indica que el inciso segundo del artículo 11 del referido texto legal, determina la obligación de motivar en el mismo acto administrativo la decisión, los hechos y fundamentos de derecho que afecten los derechos o prerrogativas de las personas. Igualmente, sostiene la Corte Suprema que el artículo 41, inciso 4° del aludido texto legal establece que “las resoluciones que contenga la decisión serán fundadas”, proceder que a su vez es también exigible en virtud del artículo 8° de la Constitución Política de la República.

En la parte dispositiva del fallo, la Corte Suprema deja sin efecto la comunicación de las respectivas Isapres a la Superintendencia de Salud, por medio de la cual informa que subirá un 7,6% de todos los planes de salud, bien como deja sin efecto el alza porcentual de los precios base de todos los planes de salud administrados por la Isapre, informada a dicha autoridad de confor-

midad con lo dispuesto en el artículo 198, letra e) del DFL N°1, de 2005, del Ministerio de Salud.

Lo interesante del fallo, es que además, determina que la Superintendencia de Salud dispondrá las medidas administrativas para que, en el evento de que se haya cobrado a otros afiliados las cantidades resultantes del alza porcentual de los precios base de todos los planes de salud administrados por la respectiva Isapre, éstos hayan optado por un plan diferente o su desafiliación, dichas cantidades sean restituidas como excedentes de cotizaciones o, en su caso, se revoque la modificación de los planes acordada para evitar el alza dejada sin efecto o se reintegre a los afiliados que, para evitar su pago, han optado por su desafiliación, generando un efecto *erga omnes* a la decisión.

Por otro lado, la sentencia de 30 de noviembre de 2022, Rol N° 11.813-22, hace parte del conjunto de pronunciamientos (Roles N° 12.151-2022; 12.224-2022; 9.475-2022; y 14.233-2022) donde se constató la existencia de decisiones anteriores firmes sobre aumento del precio del plan por número de beneficiarios y criterio etario, y que la controversia se inserta en el marco del cumplimiento del fallo, por lo que se confirmó la decisión que rechazó los recursos. Sin embargo, la decisión fue adoptada con el voto en contra del ministro Muñoz Gajardo, quien estuvo por acoger tales arbitrios y establecer que el precio base es único para cada plan de salud y, por tanto, las Isapres no se encuentran facultadas para cobrar un valor base por cada beneficiario.

Dichos dispositivos anteriormente mencionados no siguen la misma suerte de los Roles N° 16.630-2022; 25.570-2022; 14.513-2022 de 30 de noviembre de 2022, que dieron efecto *erga omnes* a la decisión que se deja sin efecto la aplicación de la tabla de factores para calcular el precio final de todos los contratos de salud individuales, debiendo las Isapres calcular el precio final, multiplicando valor del plan base correspondiente por la suma de los factores del grupo familiar, aplicando para ello la Tabla Única de Factores contenida en la Circular IF/N° 343 de la Superintendencia de Salud.

Como se observa, la discusión central se refería a la modificación de los planes por incorporación de beneficiarios. La Corte Suprema reafirma el criterio ya asentado al revisar la materia específica que no se pueden aplicar los incrementos a los planes ya que son cubiertas por el GES. Además, entiende que la incorporación de un nuevo beneficiario produciría una justificada modificación al alza del precio del contrato individual de salud, pero ésta ha de verse suspendida entre su desarrollo intrauterino y los dos años de edad, sin perjuicio del cobro por la prima GES correspondiente que, en ese período cubriría los riesgos de un importante número de dolencias del nonato y el recién nacido.

En estas conclusiones referidas, se advierten algunas interesantes circunstancias que parece necesario resaltar, en cuanto configuran situaciones anormales o procesalmente impropias, que se enumeran a continuación:

2. PRIMERA ANOMALÍA: LA CORTE SUPREMA COMO TRIBUNAL DE RECURSOS DE PROTECCIÓN

Tradicionalmente repetimos que la Corte Suprema es una Corte de Casación, inspirada en parte, en el modelo francés de sistema de nulidad y guardián de la supremacía de la ley sobre la arbitrariedad para subsanar actos jurisdiccionales dictados con infracción sustantiva de ley. No obstante, actualmente esto no corresponde a la realidad. La Corte Suprema de Chile es un tribunal que conoce de apelaciones de recursos de protección y de este modo podríamos afirmar que la Corte Suprema actualmente cumple mucho más un rol de tutela constitucional que de tribunal de casación.

En el año de 2022, la Corte Suprema ha conocido de 155.767 apelaciones de protección, seguido de 7.340 recursos de amparo y, en tercer lugar, conoció de 3.547 recursos de casación. La misma proporción sigue en relación con los fallos: la Tercera Sala —que es la única que conoce de los primeros recursos— ha fallado 132.130 causas, seguida de la Segunda Sala que ha fallado 9.043 causas, mientras que la Cuarta Sala que ha fallado 3.430 causas³. La sala civil, decidió alrededor de 2.364 casos.

Estos números podrían justificar, en principio, la decisión de la Corte Suprema de transformar de oficio acciones entre particulares —que discuten un contrato de prestación de salud—, a una acción con efectos *erga omnes*. De hecho, estos fueron los argumentos dados por la vocera de la Corte Suprema —integrante de la Tercera Sala— en entrevistas posteriores, asegurando que “estamos conscientes como Poder Judicial —dice— que estas situaciones producen una extrema judicialización, que significa costos en tiempo para las partes y una serie de dificultades para todos”⁴.

No obstante, el loable fin perseguido por la Corte Suprema, es impropio en un Estado de Derecho⁵, o siendo posible en dicho marco, aceptar decisiones de naturaleza inquisitiva para poder justificar un fin social específico. Esta medida, además de contramayoritaria en su esencia, termina por extrapolar de varias formas nuestro régimen procesal para desvirtuar tres importantísimos aspectos de nuestro sistema: la independencia judicial⁶, el principio dispositivo

³ Información disponible en: <https://numeros.pjud.cl/CorteSuprema>.

⁴ Mercurio Legal (2022): “Vocera de la Corte Suprema por fallos de isapres”, disponible en: Este texto es parte del contenido que puedes compartir utilizando el link <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Noticias-y-reportajes/2022/08/19/911351/suprema-fallos-isapres-alza-plan.aspx>.

⁵ BINGHAM (2018) p. 30 y ss.

⁶ “L’indipendenza è un filo rosso che attraversa tutta la trama della giurisdizione. Del resto, si insegna che l’indipendenza del potere giudiziario è un corollario del più generale principio della separazione dei poteri, il quale, a sua volta, è il concetto base dello Stato di diritto”. En: PICARDI (2019) p. 36.

y el principio de la bilateralidad de la audiencia, conforme se analizará en los apartados que siguen.

3. SEGUNDA ANOMALÍA: TRANSFORMA DE OFICIO JUICIOS CONTENCIOSOS SUBJETIVOS EN JUICIOS CONTENCIOSOS OBJETIVOS

Un juicio contencioso designa, desde un aspecto amplio, un litigio que es puesto en discusión ante la justicia. El derecho de acción es, en este sentido, la facultad de someter una pretensión al sistema jurisdiccional con el objeto de obtener una decisión sobre el bien deducido en juicio. De este modo, un juicio contencioso subjetivo es el ejercicio del derecho de acción que tiene por objeto un derecho subjetivo en el cual el titular del derecho exige tutela efectiva.

Los casos anteriormente mencionados fueron interpuestos con exactamente este carácter. Se trataba de pretensiones subjetivas individuales en las cuales cada uno de los afiliados, autónomamente y dentro de su margen de libertad, decidieron interponer sendos recursos de protección a fin de obtener, en relación a sus planes individuales, la suspensión del alza del valor de sus planes. Las pretensiones eran claras y delimitaban con precisión el ámbito de adjudicación⁷.

No obstante, de oficio y sin advertir a las partes, la Corte Suprema transformó acciones contenciosas subjetivas en acciones contenciosas objetivas. En efecto, tales, a diferencia de las anteriores, ostentan un enfoque objetivo de la resolución jurisdiccional, por cuanto la labor del juez se centra en el interés general y en la aplicación de las normas establecidas por la ley para controlar su aplicación objetiva⁸. Es decir, el énfasis está en la aplicación y el cumplimiento de las normas jurídicas en abstracto y en la protección del orden público. Su objetivo principal es garantizar el correcto funcionamiento de la sociedad y mantener la estabilidad y la coherencia del orden jurídico, pero no la tutela de pretensiones individuales.

Muchos ordenamientos han reconocido la posibilidad de la tutela del contencioso objetivo por medio de instrumentos procesales específicos, con legitimación determinada y previamente establecidos por la ley. Así, por ejemplo, el caso de Francia, a través de la asignación legal expresa de la legitimación activa del Ministerio Público para acciones colectivas en ciertos asuntos, modelo seguido por Brasil en el ámbito de los derechos difusos y colectivos. Nuestro sistema posee algunos ejemplos aproximados, tales como el ejercicio del derecho colectivo, en el ámbito laboral, ambiental y del consumidor.

⁷ DE LA OLIVA (2005) pp. 41-50.

⁸ “Il s’agit de toutes les hypothèses où l’on demande au juge de vérifier s’il a été porté atteinte à une règle de droit objectif”. En: CHANAIS y otros (2016), p. 109.

La anomalía se manifiesta en el actuar oficioso de la Corte Suprema, que decide generar, en acciones individuales, los efectos de un juicio contencioso objetivo, realizando de esta manera, una fiscalización abstracta del cumplimiento normativo en su forma más estricta, al señalar: “Que, por tanto, al acoger este recurso, para dar adecuada protección al recurrente y a todos los afectados con la decisión impugnada, con pleno respeto del principio de igualdad consagrado en el artículo 19, N° 2 de la Constitución Política de la República, esta Corte deberá declarar como arbitraria la decisión de la recurrida de proponer alzar porcentualmente en un 7,6% todos los planes de salud que administra, comunicada a la Superintendencia de Salud el día 22 de marzo de 2022 y al recurrente por medio de la carta origen de esta acción cautelar, de fecha 25 de marzo de 2022, por carecer de fundamentos ajustados a las exigencias legales [...]”⁹

En estos casos, y siguiendo la especializada doctrina francesa, es posible advertir que la Corte Suprema realizó lo que se denomina un juicio contencioso objetivo puro¹⁰, pues la Corte se propuso determinar si existió una violación al ordenamiento jurídico objetivo y no a la situación subjetiva, seleccionando los casos aleatoriamente y de forma ilustrativa. Lo que afirmamos queda claro en la parte resolutive de la sentencia, dado que la pretensión individual concreta del recurrente de protección quedó establecida solamente en el punto 6 de las sentencias, dejando consignado de forma estandarizada que “Sin perjuicio de todo lo resuelto, se deja sin efecto el alza en el valor del precio base del plan de salud de la parte recurrente”¹¹.

Esta distorsión procesal, considerando particularmente que el actuar de la Corte Suprema fue de *motu proprio*, hace reflexionar sobre la falta de corrección procesal de tales fallos y sus posibles consecuencias, pero aún me gustaría presentar otras anomalías.

4. TERCERA ANOMALÍA: ACCIONES INDIVIDUALES DE PROTECCIÓN CON EFECTO *ERGA OMNES* POR *MUTATIO LIBELLI*

La expresión latina *erga omnes* indica que la ley, el derecho o la decisión jurisdiccional alcanza a todos, hayan sido partes o no, sean que se encuentren mencionados y omitidos en el texto normativo. Significa que una determinada ley o resolución genera efectos “contra todos” o “frente a todos”. La palabra *erga* significa “hacia” o “para”, mientras que *omnes* significa “todos”. Por lo tanto, *erga omnes* se traduce literalmente como “hacia todos” o “para todos”.

⁹ Corte Suprema, Sentencia Rol N°12514-22 de 18 de agosto de 2022.

¹⁰ “[...] *une action en justice ayant pour objet la légalité abstraite et non pas un droit subjectif*”. En: AMRANI y STRICKLER (2014), p. 59.

¹¹ Corte Suprema, Sentencia Rol N°12514-22 de 18 de agosto de 2022.

El uso de la expresión *erga omnes* se remonta a la época del Imperio Romano, en la que se utilizaba para hacer referencia a la obligación que tenía el Estado romano de proteger a todos sus ciudadanos y mantener el orden público en todo el territorio. A lo largo del tiempo, la expresión ha sido adoptada por muchos sistemas jurídicos para referirse a obligaciones que se aplican a todas las personas.

En el derecho anglosajón, el efecto *erga omnes* no es del todo una excepcionalidad. Una sentencia *in rem* es aquella que determina el estatus legal de una persona o cosa independiente del contexto y tiene efecto *erga omnes*, porque sus efectos se extienden para todos. De hecho, la primera sentencia *in rem* en el ámbito del derecho constitucional anglosajón se remonta al famoso caso *Ship Money* de 1637, en el cual el tribunal sostuvo que el impuesto recaudado por el Rey Carlos I era legal a pesar de la oposición del Parlamento.

En contexto, el *Ship Money* fue un impuesto de origen medieval recaudado de forma intermitente en Inglaterra hasta mediados del siglo XVII, afecto sobre los habitantes de áreas costeras, este era uno de los varios tributos que los monarcas ingleses podían imponer por prerrogativa propia sin la aprobación del Parlamento. En 1634, el Rey Carlos I intentó recaudar dinero de los barcos durante tiempos de paz y extenderlo a los condados del interior de Inglaterra sin contar con la aprobación parlamentaria, lo que provocó una fuerte resistencia configurando uno de los agravios sufridos por la clase media en el periodo previo a la guerra civil inglesa¹².

