

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia

Homenagem ao Professor Pedro Soares Sampaio



Nº 20 • Ano: 2010.1
Salvador – Bahia

ISSN 1516-6058

Capa: Carlos Rio Branco Batalha

Diagramação: Maitê Coelho
maitescoelho@yahoo.com.br

Editor: Fredie Didier Jr.

Conselho Editorial Administrativo: Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado, Celso Luiz Braga de Castro, Dirley da Cunha Junior, Edilton Meirelles, Edvaldo Pereira Brito, Fredie Didier Jr., Heron Santana, Luiz de Pinho Pedreira da Silva, Manoel Jorge e Silva Neto, Maria Auxiliadora de A. Minahim, Mônica Neves Aguiar da Silva, Marília Muricy Machado Pinto, Nelson Cerqueira, Paulo César Santos Bezerra, Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Rodolfo Pamplona Filho, Ricardo Maurício Freire Soares, Roxana Cardoso Brasileiro Borges, Saulo José Casali Bahia, Sebastian Borges de Albuquerque Mello, Selma Pereira de Santana, Washington Luiz da Trindade, Wilson Alves de Souza.

Conselho Editorial Consultivo Nacional: Ada Pellegrini Grinover (USP), André Ramos Tavares (PUC/SP), Andreas Krell (UFAL), Araken de Assis (PUC/RS), Aury Lopes Jr. (PUC/RS), Eurico Marcos Diniz de Santi (FGV-Law), Fábio Nusdeo (USP), Gustavo Binenbojm (UERJ), Gilberto Bercovici (USP), Gisele Góes (UFPA), Humberto Ávila (UFRGS), Janaina Paschoal (USP), José Carlos Barbosa Moreira (UERJ), José Manoel de Arruda Alvim Netto (PUC/SP), Leo Pessini (São Camilo), Leonardo José Carneiro da Cunha (UNICAP), Luiz Edson Fachin (UFPR), Luiz Guilherme Marinoni (UFPR), Luiz Rodrigues Wambier (UNAERP), Marcelo Abelha Rodrigues (UFES), Marcos Bernardes de Mello (UFAL), Nelson Mannrich (USP), Ney de Barros Bello Filho (UFMA), Petrônio Calmon Filho (IBDP), Renan Lotufo (PUC/SP), Teresa Arruda Alvim Wambier (PUC/SP), Valerio de Oliveira Mazzuoli (UFMT), Volnei Garrafa (UNB).

Conselho Editorial Consultivo Internacional: Antonio Gidi (Universidade de Houston, EUA), António Monteiro Fernandes (Universidade Lusíada do Porto, Portugal) Antoine Jeammaud (Universidade Lumière Lyon 2, França) Hartmut-Emanuel Kayser (Universidade Philipps de Marburg, Alemanha), John Vervaele (Universidade de Utrecht, Holanda), José Manuel Aroso Linhares (Universidade de Coimbra, Portugal), Juan Monroy Palácios (Universidade de Lima, Peru), Maria do Céu Patrão das Neves (Universidade de Açores), Michele Taruffo (Universidade de Pavia, Itália), Owen Fiss (Universidade de Yale, EUA), Paula Costa e Silva (Universidade de Lisboa), Peter Gilles (Universidade de Freiburg, Alemanha), Robert Alexy (Universidade de Kiel, Alemanha).

QUADRO DO MESTRADO E DOUTORADO ATÉ JULHO DE 2010

COLEGIADO DO CURSO – 2009

01. *Coordenadora:*
Mônica Neves Aguiar da Silva
02. *Vice-Coordenador:*
Paulo Roberto Lyrio Pimenta
03. *Representantes Estudantis do Mestrado:*
Davi Silva Castro
e Guilherme Guimarães Ludwig
04. *Representante Estudantil do Doutorado:*
Francisco Bertino Bezerra de Carvalho

PROFESSORES DO PROGRAMA – 2009

01. Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado
02. Ana Paula Costa e Silva
(Universidade de Lisboa, professora colaboradora)
03. Celso Luiz Braga de Castro
04. Dirley da Cunha Júnior
05. Edilton Meireles
06. Edvaldo Pereira de Brito
07. Fredie Didier Jr.
08. Heron José de Santana
09. Luiz de Pinho Pedreira da Silva
10. Manoel Jorge e Silva Neto
11. Maria Auxiliadora Almeida Minahim
12. Marília Muricy Machado Pinto
13. Mário Figueiredo Barbosa
14. Mônica Neves Aguiar da Silva
15. Nelson Cerqueira
16. Paulo César Santos Bezerra
17. Paulo Roberto Lyrio Pimenta
18. Ricardo Maurício Freire Soares
19. Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho
20. Roxana Cardoso Brasileiro Borges
21. Saulo José Casali Bahia
22. Sebastian Borges de Albuquerque Mello
23. Selma Pereira de Santana
24. Washington Luiz Trindade
25. Wilson Alves de Souza

ALUNOS MATRICULADOS NO MESTRADO – 2009.2

01. Abelardo Sampaio Lopes Neto
02. Adriana Araujo Ramos
03. Ailton Schramm de Rocha
04. Alessandra Matos Portella
05. Alexandre Montanha de Castro Setubal
06. Andréa Carvalho de Brito
07. Augusto Santos Mascarenhas
08. Carlos Raul Brandão Tavares
09. Charles Silva Barbosa
10. Ciro de Lopes e Barbuda
11. Clara Cardoso Machado
12. Cláudio Dias Lima Filho
13. Cynthia de Araújo Lima Lopes
14. Daniel Azevedo Lobo
15. Daniel Oitaven Pamponet Miguel
16. Daniela Carvalho Portugal
17. Daniela Santos Bomfim
18. Danielli Faria Rabelo Leitão
19. Danilo Gonçalves Gaspar
20. Davi Castro Silva
21. Dejair dos Anjos Santana Júnior
22. Dilson Cavalcanti Batista Neto
23. Edson Sacramento Tiny das Neves
24. Eduardo Cabral Moares Monteiro
25. Emanuel Lins Freire Vasconcellos
26. Fabiano Cavalcante Pimentel
27. Felipe Silva Noya
28. Felipe Ventin da Silva
29. Gilson Alves de Santana Jr.
30. Guilherme Guimarães Ludwig
31. Guilherme Levien Grillo
32. Henrique Luiz Lopes Quintanilha
33. Hugo Leonardo Cunha Roxo
34. Icaro de Souza Duarte
35. Ivan Mascarenhas Kertzman
36. Ivana de Oliveira Fraga
37. Jaylla Maruza Rodrigues de Souza e Silva

38. Jose Antonio Ferreira Garrido
39. Juliana Campos de Oliveira
40. Karin Almeida Weh de Medeiros
41. Laura Scalldaferri Pessoa
42. Leonardo Dias da Silva Telles
43. Lilia Mesquita Teixeira Alves
44. Lizianni de Cerqueira Monteiro
45. Lorena Miranda Santos Barreiros
46. Lorena Moura Boente
47. Luana Paixão Dantas do Rosário
48. Lucas Andrade Pereira de Oliveira
49. Lucas da Silva Santana
50. Luciano Roberto Bandeira Santos
51. Luiz Carlos de Assis Júnior
52. Luiz Carlos Vilas Boas Andrade Junior
53. Manoel Antonio Gonçalves de Sousa
54. Marcelo Pinto da Silva
55. Marcelo Timbó Nilo
56. Marcos Sampaio de Souza
57. Maria Soledade Soares Cruzes
58. Marta Freire Mehmeri
59. Martha Carvalho Dias de Figueiredo
60. Misael Neto Bispo da França
61. Naira Blanco Machado
62. Nirlana Fernandes Teixeira
63. Osvaldo Almeida Neto
64. Paulo Roberto Sampaio Santiago
65. Reinaldo Santos de Moraes
66. Renata de Moura Miranda
67. Renato de Magalhães Dantas Neto
68. Renato Medrado Bonelli Borges Teixeira
69. Roberto Mizuki Dias dos Santos

70. Rodrigo Andrade Almeida
71. Rodrigo Britto Pereira Lima
72. Rosangela Rodrigues Dias de Lacerda
73. Taís Carvalho Silva
74. Talita Macedo Romeu
75. Társis Silva de Cerqueira
76. Tássio David de Araujo Campos
77. Tatiane Ribas Pinto
78. Thiago Anton Alban
79. Tiago Bockie de Almeida
80. Tiago Leal Ayres
81. Ubaldino Marques da Silva Júnior
82. Vanessa Lima Bacilieri de Oliveira

ALUNOS MATRICULADOS NO DOUTORADO – 2009.2

1. Antonio Adonias Aguiar Bastos
2. Cesar de Faria Junior
3. Fabio Periandro de Almeida Hirsch
4. Jackson Chaves de Azevedo
5. João Glicério de Oliveira Filho
6. Karyna Batista Sposato
7. Leonardo Touchetto Pauperio
8. Maria da Graça Bellino de A. de Antunes Varela
9. Miguel Calmon Teixeira de Carvalho Dantas
10. Patricia da Costa Santana
11. Pedro Henrique Pedrosa Nogueira
12. Rafael Marcílio Xerez
13. Soraya Santos Lopes
14. Tarsis Barreto Oliveira

SUMÁRIO

Nota do editor	7
<i>Freddie Didier Jr.</i>	

Apresentação	9
<i>João Glicério de Oliveira Filho</i>	

Artigos de membros do Programa

MESTRADO

I Violação à identidade, intimidade e ineditismo genéticos como afronta aos direitos da personalidade do indivíduo	13
<i>Ivana de Oliveira Fraga</i>	

DOCTORADO

II Preclusão, <i>venire contra factum proprium</i> e duração razoável do processo	43
<i>Pedro Henrique Pedrosa Nogueira</i>	

Artigos de convidados

NACIONAIS

III Consequências jurídicas da reprodução humana assistida <i>post mortem</i>	65
<i>Anna de Moraes Salles Beraldo</i>	

IV A importância da arguição de descumprimento de preceito fundamental para o controle de constitucionalidade de leis: um rebate às críticas de Elival da Silva Ramos	89
<i>Marco Félix Jobim</i>	

V Apontamentos acerca Projeto de Lei nº 5.139/2009: preocupações a partir de uma perspectiva dos direitos fundamentais sociais	103
<i>Mariana Filchiner Figueiredo</i>	

VI O direito social fundamental à moradia: análise acerca de sua efetividade	117
<i>Marlene de Paula Pereira</i>	

VII Hermenêutica, o pensamento tópico e sua aplicação no Direito	135
<i>Ricardo Lorenzi Pupin</i>	
<i>Richard Pae Kim</i>	

VIII O mérito do processo e as condições da ação	155
<i>Rodrigo Ramina de Lucca</i>	

INTERNACIONAIS

IX ¿Presupuestos procesales? Admisibilidad y fundabilidad en la dogmática procesal civil alemana: revisión contemporánea.....	183
<i>Alvaro Pérez Ragone</i>	
X Living property: a new status for animals within the legal system.....	209
<i>David Favre</i>	
Dissertações defendidas (1980-2010.1).....	257
Teses de doutorado defendidas.....	273
Regras para publicação de artigos na Revista do Programa de Pós-Graduação de Direito da Universidade Federal da Bahia – UFBA.....	275

NOTA DO EDITOR

Fredie Didier Jr.

Professor-adjunto III da Universidade Federal da Bahia.

O n. 20 da Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia prossegue a nova fase na trajetória deste periódico, agora já “Qualis B5”.

Todos os ensaios deste volume passaram por uma dupla avaliação cega, conforme recomenda a CAPES. Além disso, os artigos versam sobre temas relacionados às linhas de pesquisa do Programa.

Gostaria de agradecer aos avaliadores *ad hoc* que me ajudaram na edição deste volume: Cristiano Chaves de Farias (BA), Antonio do Passo Cabral (RJ), Robson Godinho (RJ), Bernardo Pimentel Souza (MG), Henrique Mouta (PA), Daniel Mitidiero (RS), Marcos Ehrardt Jr. (AL), Elton Venturi (PR) e José Maria Tesheiner (RS).

Um agradecimento especial também a Maitê Coelho e Carlos Batalha, que há anos ajudam a Revista do PPGD-UFBA.

Salvador, em outubro de 2010.

APRESENTAÇÃO

João Glicério de Oliveira Filho

Professor de Direito Comercial da Universidade Federal da Bahia.

Receber a missão de homenagear o Professor Pedro Soares Sampaio não se trata de uma obrigação. É, sim, uma verdadeira honra. Sinto-me lisonjeado em ter esta oportunidade ímpar.

Pedro Soares Sampaio não é só advogado. É mais; é um professor. Aliás, ele deve ter se acostumado a atender através do vocativo “Professor”. Inúmeras – e até incontáveis- vezes a pronúncia desse título lhe chama mais a atenção, do que quando chamado pelo próprio nome.

E, qual não é a honra de ter esse privilégio?

Como sabemos a importância de um professor para a sociedade é imensurável. Para Platão, o objetivo maior da educação era a formação do homem moral, que vivesse em um Estado justo. Em sua obra “A República”, o filósofo já salientava a importância do papel do professor na educação e na formação dos “cidadãos”.

E, sem dúvidas, o homenageado de hoje foi fundamental para formação não, somente, de bacharéis, mas de verdadeiros cidadãos – na mais abrangente acepção da palavra.

Não foi à toa que este Baiano, nascido em Macajuba, no ano de 1926, antes de ministrar aulas de direito, já dividia seus conhecimentos, dando aulas no Ensino Médio do Instituto de Educação Isaias Alves, aqui em Salvador.

O Professor Pedro Sampaio formou-se em 1953, aos 27 anos. Exerceu a advocacia e, posteriormente, tornou-se Doutor em Direito. Mas, arrisco-me a dizer que, mesmo diante da dificuldade de obtenção deste título, o maior vocativo que o nosso homenageado possui é o de verdadeiro Professor.

O currículo do Professor Pedro Sampaio me fez crer que ele concordaria com essa condução.

Em 1970, o Professor ingressou na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia como auxiliar de ensino, para ministrar aulas de Direito Civil e Internacional. Suas aulas eram tanto no período matutino quanto no noturno e, assim, deixavam clara a sua grande dedicação ao magistério.

Além das aulas ministradas na UFBA, Pedro Sampaio tornou-se monitor da OAB/BA em 1971.

Em 1977, tornou-se livre docente em Direito Internacional.

No período de março a setembro de 1981, exerceu o cargo de Professor Assistente, sendo promovido a Adjunto 01 em outubro deste mesmo ano. No ano de 1987, já era Professor Adjunto 04.

Sua dedicação ao ensino e ao mundo acadêmico era tamanha e não se escusava de ocupar cargos administrativos na Faculdade, tendo sido, por exemplo, Vice-Chefe do Departamento de Direito Privado.

Já o autor Pedro Sampaio, concentrou sua qualificada e nacionalmente referenciada produção científica em Direito de Família, especialmente no estudo do Divórcio, e no Direito Cambiário. Dessa maneira, produziu uma verdadeira obra-prima sobre o Cheque. Seus estudos pioneiros sobre “a Lei do Divórcio e suas reformulações” possuem um apurado apelo à técnica redacional. Entretanto, devo confessar um apreço maior às suas reflexões sobre o cheque.

Contudo, toda essa dedicação não afastava o Professor de outros afazeres do mundo jurídico. Ele tornou-se membro do Instituto dos Advogados da Bahia (em 1973); Membro da Sociedade Brasileira de Direito Internacional (em 1977); Professor no Curso de Introdução do Estado do Direito Tributário e Comercial da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia (em 1978); e Membro do Instituto do Direito Comparado Luso-Brasileiro (em 1981).

É uma grande vida jurídica. E, mais do que isso; é uma grande vida acadêmica.

O que mais se destaca no currículo assinado por Pedro Soares Sampaio é a quantidade de trabalhos como professor. Um disseminador de conhecimento e formador de cidadãos.

Pedro Soares Sampaio é um exemplo, pois não se conformou em apenas saber. Ele quis compartilhar. E, mais ainda, soube compartilhar. Ao fazê-lo deu um pouco de si a cada um de seus alunos e leitores, que, com sorte, passarão o que aprenderam a adiante, mantendo sempre presente essa grande figura que aqui temos o privilégio de homenagear.

Salvador, redigido entre 18 de julho, aniversário do Professor Pedro Sampaio, e 29 de julho de 2010, dia do nascimento de João Glicério Dayube Oliveira.

Artigos de membros do Programa

MESTRADO

I. Violação à identidade, intimidade e ineditismo genéticos como afronta aos direitos da personalidade do indivíduo

Ivana de Oliveira Fraga

DOUTORADO

II. Preclusão, *venire contra factum proprium* e duração razoável do processo

Pedro Henrique Pedrosa Nogueira



I

VIOLAÇÃO À IDENTIDADE, INTIMIDADE E INEDITISMO GENÉTICOS COMO AFRONTA AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO INDIVÍDUO

Ivana de Oliveira Fraga

Mestranda em Direito pela Universidade Federal da Bahia-UFBA. Médica Especialista em Reprodução Humana e Ultra-sonografia, com vários trabalhos publicados. Advogada. Membro da Sociedade Brasileira de Bioética. E-mail: ivafra-
ga@yahoo.com.br

RESUMO: O advento das práticas biotecnológicas, ao mesmo tempo em que confere ao ser humano a possibilidade de galgar patamares antes considerados inatingíveis no campo da reprodução humana e da terapia gênica, propicia que a privacidade do mesmo seja invadida por atores estranhos à sua intimidade, assim como permite a exposição de uma faceta antes inviolável de sua personalidade: a informação genética. A partir das surpreendentes descobertas realizadas pelo Projeto Genoma Humano, o que possibilitou o mapeamento do material genético da espécie e a fácil individualização de cada genótipo, da socialização dos testes preditivos, e da indicação freqüente do aconselhamento genético, surgiu a necessidade de se equacionar e controlar o “tratamento” (armazenamento, divulgação, exclusão) a ser oferecido a estes dados, frente ao crescente avanço da informática

PALAVRAS-CHAVE: informação genética; discriminação; direitos fundamentais.

ABSTRACT: The coming of the biotechnological practices, at the same time that allow to the human being the possibility to go through baselines before considered unattainable in the field of the human reproduction and of the genetic therapy, it propitiates that the privacy of the same is invaded by strange actors to his intimacy, as well as it allows the exhibition of a facetious before an inviolable of your personality: the genetic information. From the surprising discoveries accomplished by the Project Human Genome, what made possible the mapping of the genetic material of the species and the easy individualization of each genotype, of the integration of the predictive tests, and of the frequent indication of the genetic advising, it resulted from the need to make equal and to control the “treatment” (storage, disclosure, exclusion) to be offered to these data, relating to the crescent progress of the computer science.

KEYWORDS: genetic information; distinction; fundamental rights.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Direito à identidade genética: 2.1. Projeto Genoma Humano; 2.2. Comitê Internacional de Bioética da UNESCO – 3. Direito à intimidade genética 3.1. Tratamento da Informação Genética e Bioinformática; 3.2. Uso inadequado da informação genética – 4. Direito à exclusividade (ineditismo) genético – 5. Discriminação genética – 6. Considerações finais – 7. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Indubitavelmente os progressos científicos na área da biotecnologia aumentaram de forma exponencial a vulnerabilidade do ser humano como indivíduo e como espécie, uma vez que o conhecimento por terceiros de sua singularidade genética pode desencadear perigosa interferências em seu âmbito privado e social, através da violação aos direitos personalíssimos e das liberdades fundamentais.

A intimidade é um direito inerente à pessoa, garantido constitucionalmente em nosso país, através do artigo 5º X da carta magna, cujas raízes emanam do direito à liberdade, sendo, portanto, subsidiário do princípio da dignidade da pessoa humana, já que protege um bem primordial à livre autodeterminação individual, estando por isto mesmo englobado no conjunto de direitos e bens jurídicos tutelados constitucionalmente, em particular pelo artigo 1º, III da carta magna de 1988¹.

Existe, outrossim, uma diferença entre intimidade e privacidade, já que esta última diz respeito a todas as facetas da existência que são próprias ao sujeito, sendo portanto mais ampla do que a intimidade que por sua vez é a parte da vida privada que o indivíduo escolhe guardar para si, ou apenas compartilhar com os entes mais próximos, com os quais estabelece um ciclo de confidencialidade sobre fatos e sentimentos².

A privacidade e conseqüentemente a intimidade sofrem injunções temporais, subjetivas e culturais, sendo que o centro da nossa intimidade se encontra em nossa vida interior, através de nossos pensamentos, sentimentos, desejos, ideologias e crenças, em alguns atos de nossa vida exterior, como nas relações íntimas, em atos fisiológicos e na periferia, no que tange aos dados existentes sobre nossa pessoa, entre eles e principalmente os dados genéticos, que dizem respeito a todas as nossas características e a nossa procedência³.

Identidade pessoal é a qualidade inerente ao ser, que permanece único, intangível, íntegro, mesmo na vigência de múltiplas mudanças. A identidade genética diz respeito as bases biológicas de identificação do sujeito, ou seja ao genótipo exclusivo de cada um.

1. HAMMERSCHMIDT, Denise. *Intimidade Genética & Direito da Personalidade*. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p.94.
2. *Ibidem*. p.290.
3. *Ibidem*. loc.cit.

Lacadena preconiza⁴ que a individualização de um ser em formação requer que lhe seja conferida as propriedades da unicidade, característica de ser único, um elemento exclusivo dentro da sua espécie, e da unidade, que se representa pela qualidade de ser um só (característica esta quebrada na gemelidade univitelina e nos casos de clonagem humana).

Paulo Otero⁵, entretanto, acrescenta que o direito à identidade genética é dotado de uma inequívoca universalidade, firmando-se o genoma humano como patrimônio da humanidade, o que se constituiu em uma nova regra de *jus cogens*.

2. DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA

A identidade genética do ser humano produz uma dupla articulação, no sentido que a primeira delas diz respeito à identidade personalíssima do indivíduo, ou seja, ao fato de possuir características genéticas singulares, e a segunda se refere à identidade genética do ser enquanto espécie, e ao genoma como patrimônio da humanidade⁶. Ambas se articulam formando uma relação de dependência, de maneira que a manutenção das características naturais de uma depende da outra, curso que se mantém inalterado, a não ser que advenham mutações, modificações aleatórias e transmissíveis da estrutura e/ou quantidade de material genético da cadeia de DNA, ou então ocorram manipulações gênicas em sentido estrito (que envolvem material genético).

Por outro lado entende-se que a informação genética é permanente, singular, estrutural, involuntária e indestrutível⁷, o que significa que não sofre alteração no decurso da vida do indivíduo, somente a ele pertence (com exceção do caso de gêmeos monozigóticos), determina a sua estrutura física e psíquica, não depende de sua vontade, (uma vez que lhe é transmitidas pelos pais sem sua intervenção), estando presente em todas as células do indivíduo durante a vida e após a morte.

4. LACADENA, Juan-Ramón. Individualización Y mismidad genética em el desarrolla humano. In: MAYOR ZARAGOZA, Frederico; ALONSO BEDATE, Carlos (Coords.) *Gen-ética*. Barcelona: Ariel, 2003.p.116.
5. OTERO, Paulo. *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: um perfil constitucional da bioética*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 86.
6. XAVIER, Elton Dias. A identidade genética do ser humano como um biodireito fundamental e sua fundamentação na dignidade do ser humano. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.p.58.
7. CASABONA, Carlos Maria Romeo. *Del Gen al Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia (Centro de Estudios sobre Genética y Derecho), 1996, p.80; cf. ROMEO CASABONA, Carlos Maria. *Los Genes y sus Leyes: el derecho ante el genoma humano*. Granada: Comares, 2002, p.63.

Ainda de acordo com Casabona⁸, a informação genética também goza do apanágio de ser preditiva, pois dela deriva um conhecimento de probabilidade ou aproximativo, no que diz respeito a várias doenças congênicas e hereditárias.

De acordo com Reinaldo Silva⁹, a medicina preditiva possui duas áreas de atuação: a primeira consiste no diagnóstico pré-sintomático de uma enfermidade monogênica, situação em que a patologia é determinada por um único gene, logo existe grande probabilidade de desenvolvimento da enfermidade sempre que o mesmo é encontrado, possuindo também baixa possibilidade de modificação do risco apontado pelos exames.

Por outro lado, nas patologias multifatoriais poligênicas, onde existem uma combinação de fatores determinantes (genéticos e ambientais), um único teste tem baixo poder de previsibilidade, enquanto a probabilidade de alteração do risco é muito grande, e diretamente proporcional à manipulação do ambiente em que vive o paciente.

A identidade genética também traz evidências acerca das conexões entre o indivíduo e seus ancestrais, sendo, portanto uma informação geracional, pois através do genótipo de um indivíduo pode-se determinar de quem descende.

2.1. Projeto Genoma Humano

Paradigma da genética humana da atualidade o PGH é um dos empreendimentos titânicos que caracterizaram a recente virada do século. Consistiu em um mega-projeto, subdividido em vários outros, que teve origem nos Estados Unidos em meados da década de oitenta, e que recebeu a adesão de vários países como Canadá, Japão e outros pertencentes à União Européia, como por exemplo, a França.¹⁰

O objetivo inicial do PGH constituiu-se em elaborar um “mapeamento” dos genes da nossa espécie através da localização, posição e distanciamento dos mesmos nos cromossomos humanos, com uma acuidade cada vez mais apurada, a partir da alocação seqüencial das bases nitrogenadas do DNA.

8. CASABONA, Carlos Maria Romeo. *Del Gen al Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia (Centro de Estudios sobre Genética y Derecho), 1996, p.80; cf: ROMEO CASABONA, Carlos Maria. *Los Genes y sus Leyes: el derecho ante el genoma humano*. Granada: Comares, 2002, p.63.

9. SILVA, Reinaldo Pereira e. *Introdução ao Biodireito: investigações político- jurídicas sobre o estatuto da concepção humana*. São Paulo: LTR 2002. p. 296.

10. CASABONA, op.cit., p. 30.

As etapas pertinentes ao alcance deste objetivo se constituíam cronologicamente na divisão dos cromossomos em fragmentos cada vez menores, ordenação destes fragmentos de acordo com a sua localização precisa no cromossomo e determinação da seqüência do DNA de cada um dos fragmentos ordenados. Por fim o grande “salto” seria o de encontrar todos os genes na seqüência do DNA e aplicar esta informação como ferramenta na biologia e na medicina ¹¹.

O ácido desoxirribonucléico (DNA)¹² é uma molécula que contém toda a informação genética do indivíduo, e se encontra distribuído pelos 23 pares de cromossomos do ser humano. O genoma é o conjunto do DNA da célula de um organismo vivo, sendo idêntico em cada célula deste ser.

A estrutura do DNA é a de uma dupla hélice formada por duas cadeias paralelas unidas no centro (a guiza de uma escada), torcida sobre um eixo imaginário. Cada haste vertical está composta por uma cadeia de bases nitrogenadas dispostas seqüencialmente, de forma que estas moléculas se emparelham de maneira precisa com a base nitrogenada da cadeia contra-lateral através de pontes de hidrogênio.

Os nucleotídeos, unidade a partir da qual se estrutura os ácidos nucléicos, são formados por três componentes, quais sejam, uma base (purina e pirimidina), um açúcar pentose (desoxirribose ou ribose) e fosfato.

As bases nitrogenadas são de quatro tipos, A, T, C e G, letras que representam adenina, timina, citosina e guanina, das quais estritamente as duas primeiras e as duas últimas se correspondem.

Desta forma uma combinação diferente de A-T e C-G, ou vice-versa, configura uma mutação, cuja expressão pode ser deletéria para o indivíduo ou representar uma vantagem adaptativa em relação ao ambiente, situação que, uma vez adquirida pode ser transmitida aos descendentes.

Ainda segundo Casabona¹³ as bases se agrupam de três em três unidades, dando origem ao que se chama códon, o que possibilita que existam sessenta e quatro combinações diferentes entre estas moléculas, seqüências que irão dar origem aos vinte aminoácidos que compõem a estrutura do corpo, e cujo agrupamento dará origem às diferentes proteínas, na dependência da ordem em que se dispõem.

11. GRISOLIA, Santiago; MORENO- PALANQUES, RubénF. El proyecto Del genoma humano. In: ROMEO CASABONA, Carlos Maria (Ed.). *Genética Humana*. Bilbao: Universidad de Deusto, 1995.p.28.

12. CASABONA, Carlos Maria Romeo. *Del Gen al Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia (Centro de Estudios sobre Genética y Derecho), 1996, p.27.

13. *Ibidem*, p.27-28.

Os genes, fragmentos de DNA distribuídos ao longo dos cromossomos, são formados pela sucessão de um número variável de bases, se constituindo na unidade física e funcional da herança: a unidade de informação. A parte do DNA responsável pela codificação de proteínas denomina-se DNA codificante (éxons), enquanto aquelas porções não vinculadas diretamente à transmissão de características hereditárias são conhecidas como DNA não codificante (introns)¹⁴.

De acordo com Dias Neto, acredita-se ainda que, através destas características poder-se-á determinar em um futuro próximo a época em que uma doença irá surgir, qual será o seu grau de intensidade e a qual tratamento responderá com maior presteza.

O DNA, para conservar-se, copia a si mesmo, através de um processo chamado replicação, podendo também repassar suas informações para o RNA mensageiro por um processo chamando de transcrição, “ordem” esta que será executada no citoplasma celular dando lugar à síntese de proteínas, através de um processo denominado tradução.

As principais diferenças entre o DNA e RNA são que o açúcar que compõe o primeiro é a desoxirribose e o segundo é a ribose, o DNA conta como base nitrogenada a timina e o RNA a uracil, sendo a forma deste um monofilamento curto e daquele um filamento duplo e longo.