Poco tiempo después, se impidió que otro litigante impugnara el mismo impuesto sobre la base de que la determinación sobre la legalidad del impuesto ya no estaba sujeta a discusión, ni siquiera por quienes no eran partes en el caso, generando un efecto *erga omnes*.

Sin embargo, en la actualidad, las sentencias con efecto *erga omnes* tienen siempre dos características muy relevantes: lo primero es que ellas producen efectos *secundum eventum litis*¹³ y además otorgan a los terceros¹⁴ que no participaron en el juicio, la facultad de ejecutar o no el fallo a su favor. Como ejemplo, tenemos las sentencias colectivas con efecto *erga omnes* en materia del consumidor, donde el consumidor beneficiado con la sentencia favorable puede o no ejecutar la sentencia. En este sentido, la ley del consumidor también establece un plazo para que los interesados puedan ejercer sus derechos, siendo posible

¹² GRABER (2020) p. 47 y ss.

¹³ ALMAGRO NOSETE (1995) p. 137; BARBOSA MOREIRA (1979) p. 2690, el autor afirma que la solución al problema de la cosa juzgada en acciones colectivas deriva de una distinción entre las hipótesis de procedencia e improcedencia de la acción colectiva. De este modo, la sentencia que acoja la demanda tendrá una eficacia *erga omnes*, y la que deniegue la demanda sólo tendrá un efecto *inter partes*.

¹⁴ PUNZI (1948) pp. 275 y ss.

ejecutar o hacer reserva de los mismos con el objeto de perseguir la responsabilidad civil, tanto por daño patrimonial como moral¹⁵. Así, el efecto *erga omnes* no genera la obligación de ejecutar la sentencia, dado que el derecho de acción es una facultad que se somete al principio dispositivo.

Al atribuir efecto *erga omnes* a cada una de las sentencias, seleccionadas de modo aleatorio por la Corte Suprema, el referido tribunal transformó de oficio y sin fundamento en norma procesal que pudiera respaldar tal acto, acciones individuales y sus pretensiones subjetivas en acciones colectivas. En efecto, los recurrentes de protección involucrados no fueron consultados y sus pretensiones meramente individuales, fueron alteradas oficiosamente para generar efectos generales¹⁶.

Por medio de las sentencias analizadas, la Corte Suprema alteró la *res in judicium deducta* para involucrar a todos los afiliados —recurrentes o no— y condenar de forma masiva a las Isapres. Lo grave de esta anomalía es que altera la estructura del juicio, donde la sentencia debe ser una respuesta a la pretensión del actor, siendo que la sentencia se dicta en referencia a tres aspectos fundamentales: las partes, la causa de pedir y el *petitum*. Estos tres elementos que integran los límites del ejercicio jurisdiccional fueron distorsionados.

Pues bien, la determinación del objeto de cualquier juicio tiene por finalidad impedir que las partes sufran desventajas por indefensión o menoscabo de su ejercicio del derecho de acción y es por esto por lo que nuestro sistema procesal impide el *mutatio libelli*¹⁷. Al respecto, Andrés de la Oliva explica que “los inconvenientes se resumen en la posible indefensión del demandante ante contestaciones a la demanda de un contenido (fáctico o jurídico) que el demandante no tenía por qué prever y no incluido en su carga de alegación”¹⁸.

Liebman a propósito del vínculo entre la pretensión y la sentencia enseña que “el juez deberá solamente acoger o rechazar la demanda que le es propuesta, según que la considere fundada o infundada, y no puede en ningún caso pronunciar, en cambio, una providencia diversa de la pedida, aunque le pareciese más adherente a la situación de hecho, tal como la ha reconstruido, o más útil a los intereses del actor, puesto que esto significaría acoger una acción

¹⁵ AGUIRREZABAL y PÉREZ RAGONE (2021), p. 25

¹⁶ “Le principe de neutralité du juge résulte du principe de l’indisponibilité d l’objet por le juge. Em vertu de l’indisponibilité de l’objet du litige, le juge est lié par les conclusions prises devant lui et ne peut modifier les termes du litige dond’it est saisi. Le juge est enfermé dans le cadre de l’instance tracé par les plaideurs. Son activité étant déclenchée par la demande en justice, le juge est en quelque sorte enfermé dans le lien d’instance tel que les parties l’ont tressé”. En: CHANAIS y otros (2016) p. 397.

¹⁷ En sentido contrario a lo que en este trabajo se defiende: ROQUETO (2021) p. 253.

¹⁸ DE LA OLIVA (2005) p. 75.

diversa de la propuesta y por consiguiente pronunciar fuera de los límites de su potestad de juzgar¹⁹.

Tal como se sugirió precedentemente, esta anomalía afecta, además, el principio dispositivo, noción que se refiere exactamente a esto: que el ordenamiento jurídico atribuye a las partes la facultad de determinar de qué modo debe proveer el juez en la cuestión a que se refiere, limitando el tribunal únicamente el cometido de decidir si acoger o rechazar la providencia demandada. Esto, por otro lado, no representa un sistema estático y cerrado de acciones típicas, sino que representa la libertad que tienen todos los individuos de indicar el modo como quiere ejercer su derecho de acción y dentro de qué límites²⁰.

Por otro lado, el proceso debe desarrollarse respetando el principio contradictorio pues el demandado puede, a su vez, extender el objeto que será materia de cognición del juez. Pero la defensa y su rol en la delimitación del objeto es también una facultad del demandado y no del juez. Es su derecho defenderse libremente y presentar sus razones y pruebas en referencia a la pretensión deducida en juicio. La alteración del libelo de oficio por parte del tribunal, sin dar la oportunidad al demandado referirse a esta alteración, implica en un menoscabo del derecho al contradictorio y, en consecuencia, ofende al debido proceso²¹.

En efecto, es una exigencia elemental de justicia dar a todas las partes la ocasión y la posibilidad de defenderse antes de que el juez pronuncie su decisión, siendo la defensa un derecho inviolable en todo estado y grado del procedimiento. En los casos bajo análisis, las Isapres no tuvieron oportunidad de presentar sus razones, estudios y estimaciones para las consecuencias jurídicas que pretendía, y finalmente impuso la Corte Suprema.

5. CUARTA ANOMALÍA: FACULTAD DE EJECUTAR O NO EL FALLO

Si bien el derecho a la ejecución integra el derecho a la tutela judicial efectiva y se consagra como un principio fundamental que asegura que las decisiones judiciales sean efectivamente cumplidas²², dicho concepto, al mismo tiempo, abarca otros aspectos, como por ejemplo, que las autoridades competentes tie-

¹⁹ LIEBMAN (1980) p. 124.

²⁰ “*Elle apparaît comme un status et l’exercice d’une liberté. Sous l’angle de la philosophie du droit et des principes fondamentaux, la liberté de accéder aux tribunaux est illimitée et ne peut préjudicier à autrui: de ce point de vue, l’action se définit d’abord comme une liberté*”. En: CHANAIS y otros (2016) p. 116.

²¹ “*La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge*”. En: PICARDI (2019) p. 250.

²² SALGADO CARRERO (1998), p. 71. El mismo autor (p. 72) añade que: “El derecho a la tutela judicial efectiva, de forma sintética, no supone satisfacción de las pretensiones de fondo del justiciable, sino que consiste en que los Jueces y Tribunales le permitan acceder

nen el deber de tomar las medidas necesarias para garantizar que la sentencia se ejecute y se cumpla en su totalidad; por otro lado, el derecho a la ejecución de las sentencias también se relaciona con el principio de ejecución oportuna²³. Esto significa que las decisiones judiciales deben ser implementadas sin demoras injustificadas, para evitar obstáculos o retrasos indebidos en su cumplimiento. La ejecución oportuna es esencial para asegurar que las partes involucradas obtengan los beneficios o la reparación a la que tienen derecho de acuerdo con la sentencia²⁴.

No obstante lo anterior, el derecho a la ejecución continúa siendo una facultad procesal y no una obligación o deber estatal. En nuestro sistema procesal civil, no existe ninguna posibilidad legalmente establecida que permita forzara a las partes a ejecutar un determinado fallo. El derecho a la ejecución, al hacer parte del derecho de acción, impide, por medio del principio dispositivo, que la iniciativa sea determinada judicialmente, sin provocación del interesado.

En los casos bajo análisis, la Corte Suprema determinó la ejecución masiva de los fallos sin manifestación de los interesados. Es importante destacar que, en los procedimientos colectivos, como anteriormente fue mencionado, las partes pueden o no ejecutar sentencias con efecto *erga omnes* e incluso reservar acciones²⁵, pero no existe en nuestro sistema procesal civil, la obligación forzada de ejecutar, contraria a la manifestación de los interesados de cualquier fallo o resolución judicial.

A modo de ejemplo, podemos mencionar la ejecución masiva del acuerdo conciliatorio tramitado en el 10º Juzgado Civil de Santiago, Rol N° 29.214-2015, realizado ente la Compañía Manufacturera de Papeles y Cartones (CMPC), el Servicio Nacional del Consumidor (Sernac), la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios (Conadecus) y la Organización de defensa de los consumidores y usuarios (Odecu), conocido como caso “papel confort”. En este caso, la ejecución del acuerdo otorgó a cada consumidor la facultad de ingresar sus datos para recibir los montos acordados. Los consumidores que no tenían interés en la ejecución del fallo podían abstenerse de recibir dichos valores, omitiendo realizar dicha inscripción.

Si embargo, en la especie, la Corte Suprema determinó el cumplimiento compulsorio del contenido del fallo, y así, además de generar un efecto diverso del pretendido por las partes, determinó su ejecución soslayando el consentimiento o voluntad de los afiliados que no participaron del proceso, ni dedujeron

a la jurisdicción, ser oído, proponer y practicar prueba y obtener una resolución fundada en Derecho, que verse sobre las pretensiones planteadas en juicio”.

²³ NÚÑEZ y otros (2013) p. 13 y ss.

²⁴ PÉREZ RAGONE (2006) p. 495.

²⁵ AGUIRREZABAL (2010) p. 117.

acción de protección contra sus respectivas Isapres, conculcando directamente el derecho de acción y principio dispositivo²⁶ de nuestro sistema.

6. QUINTA ANOMALÍA: ¿INDEPENDENCIA, *SÚMULAS VINCULANTES DE OFICIO*, *CERTIORARI* O UN SISTEMA DE PRECEDENTES A LA CHILENA?

Otro detalle interesante que podemos advertir de estos fallos, como anomalía jurídico-procesal, es el mandato expreso para que el Secretario de la Corte Suprema oficie a todas las Cortes de Apelaciones del país que estén conociendo recursos de protección relativos a la variación porcentual de los precios base de todos sus planes de salud, a fin de que se disponga la agregación, en cada uno de ellos, de una copia autorizada de la decisión superior.

Por orden constitucional, nuestros tribunales son independientes por naturaleza. Esto se refiere a que ninguna autoridad externa o interna puede determinar la forma de decidir un juicio puesto en conocimiento de un tribunal. Ni la más alta Corte del país puede disponer el efecto vinculante de una sentencia suya, como resultado jurisdiccional para un tribunal inferior²⁷. Es decir: la Corte Suprema en nuestro sistema procesal no puede decidir casos que no fueron puestos en la órbita de su competencia jurisdiccional²⁸.

Aparentemente, la Corte Suprema, tomó dicha decisión, motivada por el propósito de solucionar el problema del alto volumen de causas que significa este tipo de litigios, pero lo hizo intentando establecer un sistema bastante impropio, que más se asemeja a una *súmula vinculante de oficio*, como sucede en Brasil, o un *certiorari* o sistema de precedentes “a la chilena”.

Para analizar esta anomalía procesal, es conveniente señalar, que en doctrina, se entiende por *súmula vinculante* a una decisión tomada por un tribunal superior o constitucional que establece una interpretación definitiva y vinculante de una norma legal para los tribunales y autoridades inferiores. En otras palabras, la *súmula vinculante* es una regla o principio establecido por un tribunal de mayor jerarquía que debe ser seguido obligatoriamente por los tribunales inferiores en casos similares.

Así, la *súmula vinculante* tiene por objetivo unificar la interpretación y aplicación de la ley, a fin de garantizar que los tribunales apliquen de manera consistente y uniforme una determinada interpretación de la ley. No obstante, la *súmula clásica* no es un precedente, sino una simple guía y orientación

²⁶ CHAINAIS (2017) p. 9 y ss.

²⁷ CHAINAIS y otros (2016) p. 717 y ss.

²⁸ MARINONI (2015) p. 30 y ss.

para los usuarios del servicio de justicia y para los jueces, pues no tiene carácter obligatorio²⁹.

El sistema de sùmulas vinculantes fue creado en Brasil para evitar la dispersi3n jurisprudencial. No obstante, solo con la Enmienda Constitucional de Reforma del Poder Judicial N° 45, se cre3 la denominada sùmula vinculante al modificar el artìculo 103 de la Constituci3n Federal brasileña teniendo las siguientes caracterìsticas: i) obliga a todos los poderes pùblicos y a la administraci3n pùblica; ii) se aprueba por los dos tercios de los miembros del Supremo Tribunal Federal, sobre un tema que haya sido recibido pronunciamientos anteriores en materia constitucional y que el Supremo Tribunal considere necesario considerar; iii) la sùmula vinculante puede ser modificada por el mismo Tribunal de oficio o a solicitud de los 3rganos legitimados.

Este formato podrìa servir para tratar de justificar o entender el sentido de la orden de la Corte Suprema de oficiar enviando copia de las respectivas sentencias a las Cortes de Apelaciones, que tendrìa como objetivo estandarizar la interpretaci3n jurisprudencial. Pero tambi3n se podrìa decir que el actuar de la Corte Suprema fue en el sentido de crear una barrera por medio de una revisi3n por *certiorari*³⁰, en el sentido de que los recursos de los casos similares a las sentencias bajo anàlisis no debieran ser conocidas por la Corte Suprema si son presentados bajo los mismos argumentos.

No obstante, las posibilidades anteriores, la Corte Suprema termin3 por crear un sistema de precedentes esquizofr3nico y sin respaldo legal, donde la fuerza de *imperium* (pertinente, reconocemos, a la actividad jurisdiccional) por sì misma bastarìa para determinar la forma como los jueces tribunales inferiores debieran decidir. Esta anomalìa procesal del fallo representa una ofensa al principio de la independenciam y de la inexcusabilidad.

7. QUINTA ANOMALÍA: ESTABLECER UN INCIDENTE DE DEMANDAS REPETITIVAS DE MODO INQUISITIVO

En el sistema brasileño existe un instrumento procesal establecido legalmente para dar una ùnica soluci3n a demandas que se repiten³¹. El incidente de resoluci3n de demandas repetitivas establecido en el C3digo de Proceso Civil

²⁹ GARCÍA BELAUNDE (2017) pp. 93-94.

³⁰ El uso de la expresi3n *certiorari* se refiere al sentido segùn derecho norteamericano y no sobre el derecho ingl3s, donde tiene otro sentido.

³¹ "O incidente de resoluç3o de demandas repetitivas ser3 instaurado a partir de uma aç3o individual que tenha por objeto a tal quest3o jurìdica repetitiva ou com potencial multiplicador, ou seja, pretens3o formulada por um autor individual e resistida pelo r3u e que ou j3 se apresenta com frequ3ncia ao Poder Judici3rio ou com grande probabilidade ser3 a ele dirigida em curto espaço de tempo, sen3o de forma id3ntica, no mìnimo muito semelhante". Em MENDES y RODRIGUES (2012) p. 193.

brasileño es un instrumento que puede ser tramitado a solicitud de partes, de oficio por el propio juez, por el Ministerio Público o por la Defensoría Pública, en materia civil, siempre que se verifique la repetición de determinada controversia de derecho en varios procesos y con riesgo de ofensa a la isonomía y a la seguridad jurídica por la multiplicidad de decisiones diferentes sobre el mismo asunto controvertido³².

El incidente de resolución de demandas repetitivas para que sea admitido a tramitación tiene como presupuesto de admisibilidad que contenga la controversia sobre un asunto únicamente de derecho, riesgo de ofensa a la isonomía y a la seguridad jurídica y que las demandas estén pendientes de decisión definitiva. Además, es necesario que la materia controvertida no tenga sido conocida por los tribunales superiores de justicia.

El incidente de resolución de demandas repetitivas en Brasil fue inspirado en la sistemática de los casos de masas del derecho alemán. En el derecho alemán, el sistema jurídico de resolución masificada de lides fue implantado en carácter experimental. La ley alemana editada en 2005 fue concebida, de inicio, como un instrumento restricto a los litigantes en el ámbito del mercado de capitales, siendo propuesta como ley experimental, destinada a perder su eficacia con el fin del plazo de 5 años, o sea en noviembre de 2010.

No obstante, antes de esto, la técnica fue incorporada al ZPO (*Zivilprozessordnung*). El origen de la ley se refiere al caso Deutsche Telekom (DT), empresa con más de 3 millones de accionistas en Alemania. En función de una supuesta circulación de informaciones equivocadas sobre la extensión del patrimonio de la sociedad en dos circulares de oferta de acciones, en 1999 y en 2000, millares de inversores afectados, aproximadamente 15 mil, representados por más de 750 abogados diferentes, propusieron demandas contra la DT ante la corte distrital de Frankfurt, jurisdicción de la bolsa de valores en que los prospectos circularon. El conjunto de acciones representaba el valor superior a 150 millones de euros.

El modelo alemán se restringe a causas de accionistas de mercado de acciones, siendo esencial la interposición de diez causas idénticas sobre cuestiones jurídicas de hecho o de derecho. Diferentemente de lo que ocurrió en el derecho alemán, en la legislación brasileña el instituto nació de modo definitivo, no siendo necesario la interposición de 10 acciones sobre el mismo tema y no se limita a un solo tipo de materia. Además, es admitido únicamente para discusión de cuestiones jurídicas, no siendo admitida cuando involucra cuestiones de hecho.

³² “[...] por trás de tudo, potencializando o problema das decisões divergentes entre juízes de mesma instância, ou entre estes e os de instância superior, está o fenômeno dos casos idênticos, vale dizer: a repetitividade. Não fosse ela, esses impasses não se formariam. De outra parte, quanto maior a sua intensidade, mais visíveis as eventuais fragilidades internas do sistema da justiça para o tratamento de casos repetidos”. En: RODRIGUES (2010) p. 148.

De este modo, si bien es cierto que el modelo alemán ha inspirado el sistema brasileño, el modelo alemán trajo pocos elementos como contribución para el incidente de resolución de demandas repetitivas en Brasil. En realidad, el referido incidente constituye un complemento de un régimen establecido por la Enmienda N° 45, de la reforma del Poder Judicial, donde surgió entre otros institutos, la sùmula vinculante y la necesidad de establecer la relevancia de la materia para los recursos extraordinarios.

El incidente de resolución de demandas repetitivas, según el artículo 976 del Código de Proceso Civil brasileño procede cuando existe una efectiva repetición de procesos que contengan controversia sobre la misma cuestión jurídica y exclusivamente de derecho y riesgo de ofensa a la isonomía y la seguridad jurídica, siendo requisitos cumulativos.

La solicitud debe ser por medio de un escrito dirigido al presidente del Tribunal superior jerárquico, indicando el problema jurídico que se presenta de forma repetida en varias demandas y los documentos necesarios para demostrar los presupuestos para la procedencia del incidente. No hay limitación en relación con las materias jurídicas que pueden ser discutidas en los incidentes de resolución de demandas repetitivas.

Una vez interpuesto el incidente, los procesos con idéntica controversia jurídica quedan suspendidos por un año, por determinación del ministro Relator. Durante la tramitación del incidente, el ministro Relator oír las partes, el Ministerio Público, *amicus curiae* si se acoge solicitud de participación, bien como fijar audiencia para solicitar informaciones.

En la sentencia, el tribunal superior deberá fijar la tesis jurídica que deberá ser aplicada para todos los procesos, sean ellos individuales o colectivos. En caso del no cumplimiento de la tesis fijada, las partes pueden presentar reclamación al tribunal competente, conforme artículo 985 del Código de Proceso Civil brasileño. Contra la decisión de fondo del incidente será posible presentar recurso extraordinario o especial, conforme la naturaleza del agravio.

Lo interesante y lo que se asemeja a los casos Isapre, es que la decisión del tribunal pasa a tener efectos *erga omnes*, valiendo para todas las pretensiones individuales o colectivas idénticas en el ámbito de competencia del tribunal que decidió el incidente. La diferencia está que en el sistema brasileño existe norma expresa que autoriza y un instrumento procesal idóneo para evitar la masificación de juicios idénticos, a diferencia de Chile que aún no cuenta con tal mecanismo.

8. SEXTA ANOMALÍA: EL RECURSO DE PROTECCIÓN Y LA DECISIÓN SORPRESA

Otra anomalía jurídico-procesal que adolece el conjunto de fallos bajo análisis es la ofensa al principio de prohibición de la decisión sorpresa. Según ello,

el juez está impedido de decidir con base en fundamento respecto del cual no haya dado a las partes la oportunidad de oponerse, argumentar o participar, aún que se trate de materias de orden público. El referido postulado jurídico tiene por objeto, evitar prejuicios a cualquiera de las partes sobre la base de incorporar en juicio hechos por ellas desconocidos y por lo tanto sin oportunidad de controversia, imponiéndose la efectividad del principio del contradictorio sustancial con la notificación previa sobre el punto a ser decidido por el tribunal, garantizando a las partes la oportunidad de colaborar y coadyuvar con la convicción del juez.

La decisión sorpresa “es una decisión fundada en premisas que no fueron objeto del debate previo o respecto de las cuales no se tomó conocimiento previo alguno en el proceso en la que se dictó. Es decir, la decisión es una imprevisión cuyos fundamentos no fueron mencionados en el proceso o respecto de aquellos casos donde no se ha dado la oportunidad de pronunciarse o debatir previamente. Es una decisión que desconcierta a las partes, pues nadie —excepto quien la emitió— tuvo oportunidad de tomar conocimiento previo de sus fundamentos. En otras palabras, es una decisión que no ofrecía de manera previa la posibilidad de conocimiento o expresión de sus fundamentos”³³.

Álvaro Pérez Ragone explica que “de ninguna manera el juez sustituye en esta visión a las partes quienes pueden disponer sobre el objeto del proceso y el juez solamente puede usar aquello que las partes decidan integre determinado proceso así en la relación entre el derecho procesal y la concepción de derecho sustantivo lo que se corresponde con la posibilidad de disponer sobre el material o elemento litigioso y su relación entre el derecho procesal por un lado y el derecho constitucional por otro”³⁴.

Cualquier jurista más atento, podría mencionar que el principio de la decisión sorpresa no debiera ser aplicado a un procedimiento sumarísimo sin período de prueba o con contradictorio reducido como la acción de protección. Pero tal objeción debe ser vista con cautela. Afirmar que el recurso de protección no contempla un período de prueba no significa que el juez pueda decidir sin participación de las partes o sin cualquier elemento probatorio. En trabajo anterior, he defendido que si bien es cierto que el recurso de protección es un procedimiento sin término probatorio, esto no es sinónimo de procedimiento inquisitivo. En el recurso de protección el juez decide con base a prueba preconstituida y con contradictorio.

Esta limitación dada por el procedimiento no autoriza a la Corte Suprema modificar de forma unilateral los efectos del recurso de protección, dándole efecto *erga omnes*, propia de las acciones colectivas.

³³ SOUZA (2014) p. 136.

³⁴ PÉREZ RAGONE (2020) p. 300.

“La llamada prohibición de la decisión-sorpresa no es más que una dimensión del principio de contradicción, según la cual las partes no pueden ser sorprendidas por una decisión respecto a una cuestión que no ha sido expresada y previamente discutida, incluyendo lo referente a las tradicionales materias de conocimiento de oficio – las cuales, en una visión más tradicional del contradictorio, no dependían de la discusión previa entre las partes-. En otras palabras, la prohibición de la decisión sorpresa como contenido del contradictorio expresa la necesaria compatibilidad entre el deber de prestación jurisdiccional justa, celer e y efectiva, y la participación para influenciar que es un derecho fundamental de las partes”³⁵.

En el conjunto de fallos bajo análisis, la Corte Suprema, sin dar oportunidad a la parte recurrida y también sin escuchar a los recurrentes, otorgó efecto *erga omnes* a la decisión que debiera alcanzar solamente a las partes, transformando las sentencias en decisiones-sorpresa.

9. CONCLUSIONES

Las sentencias que se ha comentado establecen una nueva jurisprudencia en el ámbito de las discusiones sobre los planes Isapre y este cambio adquirió efecto *erga omnes* alcanzando todos los afiliados. La jurisprudencia adoptada en este ámbito corresponde la determinación de cinco criterios principales: i) es arbitrario el alza de los planes a los afiliados sin entregar mayores antecedentes que justifiquen el incremento de dichos valores; ii) se debe contar con un plan base por cada contrato de salud y no por cada beneficiario; iii) es indebido elaborar tabla de factores por sexo y edad por ser inconstitucional, no obstante la Corte Suprema legitimó la tabla confeccionada por la Superintendencia de Salud (Roles N°58.873-2018 y N°2.681-2020; iv) al nonato y niños y niñas hasta dos años, su asistencia está cubierta por el GES, siendo que no se les puede aplicar una tabla de factores. Desde los dos años, se les aplican un plan de salud correspondiente a esa edad, el que es inmodificable en el tiempo, salvo que sea bajar el plan; y, por último, v) la tabla de factores elaborada por la Superintendencia de Salud se aplica solo cuando el afiliado ingresa a la Isapre respectiva y es inmodificable en el tiempo, salvo que sea en beneficio de este.

Hasta entonces, el criterio mayoritario era decidir de modo individual cada recurso de protección. La extensión *erga omnes* como anteriormente mencionado, produce diversas anomalías procesales que ofenden los principios procesales fundamentales en un Estado de Derecho. Estas garantías impiden que los jueces asuman roles no compatibles con su competencia constitucional y jurisdiccional. El Poder Judicial no está llamado a intervenir o determinar políticas

³⁵ ZUFELATO (2017) p. 78.

públicas, especialmente cuando para poder alcanzar este fin debe dejar de lado varias normas que integran el concepto de debido proceso³⁶.

La Tercera Sala de la Corte Suprema ha transformado un juicio individual en un juicio colectivo de naturaleza objetiva de oficio, alterando la pretensión individual establecida por las partes para generar efecto *erga omnes*, en un procedimiento que no permite término probatorio ni posibilidad de contradictorio. Las sentencias del caso Isapre fueron dictadas sin que las partes fueran advertidas anteriormente de los efectos que pretendía la Corte Suprema atribuir al fallo, generando una decisión sorpresiva respecto de la cual no ha sido posible ejercer el derecho de defensa, ni de las partes ni de terceros afectados eventualmente por dicho pronunciamiento.

Además, incluso en las sentencias que producen efecto *erga omnes*, las partes que no participaron del proceso y que son beneficiadas con la sentencia, tienen la facultad de ejercer su derecho a decidir sobre la ejecución del fallo. En este caso, la Corte Suprema ha determinado el cumplimiento compulsorio a todos los afiliados Isapres, impidiendo su derecho de acción a ejecutar el fallo.