As funções do DNA nos seres vivos são a de constituir a base da herança, contendo os genes todas as características de cada indivíduo, além de permitir a individuação de cada espécie já que no âmbito de cada uma os animais possuem características comuns entre si e traços genéticos que os diferenciam daqueles de outras linhagens.

Além deste papel, o ácido desoxirribonucléico se constitui na base molecular da evolução, uma vez que, conforme descrito acima, os erros na transmissão genética, denominados mutações, desde que não incompatíveis com a vida, se conservam no genoma daquele indivíduo, sendo transmitidos à sua descendência, e se incorporando automaticamente ao patrimônio genético da espécie¹⁵.

Desta forma a evolução ocorre através de mutações, que por sua vez têm origem em erros genéticos, que ao invés de se configurarem com fatais e tornarem

14. HAMMERSCHMIDT, Denise. *Intimidade Genética & Direito da Personalidade*. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 38.

15. CASABONA, Carlos Maria Romeo. *Del Gen al Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia (Centro de Estudios sobre Genética y Derecho), 1996, p.29.

inviáveis o ser em formação, oferecem vantagens adaptativas e se incorporam ao genoma da espécie.

As mutações, portanto carregam a evolução no sentido de sua ocorrência, tendendo a se disseminar no caso de oferecer vantagens adaptativas. São justamente desse fenômeno que se servem as práticas neo-eugênicas, uma vez que passam a induzir voluntariamente as mutações em um determinado sentido, visando alcançar determinados fins na expressão fenotípica do gen manipulado.

O terceiro papel biológico do DNA é o que o constitui como base da individualização, da determinação das pequenas diferenças que existem entre seres da mesma espécie.

O genoma é, portanto, a informação genética sobre cada indivíduo, sua família biológica e sobre a espécie a que pertence¹⁶.

Sendo assim o PGH além de albergar dentre as suas atribuições a localização de genes responsáveis pelas enfermidades e a sequenciação de fragmentos de DNA de relevância médica, se propôs a elaborar uma “biblioteca” de genes (clones), determinar a seqüência completa das bases, encontrar todos os genes e elaborar mapas genéticos comparativos com outros animais menos desenvolvidos, tudo isto acompanhado pela utilização de sistema informáticos de grande potência, inclusive com o objetivo de reduzir os custos e aumentar a eficácia da investigação¹⁷.

Deve-se fazer referência que a União Européia criou uma ramificação do programa Biomed com os mesmos fins, e que também foi desenvolvido o Projeto de Diversidade do Genoma Humano, dirigido por Lucca Cavalli-Sforza, de cunho internacional e dirigido à questão da genética populacional, abordada principalmente sobre o prisma da antropologia, arqueologia, história e lingüística, com o objetivo principal de eliminar qualquer suporte biológico dos movimentos racistas.

Desta maneira entende-se que as investigações sobre o genoma humano têm como objetivo imediato o reconhecimento das características estruturais e funcionais do DNA e seus componentes, com ênfase na capacidade dos genes em participar concretamente na transmissão da herança biológica.¹⁸

16. CASABONA, Carlos Maria Romeo. *Del Gen al Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia (Centro de Estudios sobre Genética y Derecho), 1996, p.29.

17. *Ibidem*, p.30.

18. CASABONA, Carlos Maria Romeo. *Del Gen al Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia (Centro de Estudios sobre Genética y Derecho), 1996, p.79.

De forma mediata se admite a possibilidade de identificar os genes responsáveis pelo surgimento de cada enfermidade, assim como os mecanismos de sua transmissão e manifestação, e em longo prazo determinar também quais os genes que influenciam o aparecimento de certas tendências, habilidades ou capacidades nas pessoas.

Além do mais as revelações oferecidas pelo projeto genoma humano se constituem, sem sombra de dúvida, em importante marco de referência para o desenvolvimento do estudo e da tutela dos direitos da personalidade.¹⁹

Entretanto o acesso e a utilização destas informações podem entrar em conflito com os interesses do sujeito estudado em relação ao coletivo ou a outros indivíduos (inclusive seus familiares), não só no que tange ao campo da saúde, como também na esfera econômica e social (podendo ocasionar danos reflexos a estes terceiros).

A partir das descobertas empreendidas pelo PGH no que tange ao conhecimento da seqüência das bases do DNA humano surgiu a genômica estrutural, que imediatamente evoluiu para a genômica funcional, uma vez que se passou a questionar a função pertinente a cada seqüência conhecida. Não se pode também olvidar o grande impulso oferecido à genômica comparada, já que se pode agora confrontar o genoma humano com o de outras espécies próximas a esta na cadeia evolutiva.

A genômica funcional possui como uma de suas áreas centrais a proteômica, que engloba conhecimentos e técnicas capazes de identificar o conjunto de proteínas produzidas pela mesma célula, assim como as interações entre elas nos processos biológicos²⁰.

Sendo assim o procedimento de estudo da proteômica, cujo paradigma é o Projeto Proteoma Humano, se resume na tarefa de identificar as proteínas que os genes seqüenciados codificam, assim como, analisar suas funções e interações, através do reconhecimento das regiões do DNA que a codificam²¹.

Desta forma o PGH deu ensejo ao nascimento da Medicina Genômica e da Farmacogenômica, esta última responsável por estudar o efeito de medicamentos sobre o genoma do indivíduo, sendo uma importante ferramenta para a caracterização das respostas biológicas aos medicamentos, seja quanto à eficácia, sua toxicidade e a diferença de efeitos nos tecidos normais e patológicos.

19. HAMMERSCHMIDT, Denise. *Intimidade Genética & Direito da Personalidade*. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p.19.

20. BISCH, Paulo Mascarello. Genômica funcional: proteômica. In: MIR, Luís. *Genômica*. São Paulo: Atheneu, 2004.p.141.

21. GRISOLIA; MORENO-PALANQUES, op. cit.,p.55.

2.2. Comitê Internacional de Bioética da UNESCO

De acordo com Frederico Mayor, Diretor geral da UNESCO em 1996²², a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, está voltada para as questões éticas que permeiam os progressos das ciências biomédicas. Seu objetivo é incrementar o diálogo entre os órgãos de decisão e os responsáveis científicos e por outro possibilitar a reflexão ética que deve acompanhar o progresso, com o objetivo de resguardar os direitos fundamentais e as manifestações culturais.

Ainda segundo Mayor as principais metas desta organização no campo da bioética são as que objetivam garantir que os novos poderes gerados pelos descobrimentos científicos não se voltem contra o homem, zelar para que os progressos da ciência e da tecnologia se revertam em fontes de bem-estar para a humanidade, não sendo utilizados como armas de auto-destruição, e contribuir para a transparência do debate acerca da necessária dimensão humana deste progresso.

Baseada nestas metas surgiu a Declaração sobre a proteção ao Genoma Humano elaborada pela reunião dos membros da UNESCO, que se configura na primeira iniciativa concebida como instrumento jurídico em sentido estrito, mesmo sem apresentar conclusões ou recomendações.

Do mesmo modo possui um conteúdo específico sobre o genoma humano, de abrangência internacional universal, tendo adotado uma forma jurídica típica de declaração já conhecida e adotada previamente pelo direito internacional.²³

Os objetos de proteção desta declaração são o respeito à dignidade da pessoa humana, o princípio da autonomia individual (representado pela exigência do consentimento livre e informado), a não discriminação baseada nas características genéticas, a confidencialidade, a liberdade de investigação, a experimentação responsável, a solidariedade entre os povos, a proclamação do genoma humano como patrimônio comum da humanidade e a salvaguarda da espécie humana²⁴.

Esta Declaração também faz alusão ao direito das gerações futuras em relação às atuais através dos corolários de proteção à vida e à preservação da espécie humana nas suas diversas expressões de sua identidade, proibindo que as práticas biotecnológicas causem danos às formas humanas de vida, particularmente

22. CASABONA, Carlos Maria Romeo. *Del Gen al Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia (Centro de Estudios sobre Genética y Derecho), 1996, p.17 (prólogo).

23. *Ibidem*, p.44-45.

24. CASABONA, Carlos Maria Romeo. *Del Gen al Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia (Centro de Estudios sobre Genética y Derecho), 1996., p.46.

aqueles que comprometam de maneira irreversível e definitiva a preservação da espécie, assim como ao genoma e à herança genética da humanidade, ou venham a destruir no todo ou em parte um grupo nacional, regional, étnico ou religioso.²⁵

Por outro lado a Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos da Unesco (DIDGH) reconhece que a informação genética faz parte do acervo geral de dados médicos, que alberga os dados genéticos e os proteômicos, alertando que os mesmos são informações singulares em função da sua condição de dados sensíveis, e que além das características relativas ao próprio sujeito, possui informações que dizem respeito à sua descendência.

3. DIREITO À INTIMIDADE GENÉTICA

De acordo com Casabona,²⁶ denomina-se intimidade às manifestações da personalidade individual ou familiar cujo conhecimento e desenvolvimento estão reservados a seu titular, que detém sobre as mesmas alguma forma de controle, principalmente quando se vêm implicados terceiros, sejam eles os particulares ou o poder público.

De acordo com o mesmo autor²⁷ a privacidade se constitui em um conjunto mais amplo, mais global que a intimidade, de facetas da personalidade que, quando coerentemente enlaçadas, transmitem como que um retrato da personalidade do indivíduo, que o mesmo tem o direito de manter reservado.

Para Hammerschmidt²⁸, o direito à intimidade, antes representado basicamente por uma dimensão negativa ou defensiva requer hoje a observação de sua dimensão positiva, no que diz respeito a uma faculdade ativa de controle sobre a informação, os dados e todos os registros objetivos que dizem respeito à esfera íntima, cuja divulgação pode vir a causar prejuízos ao mesmo.

Sendo assim depreende-se que intimidade genética representa o direito que tem o indivíduo de decidir acerca da utilização dos seus dados médicos e genéticos, controlando sua existência e veracidade e autorizando ou não sua revelação²⁹.

25. Declaração Universal dos Directos das Gerações Futuras, in Revista de Derecho e Genoma Humano, nº 01, 1994, p. 221 e ss.

26. CASABONA, op.cit, p.84.

27. Ibidem, p.84.

28. HAMMERSCHMIDT, Denise. *Intimidade Genética & Direito da Personalidade*. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 95.

29. Ibidem, p.96.

Existem dois elementos configurativos do direito à intimidade genética, denominados respectivamente de objetivo, que se refere ao genoma humano, ou a qualquer tecido ou parte do corpo em que se encontre a informação genética, e o subjetivo que trata do elemento volitivo, ou seja, das condições em que se pode acessar as informações genéticas, e se refere à autodeterminação informativa³⁰.

A partir destes elementos Ruiz Miguel defende uma natureza tridimensional do direito à intimidade genética, pois além da dimensão subjetiva e objetiva prevê também a axiológica.

No seu entender a dimensão subjetiva, derivada do elemento com o mesmo nome, consiste no poder exercitável pelo titular, tanto positiva quanto negativamente. A vertente negativa se caracteriza pelo poder do titular de excluir terceiros do acesso ou manipulação de sua informação genética, enquanto o tipo positivo ou prestacional consiste na faculdade de exigir a intervenção dos poderes públicos no que tange à proteção da informação genética³¹.

A dimensão objetiva diz respeito ao estabelecimento de órgãos e procedimentos capazes de defender o direito à intimidade genética, independentemente da atuação do seu titular, conferindo-lhe relevância compatível com as questões de interesse geral.

Ruiz³² confere ainda a esta dimensão uma vertente orgânica e outra procedimental, sendo a primeira representada pelos diversos órgãos que se empenham na proteção da informação genética, enquanto a segunda diz respeito aos procedimentos que devem ser adotados no sentido de acessar (hábeas genoma), retificar ou cancelar estas mesmas informações.

Finalmente a dimensão axiológica do direito à intimidade genética consiste no seu embasamento na dignidade humana, fundamento objetivo desta vertente, uma vez que o genoma é o que diferencia todos os seres humanos entre si, assim como a espécie humana de todas as outras³³.

Por outro lado, de acordo com Denise Hammerschmidt³⁴ pode-se hoje falar no direito a proteção dos dados genéticos, que juntamente com o direito à intimidade

30. RUIZ MIGUEL, Carlos. *La nueva frontera del derecho a la intimidad*. Revista de Derecho y Genoma Humano. Bilbao, nº 14, jan./jun. De 2001, p. 151-154, passim.

31. *Ibidem*, loc.cit.

32. *Ibidem*, loc.cit.

33. HAMMERSCHMIDT, Denise. *Intimidade Genética & Direito da Personalidade*. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 123.

34. *Ibidem*, p. 103.

genética desempenham uma tarefa instrumental no que tange à livre configuração da identidade e da personalidade individual, possibilitando a autodeterminação e evitando com isto a discriminação.

3.1. Tratamento da Informação Genética e Bioinformática

Uma das matérias mais delicadas³⁵ relacionadas com o genoma humano é aquela que diz respeito ao acesso à informação genética, pois desnuda completamente as entranhas do indivíduo (tornando-o “transparente”) no sentido em que aponta para traços que muitas vezes ele próprio desconhece – inclusive que podem nem sequer vir a se exteriorizar fisicamente - colocando-o em posição de máximo desequilíbrio e vulnerabilidade frente a terceiros.

De acordo com a Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos da UNESCO existem três espécies de dados, representado o primeiro tipo por aqueles associados a uma pessoa identificável, graças aos quais é possível distinguir dentre as demais aquela pessoa a quem se referem; o segundo tipo, ou dados dissociados de uma pessoa identificável, são aqueles que não permitem a identificação do sujeito referido pelo fato dos seus caracteres identificadores terem sido substituídos por um código; e o terceiro tipo, ou dados irreversivelmente dissociados de uma pessoa identificável, são aqueles que jamais poderão ser associados a uma determinada pessoa, em função de se haver destruído o nexo entre a mesma e a amostra coletada. (art. 2º)

Por outro lado a Recomendação R (97)5 do Conselho de Europa, que se refere à proteção de dados médicos considera como de caráter pessoal todos aqueles dados relativos à saúde do indivíduo, abrangendo portanto não só os dados estreitamente relacionados à saúde, como aqueles pertinentes às informações genéticas.

Sendo assim, a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos da Unesco no seu artigo 4º b alerta sobre o princípio da sensibilidade que caracteriza a utilização deste material, ressaltando o elevado grau de proteção que estas informações requerem. Os dados “sensíveis” são aqueles que demandam uma tutela jurídica reforçada por estarem situados no núcleo relativo ao direito das pessoas à intimidade³⁶, podendo também ser denominados de dados especialmente protegidos.

35. CASABONA, Carlos Maria Romeo. *Del Gen al Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia (Centro de Estudios sobre Genética y Derecho), 1996, p.56.

36. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *El derecho a la intimidad en el ámbito de la biomedicina*. In: ROMEO CASABONA, Carlos Maria; MARTINEZ MORÁN, Narciso (Coords). *Biotechnología, Derecho Y Dignidad Humana*. Granada: Comares, 2003. p. 281.

Acrescenta ainda que os dados genéticos são aqueles que se relacionam com as características genotípicas de um indivíduo ou grupos aparentados, aos quais são outorgados uma certa especificidade.