Por último, incluso podría debilitar el principio de la independencia, al ordenar distribuir copias de los fallos a las Cortes de Apelaciones, promoviendo una forma estandarizada de sentenciar, en lo que podría configurar una especie de precedente “a la chilena”, sin cualquier previsión legal.

10. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite (2010): La extensión de los efectos de la sentencia dictada en procesos promovidos para la defensa de los intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios: régimen en la ley chilena de protección del consumidor, *Ius et Praxis*, vol. 16, n. 1, pp. 99-124.

AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite y PÉREZ RAGONE, Álvaro (2021): “Liquidación y ejecución de sentencias condenatorias en el proceso colectivo chileno de consumidores y usuarios”, *Ius et Praxis*, vol. 7, n. 1, pp. 17-36.

ALMAGRO NOSETE, José (1995): “La protección procesal de los intereses difusos en España”, *Justicia: revista de derecho procesal*, n. 1, 1983, p. 86.

AMRANI MEKKI, Soraya y STRICKLER, Yves (2014): *Procédure Civile* (Paris, Puf).

BARBOSA MOREIRA, José (1979): “A ação popular do direito brasileiro”, en *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, vol. IV, (Milano, Guiffré), p. 2690.

BINGHAM, Tom (2018): *El estado de derecho* (Ciudad de México, Tirant lo Blanch).

CHAINAIS, Cécile; FERRAND, Frédérique; GUINCHARD, Serge (2016): *Procédure Civile* (Paris, Dalloz).

CHAINAIS, Cécile (2017): “Le principe dispositif: origines historiques et droit comparé” en Flise, Laurence y Jeuland, Emmanuel (edits.), *Le procès est-il encore la chose des parties?* (Paris, IRJS).

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés (2005): *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil* (Navarra, Thomson Civitas).

GARCÍA BELAUNDE, Domingos (2017): “El precedente constitucional: extensión y límites”, *Pensamiento Constitucional*, N° 22, pp. 83-107.

³⁶ PICARDI (2019) p. 250.

- GRABER, Mark A. (2020): “Ship-money: the case that time and Whittington forgot”, *Constitutional Commentary*, vol. 35, n. 1, pp. 47-64.
- LIEBMAN, Enrico Tullio (1980): *Manual de derecho procesal civil* (trad. Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Europa-América).
- MARINONI, Luiz Guilherme (2016): *A ética dos precedentes* (São Paulo, Revista dos Tribunais, segunda edición).
- MENDES, Aluísio de Castro y RODRIGUES, Roberto Aragão (2012): “Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto de novo Código de processo civil”, *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 37, n. 211, pp. 283-331.
- MERCURIO LEGAL (2022): “Vocera de la Corte Suprema por fallos de isapres”, disponible en: Este texto es parte del contenido que puedes compartir utilizando el link <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Noticias-y-reportajes/2022/08/19/911351/suprema-fallos-isapres-alza-plan.aspx>.
- NÚÑEZ OJEDA, Raúl; PÉREZ RAGONE, Álvaro; VARGAS PAVEZ, Macarena (2013): *Hacia una mejor ejecución civil* (Santiago, Thompson Reuters)
- OLIVEIRA, Vallisney de Souza (2016): “O Incidente de resolução de demandas repetitivas introduzido no direito brasileiro pelo novo Código de processo civil”, *Revista de informação legislativa: RIL*, vol. 53, n. 210, pp. 63-80.
- PÉREZ RAGONE, Álvaro (2006): “El acceso a la tutela ejecutiva del crédito, en SILVA, José, GARCÍA, José, LETURIA, Francisco (edits.), *Justicia Civil y Comercial: una reforma pendiente. Bases para diseño de la Reforma Procesal Civil* (Santiago, Ediciones UC), p. 495
- PÉREZ RAGONE, Álvaro (2020): “La prohibición de decisiones-sorpresas: reinterpretación del iura novit curia desde el debido contradictorio”, *Ius et Praxis*, vol. 26, n. 2, pp. 296-319.
- PICARDI, Nicola (2019): *Manuale del processo civile* (Milano, Giuffrè, cuarta edición).
- PUNZI, Carlo (1948): “La tutela giudiziale degli interessi diffusi e degli interessi collettivi”, *Rivista di Diritto Processuale*, vol. 3, 1948, pp. 275 y ss.
- ROQUETO RIGUETTI, Gabriel Felipe (2021): *Modificação objetiva da demanda* (Madrid, Marcial Pons)
- RODRIGUES, Ruy Zoch (2010): *Ações repetitivas: casos de antecipação de tutela sem o requisito de urgência* (São Paulo, Revista dos Tribunais).
- SALGADO CARRERO, Celestino (1998): “El derecho a la ejecución de las sentencias como manifestación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva”, *Revista del Poder Judicial*, vol. 51, pp. 69-136.
- SOUZA, André Pagani de (2014): *Vedação das decisões-surpresa no processo civil* (São Paulo, Saraiva).
- ZUFELATO, Camilo (2017): “La dimensión de la «prohibición de la decisión-sorpresa» a partir del principio de contradicción en la experiencia brasileña y el nuevo Código Procesal Civil de 2015: reflexiones de cara al derecho peruano”, *Derecho PUCP*, vol. 78, pp. 21-42.

DE LA FLEXIBILIZACIÓN DEL PLAZO PARA LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE PROTECCIÓN: REFLEXIONES DESDE LA JURISPRUDENCIA RECIENTE

Gaspar Jenkins Peña y Lillo¹

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN: DEL PLAZO COMO PRESUPUESTO PARA LA INTERPOSICIÓN DE UN RECURSO DE PROTECCIÓN

Como bien señalaba el profesor Eduardo Couture (2010: 143), el proceso se desenvuelve avanzando en el tiempo, sucediendo etapas que van desplazando hacia lo pasado y anunciando el porvenir, demarcando un camino que se debe recorrer mediante el devenir temporal. Por ello, una de las instituciones que la ciencia del Derecho Procesal no puede ignorar en su estudio serán aquellas que buscan representar el transcurso del tiempo dentro del proceso: los *plazos*.

Tradicionalmente se ha entendido que los “plazos” son aquellos espacios de tiempo dados por la normativa para la realización de determinados actos jurídico-procesales², especialmente los que podemos identificar como “cargas procesales”, en el entendido de que su incumplimiento producirá un perjui-

¹ Investigador del Centro de Justicia Constitucional, y profesor de derecho constitucional, Universidad del Desarrollo. Estudiante del programa de Doctorado en Derecho y Ciencias Políticas, Universitat de Barcelona y Magister en Derecho, LLM, Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo postal: Av. Plaza 680, Las Condes. Correo electrónico: gjenkins@udd.cl. El autor agradece la colaboración de sus ayudantes de investigación Silvana Gatica Pereira, Cristian Rodríguez Gangale, María José Luna Bravo y María José Canessa Ferrer, sin los cuales el presente trabajo no sería posible.

² Así ha sido entendido, tradicionalmente, por la doctrina procesal nacional, siguiendo la definición clásica dada por Couture (2010: 143). Véase, por ejemplo, Pfeiffer Richter (1998: 108); Stoehrel Maes (2018: 75); Figueroa Yávar y Morgado San Martín (2013: 167); Casarino Viterbo (2008: 81). En un mismo sentido, aunque más contemporáneo, Romero Seguel (2017: 24).

cio procesal en contra del interés del propio interesado³. Una mirada más actual precisará que el “plazo” es una institución diferenciada de los “términos”, producto de que ella hace relación a un lapso dentro del cual -y en cualquier momento del mismo- se podrá o deberá realizar un acto jurídico-procesal específico⁴. De esta manera, la contemplación de un “plazo” por la legislación procesal será un reconocimiento explícito a la *preclusión* como principio rector del procedimiento, el que, en palabras del profesor Enrique Vallines (2004: 35), imposibilita a una de las partes hacer algo eficazmente dentro del proceso que antes sí podía hacer válidamente, ello a consecuencia de su intempestividad, permitiendo la consecución y avance de las etapas procedimentales, provocando, de esta forma, una pérdida contra propio interés⁵.

Sin embargo, lo cierto es que el “plazo” también podrá operar en una faz “pre-procesal” o, incluso, inicial del proceso, como una garantía de seguridad jurídica y firmeza de los actos jurídicos, de la cual dependerá la eficacia, validez o admisibilidad -según el caso- de la propia pretensión procesal que se deduce frente a un órgano jurisdiccional⁶. De esta manera, en algunos casos debidamente definidos por el ordenamiento jurídico, el “plazo” se constituirá como un presupuesto formal del acto procesal de postulación inicial, cuya insatisfacción o inobservancia habilitará al juez para declarar su “inadmisibilidad” o “ineptitud”, impidiendo que el procedimiento avance para decantar en un pronunciamiento judicial sobre el fondo de lo pedido, pudiéndose, inclusive, decretarse el rechazo de la misma de forma “*ad limine*” (Romero Seguel, 2015: 70-71).

En este sentido, el “plazo” actúa como un elemento o presupuesto esencial de un determinado tipo de pretensión procesal, la que, por voluntad del legislador y por la necesidad de dar garantías de certeza a las relaciones jurídicas, se encuentra limitada en su ejercicio por el tiempo, impidiendo que ella llegue a configurarse y producir sus efectos procesales normales en caso de su inoportuna deducción⁷. En otras palabras, la posibilidad de interponer la acción en concreto se verá supeditada a que su ejercicio no haya “caducado”, entendiendo que el ordenamiento jurídico concede la posibilidad de su interposición sólo dentro de cierto lapso, el que, de transcurrir en su totalidad, provocará la extinción de este derecho (Domínguez Águila, 2004: 125).

³ Goldschmidt (1936: 82-83); Couture (2010: 173); Avsolomovich Callejas, *et al.* (1965: 94-95).

⁴ Cortez Matcovich y Palomo Vélez (2018: 96-97); Montero Aroca, *et al.* (2005: 402); De la Oliva Santos, *et al.* (2019: 258).

⁵ En un mismo sentido, De la Oliva Santos, *et al.* (2019: 233-234); Cortez Matcovich y Palomo Vélez (2018: 100-101).

⁶ Gozaíni (2011: 732); Nogueira Alcalá (2007: 89).

⁷ Lanata Fuenzalida (2010: 263); Riveros Figueroa (2017: 28-29).

El paso del tiempo, de esta manera, será el elemento necesario para la procedencia de los efectos de la “caducidad”, entendiéndose por tal a «aquella figura que determina, de modo automático e inexorable, la extinción de ciertos derechos, poderes o facultades, si no se realiza un acto específico dentro del plazo fijado a tal efecto por la ley» (Domínguez Águila, 2004: 127)⁸. El plazo actuará, de esta forma, de una manera objetiva, como aquel hecho futuro y cierto que no permitirá -por regla general- interrupción o suspensión alguna, cuya llegada producirá ineludiblemente efectos extintivos o impositivos para el ejercicio válido de un derecho determinado. Por ello, es lógico comprender que el plazo inherente a una caducidad revestirá el carácter de “fatal”, puesto que, una vez vencido, producirá simultáneamente la pérdida del derecho procesal que debió ejercerse dentro de él (Cortez Matcovich y Palomo Vélez, 2018: 100-101)⁹.

Entre los casos en los que el ordenamiento jurídico instaura un plazo para delimitar el momento dentro del cual se ha de ejercer la pretensión, suelen estar las acciones de tutela directa de derechos fundamentales, las que, en virtud al objeto sobre el que versa el proceso y el carácter urgente de la respuesta jurídica que se debe dar ante el agravio de un derecho constitucional, requieren una actividad celeré, no solo del Tribunal que sustanciará el procedimiento correspondiente, sino también de la parte afectada. Como ejemplos de estas acciones encontraremos el *habeas corpus*, *habeas data*, la acción de no discriminación arbitraria o la tutela laboral, entre otras, aunque centraremos nuestra atención para efectos de este trabajo en el *recurso de protección*, acción constitucional que cualquier persona puede deducir ante un Tribunal Superior de Justicia, con el objeto de solicitar la adopción inmediata de las providencias necesarias para asegurar el debido resguardo del derecho constitucional que, ilegal o arbitrariamente, se ha visto amenazado, privado o perturbado (Mosquera Ruiz y Maturana Miquel, 2010: 459-460).

Como bien se sabe, uno de los presupuestos procesales para la interposición de un recurso de protección es que aquel sea deducido ante el Tribunal competente «dentro del plazo fatal de treinta días corridos contados desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión o, según la naturaleza de éstos, desde que se haya tenido noticias o conocimiento cierto de los mismos, lo que se hará constar en autos»¹⁰. Este plazo,

⁸ Según Lagos Villarreal (2005: 83), «[l]a caducidad legal es una extinción que afecta a un derecho que por su naturaleza tiene una duración determinada por el sólo transcurso del tiempo fijado para su vigencia, sin necesidad de requerir un hecho externo que ponga fin a su existencia. El tiempo es la medida de vigencia del derecho: tanto plazo, tanto derecho. Un ejemplo es la vigencia de una ley transitoria». Para mayor profundidad, véase Barcia Lehmann (2012: 117-121).

⁹ Así entiende el concepto de “plazo fatal” el artículo 64 del Código de Procedimiento Civil, cuando detalla que, «[e]n consecuencia, la posibilidad de ejercer un derecho o la oportunidad para ejecutar el acto se extingue al vencimiento del plazo».

¹⁰ Numeral 1° del Acta 94-2015 de la Corte Suprema, de fecha 17 de julio de 2015, en el que consta el texto refundido del *Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso de*

a pesar de no encontrarse en un texto de rango legal como lo exige la Constitución Política¹¹, ha sido visto como un requisito legítimo -en abstracto- para la admisibilidad de la acción¹²⁻¹³, relacionado íntimamente con la urgencia operativa que demanda la acción, a pesar de que aquel no se encuentra establecido en la normativa constitucional (Palomo Vélez, 2008: 536-537). Es por ello que la doctrina coincide en comprender a éste como un plazo que no puede ser interrumpido¹⁴, de días continuos o corridos (y no de días hábiles, por ejemplo, como es característico en el proceso civil)¹⁵, objetivo¹⁶, no ampliable e improrrogable¹⁷, y, principalmente, fatal¹⁸.

Protección de las Garantías Constitucionales.

¹¹ Circunstancia que ha sido criticada constantemente por la doctrina nacional, puesto que, el hecho de que aquel plazo, así como todo el procedimiento a través del cual sustancia un recurso de protección, sea establecido por una norma infralegal (un auto acordado dictado por la Corte Suprema en ejercicio de sus facultades económicas) y no por una ley, implica una omisión inconstitucional del Poder Legislativo, que decanta en la posibilidad indebida de que la regulación o limitación de derechos fundamentales se realice sin satisfacción de los estándares constitucionales, encontrados principalmente en el artículo 19 -numerales 3 y 26- de la Carta Fundamental. Véase, entre otros, Pinochet Cantwell (2020: 477-483); Silva Irrarázaval (2014: 317-318); Paredes Paredes (2014: 124-125); Salas Salazar (2011: 420-422); Bruna Contreras (2000: 160-162); Andrades Rivas (1998: 121).

¹² Bordalí Salamanca (2002: 175-176); Verdugo Johnston (1988: 50-51). Cabe mencionar, eso sí, que la implementación del trámite de admisibilidad mediante el Auto Acordado (especialmente desde su reforma del año 1998) generó algunas críticas en su momento, por ser entendido como una imposición de “trabas” injustificadas para la tutela de derechos fundamentales. Véase al respecto Parodi Tabak (2012: 320-322).

¹³ Aunque ello no ha impedido la existencia de críticas, principalmente centradas en el lapso estipulado por la Corte Suprema para el ejercicio de la acción (30 días corridos), en especial cuando aquel es comparado con los plazos establecidos para otras acciones de tutela directa de derechos fundamentales existentes en el Derecho nacional. Sin ir más lejos, nuestro ordenamiento jurídico no fija un plazo para la interposición de un *habeas corpus* o de un *habeas data*, mientras que, respecto del recurso de amparo económico, se confiere un lapso de seis meses (artículo único de la Ley 18.971), para la acción de no discriminación arbitraria se entrega un plazo de 90 días (artículo 5° de la Ley 20.609), o 60 días en el caso de la tutela laboral (artículo 489 del Código del Trabajo), por nombrar algunos casos (donde la principal excepción se encontraría en el artículo 155 del Código Tributario, que fija un plazo de 15 días para la interposición de la tutela de derechos fundamentales del contribuyente). Véase las interesantes reflexiones al respecto presentadas por Tavorali Oliveros (2000: 478-479).

¹⁴ Nogueira Alcalá (2010: 254); Mosquera Ruiz y Maturana Miquel (2010: 473); Palomo Vélez (2008: 537).

¹⁵ Mosquera Ruiz y Maturana Miquel (2010: 473); Pfeffer Urquiaga (2006: 105); Bordalí Salamanca (2002: 175).

¹⁶ En el sentido de que su cómputo no depende de la voluntad de las partes, sin perjuicio de las prácticas jurisprudenciales existentes respecto de la determinación del momento en que se debe comenzar a contar el plazo. Henríquez Viñas (2019: 18); Navarro Beltrán (2012: 637).

¹⁷ Mosquera Ruiz y Maturana Miquel (2010: 473); Verdugo Johnston (1988: 52).

¹⁸ Mosquera Ruiz y Maturana Miquel (2010: 473); Zúñiga Urbina (2007: 68); Pfeffer Urquiaga (2006: 105); Bordalí Salamanca (2002: 175).

II. DE LA FLEXIBILIDAD DE LA REGLA DEL PLAZO PARA LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO DE PROTECCIÓN: UNA MIRADA DESDE EL FALLO ROL N°34.430-2021 DE LA CORTE SUPREMA

1. De la declaración de inadmisibilidad de un recurso de protección, por deducirse de forma extemporánea, como regla tradicional.

Como se ha comentado, tal vez la más relevante característica del plazo establecido por el *Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de las Garantías Constitucionales* para la interposición de la acción, es su carácter de fatal, puesto que de aquel devienen los efectos de caducidad del derecho a presentar la acción constitucional. De hecho, el propio Auto Acordado establece, en su numeral 2º, que «[p]resentado el recurso, el Tribunal examinará en cuenta si ha sido interpuesto en tiempo [...]. Si su presentación es extemporánea [...], lo declarará inadmisibile desde luego por resolución fundada [...].», determinación que respondería a un estándar de razonabilidad procedimental (Navarro Beltrán, 2018: 49-50).

Esta normativa ha permitido la consolidación de una mirada de la Corte Suprema sobre esta potestad, asentado en una doctrina judicial tradicional que entiende al plazo en cuestión como fatal e indisponible para efectos de que, mediante dichas características, se alcance un necesario estándar de certeza y seguridad jurídica. Así, y en palabras del Máximo Tribunal: «*Que como puede advertirse del tenor de la norma transcrita [el artículo 1º del Auto Acordado], el plazo para recurrir de protección está determinado de manera precisa en el mencionado auto acordado, que tiene un carácter objetivo, sin que en su regulación quepa intervención a las partes. Ello se explica a partir del mismo texto del precepto, en cuanto persigue como finalidad poner pronto remedio a los efectos que puede provocar a un ejercicio legítimo de un derecho relevante y esencial de toda persona, un acto que pueda reputarse como arbitrario o ilegal. Tal propósito justifica que el plazo estatuido para intentar el recurso de protección se cuente desde la fecha en que el interesado conoce del acto u omisión que le causa agravio, real o inminente, a sus derechos esenciales*»¹⁹. Estimarlo de otra forma, «importaría en la práctica, entregar a los particulares o recurrentes la posibilidad de determinar dicho término, lo que resulta inapropiado por todo lo señalado, esto es, su naturaleza objetiva, circunstancia que posibilita que haya certeza jurídica en cuanto a las fechas pertinentes»²⁰.

¹⁹ González Núñez con Servicio de Impuestos Internos (2010), considerando 2º.

²⁰ Transcripción del fallo Rol N°7424-2009, de la Corte de Apelaciones de Santiago, citado por Navarro Beltrán (2018: 49). Véase, en un mismo sentido, la jurisprudencia citada por Zavala Ortiz (2021: 63-64).

De esta forma, la jurisprudencia nacional se inclina por considerar que la declaración de inadmisibilidad de un recurso de protección, por causal de extemporaneidad, es un resultado forzoso siempre que se constate que aquel ha sido presentado más allá del plazo establecido por el Auto Acordado²¹. Por ello, la regla general será que dicho lapso siquiera pueda ser ampliado, puesto que, «[c]onsiderando la naturaleza del recurso de protección, nos parece totalmente consecuente que no se admita la posibilidad de aumentar el plazo concedido por el Auto Acordado con la tabla de emplazamiento que razona sobre la base de existencia de un juicio» (Verdugo Johnston, 1988: 52)²².

Sin embargo, lo cierto es que, poco a poco, la jurisprudencia ha comenzado a reconocer determinadas circunstancias que, fundadas en una razonabilidad más o menos objetiva, buscan establecer “excepciones” a la rigidez de la regla temporal. El primero de estos casos hace relación, más bien, a la forma en que se comienza a computar el plazo en circunstancias determinadas, como cuando se está en presencia de una omisión o ante un acto ilegal o arbitrario que se mantiene produciendo efectos de forma permanente o continua en el tiempo -donde el plazo no se comienza a contar desde la ocurrencia de la conducta, sino desde que el actor adquiere conocimiento de ella- (Vergara Blanco, 1992: 8-10)²³.

La segunda hipótesis tiende a vincularse con circunstancias objetivas e irreprochables al cuidado o negligencia de las partes. Un buen ejemplo de ello se aprecia en los casos fundados en impedimentos de realizar la presentación en forma, por inconvenientes con el sistema de la Oficina Virtual: «*Que conforme al mérito de las certificaciones ofrecidas por los recurrentes, no controvertidas por la contraria, que describen una efectiva falla del sistema de tramitación electrónica y la imposibilidad de efectuar con normalidad la presentación del recurso por intermedio de la Oficina Judicial Virtual antes de la medianoche del 3 de diciembre de 2016; son elementos de juicio que junto a los requerimientos efectuados por correo electrónico, a los que se adjuntó oportunamente la referida acción, permiten concluir que su presentación virtual extemporánea no fue producto de la negligencia de los interesados, sino que se debió a un defecto impeditivo del referido mecanismo electrónico, coligiéndose del análisis conjunto de los antecedentes descritos que aquella fue interpuesta dentro de plazo, debiendo desestimarse, por tanto, la alegación que en tal sentido*

²¹ Según palabras de la Corte Suprema, el recurso de protección es una «*acción cautelar cuyo objeto es solucionar prontamente situaciones de hecho que en un momento determinado sean alteradas, o amenazadas de serlo, por un tercero, en perjuicio de la persona que lo entabla, sin otros requisitos que actuar dentro del plazo [...], referido a las garantías especialmente protegidas por la Constitución y cuando el recurrido haya actuado ilegal o arbitrariamente*». (fallo del 28 de octubre de 1992, encontrado en Cárcamo Righetti [2019]). En un mismo sentido, Zavala Ortiz (2021: 72).

²² En un mismo sentido, Mosquera Ruiz y Maturana Miquel (2010: 473).

²³ Para una mayor revisión Henríquez Viñas (2019: 18-19); Paredes Paredes (2014: 126-127); Mosquera Ruiz y Maturana Miquel (2010: 473-474). Interesante es recordar las observaciones sobre situaciones similares realizadas por Soto Kloss (1982: 255-264).

efectuó la autoridad recurrida, estimación recogida en el fallo en alzada que en consecuencia, será revocada»²⁴.

Estas “excepciones”, en estricto sentido, no rompen la idea de un plazo rígido y fatal en los términos previamente observados, sino que más bien, por el contrario, consolidan la eficacia de la regla infralegal, la cual adquiere una operatividad uniforme dentro de la jurisprudencia nacional, ello, pues solo es posible su ruptura por razones relacionadas a la determinación del momento en que se ejecuta el agravio o por constatarse un caso fortuito o una fuerza mayor²⁵.

2. De los cuestionamientos a la rigidez del plazo para la interposición del recurso de protección y de las manifestaciones de su “flexibilización”.

Desde la creación del plazo para la interposición de un recurso de protección a través del Auto Acordado de la Corte Suprema, existen voces que plantean su improcedencia o impertinencia, sustentándose dichas críticas no solo en el rango normativo de la fuente que la contiene (ser una norma infralegal, en circunstancia de que, al ser una regla que versa sobre el ejercicio de derechos fundamentales, debiera constar en un precepto de rango legal según el tenor de la Constitución Política vigente), sino también en consideraciones de fondo. Uno de los primeros en levantar la voz al respecto sería el profesor Raúl Tavorari, para quien, mediante la formulación de acertadas preguntas, reflexionaría sobre la pertinencia de la regla temporal.

Así, según el profesor, «viene bien considerar lo que acontece respecto del sujeto que no dedujo el [recurso de protección] oportunamente, una vez vencido el plazo consignado: pues bien, a su respecto, el derecho de que se trate, por ejemplo, el de la propiedad, continuará proclamado en la Constitución, pero el instrumento que ésta ha desarrollado, para protegerlo, habrá expirado, se habrá agotado... ¿Será ésta la real voluntad de la Constitución? ¿Habrá imaginado ese confiado constituyente que no trepidó en remitir a la Corte Suprema la determinación del procedimiento para que el [recurso de protección] pudiese operar, que este Tribunal establecería un plazo fatal para su interposición? ¿Podrá la jurisdicción contemplar, inerte, la vulneración de un derecho constitucional, por la sola circunstancia de que el Tribunal Supremo estimó del caso limitar en [treinta] días el plazo para que los justiciables puedan impetrar la protección de

²⁴ Álvarez Alquinta y otros con SEREMI de Transportes y Telecomunicaciones de la Región de Coquimbo (2018), considerando 6° (sentencia citada en Zavala Ortiz [2021: 71-72]).

²⁵ Cabe destacar, como nos recuerda San Martín Neira (2021: 5), que una de las principales características de la fuerza mayor y del caso fortuito hace relación a su imprevisión, esto es, eventos que el responsable no puede anticipar y, por ende, frente al cual no está en posición de evitar o prevenir, eximiéndolo así de la natural sanción jurídica.

la justicia? Si se acepta aquello de que no hay más derechos que los que pueden efectivamente reclamarse, ¿no significa que a los [treinta] días de la transgresión no denunciada, el afectado pierde su derecho por falta de mecanismo impugnador? ¿Alguien afirmaría que si el habeas corpus no se deduce dentro de los [treinta] días de haberse privado de la libertad arbitrariamente a una persona, ya ha precluido el derecho de impetrar amparo constitucional?» (Tavolari Oliveros, 2000: 478-479)²⁶.