Desta forma, resta patente que nem todos os dados pessoais são de caráter genético, sendo este espécie daquele, albergando o segundo as informações relativas a uma pessoa identificada ou identificável³⁷.

Por este motivo os dados genéticos são atualmente reconhecidos como de caráter pessoal, médico, sensível e singular³⁸.

As formas de realização da identificação de um indivíduo podem ser direta, mediante o uso de um nome, indireta sempre que se utiliza um outro signo para representar a pessoa, assim como através da imagem, da voz, de provas digitais e também das características genéticas³⁹.

Dentre as informações passíveis de serem acessadas por investigação genética temos os dados biológicos a respeito da saúde presente ou futura, (inclusive a saúde mental), sobre a própria capacidade reprodutiva à saúde futura da descendência, relativas ao relacionamento com terceiras pessoas, ou até determinadas capacidades intelectuais, tendências de comportamento e aptidões⁴⁰.

A informação genética apresenta-se em dois níveis distintos, sendo considerada primária quando diz respeito à espécie humana, pertencendo ao domínio público e não permitindo a identificação do indivíduo, e denominando-se secundária quando possibilitam a identificação da pessoa e a determinação das patologias que apresenta ou que pode vir a exteriorizar.

Este segundo tipo de informação é justamente o que demanda maior proteção jurídica, em função da afronta aos direitos fundamentais que pode causar a sua disseminação de forma pouco responsável.

Dessa forma a informação genética pode ser caracterizada como única, uma vez que reflete a individualidade de cada um, estrutural, preditiva, probabilística e geracional.

37. Revista de Derecho e Genoma Humano, n. 17, p.137 – jul/dez 2002.

38. HAMMERSCHMIDT, Denise. *Intimidade Genética & Direito da Personalidade*. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 86.

39. *Ibidem*, p. 86.

40. CASABONA, Carlos Maria Romeo. *Del Gen al Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia (Centro de Estudios sobre Genética y Derecho), 1996, p.80.

Sendo assim os dados genéticos podem ser utilizados para identificar uma pessoa, desvendar informações relativas a um indivíduo e sua família, demonstrar a possibilidade de um evento mórbido de importância futura e incerta, oferecer probabilidades sobre a descendência e outros parentes, e ainda classificar de uma forma permanente as pessoas, tomando como base os mais diversos parâmetros.

Desta forma as investigações genéticas podem afrontar a liberdade do indivíduo (se não existe a voluntariedade do interessado), seu direito à intimidade, e inclusive ver desviado os seus propósitos de utilização, gerando discriminação.

Sendo assim, se o detentor não dispõe de nenhum mecanismo legítimo de controle sobre terceiros, a manifestação da personalidade atingida não se configura mais como sendo da esfera íntima, sendo a sua proteção somente possível na medida em que seja afetada a própria imagem ou a honra, que inclusive possuem uma zona em comum com a intimidade.

Importante frisar que o montante das informações obtidas para serem armazenadas e convenientemente disponibilizadas, precisa receber um tratamento informático, que não obstante propiciem uma série de vantagens, aumentam grandemente a vulnerabilidade da informação agora transformadas em dados. Este fenômeno é intensificado pelas modernas técnicas de captação e transmissão de imagem e som, assim como o aumento da capacidade acumulação e processamento das informações em geral, e dos dados em caráter pessoal.

Em contraposição a estes riscos emerge o direito à confidencialidade através da exigência da proteção jurídica dos dados e do segredo profissional, como meio de resguardar a intimidade genética do indivíduo ou das populações.

As manifestações da intimidade podem ser divididas em três facetas diferentes, que determinam motivos diversos para sua proteção, e que utilizam instrumentos jurídicos também variados em sua natureza e alcance.⁴¹

A primeira delas é a proteção da intimidade em sua manifestação como reduto da personalidade, ou seja, aquela fração da intimidade reservada unicamente para o próprio interessado ou sua família, que deve ser protegida através do sigilo, e dos mecanismos civis e penais de tutela.

A forma seguinte é a da proteção da intimidade na sua vertente de confidencialidade compartilhada, aquela que em função da prescrição da lei ou da natureza

41. CASABONA, Carlos Maria Romeo. *Del Gen al Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia (Centro de Estudios sobre Genética y Derecho), 1996, p. 85.

das relações interpessoais ou sociais facultam o acesso de terceiros, que estão obrigados a manter sigilo sobre as informações obtidas em função do seu exercício profissional. A não observância deste tipo de sigilo é passível de responsabilização civil e penal.

Por fim encontra-se a proteção da intimidade em relação ao processamento de dados, que abrange as novas tecnologias da informação e suas formas de comunicação. Nesta esfera faz-se necessário resguardar a proteção pessoal que deve ser conferida a cada um através da liberdade informática e da autodeterminação informativa que consiste no controle dos dados pessoais pelo interessado nos seus aspectos de exatidão, pertinência, atualização, destino, cessão e uso.⁴²

Em se tratando desta última faceta, as legislações atuais que versam sobre a proteção de dados de caráter pessoal contam como bens jurídicos a serem tutelados a intimidade (informática), a liberdade e a identidade informática⁴³.

A proteção à intimidade em relação aos dados se embasa no caráter reservado dos mesmos, o que fortalece o dever de segredo, enquanto que a liberdade diz respeito ao direito de informação, acesso aos dados e direito de retificação ou cancelamento, assim como o consentimento, a segurança dos dados e a cessão dos mesmos.

Finalmente o respeito à identidade informática representa um marco no sentido de evitar que o tratamento informatizado dos dados de caráter pessoal impeça o exercício de outros direitos civis e políticos previamente garantidos.

As informações potenciais derivadas das investigações genéticas são indestrutíveis, uma vez que estão presentes em todas as células do organismo, inclusive depois da morte, além de serem permanentes e inalteráveis, só podendo ser modificadas por mutações genéticas espontâneas ou induzidas por agentes exógenos, além das encetadas pela engenharia genética, que configura situação de exceção, e que são eventos parciais e limitados.

Importante também se determinar sob que circunstâncias e com que objetivos pré-fixados poderá se efetuar os exames genéticos ou obter amostras biológicas para sua realização, quais as pessoas que terão acesso a estas informações, a quem serão comunicados os resultados e que utilização se fará dos mesmos, além da

42. CASABONA, Carlos Maria Romeo. *Del Gen al Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia (Centro de Estudios sobre Genética y Derecho), 1996, p.87, passim.

43. *Ibidem*, loc.cit.

determinação do tipo de proteção que será oferecido às informações e às amostras biológicas.⁴⁴

Os dados vinculados ao núcleo da intimidade do indivíduo são aqueles que dizem respeito à saúde, à origem racial ou étnica, às opiniões políticas, convicções religiosas, vida sexual, atividades sindicais, e são denominados dados supersensíveis o que lhes assegura garantia extra de proteção.

3.2. Uso inadequado da informação genética

O oferecimento de um tratamento indevido à informação genética pode trazer sérias conseqüências, principalmente no que diz respeito à afronta aos direitos fundamentais, como por exemplo, ao princípio da igualdade de oportunidades, uma vez que a divulgação de predisposições genéticas podem levar a discriminações no campo social ou laboral.

Da mesma forma o direito à liberdade e ao livre desenvolvimento da personalidade pode ver-se ameaçado, assim como o direito à dignidade e integridade das pessoas, em função da possibilidade da utilização e divulgação indevida das mesmas⁴⁵.

De acordo com o Convênio do Conselho da Europa sobre Direitos Humanos e Biomedicina (CDHB) os direitos a serem reconhecidos em relação ao genoma humano são os da proibição de qualquer forma de discriminação em função do patrimônio genético (artigo 11), da vedação da realização de provas preditivas, exceto nos casos de investigação médica ou no contexto de um aconselhamento genético apropriado (artigo 12), a proibição de intervenção no genoma humano, com exceção de razões preventivas, diagnósticas e terapêuticas, e desde que não conduzam a alterações genéticas transmissíveis à descendência (artigo 13), além de ser vedada a realização de práticas médicas com o objetivo de empreender a seleção do sexo, salvo nos casos de enfermidade hereditária grave ligada ao sexo (artigo 14).

Com base nestes bens jurídicos que devem ser resguardados, o citado documento, no seu artigo 12 relaciona as provas genéticas preditivas cuja realização é aceitável, tais como as relativas a uma enfermidade genética existente, as que

44. CASABONA, Carlos Maria Romeo. *Del Gen al Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia (Centro de Estudios sobre Genética y Derecho), 1996, p.82.

45. HAMMERSCHMIDT, Denise. *Intimidade Genética & Direito da Personalidade*. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 126.

podem identificar um sujeito como portador de uma afecção monogênica recessiva ou dominante, e aquelas que se dispõem a detectar uma predisposição ou susceptibilidade a uma patologia poligênica ou multifatorial.

Mesmo estando restritos por esta limitação, estes testes só poderão ser efetuados sob a condição do livre consentimento informado, além de que os seus fins devem ser estritamente médicos, obedecendo a um aconselhamento genético adequado.

Corroborando esta tese, a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos da Unesco, através do seu artigo 5º estabelece que os dados genéticos e proteômicos humanos somente poderão ser tratados, utilizados e conservados com finalidade diagnóstica e de assistência sanitária, em investigações médicas pertinentes a estudos epidemiológicos, antropológicos ou arqueológicos, e na medicina forense.

Quanto ao momento da realização dos testes preditivos e também ao propósito que perseguem, os mesmos podem se classificar em pré-conceptivos, pré-implantatórios e pré-natais.

Os exames diagnósticos pré-concepcionais são realizados antes da ocorrência da gestação, e têm como objetivo principal aquilatar o risco potencial do casal em gerar filhos portadores de anomalias genéticas, hereditárias ou cromossômicas. Do ponto de vista ético estes exames são perfeitamente legítimos, uma vez que são buscados por pessoas com suspeita de possuir uma pré-disposição a uma enfermidade genética, assim como não implicam na agressão ao embrião.

O diagnóstico genético pré-implantacional (DGPI)⁴⁶, ao contrário, é realizado em embriões *in vitro*, antes da transferência para o útero da mulher receptora, com a finalidade de comprovar se o conceito é portador de alguma anomalia genética ou cromossômica, sendo considerado inclusive, por Patrícia Pieri, Jorge Hallak e Sami Arap⁴⁷ como uma técnica especial de reprodução assistida.

46. O DGPI é realizado no terceiro dia após a fecundação, quando o pré-embrião se encontra no estágio de seis a oito células, todas totipotentes. Assim, utiliza-se o ácido tyrode ou um tiro de laser para fazer um pequeno orifício na zona pelúcida do pré-embrião, bem à frente do blastômero que se deseja retirar. Aspira-se por este orifício cuidadosamente o blastômero e se o encaminha aos testes adequados. As técnicas mais comuns empregadas para o diagnóstico são o FISH (hibridização fluorescente *in situ*) e a reação em cadeia de polimerase (PCR).

47. PIERI, Patrícia de Campos; HALLAK, Jorge; ARAP, Sami. Genômica e reprodução assistida. IN: MIR, Luís. *Genômica*. São Paulo: Atheneu, 2004. p.579.

O diagnóstico pré-natal é aquele efetuado no curso da gestação, através da ultrassonografia, ressonância nuclear magnética, punção de vilosidades coriônicas, punção amniótica, cordocentese, fetoscopia, rastreamentos bioquímico e biofísico (translucência nucal), e até através de estudos no sangue materno (muitas vezes as células fetais atravessam a placenta e entram na circulação materna)⁴⁸, dando origem ao que hoje se denomina medicina fetal, que é capaz de ensejar diagnósticos precisos e tratamentos eficazes para algumas afecções congênitas e hereditárias⁴⁹.

A partir destas práticas é que surgem as possibilidades neo-eugênicas, revestidas por conotações éticas diversas, podendo oportunizar ações de eugenia positiva como a seleção de gametas e dos embriões mais “aptos” a gerarem um ser humano sadio, como também de eugenia negativa, no momento em que se opta por descartar embriões portadores de patologias genéticas ou apela-se para o abortamento eugênico.

O acesso não autorizado, a manipulação e a divulgação dos conhecimentos reservados entre os quais a informação genética pode conduzir a diversas conseqüências, entre as quais o reducionismo, o determinismo genético, a estigmatização, a discriminação genética, e a perda ou diminuição da capacidade de autodeterminação⁵⁰.

O reducionismo consiste em se interpretar a realidade humana unicamente com base na informação genética enquanto o determinismo se resume a acreditar que o comportamento humano é ditado pelos genes, transformando em certeza um evento meramente probabilístico.

A discriminação consiste na negação do princípio da igualdade, tendo se apoiado historicamente em vários aspectos, que podem ser sintetizados em três vertentes principais quais sejam, a discriminação baseada em características naturais, em fatores de caráter social e cultural ou em aspectos jurídicos⁵¹.

A discriminação baseada no patrimônio genético, pertence a este último grupo, uma vez que prevê a existência de diferentes graus no reconhecimento dos direitos de grupos predispostos geneticamente a determinadas enfermidades ou limitações.

48. PINTO JÚNIOR, Walter. Diagnóstico pré-natal. In: MIR, Luís. *Genômica*. São Paulo: Atheneu, 2004. p.556.

49. *Ibidem*. p.556.

50. SOANE RODRIGUEZ. *Revista Derecho e Genoma Humano* nº 16. p. 152-154.

51. BOBBIO, Noberto. *A Era dos Direitos. L'età dei Diritti*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. 18. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.72.

De acordo com Blázquez Ruiz⁵² a utilização dos diagnósticos genéticos preditivos pode vir a dar lugar a um novo grupo de indivíduos, um grupo na verdade sem nenhuma característica comum palpável, uma vez que seria constituído por pessoas normais, discriminadas antes mesmo de apresentar qualquer sinal ou sintoma de uma afecção.

A discriminação genética pode ser de carácter pessoal ou familiar, laboral, na contratação de seguros de vida, de saúde, no campo das permissões ou autorizações oficiais, ou nas relações creditícias, levando indivíduos ou grupos populacionais a serem estigmatizados como “defeituosos” ou não aptos para participar de determinadas relações sociais.⁵³

As informações existentes nos dados genéticos, relativas a um indivíduo, extrapolam a sua esfera e repercutem na linha progenitora e de outros membros da família⁵⁴. De acordo com esta autora, fala-se de terceiros interessados que além dos familiares podem ser empregadores, seguradoras, e outros que possam vir a ser afetados pelas repercussões das mesmas.

Com relação aos terceiros vinculados familiarmente resta patente que não há um direito por parte do conjugue ou do companheiro a conhecer a informação genética do titular, nem uma obrigação jurídica de autorizar o acesso a ela, assim com aos familiares por afinidade, em função do carácter geracional dos dados genéticos e em respeito ao princípio do consentimento e da confidencialidade⁵⁵.

Ainda de acordo com esta autora⁵⁶, em relação aos ascendentes e descendentes existem duas situações quais sejam, os maiores de idade e capazes, e os menores, submetidos ao pátrio poder e incapazes de formar um juízo e tomar decisões por si mesmos.

No primeiro caso não existe o dever de informar ou permitir o acesso a ascendentes ou descendentes às informações do titular, uma vez que existem procedimentos alternativos capazes de fornecer aos mesmos as informações que lhes são pertinentes com grau semelhante de acurácia.

52. BLÁZQUEZ RUIZ, Javier. *Derechos humanos y Proyecto Genoma*. Granada: Comares, 1999, p.169.

53. CASABONA, Carlos Maria Romeo. *Del Gen al Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia (Centro de Estudios sobre Genética y Derecho), 1996, p.81.

54. HAMMERSCHMIDT, Denise. *Intimidade Genética & Direito da Personalidade*. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 149.

55. SOANE RODRIGUEZ. *Revista Derecho e Genoma Humano* nº 16, p. 172.

56. *Ibidem*, loc.cit.

Quanto aos menores pode-se permitir o acesso às suas informações genéticas pelos seus representantes legais, desde que satisfeitos o caráter prévio de juízo de proporcionalidade e finalidade⁵⁷.

Para Carlos Maria Romeo Casabona⁵⁸ existem alternativamente dois critérios para embasar tomadas de decisões nesta área, quais sejam o de colisão do deveres e o estado de necessidade. No primeiro caso o profissional responsável pela informação se vê compelido a atender ao mesmo tempo dois deveres jurídicos contrapostos e diferentes.

Já no estado de necessidade existe uma disjuntiva que consiste em transgredir um dever ou lesionar um bem jurídico geral em relação à outra pessoa com quem não se têm deveres diretos.

Por outro lado, existem critérios para se avaliar a pertinência da comunicação de uma patologia genética a uma terceira pessoa, quais sejam a existência da negativa do paciente à esta comunicação, a constatação da instalação da patologia neste terceiro, e a evidência de perigo real de contágio, ou outro perigo para a saúde ou a vida, desde que seja possível identificar a pessoa exposta ao risco⁵⁹.

Para Soane Rodriguez⁶⁰ o princípio da confidencialidade é o corolário dos direitos fundamentais à intimidade genética e à proteção dos dados genéticos, assim como consequência direta do respeito aos princípios da dignidade, igualdade e não-discriminação.

De acordo com Romeo Casabona⁶¹ o dever de confidencialidade e o direito de não saber podem ser flexibilizados sobre a base de um interesse jurídico superior, como por exemplo, na situação de colisão de deveres ou de um estado de necessidade, e desde que este fato esteja previsto expressamente em lei, seja determinados pelo juiz, ou represente um desejo da pessoa afetada.

O Convênio do Conselho da Europa sobre Direitos Humanos e Biomedicina no seu artigo 26 prevê explicitamente a possibilidade de restrições, sempre que o direito de obter informações, de não ser informado e de não saber, em decorrência

57. SOANE RODRIGUEZ. *Revista Derecho e Genoma Humano* nº 16. p. 174 -175.

58. ROMEO CASABONA, Carlos Maria. *Los genes y sus leyes: el derecho ante el genoma humano*. Granada: Comares, 2002, p. 72

59. SÁNCHEZ CARAZO, Carmen. La intimidad e el Secreto Medico. Madid, Diaz de Santos , 2001. In: HAMMERSCHMIDT, Denise. *Intimidade Genética & Direito da Personalidade*. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 236.

60. SOANE RODRIGUEZ. Op.cit, p. 167.

61. ROMEO CASABONA. Op.cit, p. 75.

do direito de terceiros colidam com determinados interesses coletivos ou direitos de outras pessoas, e desde que exista previsão legal e se mostrem como medidas necessárias à proteção dos interesses e direitos, em uma sociedade democrática.

Denise Hammerschmidt⁶² alerta para a possibilidade da ocorrência dos descobrimentos inesperados, que nada mais são do que a constatação de informações genéticas pessoais diversas daquelas buscadas naquela análise. Este fato, que se enquadra no aspecto subjetivo do direito à intimidade, pode suscitar diversas reações por parte do profissional envolvido, como a seguir:

A Recomendação 3 do Conselho de Europa (1992), no Princípio 11 prevê os descobrimentos inesperados deverão ser comunicados ao indivíduo objeto da prova unicamente se têm uma importância clínica direta para a pessoa ou sua família.

Por outro lado a Recomendação 5 deste mesmo Conselho, datada de 1997 e versando sobre a proteção dos dados médicos, em seu parágrafo 8.4 do apêndice, estabelece que um indivíduo submetido a uma análise genética deve ser informado dos descobrimentos inesperados sempre que a legislação nacional não proíba o fornecimento desta informação, a pessoa em questão a tenha solicitado, e que a divulgação não cause um dano sério a sua saúde, dos seus parentes consanguíneos ou uterinos, à sua família social ou a terceiros que tenham vínculos com sua família genética

A prática do consentimento informado, fundamentado na liberdade de autodeterminação do sujeito, e hoje já erigido à categoria de princípio⁶³, faz-se imprescindível todas as vezes que se necessita realizar um procedimento médico terapêutico, seja ele cirúrgico ou não, incluindo neste segundo grupo as análises genéticas.

De acordo com Soane Rodríguez⁶⁴, não é possível o acesso e o tratamento dos dados genéticos sem o livre consentimento informado do seu titular. Por outro lado entende-se⁶⁵ que este documento, muito mais do que um instrumento utilizado para fins de proteção legal pelo profissional responsável pelo atendimento, tem o objetivo precípua de fornecer ao paciente todos os esclarecimentos sobre, riscos,

62. HAMMERSCHMIDT, Denise. *Intimidade Genética & Direito da Personalidade*. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 155.

63. SOANE RODRIGUEZ. *Revista Derecho e Genoma Humano* n° 16, p. 156.

64. *Ibidem*, loc.cit.

65. ASHTON-PROLLA, Patrícia; GIUGLIANI, Roberto. *Aconselhamento genético na era genômica*. In: MIR, Luis. *Genômica*. São Paulo: Atheneu, 2004.p. 232.

benefícios e limitações do procedimento a que irá submeter-se, possibilitando-lhe uma decisão autônoma.

Importante frisar, ainda conforme estes autores⁶⁶, que a informação genética deficitária pode comprometer a decisão autônoma do paciente, motivo pelo qual a comunicação deve ser o mais completamente possível transmitida ao paciente através de uma linguagem clara e compatível com o seu nível cultural e intelectual.

4. DIREITO À EXCLUSIVIDADE (INEDITISMO) GENÉTICO

Todo indivíduo é um ser geneticamente irrepitível e único. Cada qual é dotado de uma configuração genética própria e distinta dos demais seres de sua espécie, o que reflete a sua individualidade e o seu caráter personalíssimo⁶⁷

O progresso científico, no afã de reduzir as indeterminações dos processos naturais humanos oferece severos riscos no que diz respeito à violação da liberdade de escolha individual.

Desta forma, torna-se patente que as técnicas de manipulação gênica, terapêuticas ou não, privam o indivíduo não só da sua identidade e intimidade genética, mas acima de tudo alteram o caráter exclusivo de sua carga genética, fruto do estágio evolutivo de sua espécie, e das relações interpessoais entre seus membros.

De acordo com Habermans⁶⁸ as decisões irrevogáveis sobre o design genético de um indivíduo que ainda está para nascer são sempre pretensiosas, no sentido de julgar que sabem tudo. O beneficiário precisa ter a chance de dizer “não”.

As manipulações genéticas podem gerar insatisfações no tocante à modificação da identidade genética própria de cada ser, através modificação do seu genótipo, exclusivo e inédito, norteados dos seus caracteres físicos e psíquicos.

Neste sentido assevera Habermans⁶⁹:

“Desse modo, mais tarde, os descendentes poderiam pedir satisfação aos produtores do seu genoma e responsabilizá-los pelas conseqüências, indesejáveis do seu ponto de vista, desencadeadas no início orgânico de sua história de vida”.

No que diz respeito à terapia gênica, os tribunais estadunidenses vem responsabilizando profissionais por negligência nos casos denominados pela doutrina de *wrongful birth* (nascimento injusto) e *wrongful life* (vida injusta).

66. Ibidem, loc.cit.

67. SOANE RODRIGUEZ. *Revista Derecho e Genoma Humano* nº 16, p. 143.

68. HABERMANS, Jürgen. *O Futuro da Natureza Humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.121-122

69. Ibidem, p.19.

A primeira consiste no nascimento de crianças portadoras de alguma deficiência, quando este mal poderia ter sido evitado, através das terapêuticas genéticas disponíveis, ou no caso de falhas ocorridas na operacionalização deste tipo de terapia – o que é perfeitamente possível de acontecer no caso de erros no momento da transcrição do DNA, o que podem ensejar por parte dos interessados, ações judiciais de reparação civil de danos. Neste sentido se pronunciam ⁷⁰:

“No wrongful birth, os pais requerem a responsabilização pautados em erro de diagnóstico pré-conceptivo ou pré-natal, ou em negligência dos médicos ao não informarem ao casal os problemas já detectados no embrião. [...] O dano é eminentemente moral, embora haja conseqüências materiais, como os gastos extraordinários com a enfermidade da criança”.

Na hipótese de wrongful life é a própria criança que pleiteia tal indenização, obviamente através de seu representante legal, em função de questionamentos diversos.

Na modalidade wrongful birth segundo Lacadena⁷¹, é ainda é possível que o filho, portador de uma patologia genética venha a acionar o especialista pelo fato de não haver informado adequadamente aos seus pais, ou haver destes omitidos informações a respeito dos riscos de gerarem uma criança com alterações genéticas, não lhe dando portanto a oportunidade de optar por uma decisão reprodutiva voluntária.

De acordo com Bruno Naves e Maria de Fátima Freire de Sá⁷² a terapia gênica é o instrumento capaz de promover a alteração do material genético carreador de alguma patologia, através da inserção de nova seqüência de DNA. Se realizadas em células-tronco, a alteração será transmitida no momento da replicação genética e da diferenciação celular.

O Convênio Europeu sobre Direitos Humanos e Biomedicina, em seu artigo 13 afirma que somente poderá ocorrer intervenção sobre o genoma humana por razões preventivas, diagnósticas ou terapêuticas e sempre que não exista a finalidade de introduzir uma modificação no genoma da descendência. Desta foram resta proibida a terapia gênica de células germinativas, em função do alto risco para as gerações futuras.

70. NAVES, B.T. & FREIRE DE SÁ, F. Responsabilidade Civil no diagnóstico pré-implantatório e pré-natal: uma discussão biojurídica sobre danos morais e materiais em casos de Wrongful Birth e Wrongful Life. In: *Temas de Direito Civil Contemporâneo*, Editora JusPodivm, Salvador, 1ª edição, 2009, p.570

71. LACADENA, Juan-Ramón. Individualización Y mismidad genética em el desarrolla humano. In: MAYOR ZARAGOZA, Frederico; ALONSO BEDATE, Carlos (Coords.) *Gen-ética*. Barcelona: Ariel, 2003.

72. NAVES, B.T. & FREIRE DE SÁ, op. cit. p.580.

5. DISCRIMINAÇÃO GENÉTICA

A utilização das informações genéticas individuais pela sociedade pode indubitavelmente levar a muitos benefícios, principalmente em se tratando da área médica, como no caso da identificação, prevenção e cura das patologias hereditárias, o que entretanto é contrastado pelo caráter negativo de sua utilização, podendo à discriminação genética⁷³.

O Conselho de Europa, através da Recomendação n.º 3 (1992), que versa sobre provas genéticas e seleção com fins sanitários em seu princípio 6, preconiza que a prestação de atenção sanitária e de subsídios familiares, exigências para contrair matrimônio ou outras formalidades afins, assim como a admissão a determinadas atividades, principalmente laborais, ou o continuado exercício dela, não deverão ser norteadas por provas genéticas ou de crivado genético⁷⁴, no que é seguido pela Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos da Unesco, que no seu artigo 14b dispõe no mesmo sentido.

De acordo com Romeo Casabona⁷⁵ no âmbito das relações laborais conta-se com dois tipos de provas: as de seguimento genético e de controle genético. O primeiro tipo, também conhecido como genetic monitoring, é representado pelos exames periódicos, que buscam descobrir no obreiro, mutações produzidas pelo entorno do ambiente de trabalho, e desta forma estabelecer e prevenir os danos advindos de suas influências.

O teste de controle genético ou genetic screening, por sua vez, é consistente em uma única investigação destinada a identificar no trabalhador uma maior ou menor susceptibilidade no que tange aos riscos laborais ou a exposição a substâncias agressoras.

De acordo com Tomás Franco⁷⁶ e Romeo Casabona, o conhecimento dos riscos gerados por patologias genéticas no ambiente de trabalho podem ocasionar diferentes repercussões, a depender do ângulo em que se examine:

73. HAMMERSCHMIDT, Denise. *Intimidade Genética & Direito da Personalidade*. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 173.

74. ROMEO CASABONA. *Código de leyes: el derecho ante el genoma humano*. Granada: Comares, 2002, p. 570

75. Idem. El principio de no discriminación y las restricciones relativas a la realización de análisis genéticos. In: _____. *El Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina: su entrada en vigor en el ordenamiento jurídico español*. Granada: Comares, 2002, p.188-189.

76. SALAFRANCO, Tomás. El proyecto del genoma y las relaciones laborales. *Revista de Derecho y Genoma Humano*. Bilbao. n. 2, 1995 p. 148; ROMEO CASABONA, *El principio de no discriminación y las restricciones relativas a la realización de análisis genéticos*. In: _____. *El Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina: su entrada en vigor en el ordenamiento jurídico español*. Granada: Comares, 2002, p.188-189.

- 1) Do ponto de vista do próprio trabalhador, o conhecimento dos riscos possibilita a prevenção de doenças, o tratamento das mesmas, assim como permitir o seu posicionamento frente ao mercado de trabalho.
- 2) Sob o ângulo do empregador ou do empresário este fato serve para reduzir os custos referentes a potenciais enfermidades futuras do trabalhador, tanto no que diz respeito à capacidade laborativa, absenteísmo e aposentadoria precoce.
- 3) Em relação aos outros trabalhadores faz-se importante evitar que o desempenho deficiente de um possa gerar consequência aos outros, tais como acidentes de trabalho e outras consequências da falta de segurança.
- 4) Quanto a terceiros relacionados com a empresa, o conhecimento por parte dos clientes dos riscos relativos a uma patologia do trabalhador pode levar à prevenção de acidentes se este último está exposto a atividades incompatíveis com as suas limitações.
- 5) Para o estado se torna mais efetiva a prevenção de acidentes e proteção à saúde do trabalhador quando é possível se adotar medidas de prevenção de riscos específicos e de higiene laboral.

Importante frisar que entre os atores supracitados as pretensões são conflitantes e antagônicas em função da grande variedade de interesses concorrentes e contrapostos, havendo um conflito potencial entre a esfera individual e da sociedade⁷⁷.