Una reflexión similar plantearía la investigación desarrollada por Pamela Verdugo, aunque ya poniendo el foco de atención especialmente en el objeto que se busca resguardar con la tutela jurisdiccional. Por ello, según sus palabras, «no cabe duda que la existencia de plazos para ejercer la acción cautelar parece justificada, ya que a través de ello se contribuye a dar estabilidad a la relación jurídica. No obstante, tratándose de derechos esenciales para la persona, derecho a la vida, integridad física y psíquica, consideramos que la posibilidad de interponer el recurso no puede quedar sujeta a plazo alguno» (Verdugo Johnston, 1988: 61).

El profesor Humberto Nogueira también sería parte de estas voces críticas, puesto que ha considerado que «el plazo para interponer la acción de protección tiene como fundamento, sin lugar a dudas, otorgar seguridad jurídica y firmeza a los actos, asegurando la consolidación jurídica de ellos, lo que se concreta en el plazo de caducidad que establece el auto acordado indebidamente, lo que no se justifica en materia de derechos fundamentales que no tienen carácter patrimonial, como el derecho a la vida y a la integridad física o psíquica; el derecho a nacer; el derecho a no ser objeto de apremios ilegítimos; el derecho a no ser discriminado arbitrariamente; el derecho a no ser objeto de servidumbre o esclavitud; el derecho a la libertad de conciencia y culto; el derecho a la libertad de opinión e información; el derecho de petición, entre otros. Consideramos que en materia de derechos constitucionales no debe existir plazo de caducidad para accionar jurisdiccionalmente mientras el derecho se encuentre afecto ilegal o arbitrariamente, como la única excepción razonable de los derechos patrimoniales. Es insensato y no merece el menor análisis racional, que cuando se ve afectado en grado de amenaza o perturbación el derecho a la vida, se perturbe o prive arbitrariamente a una persona de su integridad física o psíquica, pueda

²⁶ Para el profesor Alejandro Vergara (1992: 10), refiriéndose a los casos en que se produce un “ilícito continuado o de efectos permanentes”, «el tema del plazo, de acuerdo a esta jurisprudencia ejemplar, pasa a segundo plano. Esta última jurisprudencia es interesante, pues significa reconocer que por motivos formales, de mera admisibilidad, los Tribunales no se pueden excusar de restablecer el imperio del Derecho, imperativo constitucional y finalidad de la Administración de Justicia, sobre todo en algunos casos de evidencia razonable de unos efectos permanentes de actos u omisiones ilegales o arbitrarios comenzados en tiempo pretérito».

accionarse dentro del plazo de [treinta] días, pero cuando se afecte la libertad personal no haya plazo alguno y pueda accionarse en cualquier momento» (Nogueira Alcalá, 2000: 37-38)²⁷.

La importancia de estas voces críticas sobre la pertinencia del plazo propiamente tal, además, obviamente, de la reflexión académica, es que poco a poco ha comenzado a tener acogida dentro de la judicatura nacional. Durante los últimos años, es común apreciar en sentencias que resuelven apelaciones contra declaraciones de extemporaneidad de recursos de protección, un voto disidente del Ministro de la Corte Suprema Sergio Muñoz Gajardo, quien, fundando en el estatuto garantista fijado por el ordenamiento jurídico internacional, ha expresado:

«1.- En el sistema de fuentes del derecho al conocer de los conflictos particulares, no resulta posible desatender las normas generales impartidas por la autoridad, sea que versen sobre materias sustanciales o procesales, principio que se denomina ‘inderogabilidad singular del reglamento’;

2.- La Corte Suprema ha regulado por auto acordado diferentes materias, tanto sobre la base de la habilitación general dada por la Constitución y la ley, como por encargos específicos entregados al efecto. Reglamentación que está llamada a tenerse en consideración respecto de las materias que regula, en tanto se encuentren vigentes, no se les derogue y no exista una determinación que impida reconocerle sus efectos; determinación que siempre debe adoptarse con carácter general, nunca en relación y solamente respecto de un caso concreto del cual se esté conociendo;

3.- Sin embargo, en diferentes ocasiones, ya de manera reiterada, el Tribunal Pleno de esta Corte Suprema ha desconocido lo normado en los autos acordados por ella dictados, resolviendo lo contrario de la disposición general en el caso particular, reconociendo, incluso, la posibilidad que se efectúe tal ponderación por los jueces de la instancia;

4.- Ante tal proceder surge con toda su fuerza el mandato del artículo 8.2 letra b) de la Convención Americana de Derechos Humanos que dispone el derecho al recurso judicial ante un tribunal superior, como lo normado en el artículo 2.3 letra a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que reconoce el derecho a una acción efectiva ante los tribunales a las personas cuyos derechos y libertades hayan sido violados;

5.- Es por lo anterior que, en tanto esta situación se mantenga, quien suscribe este parecer particular considera que no puede restringir el acceso a la justicia de quienes recurren a los tribunales, por así disponerlo una determinación de la Corte Suprema, puesto que entiende que el principio de igualdad ante la ley y la justicia, el de no discriminación y el de dignidad de todas las personas así se lo impone, por lo cual, en tales casos, se abstendrá de reconocer aplicación a dicha normativa.

²⁷ El profesor Nogueira reiteraría su reflexión, con algunos matices, en trabajos posteriores, como ocurrió, por ejemplo, en Nogueira Alcalá (2010: 255).

6.- *Al establecerse mediante auto acordado el plazo de 30 días para interponer el recurso de protección, se excluye del acceso a la justicia constitucional para quienes lo hagan con posterioridad; restricción que contraría la normativa precitada en el motivo cuarto y, por lo tanto, corresponde dar preeminencia a ella y declarar que el recurso fue interpuesto de manera oportuna»²⁸.*

La mirada sustentada en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos expresada por el voto disidente en cuestión, da cuenta de una nueva lógica en la que se sumergen los procedimientos cuyo objeto sea la tutela directa de derechos fundamentales, conforme a una nueva visión que, respecto de ellos, ha comenzado a brindar el Derecho Procesal Constitucional latinoamericano contemporáneo²⁹, que enfoca, dentro de sus puntos de atención, la superación de barreras formalistas contra el derecho al acceso a la justicia y de ser oído por un Tribunal en miras de lograr una debida protección a un derecho fundamental agraviado, en los términos de los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos³⁰⁻³¹.

Este nuevo prisma a través del cual se mira la aplicabilidad del plazo para la interposición de un recurso de protección se sustenta en un ánimo garantista³², que busca la “flexibilización” de su operatividad, entendiendo por tal una idea o criterio sustentado por la doctrina y/o la jurisprudencia, que, por razones de velar por lograr el adecuado resguardo jurisdiccional al objeto sobre el cual se construye el proceso -en este caso, la tutela de derechos fundamentales-, justifica el “eludir” o “moldear” alguna regla o pauta procesal, sea esta de carácter sustancial (como comprender los alcances de la cosa juzgada) o formal (por ejemplo, la rigidez de la aplicación de un plazo), para que ella se encuentre en

²⁸ *Muzenmayer Molina con Banco del Estado* (2019), voto disidente. Mismo voto disidente puede encontrarse en *Moya Salazar con INACAP* (2019), *Arévalo Farfán con Servicio de Salud Metropolitano Occidente* (2019), *Jasse Laphitzondo y otros con Servicio Agrícola y Ganadero* (2019), entre otros, todos ellos pesquisados gracias a las investigaciones desarrollada por Hernández Sotomayor (2020: 455-456), y Cárcamo Righetti (2019).

²⁹ Al respecto véase el interesante trabajo de Astudillo Reyes (2008).

³⁰ «1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad a la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter».

³¹ «1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso».

³² Véase Alvarado Velloso (2012:107-120); Gozáini (2011: 318-322).

función del objeto perseguido. Ello, pues, como plantea el profesor Osvaldo Gozaíni (2004: 89-90), el Derecho Procesal debe ser un “acompañamiento” para el afectado, dentro del cual las reglas estrictas no deben convertirse en un impedimento para alcanzar una solución justa con implicancias sociales.

Sin ir más lejos, a juicio de este profesor, «debajo de lo que las leyes parecen decir literalmente, es lícito indagar lo que quieren decir jurídicamente y si bien no cabe prescindir de las palabras de la ley, tampoco hay que atenerse rigurosamente a ellas cuando una interpretación sistemática así lo requiera, dado que la misión judicial no se agota con la remisión a su letra, ya que los jueces, en cuanto servidores del derecho y para la realización de la justicia, no pueden prescindir de la *ratio legis* y del espíritu de la norma» (Gozaíni, 2004: 89-90), cosa que nos permite comprender que, «[a]lgunos dirán que es un riesgo muy grande el que se corre, dejando en manos de la interpretación judicial la plenitud práctica de los principios; sin embargo podría señalarse que hay *prohibiciones expresas* (la indefensión total de la parte) enmarcadas como un derecho fundamental propio del debido proceso, esté o no constitucionalizado internamente. Existen *pautas necesarias* que actúan con márgenes de acción (v.gr.: el principio de congruencia) controlables; y *solemnidades o formas* que son *disponibles* para el juez y las partes con cierta discrecionalidad (v.gr.: objeto; plazos, etc.)» (Gozaíni, 2014: 401-402).

Así, el proceso debe ser construido en consideración a que dentro de él se debe producir una comunión entre el derecho adjetivo y el derecho material, sin que ninguno someta irrestrictamente al otro, para efectos de configurar procedimientos capaces de responder adecuadamente a las particularidades del conflicto constitucional. Esta mirada obliga a “re-pensar” el proceso poniendo como principal foco de atención a su objeto -la protección de derechos fundamentales-, el que deberá mermar cada una de las instituciones, etapas y herramientas que les den forma a los procedimientos³³.

3. Implementación de la “flexibilización” del plazo para interponer el recurso de protección en el sistema judicial chileno: Del fallo Rol N° 34.430-2021 de la Corte Suprema.

Los indicios de flexibilización como respuesta a la operatividad irrestricta del plazo para la interposición del recurso de protección goza de un “segundo

³³ Ortells Ramos (2019: 471-473); Romero Seguel (2015: 139-142); Gozaíni (2011: 303-309); Berizonce (2009: 33 y siguientes). Como plantea el profesor César Astudillo Reyes (2008: 263-264), la disociación entre lo sustancial y lo procesal ya no puede ser concebido como algo rígido, sino, más bien, como algo inviable: «[...] para el derecho constitucional es necesario que parte de esas categorías [las estructuras procesales] aparezcan bajo adecuadas dosis de ductilidad o maleabilidad para que el guardián de la Constitucional pueda hacer frente al conjunto de expectativas y vicisitudes que emanan de la complejidad intrínseca de los conflictos de naturaleza constitucional».

impulso” debido a las complejidades procedimentales inherentes a la pandemia vivida durante los últimos meses, la que, inclusive, motivó la dictación de una legislación especial destinada a implementar una serie de reglas procedimentales para enfrentar estas complicaciones judiciales, en especial, respecto de los procesos civiles (normativas encontradas en la Ley 21.226). Así lo podemos apreciar en *Tapia Velgar con Servicio Agrícola Ganadero*³⁴.

En el caso concreto, el recurrente ha deducido un recurso de protección en contra de una Resolución Exenta emitida por el Servicio Agrícola y Ganadero, por entender que, a través de ella, dicho organismo ha resuelto un procedimiento administrativo disciplinario interno imponiendo una multa en su contra, todo ello en contravención y lesión de garantías constitucionales. Lo importante para nosotros será que dicha Resolución Exenta le fue notificada al recurrente en fecha 19 de marzo del año 2021.

De una lectura tradicional de la norma que impone el plazo para deducir el recurso de protección, podríamos concluir que aquel solo podría ser interpuesto dentro de los 30 días corridos siguientes, venciendo dicha posibilidad el día 18 de abril del año 2021 (ello, puesto que el mes de marzo cuenta con 31 días). Sin embargo, en el caso concreto ocurrió que el recurrente contó el plazo en clave de “meses” completos³⁵, y no como días corridos, presentando la acción constitucional en fecha 19 de abril de 2021 (esto es, en el día 31 del plazo).

Debido a esta circunstancia, en fecha 6 de mayo de 2021, la Corte de Apelaciones de Santiago resolvió, conociendo de la admisibilidad del recurso, su inadmisibilidad por extemporaneidad, debido a: «1º) *Que el plazo para recurrir de protección es de treinta días corridos contados desde la ejecución del acto que dio motivo a la amenaza, perturbación o privación del derecho que se estima vulnerado.* 2º) *Que del contexto del libelo se desprende que el recurrente ha tomado conocimiento del acto que lo motiva a deducir esta acción constitucional el 19 de marzo de 2021.* 3º) *Que habiendo deducido el presente recurso con fecha 19 de abril de 2021, esto es, transcurrido el plazo previsto para su interposición, no puede ser acogido a tramitación por extemporáneos*»³⁶. Contra dicha resolución de la Corte de primera instancia, el recurrente presentó recurso de apelación en fecha 10 de mayo de 2021.

La Corte Suprema, previa vista en cuenta del asunto, resolvería, en fecha 26 de mayo de 2021, revocar la declaración de extemporaneidad, en base a tres considerandos de fondo:

³⁴ *Tapia Velgar con Servicio Agrícola y Ganadero* (2021-a), fallo Rol N°34430-2021, dictada en fecha 26 de mayo de 2021.

³⁵ En el sentido de las reglas de conteo que plantea el artículo 48 del Código Civil, tal como se puede apreciar de la argumentación del recurso de apelación que, en fecha 10 de mayo de 2021, presentaría el recurrente contra la declaración de inadmisibilidad por extemporaneidad de la Corte de Apelaciones de Santiago.