Sendo assim, as mesmas informações a respeito da estrutura genética da pessoa que propiciam benefícios ao ambiente laboral podem servir como instrumento para afrontar seus direitos fundamentais através da discriminação e do abuso de poder. A divulgação das informações genéticas ao empregador, que na maioria das vezes possui interesses econômicos contrários ao do obreiro, poderá propiciar a formação de juízo de valor a respeito das características genotípicas ou fenotípicas do mesmo, o que irá interferir nos critérios de seleção.

Estes critérios de seleção podem vir a serem utilizados no sentido negativo, quando a aceitação do empregado for descartada em função dos achados existentes em seus testes genéticos, ou pela vertente positiva, toda vez que se prestar

77. ROMEO CASABONA, *El principio de no discriminación y las restricciones relativas a la realización de análisis genéticos*. In: _____. *El Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina: su entrada en vigor en el ordenamiento jurídico español*. Granada: Comares, 2002, p. 189.

a selecionar os indivíduos mais aptos geneticamente a se adaptarem ao entorno laboral, alcançando a partir daí maior produtividade⁷⁸.

Desta forma resta evidente que as políticas de saúde devem estar atentas para a possibilidade de utilização do genetic screening com fins discriminatórios, devendo zelar para que a informação genética venha a ser utilizada para casos previstos e específicos, tomando como base o princípio da equidade⁷⁹.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto resta patente a necessidade da inclusão dos direitos acima descritos no rol exemplificativo dos direitos da personalidade amparados pela Constituição da República, no sentido de garantir a prerrogativa que cada indivíduo possui de adquirir e resguardar a sua identidade genética, una e irrepetível, oriunda de combinações naturais e aleatórias dos genes dos seus ancestrais.

Desta forma, a legislação brasileira ao regular a intimidade poderá valer-se do art. 5º, X da CF/88, em uma análise ampliada do direito a intimidade, gênero do qual a intimidade genética é espécie, embora sua regulamentação expressa não se configure indispensável, em razão do previsto no § 2º do art. 5º da Constituição Federal combinado com o princípio da dignidade humana (art. 1º, III da CF/88) que propiciam uma análise principiológica dos direitos acima elencados acima, sem prejuízo dos outros princípios previstos no ordenamento jurídico brasileiro, tais como liberdade e igualdade.

Apesar da inércia do legislador brasileiro, a proteção aos dados genéticos encontra-se regulada pela Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos de 16 de outubro de 2003 que garante que a manipulação de dados genéticos humanos somente poderá operar-se de acordo com a legislação interna, que inexistindo torna exigível a aplicação do art. 5º, inciso “c” da Declaração Universal sobre Genoma Humano e os Direitos Humanos para fazer valer a responsabilização civil, com a possibilidade de condenação ao pagamento de indenização por danos morais, sem prejuízo do processo penal cabível.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDORNO, Roberto. *Bioética y Dignidad de la Persona*. Madrid: Tecnos, 1998.
- ASHTON-PROLLA, Patrícia; GIUGLIANI, Roberto. Aconselhamento genético na era genômica. In: MIR, Luis. *Genômica*. São Paulo: Atheneu, 2004.

78. Idem. *Los genes y sus leyes: el derecho ante el genoma humano*. Granada: Comares, 2002, p. 77.

79. BLÁZQUEZ RUIZ, Javier. *Derechos Humanos y Proyecto Genoma*. Granada: Comares, 1999, p. 165.

- BAIGET BASTÚS, Montserrat. El diagnóstico molecular de las enfermedades hereditarias: su utilidad em el consejo genético. In: ROMEO CASABONA, Carlos Maria (Ed). *Genética Humana*. Bilbao: Fundación BBv, 1995.
- BEAUCHAMP, Tom L; CHILDRESS, James F. *Princípios de Ética Biomédica*. São Paulo: Loyola, 2002.
- BISCH, Paulo Mascarello. Genômica funcional: proteômica. In: MIR, Luís. *Genômica*. São Paulo: Atheneu, 2004.
- BLÁZQUEZ RUIZ, Javier. *Derechos Humanos y Proyecto Genoma*. Granada: Comares, 1999.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. (L'étá dei Diritti). Tradução: Carlos Nelson Coutinho. 18ª Edição. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de Personalidade e Autonomia Privada*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CLOTET, Joaquim. GOLDIM, José Roberto (orgs). *Seleção de Sexo e Bioética*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.
- _____. Constituição de República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 08 mar. 2009.
- _____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília: 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm> Acesso em: 26 abr. 2009.
- DECLARAÇÃO UNIVERSAL DA UNESCO SOBRE O GENOMA HUMANO E OS DIREITOS HUMANOS DE 1997, Disponível em: <<http://www.anvisa.gov.br/sangue/simbravisa/Declaracao%20Genoma%20Humano%20e%20Direitos%20Humanos.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2009.
- DIAS NETO, Emmanuel. O projeto genoma humano. In: MIR, Luís. *Genômica*. São Paulo: Atheneu, 2004, p.XIII
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- _____. El dominio de la vida. *Una discusión acerca del aborto, la eutanásia y la libertad individual*. Barcelona: Ariel, 1998.
- GAFO, Javier. *Consejo genético: aspectos biomédicos e implicaciones éticas*. Madrid: Universidade Pontificia de Comillas, V.8, 1994. (Coleções Dilemas éticos de la Medicina atual)

- GRISOLIA, Santiago; MORENO- PALANQUES, Rubén F. *El proyecto del genoma humano*. In: ROMEO CASABONA, Carlos Maria (Ed.). *Genética Humana*. Bilbao: Universidad de Deusto, 1995.
- HABERMANS, Jürgen. *O Futuro da Natureza Humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- HAMMERSCHMIDT, Denise. *Intimidade Genética & Direito da Personalidade*. Curitiba: Juruá Editora, 2008.
- JUNGES, José Roque. Seleção de sexo: aspectos médicos e biológicos, In: CLOTET, Joaquim. GOLDIM, José Roberto (orgs). *Seleção de Sexo e Bioética*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.
- LACADENA, Juan-Ramón. Individualización Y mismidad genética em el desarrolla humano. In: MAYOR ZARAGOZA, Frederico; ALONSO BEDATE, Carlos (Coords.) *Gen-ética*. Barcelona: Ariel, 2003.
- _____. O Diagnóstico Genético: aspectos éticos e jurídicos. Disponível em: <<http://www.isftic.mepsyd.es/w3/tematicas/genetica/index.html>>. Acesso em 26/05/2009.
- _____. Ser Humano, Pessoa, Dignidade, Biologia e Humanidade. Disponível em: <<http://www.isftic.mepsyd.es/w3/tematicas/genetica/index.html>>. Acesso em 26/05/2009.
- LUIS LUJAN, José. *Ingeniería genética humana, ideología y eugenesia*, Arbor, Tomo XXXVII, n. 544, abr. 1991, p.138. In: Casabona, Carlos Maria Romeo. La eugenesia hoy. Bilbao: Cátedra de Derecho y Genoma Humano – Editorial Comares, S. L., 1999.
- MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito Penal e Biotecnologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- NAVES, B.T; SÁ, F Freire de. Responsabilidade Civil no diagnóstico pré-implantatório e pré-natal: uma discussão biojurídica sobre danos morais e materiais em casos de Wrongful Birth e Wrongful Life. In: *Temas de Direito Civil Contemporâneo*. Salvador: JusPodivm, 2009.
- OLIVEIRA, José Sebastião; HAMMERSCHMIDT, Denise. Genoma Humano, Eugenia: e Discriminação Genética, disponível em: http://www.conpendi.org/manuel/arquivos/anal/bh/jose_sebastiao_de_oliveira.pdf "t "" _ blank">. Acesso em 15/04/2009.
- OTERO, Paulo. *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: um perfil constitucional da bioética*. Coimbra: Almedina, 1999.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. El derecho a la intimidad en el ámbito de la biomedicina. In: ROMEO CASABONA, Carlos Maria; MARTINEZ MORÀN, Narciso (Coords). *Biotecnología, Derecho Y Dignidad Humana*. Granada: Comares, 2003.
- PETTERLE, Selma Rodrigues. *O Direito Fundamental à Identidade Genética na Constituição Brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

- PINTO JÚNIOR, Walter. *Diagnóstico pré-natal*. In: MIR, Luís. *Genômica*. São Paulo: Atheneu, 2004.
- ROMEO CASABONA, Carlos Maria. *El principio de no discriminación y las restricciones relativas a la realización de análisis genéticos*. In: _____. *El Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina: su entrada en vigor en el ordenamiento jurídico español*. Granada: Comares, 2002.
- _____. *Los Genes y sus Leyes: el derecho ante el genoma humano*. Granada: Comares, 2002.
- _____. *Del Gen al Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia (Centro de Estudios sobre Genética y Derecho), 1996.
- RUIZ MIGUEL, Carlos. La nueva frontera del derecho a la intimidad. *Revista de Derecho y Genoma Humano*. Bilbao, nº 14, jan./jun. 2001.
- SARLET, Ingo Wolfgang; LEITE, G. S. (org). *Direitos Fundamentais e Biotecnologia*. São Paulo: Método, 2008.
- SILVA, Reinaldo Pereira. *Introdução ao Biodireito: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana*. São Paulo: LTr 2002.
- SOANE RODRIGUEZ. *Revista Derecho e Genoma Humano nº 16*.
- RIDLEY, Matt. *Genoma, a autobiografia de uma espécie em 23 capítulos*. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- XAVIER, Elton Dias. *A identidade genética do ser humano como um biodireito fundamental e sua fundamentação na dignidade do ser humano*. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

II

PRECLUSÃO, *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM* E DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

Pedro Henrique Pedrosa Nogueira

Doutorando em Direito (UFBA). Mestre em Direito (UFAL). Professor de Direito Processual Civil da Universidade Federal da Alagoas (UFAL). Professor de Direito Processual Civil e coordenador do curso de Direito noturno da Sociedade de Ensino Universitário do Nordeste (SEUNE). Professor da Escola Superior da Magistratura do Estado de Alagoas (ESMAL). Professor do curso de especialização em Direito Processual Civil da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Advogado.

RESUMO: Este artigo examina a relação entre a proibição do *venire contra factum proprium* e o direito fundamental à duração razoável do processo.

PALAVRAS CHAVE: duração razoável do processo; *venire contra factum proprium*.

ABSTRACT: This essay discusses the relationship between the *venire contra factum proprium* prohibition and the reasonable length of the process.

KEYWORDS: reasonable length of the process; *venire contra factum proprium*.

SUMÁRIO: 1. Nota introdutória – 2. A duração razoável do processo como direito fundamental: 2.1. A dimensão objetiva do direito fundamental à duração razoável do processo – 3. A preclusão como técnica a serviço da obtenção de um processo sem dilações indevidas – 4. Tipologia das preclusões: 4.1. A preclusão-sanção – 5. A preclusão *pro judicato*: uma interpretação dos poderes do juiz à luz do direito fundamental à duração razoável do processo – 6. A vedação do *venire contra factum proprium* no processo: 6.1. A *suppressio* e o *venire contra factum proprium* – 7. A conexão entre o direito fundamental à duração razoável do processo e a vedação ao *venire contra factum proprium* – Referências.

1. NOTA INTRODUTÓRIA

São múltiplos os pontos de vista sob os quais é possível analisar o direito fundamental à duração razoável do processo, até porque não são poucos os problemas existentes em torno de sua própria conceituação. Pode-se, *v.g.*, encará-lo sob o ângulo dos valores que ele visa realizar, sob o ângulo do direito comparado para

cotejar o seu tratamento dogmático e jurisprudencial à luz de outros ordenamentos, ou, ainda, sob uma perspectiva jurídico-positiva em variados prismas, inclusive sob o ângulo das condições para sua imposição, tendo em vista a aplicabilidade imediata de todos os direitos e garantias individuais (CF, art. 5º, § 2º).

Nossa abordagem, aqui, será um pouco diversa. Procuraremos tomar o direito fundamental à duração razoável do processo em sua perspectiva objetiva e investigar como as normas sobre preclusão e vedação ao *venire contra factum proprium* podem servir de técnica adequada à sua concretização no plano legislativo.

2. A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Em razão do advento da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, foi incluído o inciso LXXVIII no rol dos direitos e garantias fundamentais estabelecido no art. 5º da Constituição Federal de 1988, explicitando-se o que se convencionou a chamar de direito fundamental à duração razoável do processo.

O enunciado normativo do art. 5º, LXXVIII expressa:

Art. 5º

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Uma primeira questão que se poderia suscitar, tomando aqui o pressuposto teórico da distinção entre texto e norma jurídica, seria indagar qual a fonte normativa do direito fundamental à duração razoável do processo: estaria ele vinculado ao direito à jurisdição (CF, art. 5º, XXXV), seria um direito fundamental com foros de autonomia (CF, art. 5º, LXXVIII) e, portanto, uma inovação introduzida no sistema pela Emenda nº 45/2004, ou, ainda, se estaria vinculado à cláusula do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV)?

O problema, embora tenha aparentemente pouca relevância prática, surge porque na doutrina estrangeira, sobretudo entre os portugueses¹, tem-se entendido que o direito de acesso aos tribunais envolveria o direito a obter uma decisão judicial em prazo razoável e, mesmo no Brasil, se sustenta² que o direito à tutela

1. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, IV, Coimbra: Coimbra Editora, 1988, p. 258; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 652.
2. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O Formalismo-valorativo no Confronto com o Formalismo Excessivo. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2006, n. 137, p. 15; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo – V. 1*. São Paulo: RT, 2007, p. 221, dentre outros.

jurisdicional efetiva, decorrente do art. 5º, XXXV da Constituição, também compreenderia o direito à tempestividade da tutela judicial. GAJARDONI, nesse sentido, assinala: “Além de compreendida, para boa parte da doutrina internacional, entre os denominados direitos humanos, a garantia de tutela jurisdicional tempestiva encontra suporte, explícita ou implicitamente, dentro de um amplo conceito constitucional de acesso à justiça”³.

No direito brasileiro, porém, está subentendido na Constituição que o direito à duração razoável do processo pressupõe a existência de uma relação jurídica processual; a hipótese normativa da norma inserida no art. 5º, LXXVIII da Constituição contém, como elemento essencial, o fato de estar em curso um processo judicial ou administrativo. Com efeito, careceria de sentido imaginar que alguém, mesmo sem haver proposto uma demanda, estivesse na posição jurídica de reclamar do Estado-juiz a prolação de uma decisão em prazo razoável. Para que o juiz tenha a obrigação de julgar com celeridade é necessário que o processo em que a decisão deva ser proferida ao menos exista.

Logo, se o direito à jurisdição pré-existe ao surgimento da relação jurídica processual e se o direito à duração razoável, por seu turno, pressupõe a existência de um processo, parece-nos tratar-se de direitos fundamentais autônomos e independentes. No direito brasileiro, o juiz que resolve o litígio de forma demasiadamente demorada satisfaz o direito das partes à obtenção da tutela jurisdicional, a despeito de desatender, ao mesmo tempo, o direito fundamental à duração razoável do processo. Além do mais, o direito à duração razoável também se aplica aos processos administrativos o que, ao nosso sentir, impediria, no ordenamento jurídico nacional, qualquer vinculação com o direito à tutela jurisdicional da forma como sustentam os portugueses.

Não se podem perder de vista as concepções⁴ que vislumbram o direito de exigir uma prestação jurisdicional tempestiva, ou sem dilações indevidas, como integrantes do conteúdo da garantia constitucional do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV). O Supremo Tribunal Federal, em alguns precedentes⁵ anteriores à Emenda Constitucional nº 45/2004, já consagrou esse entendimento.

3. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Os reflexos do tempo no direito processual civil (anotações sobre a qualidade temporal do processo civil brasileiro e europeu). In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2007, n. 153, p. 108.
4. NERY JR., Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 41.
5. “O JULGAMENTO SEM DILAÇÕES INDEVIDAS CONSTITUI PROJEÇÃO DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. - O direito ao julgamento, sem dilações indevidas, qualifica-se como prer-

De fato, parece-nos mais adequado ligar o direito fundamental à duração razoável à cláusula do devido processo legal, a exemplo do que faz a doutrina italiana, inserindo o direito à tempestividade no âmbito das garantias do “giusto processo”⁶. Posto isso, tem-se como certa a sua presença no ordenamento jurídico brasileiro antes mesmo do advento da Emenda Constitucional nº 45/2004⁷.

2.1. A dimensão objetiva do direito fundamental à duração razoável do processo

Os direitos fundamentais em geral, e o direito fundamental à duração razoável do processo em particular, são, inegavelmente, tipos de direitos subjetivos. Na doutrina do direito comparado e ultimamente também entre os autores brasileiros⁸, tem-se cogitado de uma dúplici dimensão dos direitos fundamentais: os direitos fundamentais, dentro de tal perspectiva, são encarados como autênticos direitos subjetivos, com ênfase assim, na posição subjetiva do respectivo titular, mas também como valores da ordem constitucional vigente, a serem observados nos âmbitos legislativo, administrativo e judiciário, pondo em realce aquilo que se convencionou chamar de “dimensão objetiva” dos direitos fundamentais.

A perspectiva objetiva enfatiza o conjunto de valores de natureza jurídico-objetiva presentes na Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico. Por isso, entende-se que às normas consagradoras de direitos fundamentais é outorgada uma função autônoma, para além da função meramente subjetiva de conferir

rogativa fundamental que decorre da garantia constitucional do “due process of law” (STF, HC 80379-SP, Rel. Ministro Celso de Mello, DJ 25.05.2001).

6. ANDOLINA, Italo Augusto. Il “Giusto Processo” nell’esperienza italiana e comunitária. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2006, n. 126, p. 96.
7. “Não se pode emprestar à explicitação do princípio da duração razoável do processo o caráter de novidade surpreendente e, muito menos, de mudança radical nos propósitos da tutela jurídica prestada pelo Estado brasileiro. [...] mais convincente se revelava a firme tendência de localizar na cláusula do devido processo (art. 5º, LV, da CF/1988) a garantia de um processo justo, inseparável da prestação da tutela jurisdicional no menor prazo de tempo possível.” (ASSIS, Araken de. *Duração Razoável do Processo e Reformas da Lei Processual Civil*. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo e Constituição – Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 195). KOEHLER também ressalta a anterioridade do direito à duração razoável do processo em relação ao texto introduzido na nossa Constituição pela Emenda 45/04, mas associando-a ao Pacto de San José da Costa Rica (KOEHLER, Frederico Augusto. *A Razoável Duração do Processo*. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 42). No mesmo sentido, CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, I. 16ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 60.
8. HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, trad. Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998, p. 239 e segs.; ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina, 1987, p. 273; SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2004, p. 152-160.

uma posição jurídica a um determinado sujeito⁹. E justamente por incorporarem valores essenciais, caracterizadores da própria “fundamentalidade”, a doutrina também tem destacado a função de parâmetro de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos estatais dentro da dessa dimensão objetiva¹⁰.

Rigorosamente, contudo, essa dualidade de dimensões parece poder ser causa de ambigüidades. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais nada mais representa do que a própria norma jurídica consagradora do direito fundamental que irá fazer surgir em favor de algum sujeito o direito (subjeto) fundamental. Daí porque, como salientam DIMOULIS e MARTINS, “fala-se em dimensão objetiva dos direitos fundamentais quando estes funcionam como critério de interpretação e configuração do direito infraconstitucional”¹¹. O próprio VIEIRA DE ANDRADE¹², tratando da dimensão objetiva, chegou a asseverar que os efeitos dela decorrentes constituem conseqüências jurídicas diretamente e, em primeiro plano, relacionadas à própria “norma” e não às posições subjetivas individuais.

O problema, então, é de ordem semântica pelo fato de se utilizar o mesmo signo, “direitos fundamentais”, para se designar duas realidades completamente distintas: o direito subjetivo fundamental atribuído a um sujeito (dimensão subjetiva) e a norma jurídica em cujo conseqüente está previsto, em abstrato, o mesmo direito fundamental (dimensão objetiva).

É inegável que as normas positivadoras dos direitos fundamentais gozam de uma condição peculiar no interior do ordenamento jurídico - isso não apenas por consagrar valores essenciais da comunidade -, mas porque a própria Constituição tratou de atribuir a essa classe de normas uma posição diferenciada (do ponto de vista jurídico-positivo). Por mais relevante que seja o valor, não há como se falar em direito subjetivo fundamental enquanto alguma norma jurídica não o venha a consagrar. Como ressalta GALINDO¹³, as normas consagradoras de direitos fundamentais, apesar de seu forte conteúdo axiológico, não são valores.

9. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2004, p. 153.
10. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina, 1987, p. 167-168.
11. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 112.
12. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina, 1987, p. 167.
13. GALINDO, Bruno. *Direitos Fundamentais: Análise de sua Concretização Constitucional*, Curitiba: Juruá Editora, 2003, p. 78.

Quanto à questão da função do parâmetro de controle de constitucionalidade exercida, segundo a doutrina, pelos direitos fundamentais, podemos verificar que essa nota não parece ser típica das normas que consagram de direitos fundamentais. No direito brasileiro, em razão do caráter rígido da Constituição Federal de 1988, qualquer norma constitucional, consagradora ou não de direito fundamental, representa parâmetro de controle de constitucionalidade para os atos administrativos e legislativos dos Poderes Públicos. É certo que o regime próprio das normas positivadoras de direitos fundamentais as coloca em posição de superioridade em relação às normas que venham, pelo processo legislativo, a se incorporar ao texto da Constituição, já que ostentam o caráter de cláusulas pétreas. Mas também essa particularidade, em nosso ordenamento jurídico, não denota algo de exclusivo das normas consagradoras de direitos fundamentais, pois outras classes de normas (v.g. a que dispõe sobre a forma federativa do Estado brasileiro, CF/88, art. 18) gozam do mesmo privilégio (CF/88, art. 60, § 4º, I).

Portanto, é possível encarar – e essa será nossa análise –, o direito fundamental à duração razoável em sua perspectiva objetiva¹⁴, isto é, em função dos instrumentos de que o ordenamento jurídico dispõe para realizar os valores que a norma extraída do art. 5º, LXXVIII da Constituição brasileira consagrou. Nesse ângulo, torna-se relevante abordar as técnicas legislativo-processuais capazes de concretizá-lo.

Como assinala MARINONI¹⁵, o direito à duração razoável abrange a exigência de adoção de técnicas idealizadas para permitir a tempestividade da prestação jurisdicional e do próprio Poder Judiciário a omissão da prática de atos processuais que retardem o procedimento de maneira injustificada. Uma das técnicas que desempenham a função de realizar os valores positivados pela norma extraída do art. 5º, LXXVIII é a preclusão.

3. A PRECLUSÃO COMO TÉCNICA A SERVIÇO DA OBTENÇÃO DE UM PROCESSO SEM DILAÇÕES INDEVIDAS

Segundo CHIOVENDA, todo processo, a fim de assegurar precisão e rapidez aos atos judiciais, traça limites ao exercício de determinadas faculdades processuais com a consequência de não se poder usá-las além desses limites. A preclusão, então, seria a perda, extinção ou consumação de uma faculdade processual pelo

14. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria da Ação de Direito Material*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 90.

15. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo – V. 1*. São Paulo: RT, 2007, p. 222.

fato de serem atingidos os limites prescritos ao seu exercício. O jurista italiano, assim, expressa o seu conceito:

Entendo por preclusão a perda, ou extinção ou consumação de uma faculdade processual que sofre pelo fato:

- a) ou de não se haver observado a ordem prescrita em lei ao uso de seu exercício, como os prazos peremptórios, ou a sucessão legal das atividades e das exceções;
- b) ou de se haver realizado uma atividade incompatível com o exercício da faculdade, como a propositura de uma exceção incompatível com outra, ou a realização de um ato incompatível com a intenção de impugnar a sentença;
- c) ou de já se haver validamente exercido o comportamento que lhe corresponde (consumação propriamente dita)¹⁶.

Esse entendimento de CHIOVENDA, associando preclusão à extinção (conceito abrangente da perda e da consumação) de uma faculdade processual vem, sem grandes variações dignas de realce, sido aceito pela doutrina em geral¹⁷, sendo hoje também consensual a idéia de que o fenômeno abrange não apenas as partes litigantes, mas inclusive o órgão jurisdicional.

Para PONTES DE MIRANDA, o termo “preclusão” teria uma conotação mais ampla, abrangendo qualquer extinção de efeito jurídico. Segundo ele, “Preclui o que deixa de estar incluído no mundo jurídico. Preclusão é extinção de efeito, - de efeito dos fatos jurídicos, de efeitos jurídicos (direito, pretensão, ação, exceção, ‘ação’, em sentido de direito processual)”¹⁸. Trata-se de conceito não circunscrito ao âmbito do direito processual, usado, portanto, também no plano do direito material, inclusive para significar (embora não apenas) a decadência.

A visão da preclusão como um efeito que consiste em retirar do mundo jurídico outros efeitos (direitos, pretensões etc.) possui a vantagem teórica de permitir uma classificação mais abrangente dos tipos de preclusão.

Isso porque, sendo a preclusão um efeito, sua causa será um fato jurídico e conseqüentemente nenhuma objeção ou restrição há de ser colocada *a priori* sobre

16. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, Vol. 3. Campinas: Bookseller, 1998, p. 184.

17. Nesse sentido: LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manual de Direito Processual Civil*, V. I. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 302; ARAGÃO, E. D. Moniz de. Preclusão (Processo civil). In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (org.). *Saneamento do processo - Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 142; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz*. São Paulo: Método, 2004, p. 28, dentre outros.

18. MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, VI. 4ª ed. São Paulo: RT, 1974, p. 135.

os tipos de fatos de jurídicos que seriam aptos a desencadear a preclusão. Trata-se apenas de uma questão de direito positivo. Assim, nada impede, a princípio, que existam fatos preclusivos lícitos ou ilícitos¹⁹.

É importante também gizar a finalidade desempenhada pela preclusão no procedimento. Ela possibilita que o processo se desenvolva progressivamente e de forma ordenada. ANTÔNIO ALBERTO ALVES BARBOSA já assinalava: “A preclusão, evidentemente, garante a irreversibilidade do processo, que tem de seguir, ir para frente, não podendo tornar ao que passou”²⁰.

DIERLE JOSÉ COELHO NUNES²¹ chega a afirmar que “os sistemas processuais, em maior ou menor grau, são sistemas de preclusão”, porquanto a cessão de um efeito processual que a caracteriza possibilita a irreversibilidade do fato processual ocorrido, conferindo um caráter dinâmico ao processo.

O Direito fundamental à efetividade e tempestividade da tutela jurisdicional se concretiza por meio da técnica da preclusão, pois a vedação do retrocesso de fatos processuais, à medida que assegura o progresso de etapas no procedimento, possibilita, pelo menos em tese, um processo de tramitação mais célere, muito embora também a segurança jurídica²² e a proteção à boa-fé objetiva²³ alcancem realização por meio da técnica da preclusão.

4. TIPOLOGIA DAS PRECLUSÕES

Tradicionalmente se costuma classificar a preclusão em três tipos: a) preclusão temporal; b) preclusão consumativa; c) preclusão lógica. Trata-se de lição que deriva da concepção de CHIOVENDA e em geral aceita pela doutrina²⁴.

19. MARCOS BERNARDES DE MELLO agrupa as caducidades (=preclusão no sentido mais amplo utilizado por PONTES DE MIRANDA) a partir: a) de atos ilícitos (v.g. perda do pátrio poder do pai que castiga imoderadamente o filho); b) de atos-fatos lícitos (v.g. a decadência) (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico (Plano da Existência)*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 117-118). FREDIE DIDIER JR. aponta a preclusão (processual) como consequência dos seguintes fatos jurídicos: a) atos-fatos lícitos caducificantes (v.g. preclusão temporal); b) ato jurídico lícito de cunho impeditivo (v.g. preclusão lógica); c) atos jurídicos ilícitos caducificantes (perda de uma faculdade processual por um ato contrário ao direito) (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. 1. 9ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 273).
20. BARBOSA, Antônio Alberto Alves. *Da Preclusão Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1994, p. 52.
21. NUNES, Dierle José Coelho. Preclusão como Fator de Estruturação do Procedimento. In: LEAL, Rosemiro Pereira (coord.). *Estudos continuados de Teoria do Processo*. Porto Alegre: Síntese, 2004, v. 4, p. 191.
22. SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão Processual Civil*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 304.
23. “A preclusão é técnica, pois, a serviço do direito fundamental à segurança jurídica, do direito à efetividade (como impulsionadora do processo) e da proteção à boa-fé.” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. 1. 9ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 272)
24. Adotam-na, dentre outros: ARAGÃO, E. D. Moniz de. Preclusão (Processo civil). In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (org.). *Saneamento do processo - Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Porto

A preclusão temporal, prevista no art. 183 do CPC²⁵, é a perda de um poder processual em razão da falta de seu exercício no momento oportuno. Está, portanto, diretamente ligada a não observância dos prazos processuais. Tem-se entendido que a preclusão temporal não se aplica ao juiz, pois os seus prazos são impróprios²⁶. O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 324, parágrafo único²⁷, traz, contudo, uma interessante previsão de preclusão temporal *pro judicato*, ao estabelecer que os ministros devem se pronunciar no prazo de vinte dias sobre a existência de repercussão geral. Na falta de manifestação de ministros em número suficiente à declaração de ausência de repercussão geral, no prazo assinalado, considera-se automaticamente admitido o recurso extraordinário (salvo obviamente se estiver configurada outra razão para que se lhe negue a admissibilidade).

Trata-se, assim, de preclusão do poder processual de inadmitir o recurso extraordinário sob o fundamento da ausência de repercussão geral em razão de seu não exercício no momento oportuno.