³⁶ *Tapia Velgar con Servicio Agrícola y Ganadero* (2021-b), considerandos 1º, 2º y 3º.

«Tercero: *Que, en este escenario, es pertinente recordar que el estado de excepción constitucional que vive el país, así como los efectos prácticos de la contingencia sanitaria, fueron motivo para la dictación de la Ley 21.226 que establece un régimen jurídico de excepción para los procesos judiciales, en las audiencias y actuaciones judiciales, y para los plazos y ejercicio de las acciones que indica, por el impacto de la enfermedad COVID-19 en Chile;*

Cuarto: Que, en ese sentido, tanto el legislador como esta Corte Suprema —en este caso a través del Acta 53-2020— han pretendido impregnar a los procedimientos judiciales de la necesaria flexibilidad para cumplir, en estas circunstancias extraordinarias, con su fin superior, consistente en otorgar a los justiciables acceso a una tutela judicial efectiva.

Quinto: Que, bajo dicho prisma, encontrándonos dentro de los supuestos contemplados en la Ley N°21.226, en razón de las consecuencias provocadas por la emergencia sanitaria ocasionada por la enfermedad COVID-9, a juicio de estos sentenciadores se hace necesario en este caso sustraer la interposición del recurso de protección de la aplicación estricta del plazo contenido en el numeral 1° del Acta 94-2015, debiendo entenderse en consecuencia que el arbitrio constitucional no es extemporáneo»³⁷.

A pesar de que este no es el primer fallo en donde la Corte Suprema resuelve conforme a estas ideas³⁸, cabe mencionar que la argumentación que realiza el Máximo Tribunal (sin voto disidente alguno) consolida una opción dirigida a sustraer de la aplicación irrestricta a las reglas procedimentales fijadas en el Auto Acordado en aquellos casos en que su excesivo formalismo se convierte en una afectación a otro derecho fundamental: la tutela judicial efectiva³⁹.

De esta manera, la jurisprudencia avanza al consolidar situaciones en las que, efectivamente, “flexibiliza” la aplicación del plazo para la interposición de

³⁷ *Tapia Velgar con Servicio Agrícola y Ganadero* (2021-a), considerandos 3°, 4° y 5°.

³⁸ Entre los que podemos destacar *Perforación Aguas Sur con Banco de Chile* (2021) y *Sánchez González con Policía de Investigaciones* (2021), en los que los respectivos recursos de protección fueron presentados habiendo transcurrido 31 días desde que se conoció la actuación ilegal o arbitraria, y que fueron declarados “dentro de plazo” por el Excelentísimo Tribunal, al conocer de las correspondientes apelaciones contra las declaraciones de inadmisibilidad de primera instancia, fundadas, en ambos casos, en consideraciones que reflejan una transcripción literal de aquellos considerandos citados. Es interesante destacar, eso sí, el caso *Toro Vega con Parodi Muñoz* (2020), en donde el recurso de protección fue presentado en el día 34 de conocido el acto u omisión ilegal o arbitrario, y que la Corte Suprema declararía como “dentro de plazo”, fundada en los mismos razonamientos.

³⁹ Cabe mencionar que esta idea, inclusive, se ha comenzado a ampliar a reglas que fijan plazos para la realización de otras actuaciones procesales distintas de la interposición del recurso de protección. Así se aprecia en los casos *Jeréz Atenas con Presidente de la República* (2020) y *Díaz López con Compañía General de Electricidad* (2020), en los que la Corte Suprema, fundada en los mismos considerandos citados, ha considerado “dentro de plazo” la interposición de recursos de apelación contra sentencias que resuelven en primera instancia un recurso de protección, cuando ellos han sido deducidos al sexto día de notificada la sentencia (incumpliendo, por ende, el plazo de 5 días hábiles que el Auto Acordado fija para ello).

un recurso de protección, siempre circunscrito a un caso concreto en el que conste una consideración relevante, producto de resguardar, de esta forma, un valor que -podemos inferir- la Corte Suprema considera superior al de la certeza jurídica protegida por el plazo: la tutela efectiva de derechos fundamentales. De esta forma, y en palabras del profesor César Astudillo, la tutela de derechos fundamentales de forma directa debe circunscribirse dentro de la idea de “ductilidad”, la que le entrega al juzgador la posibilidad de adaptar o acomodar las distintas situaciones, objetivos y finalidades para efectos de lograr una adecuada protección a los valores, principios y garantías establecidos directamente en la norma de rango constitucional, cosa que, a la larga, permite la implementación de distintas estructuras procedimentales según las circunstancias del caso concreto. Así, la idea de la manejabilidad de las reglas procesales descansará en la idea de que «todas las exigencias que se desprenden del derecho de la Constitución tienen que encontrar su correspondiente reflejo en el campo adjetivo si quieren encontrar una óptima realización» (Astudillo Reyes, 2008: 270-271).

Así las cosas, el fallo en comento pareciera comprender una vía de solución adecuada cuando, en un caso concreto, entra en pugna el principio de certeza jurídica formal o adjetiva (manifestado en los efectos del plazo fijado por una norma infralegal) y el principio sustantivo de supremacía constitucional (que, en Chile, no solo se apreciará en el tenor del artículo 6° de la Constitución Política, sino también de su artículo 5°, cuyo inciso segundo ordena directamente a la Corte Suprema respetar y promover la protección de los derechos fundamentales), demostrando una inclinación por este segundo elemento, en razón a la importancia material que está detrás de ella.

Por ello, la Corte Suprema pareciera acertar en su resolución, puesto que, por un lado, no desconoce la importancia del plazo como un elemento relevante desde la perspectiva procesal, pero, a la vez, tampoco lo desliga del objeto del proceso que marca la trascendencia de un procedimiento diferenciado y adecuado, el que recomienda la existencia de una articulación que responda a una lógica coherente con la particular naturaleza de las acciones dirigidas a proteger el texto constitucional y sus contenidos (Fernández Rodríguez, 2008: 466-467). En otras palabras, el Máximo Tribunal demuestra comprender la importancia de que, en materias relacionadas a procesos dirigidos a resolver un conflicto constitucional⁴⁰, rija una regla de “elasticidad” o “versatilidad” razonable de las formas, que permite al operador jurídico armonizar las formalidades con las peculiaridades del caso concreto, puesto que, de esa manera, es posible alcanzar mejor y oportunamente los fines específicos del proceso en cuestión (Berizonce, 2018: 851).

⁴⁰ Véase Colombo Campbell (2002: 32-37).

Lo hasta aquí señalado nos obliga a recordar que el derecho al acceso a la justicia es, en sí mismo, un derecho fundamental inherente al concepto de “tutela judicial efectiva”⁴¹, y, por ende, es parte de los presupuestos de dignidad sobre los cuales se construye la vida humana dentro de una sociedad y que la autoridad pública debe respetar, amparar y proteger (Bernales Rojas, 2019: 189191). Por ello, es plenamente lógico entender que aquella reviste de la máxima importancia dentro del sistema constitucional imperante⁴², cosa que justifica que el juez, al conocer un caso concreto, pueda ponderar la pertinencia de una restricción en su contra (un plazo, por ejemplo), más aún cuando ella consta en una norma infralegal⁴³.

Sin embargo, y a pesar de que la consecuencia producida en el caso revisado con la resolución judicial -esto es, privar de rigidez al plazo en el caso concreto, para admitir una acción interpuesta más allá del tiempo estipulado- da cuenta del fenómeno de la “elasticidad” de las formas que demandan los procesos de tutela directa de derechos fundamentales conforme a los estándares del Derecho Procesal Constitucional, lo cierto es que ello se logra de forma indirecta, puesto que, realmente, la razón esbozada por la Corte Suprema hace relación a la situación de la pandemia⁴⁴. Pero, el hecho de que la justificación brindada por el Máximo Tribunal no esté abiertamente enfocada a reconocer los nuevos principios que comienza a construir esta área del Derecho dentro del constitucionalismo latinoamericano, no implica que, en definitiva, este no sea un primer acercamiento a dichos valores y principios como ya adelantaban los votos disidentes del Ministro Muñoz previamente comentados, puesto que la consolidación de dicha postura jurisprudencial permitirá, a la larga, profun-

⁴¹ García Pino y Contreras Vásquez (2013: 245-250); Picó i Junoy (2012:57-62); Bordali Salamanca (2011: 328-333); Esparza Leibar (1995: 221-223).

⁴² En palabras del profesor Robert Alexy (2003: 33-35), al ser un derecho fundamental, el acceso a la justicia tendría el “máximo rango” dentro del ordenamiento jurídico y, al mismo tiempo, la “máxima fuerza jurídica”.

⁴³ Puesto que, como ya dijese el maestro Alcalá-Zamora y Castillo (2018: 229-239), «Esa finalidad del proceso [ser la principal garantía de los ciudadanos frente al poder estatal], si bien adquiere su más dramático relieve en el enjuiciamiento criminal, verdadero ‘derecho protector de los criminales’, valiéndonos de la paradójica expresión de Dorado Montero, aunque con significado distinto del que su autor le atribuyera, se manifiesta asimismo, con mayor o menor intensidad, en todas las ramas procesales. ¿Qué es, en el fondo, el proceso administrativo, sino la salvaguardia de los administrados frente a las lesiones que experimenten en sus derechos por obra de la Administración? Y si de él pasamos al terreno de la justicia constitucional, en seguida comprobamos la amplísima tutela que brinda una de las típicas instituciones del derecho mexicano, acaso la más peculiar de todas, el amparo».

⁴⁴ Sin ir más lejos, en los últimos meses ya ha sido posible apreciar fallos que volverían a resaltar la rigidez de los plazos dentro del procedimiento del recurso de protección, salvo acreditación de un entorpecimiento razonable. Así ocurrió en *Verdugo Farías con Isapre Colmena Golden Cross* (2021) y en *Becerra León con Isapre Consalud* (2021).

dizar el estándar garantista de las acciones encargadas de proteger derechos fundamentales en Chile, ya que, como se ha revisado anteriormente, el simple hecho de que exista el plazo es criticable por parte de la doctrina, así como por los estándares autónomos que ha comenzado a construir el Derecho Procesal Constitucional latinoamericano.

Esto nos permite reflexionar sobre si, como planteaba el profesor Raúl Tavolari: «¿Podrá la jurisdicción contemplar, inerte, la vulneración de un derecho constitucional, por la sola circunstancia de que el Tribunal Supremo estimó del caso limitar en [treinta] días el plazo para que los justiciables puedan impetrar la protección de la justicia? [...] ¿Alguien afirmaría que si el *habeas corpus* no se deduce dentro de los [treinta] días de haberse privado de la libertad arbitrariamente a una persona, ya ha precluido el derecho de impetrar amparo constitucional?» (Tavolari Oliveros, 2000: 479). Una mirada garantista del proceso y del rol de la jurisdicción dentro de un Estado constitucional de Derecho, nos empujaría a responder con negativas las interrogantes del profesor.

III. CONCLUSIONES

La existencia de un plazo para la interposición del recurso de protección ha sido objeto de dos críticas principales: constar en una norma infralegal en contradicción a lo estipulado por el artículo 19 N°26 de la Constitución vigente (la que podemos considerar una “crítica formal”), y fijar un plazo de caducidad cuya inobservancia provoca la pérdida de la posibilidad para que el sistema judicial ejerza un rol de resguardo y protección respecto de un derecho fundamental agraviado (la que se catalogaría como una “crítica sustancial”).

Ambas críticas desconocen el estándar garantista que debe revestir la acción constitucional, derivadas de su objeto especial: proteger derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente. El principio de supremacía constitucional y el valor de la dignidad humana obligarían, de esta manera, enjuiciar el plazo en sí mismo, así como toda otra regla procedimental, las que, legítimas en términos abstractos y formales, podrían esconder efectos indeseados e inaceptables para un Estado Constitucional de Derecho en ciertos casos concretos.

De esta manera, parece ser adecuado que la Corte Suprema reflexione sobre la obligatoriedad del plazo en casos donde se logran constatar circunstancias fácticas relevantes (impedimentos formales provocados por el sistema computacional, como limitaciones al acceso a Tribunales producto de una pandemia u otras razones de igual trascendencia) para ponderar si dicha rigidez puede verse atenuada o flexibilizada en miras de resguardar, mediante los efectos derivados del principio de elasticidad de las formas, valores que, en las situaciones específicas, se muestran más relevantes que la mera certeza jurídica procedimental.

Es por ello que, a nuestro juicio, lo fallado en el caso revisado (*Tapia Velgar con Servicio Agrícola y Ganadero*) produce un avance significativo pero cauto en esta materia, puesto que, sin mencionar los valores y principios que ha comenzado a construir la aún naciente rama del Derecho Procesal Constitucional en Chile, provoca el efecto deseado, elevando un estándar garantista en favor de los derechos fundamentales, evitando dejar en el desamparo a ciudadanos que, según parece, estarían en una condición de vulneración respecto de sus garantías constitucionales. Así, y tal vez sin tenerlo en consideración, la Corte Suprema consolida un primer acercamiento al principio de elasticidad de las formas o de flexibilización de las formalidades dentro del sistema procesal nacional.

De esta forma, el fallo en comento da la oportunidad de seguir avanzando en esta materia, recordando las críticas que envuelven el plazo establecido en un Auto Acordado, resaltando la necesidad de concretar, según cada caso, el “*procedimiento racional y justo*” según la importancia del objeto del proceso, ello a través del poder que los jueces ejercen mediante la interpretación judicial y la determinación del Derecho aplicable al caso concreto, ponderando siempre las circunstancias del caso, en estricto respeto a los principios de supremacía constitucional, protección de los derechos fundamentales, legalidad de procedimientos judiciales y certeza jurídica.

IV. REFERENCIAS

1. Bibliografía

- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto (2018). *Proceso, autocomposición y autodefensa. Contribución al estudio de los fines del proceso*. Ciudad de México, México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- ALEXY, Robert (2003). «Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático». En Miguel Carbo-nell Sánchez, *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, España: Editorial Trotta.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo (2012). *La garantía constitucional del proceso y el activismo judicial. ¿Qué es el garantismo procesal?* Santiago, Chile: Editorial El Jurista.
- ANDRADES RIVAS, Eduardo (1998) «Algunos comentarios al nuevo Auto Acordado sobre Tramitación del Recurso de Protección». *Revista Chilena de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Chile), número especial, 121-125.
- ASTUDILLO REYES, César (2008). «Doce tesis en torno al Derecho Procesal Constitucional». En Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (coordinadores), *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. Tomo I. Ciudad de México, México: Marcial Pons.
- AVSOLOMOVICH CALLEJAS, Alex; LÜRHS ANTONCICH, Germán y NOGUERA GORGET, Ernesto (1965). *Nociones de Dere-cho Procesal*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2012) «Estudio sobre la prescripción y caducidad en el Derecho del Consumo». *Revista Chilena de Derecho Privado* (Universidad Diego Portales), 19: 115-163.
- BERIZONCE, Roberto Omar (2018) «Regulación procesal de las tutelas diferenciadas de la Constitución». *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales* (Universidad Nacional de La Plata), 15, 48: 835-856.
- BERIZONCE, Roberto Omar (2009). *Tutelas procesales diferenciadas*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores.

BERNALES ROJAS, Gerardo (2019). *Acceso a la justicia y debido proceso*. Porto, Portugal: Juruá Editorial.

BORDALI SALAMANCA, Andrés (2011) «Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial». *Revista Chilena de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Chile), 38, 2: 311-337.

BORDALI SALAMANCA, Andrés (2002). *Temas de Derecho Procesal Constitucional*. Santiago, Chile: Editorial Fallos del Mes.

BRUNA CONTRERAS, Guillermo (2000). «Los autos acordados de la Corte Suprema sobre recursos de protección». En Humberto Nogueira Alcalá (editor), *Acciones constitucionales de amparo y protección: Realidad y prospectiva en Chile y América Latina*. Talca, Chile: Editorial Universidad de Talca.

CÁRCAMO RIGHETTI, Alejandro (2019) «Aplicabilidad y obligatoriedad del plazo, como requisito de admisibilidad, para interponer una acción de protección de garantías constitucionales». Disponible en: <https://tinyurl.com/y5e3el7q>.

CASARINO VITERBO, Mario (2008). *Manual de Derecho Procesal*. Tomo III. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile. 6ª edición.

COLOMBO CAMPBELL, Juan (2002) «Funciones del Derecho Procesal Constitucional». *Ius et Praxis* (Universidad de Talca), 8, 2: 11-69.

CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo y PALOMO VÉLEZ, Diego (2018). *Proceso civil. Normas comunes a todo procedimiento e incidentes*. Santiago, Chile: Thomson Reuters.

COUTURE, Eduardo J. (2010). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Montevideo, Uruguay: Editorial B de F. 4ª edición.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés; DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime (2019). *Curso de Derecho Procesal Civil. Parte general*. Tomo I. Madrid, España: Editorial Universitaria Ramón Areces. 4ª edición.

DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (2004). *La prescripción extintiva. Doctrina y jurisprudencia*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

ESPARZA LEIBAR, Iñaki (1995). *El principio del proceso debido*. Barcelona, España: Bosch Editor.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio (2008). «Reflexiones sobre algunas peculiaridades del proceso constitucional». En Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (coordinadores), *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fíx-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. Tomo I. Ciudad de México, México: Marcial Pons.

FIGUEROA YÁVAR, Juan Agustín y MORGADO SAN MARTÍN, Erika (2013). *Jurisdicción, competencia y disposiciones comunes a todo procedimiento*. Santiago, Chile: Thomson Reuters.

GARCÍA PINO, Gonzalo y CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo (2013) «El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno». *Estudios Constitucionales* (Universidad de Talca), 11, 2: 229-282.

GOLDSCHMIDT, James (1936). *Teoría general del proceso*. Barcelona, España: Editorial Labor.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo (2014). *Tratado de Derecho Procesal Constitucional latinoamericano. Introducción al Derecho Procesal Constitucional*. Tomo I. Buenos Aires, Argentina: Thomson Reuters.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo (2011). *Tratado de Derecho Procesal Constitucional*. Tomo I. Ciudad de México, México: Editorial Porrúa.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo (2004). *Derecho Procesal Constitucional. El debido proceso*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal.

HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam (2019). *Acción de protección*. Santiago, Chile: DER Ediciones.

HERNÁNDEZ SOTOMAYOR, Gabriel (2020). «Recurso de protección». En Günther Besser Valenzuela; Gonzalo Cortez Matcovich y Carlos Hidalgo Muñoz (coordinadores), *Procedimientos civiles especiales*. Santiago, Chile: Thomson Reuters.

LAGOS VILLARREAL, Osvaldo (2005) «Para una recepción crítica de la caducidad». *Revista Chilena de Derecho Privado* (Universidad Diego Portales), 4: 81-105.

LANATA FUENZALIDA, Gabriela (2010) «Prescripción y caducidad en el Derecho del Trabajo». *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción), LXXVIII, 227-228: 248-272.

MONTERO AROCA, Juan; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis; MONTÓN REDONDO, Alberto y BARONA VILAR, Silvia (2005). *Derecho jurisdiccional. Parte general*. Tomo I. Valencia, España: Tirant lo Blanch. 14ª edición.

MOSQUERA RUIZ, Mario y MATURANA MIQUEL, Cristián (2010). *Los recursos procesales*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile. 3ª edición actualizada.

- NAVARRO BELTRÁN, Enrique (2018). *Las acciones constitucionales económicas ante los Tribunales de Justicia*. Santiago, Chile: Ediciones Universidad Finis Terrae.
- NAVARRO BELTRÁN, Enrique (2012) «35 años del recurso de protección. Notas sobre su alcance y regulación normativa». *Estudios Constitucionales* (Universidad de Talca), 10, 2: 617-642.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2010) «La acción constitucional de protección en Chile y la acción constitucional de amparo en México». *Ius et Praxis* (Universidad de Talca), 16, 1: 219-286.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2007) «El recurso de protección en el contexto del amparo de los derechos fundamentales latinoamericano e interamericano». *Estudios Constitucionales* (Universidad de Talca), 13, 1: 75-134.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2000). «El derecho de amparo o protección de los derechos humanos, fundamentales o esenciales en Chile: Evolución y perspectivas». En Humberto Nogueira Alcalá (editor), *Acciones constitucionales de amparo y protección: Realidad y prospectiva en Chile y América Latina*. Talca, Chile: Editorial Universidad de Talca.
- ORTELLS RAMOS, Manuel (2019). *Derecho Procesal Civil*. Navarra, España: Thomson Reuters Aranzadi. 18ª edición.
- PALOMO VÉLEZ, Diego (2008). «Recurso de protección en Chile: Luces, sombras y aspectos que requieren cambios». En Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (coordinadores), *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. Tomo VII. Ciudad de México, México: Marcial Pons.
- PAREDES PAREDES, Felipe (2014). *La garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales*. Santiago, Chile: Thomson Reuters.
- PARODI TABAK, Alejandro (2012) «Corte Suprema y admisibilidad del recurso de protección». *Sentencias Destacadas* (Libertad y Desarrollo), 2012, 315-331.
- PFEFFER URQUIAGA, Emilio (2006) «El recurso de protección y su eficacia en la tutela de derechos constitucionales en Chile». *Estudios Constitucionales* (Universidad de Talca), 4, 2: 87-107.
- PFEIFFER RICHTER, Alfredo (1998). *Apuntes de Derecho Procesal del profesor Pfeiffer. Disposiciones comunes a todo procedimiento*. Tomo II. Santiago, Chile: Autoeditor.
- PICÓ I JUNOY, Joan (2012). *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona, España: Bosch Editor.
- PINOCHET CANTWELL, Francisco (2020). *El recurso de protección. Estudio profundizado*. Santiago, Chile: Ediciones Editorial El Jurista. 2ª edición actualizada.
- RIVEROS FIGUEROA, Milton (2017). *La caducidad en el Derecho Laboral chileno*. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile.
- ROMERO SEGUEL, Alejandro (2017). *Curso de Derecho Procesal Civil. De los actos procesales y sus efectos*. Tomo IV. Santiago, Chile: Thomson Reuters.
- ROMERO SEGUEL, Alejandro (2015). *Curso de Derecho Procesal Civil. Los presupuestos procesales relativos al procedimiento*. Tomo III. Santiago, Chile: Thomson Reuters.
- SALAS SALAZAR, Carolina (2011) «Sobre la (in)constitucionalidad del Auto Acordado que regula la Tramitación y Fallo de la Acción de Protección. Un comentario a la sentencia Rol 1557 del Tribunal Constitucional». *Revista de Derecho* (Universidad Católica del Norte), 18, 2: 417-427.
- SAN MARTÍN NEIRA, Lilián (2021) «El caso fortuito en la responsabilidad civil extracontractual». *Ius et Praxis* (Universidad de Talca), 27, 2: 3-20.
- SILVA IRARRÁZAVAL, Luis Alejandro (2014). «Acciones constitucionales». En José Francisco García García (coordinador), ¿Nueva Constitución o reforma? Nuestra propuesta: Evolución constitucional. Santiago, Chile: Thomson Reuters.
- SOTO KLOSS, Eduardo (1982). *El recurso de protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- STOEHLER MAES, Carlos (2018). *De las disposiciones comunes a todo procedimiento y de los incidentes*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile. 6ª edición revisada y actualizada por el profesor Davor Harasic Yaksic.
- TAVOLARI OLIVEROS, Raúl (2000). *El proceso en acción*. Santiago, Chile: Editorial Libromar.
- VALLINES GARCÍA, Enrique (2004). *La preclusión en el proceso civil*. Madrid, España: Civitas Ediciones.
- VERDUGO JOHNSTON, Pamela (1988). *El recurso de protección en la jurisprudencia*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica ConoSur.

VERGARA BLANCO, Alejandro (1992) «Sobre el plazo para interponer el recurso de protección». *Gaceta Jurídica*, 7-10.

ZAVALA ORTIZ, José Luis (2021). *Jurisprudencia del recurso de protección*. Santiago, Chile: Editorial Libromar.

ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2007) «El recurso de protección en proyecto de ley de acciones protectoras de derechos fundamentales». *Estudios Constitucionales* (Universidad de Talca), 5, 2: 61-82.

2. Jurisprudencia

Álvarez Alquinta y otros con SEREMI de Transportes y Telecomunicaciones de la Región de Coquimbo (2018). Corte Suprema, Rol N°6.029-2017, 27 de febrero de 2018.

Arévalo Farfán con Servicio de Salud Metropolitano Occidente (2019). Corte Suprema, Rol N°18.720-2019, 15 de julio de 2019.

Becerra León con Isapre Consalud (2021). Corte Suprema, Rol N°76.147-2021, 19 de octubre de 2021.

Díaz López con Compañía General de Electricidad (2020). Corte Suprema, Rol N°13.5576-2020, 24 de noviembre de 2020.

González Núñez con Servicio de Impuestos Internos (2010). Corte Suprema, Rol N°3.627-2010, 2 de agosto de 2010.

Jasse Laphitzondo y otros con Servicio Agrícola y Ganadero (2019). Corte Suprema, Rol N°17.734-2019, 15 de julio de 2019.

Jeréz Atenas con Presidente de la República (2020). Corte Suprema, Rol N°10.4413-2020, 14 de septiembre de 2020.

Moya Salazar con INACAP (2019). Corte Suprema, Rol N°17.465-2019, 10 de julio de 2019.

Muizenmayer Molina con Banco del Estado (2019). Corte Suprema, Rol N°16.990-2019, 4 de julio de 2019.

Perforación Aguas Sur con Banco de Chile (2021). Corte Suprema, Rol N°14.4608-2020, 8 de febrero de 2021.

Sánchez González con Policía de Investigaciones (2021). Corte Suprema, Rol N°22.216-2021, 6 de abril de 2021.

Tapia Velgar con Servicio Agrícola y Ganadero (2021-a). Corte Suprema, Rol N°34.430-2021, 26 de mayo de 2021.

Tapia Velgar con Servicio Agrícola y Ganadero (2021-b). Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N°4.504-2021, 6 de mayo de 2021.

Toro Vega con Parodi Muñoz (2020). Corte Suprema, Rol N°10.4488-2020, 17 de septiembre de 2020.

Verdugo Furiás con Isapre Colmena Golden Cross (2021). Corte Suprema, Rol N°76.150-2021, 19 de octubre de 2021.

A obra “Processo, Políticas Públicas e Biodireito” apresenta uma coletânea de estudos que investigam a relação entre o processo judicial, as políticas públicas e as questões éticas no biodireito. Organizada pelo Programa de Mestrado em Direito Processual e Cidadania da UNIPAR, em parceria com pesquisadores da UFES e da PUC-Chile, a obra discute temas como a proteção de minorias, os direitos das pessoas em situação de vulnerabilidade e o papel do controle judicial na efetivação das políticas públicas. Com uma abordagem abrangente e plural, os textos oferecem análises profundas sobre os desafios da justiça social e a garantia dos Direitos Humanos no Brasil contemporâneo. Este volume é indispensável para quem busca compreender a interface entre o Direito, a sociedade e as questões éticas no cenário atual.