Já a preclusão consumativa consiste na perda de um poder processual em razão de seu exercício. Uma vez praticado o ato processual que materializa o exercício desse poder, não é possível correção ou repetição. O que a caracteriza, portanto, é a consumação do poder processual (v.g. interposto o recurso no prazo, descabe à parte interpor outro recurso, agora mais completo, ainda que dentro do prazo, pois o direito processual de recorrer já se consumou). Em relação ao juiz, a preclusão consumativa se dá, v.g., quando proferida a sentença, hipótese em que é defeso alterá-la de ofício (CPC, art. 463).

A preclusão lógica é a perda de um poder processual por se praticar ato incompatível com seu exercício, o que se dá, v.g., quando se aceita expressa ou tacitamente a decisão, extingue-se o direito de recorrer contra ela (CPC, art. 503). Há preclusão lógica também em relação ao órgão jurisdicional, como sucede quando o juiz, proferindo julgamento antecipado da lide, conclui pela improcedência da ação por falta de prova.

Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 179-180; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz*. São Paulo: Método, 2004, p. 30-40; SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*, V. 1. 5ª ed. São Paulo: RT, 2000, p. 209-210; THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, I. 48ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 6309-610.

25. “Art. 183. Decorrido o prazo, extingue-se, independentemente de declaração judicial, o direito de praticar o ato, ficando salvo, porém, à parte provar que o não realizou por justa causa.”
26. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz*. São Paulo: Método, 2004, p. 41, dentre muitos outros.
27. “Art. 324. Recebida a manifestação do(a) Relator(a), os demais Ministros encaminhar-lhe-ão, também por meio eletrônico, no prazo comum de 20 (vinte) dias, manifestação sobre a questão da repercussão geral. Parágrafo único. Decorrido o prazo sem manifestações suficientes para recusa do recurso, reputar-se-á existente a repercussão geral.”

MAURÍCIO GIANNICO²⁸ ainda propõe duas classificações das preclusões. Em relação aos motivos ensejadores, teríamos preclusões: a) temporal; b) lógica; c) consumativa; d) hierárquica, esta última quando houver perda do poder processual por ato de órgão jurisdicional de grau superior, em cognição ampla e exauriente da questão decidida. Em relação ao objeto, teríamos preclusões: a) de ônus processuais (ou de direitos das partes); b) de questões (ou de poderes) do magistrado²⁹.

4.1. A preclusão-sanção

Histórica e etimologicamente, em especial no direito romano-canônico, a preclusão estava ligada à idéia de penalidade (*poena praeclusi*)³⁰. Com o desenvolvimento teórico do instituto, principalmente após CHIOVENDA, a doutrina tratou de afastar qualquer relação entre ilicitude e preclusão. MAURÍCIO GIANNICO a esse respeito pontua: “ainda que a origem etimológica da preclusão nos remeta à idéia de penalidade (*poena praeclusi*), de sanção não se trata”³¹.

FREDIE DIDIER JR.³², porém, demonstrou o equívoco de se extremar preclusão e sanção, pois o direito positivo apresenta casos em que a preclusão aparece como um efeito decorrente da prática de um ilícito. Nessas situações, fala-se de “preclusão-sanção”, ou “preclusão punitiva”, tal como acontece com (a) a perda da condição de inventariante em decorrência dos ilícitos previstos no art. 955 do CPC; (b) com a pena de confissão ficta (perda do direito de provar o fato confessado), que supõe o ato-fato ilícito do não comparecimento da parte para prestar depoimento etc.

Parece-nos útil, nessa linha de pensamento, conforme já expusemos³³, adotar a classificação tradicional, agregando, porém, como um quarto tipo de preclusão, a

28. GIANNICO, Maurício. *A Preclusão no Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 121-123.

29. Essa proposta de segregar as preclusões em dois grupos (quanto ao motivo e quando ao objeto) tem utilidade e, de certo modo, já estava assente doutrinariamente, sendo comum a referência a preclusões para o juiz e para as partes, o que corresponde, em última à análise, à preclusão de ônus e à preclusão de questões, na proposta de GIANNICO. Não vemos, porém, grande utilidade em se inserir a preclusão hierárquica como um categoria à parte, por ser ela, a princípio, enquadrável no âmbito da preclusão consumativa.

30. GIANNICO, Maurício. *A Preclusão no Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 36. DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES também afirma: “Embora se possa considerar recente a preocupação dos doutrinadores em definir e sistematizar o instituto da preclusão, o fenômeno é antigo. Remonta ao direito romano-canônico, em que já aparecia como forma de ameaça jurídica, com evidente caráter de pena: *poena praeclusi*.” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz*. São Paulo: Método, 2004, p. 27).

31. GIANNICO, Maurício. *A Preclusão no Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 63.

32. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. 1. 9ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 276.

33. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Notas sobre preclusão e *venire contra factum proprium*. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2009, n. 168, p. 337.

chamada “preclusão-sanção”, ou “preclusão punitiva”, nos casos em que a extinção de um direito ou poder processual tiver como causa um fato jurídico ilícito, de modo que teríamos a seguinte tipologia: a) preclusão temporal; b) preclusão consumativa; c) preclusão lógica; d) preclusão punitiva³⁴.

Não há, como visto, nenhuma vedação *a priori* a que se configure a preclusão como sanção, havendo exemplos no direito positivo demonstrando claramente a existência da preclusão punitiva. Por isso, essa classificação tem o valor de ser mais abrangente.

Em algumas situações³⁵, como a prevista no art. 198 do CPC, verifica-se a perda de competência do juiz – portanto extinção de um poder processual pelo seu não-exercício no momento adequado -, quando há demora irrazoável na tramitação do processo (ato-fato ilícito processual):

“Art. 198. Qualquer das partes ou o órgão do Ministério Público poderá representar ao presidente do Tribunal de Justiça contra o juiz que excedeu os prazos previstos em lei. Distribuída a representação ao órgão competente, instaurar-se-á procedimento para apuração da responsabilidade. O relator, conforme as circunstâncias, poderá avocar os autos em que ocorreu excesso de prazo, designando outro juiz para decidir a causa.”

Esse dispositivo evidencia a possibilidade de preclusão punitiva também relativamente ao órgão jurisdicional, ao mesmo tempo em que assegura meios de obtenção de um procedimento sem dilatações indevidas. A regra jurídica estabelece que, uma vez verificado o “excesso de prazo”³⁶, perde o juiz a sua competência (supressão de uma situação jurídica processual).

5. A PRECLUSÃO *PRO JUDICATO*: UMA INTERPRETAÇÃO DOS PODERES DO JUIZ À LUZ DO DIREITO FUNDAMENTAL À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

A preclusão não é fenômeno restrito às partes. Também o juiz pode ter alguns poderes processuais suprimidos, falando-se assim de preclusão para o juiz³⁷, ou,

34. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. 1. 9ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 272-276.

35. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. 1. 9ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 282.

36. A ambigüidade da expressão “excesso de prazo” suscita dúvidas sobre se a simples inobservância dos prazos judiciais chamados “impróprios” de per si já permitiria o acolhimento da representação de que trata o art. 198 do CPC, ou se a noção de “excesso de prazo” não teria uma relação direta com os prazos previstos no CPC para a prática de atos processuais pelo juiz.

37. “A preclusão atua em prol do processo, da própria prestação jurisdicional, não havendo qualquer motivo para que o juiz não sofra seus efeitos, pelo menos na maioria das situações” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz*. São Paulo: Método, 2004, p. 30).

segundo a terminologia consagrada, “preclusão *pro judicato*”, embora essa última expressão não seja imune a críticas.

É preciso, porém, ter em mente a diversidade de posições jurídicas assumidas no processo pelas partes e pelo juiz. Em relação às partes, a preclusão sempre aparece associada à idéia de ônus. Já para o juiz, que não recebe nenhum ônus no processo, a preclusão recai sobre questões, daí HEITOR VITOR MENDONÇA SICA definir a preclusão judicial por exclusão, encarando-a como o fenômeno que impede o juiz de rever questões incidentais anteriormente resolvidas fora dos casos expressamente previstos em lei³⁸, embora também a própria sentença esteja sujeita à preclusão para o juiz.

O termo “preclusão *pro judicato*”, já consagrado em doutrina e jurisprudência, no entender de JOSÉ MARIA TESHEINER³⁹, seria inadequado, devendo dar lugar ao termo “preclusão para o juiz”, pois aquela outra expressão significa julgamento implícito:

Preclusão *pro judicato* não significa preclusão para o juiz. Em latim, *judicato* significa julgado; juiz é *iudex* (nominativo) ou *iudicem* (acusativo). Preclusão *pro judicato* significa ‘preclusão como se tivesse sido julgado’. Se houve decisão, e ocorreu preclusão, não há ‘preclusão *pro judicato*’, porque esta supõe ausência de decisão.

[...]

Preclusão *pro judicato*, significa julgamento implícito ou presumido, como ocorre na hipótese do artigo 474 do Código de Processo Civil[...]

Em relação à preclusão para o juiz quanto às questões de ordem pública, sobre as quais o magistrado dispõe do poder de conhecer de ofício e em qualquer grau de jurisdição (v.g. CPC, art. 267, § 3º⁴⁰), há uma grande polêmica a respeito da possibilidade de revisão das questões já decididas.

JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI⁴¹ defende que, em decorrência da previsão contida no art. 267, § 3º do CPC, não haveria de se cogitar de eficácia preclusiva para o

38. SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão Processual Civil*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 181.

39. TESHEINER, José Maria. *Preclusão pro judicato não significa preclusão para o juiz*. Disponível em: www.tex.pro.br. Acesso em: 29 dez 2008.

40. “Art. 267. [...] § 3º. O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.”

41. TUCCI, José Rogério Cruz e. Sobre a Eficácia Preclusiva da Decisão Declaratória de Saneamento. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (org.). *Saneamento do processo - Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 281. No mesmo sentido, é o entendimento de HEITOR SICA (SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão Processual Civil*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 232).

juiz, que poderia reexaminar as matérias concernentes aos pressupostos processuais e às condições de admissibilidade da ação. No mesmo sentido, é a orientação de E. D. MONIZ DE ARAGÃO⁴², para quem as decisões a propósito das condições do exercício da ação “não precluem”, conforme prescreve o referido § 3º do art. 267 do CPC (embora ele coloque algumas exceções a essa regra, como a competência relativa, que ficaria sujeita à preclusão).

Parece-nos que a melhor solução está em interpretar o § 3º do art. 267 em harmonia com os arts. 471⁴³ e 473⁴⁴ do CPC e à luz do direito fundamental à duração razoável do processo. Do art. 471 do CPC se extrai regra jurídica dirigida à atividade do juiz vedando a re-análise de questões já decididas. Já o art. 473, dirigido às partes, veda que determinada questão já resolvida no processo seja novamente suscitada.

Tais regras se harmonizam com a previsão contida no § 3º do art. 267 do CPC, pois os arts. 471 e 473 não suprimem do juiz o poder de conhecer de ofício, e em qualquer grau de jurisdição, das questões situadas no âmbito dos pressupostos processuais e condições da ação; apenas impedem que tais questões, uma vez decididas no processo, sejam novamente re-analisadas. Essa interpretação assegura a realização do direito fundamental ao um processo sem dilações indevidas.

Escorrito, assim, nos parece o posicionamento de DIERLE JOSÉ COELHO NUNES:

Nosso entendimento é que [...] o juiz, nas instâncias ordinárias, pode decidir de ofício sobre as matérias referentes as condições da ação e pressupostos processuais, desde que elas ainda não tenham sido decididas, pois, uma vez proferida a decisão acerca de tais matérias, cabe às partes manifestarem suas irrisignações (recursos) sob o efeito de preclusão tanto para as partes quanto para os órgãos judiciários (*pro judicato*)⁴⁵.

FREDIE DIDIER JR. também distingue com rigor a cognoscibilidade *ex officio* com a impossibilidade, em face da preclusão, da re-análise de questões já decididas:

42. ARAGÃO, E. D. Moniz de. Preclusão (Processo civil). In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (org.). *Saneamento do processo - Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 174.
43. “Art. 471. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo:
I - se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;
II - nos demais casos prescritos em lei.”
44. “Art. 473. É defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão.”
45. NUNES, Dierle José Coelho. *Preclusão como Fator de Estruturação do Procedimento*, in LEAL, Rosemiro Pereira (coord.). *Estudos continuados de Teoria do Processo*. Porto Alegre: Síntese, 2004, v. 4, p. 204.

“Não há preclusão para o exame das questões, enquanto pendente o processo, mas há preclusão para o reexame”⁴⁶.

Portanto, a apreciação das questões referidas no § 3º do art. 267 do CPC - seja de acolhimento, seja de rejeição -, torna vedado para o juiz o seu reexame em face da preclusão, sendo lícito, para órgão jurisdicional, enquanto a lide estiver pendente, o seu exame de ofício, desde que não exista pronunciamento anterior a respeito sem impugnação pela via recursal própria.

Essa solução, a um só tempo, preserva a possibilidade de que o magistrado, oficiosamente, exerça o controle sobre a admissibilidade do procedimento e concretiza o direito à duração razoável do processo, pois impede o retrocesso processual.

6. A VEDAÇÃO DO *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM* NO PROCESSO

Segundo MENEZES CORDEIRO, “A locução *venire contra factum proprium* traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente”⁴⁷. Há, então, necessariamente, dois atos praticados pela mesma pessoa, aparentemente lícitos, e diferidos no tempo, sendo o primeiro contrariado pelo segundo. O primeiro – o fato próprio -, revela-se lícito. Já o comportamento contraditório – que traduz inobservância do dever de respeitar a conduta anterior -, encontra-se no âmbito dos fatos ilícitos.

PAULO LÔBO insere a vedação ao comportamento contraditório como um dever geral de conduta de não agir contra o ato próprio: “a ninguém é dado valer-se de determinado ato, quando lhe for conveniente e vantajoso, e depois voltar-se para ele quando mais não lhe interessar”⁴⁸.

A vedação ao *venire contra factum proprium*, embora sua concepção tenha raízes no direito privado alemão, incorporada em seguida principalmente pela doutrina portuguesa, também se faz presente no processo civil brasileiro e está diretamente ligada à preclusão lógica.

46. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. 1. 9ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 515.

47. CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 742.

48. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Deveres Gerais de Conduta nas Obrigações Cíveis. In: *Revista do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Alagoas*. Maceió: Nossa Livraria, 2006, n. 2, p. 91.

A vedação ao comportamento contraditório no processo se insere no âmbito da cláusula geral da boa-fé objetiva (CPC, art. 14, II⁴⁹), que impõe a determinado sujeito do processo a conduta de atuar com lealdade, probidade, sem trair a confiança gerada nos outros sujeitos processuais em razão de seu comportamento anterior.

A preclusão lógica, como extinção de um poder ou direito processual pela prática de uma conduta incompatível com o exercício desse poder ou direito, exemplifica a vedação ao comportamento contraditório no processo. Isso porque a conduta contraditória ostenta esse caráter justamente pela ocorrência da preclusão. Assim, v.g., a prática de conduta correspondente ao exercício do direito de recorrer é comportamento contraditório (e, portanto, vedado) em relação à aceitação da sentença (fato jurídico que gera a preclusão lógica).

Dessa forma, a preclusão lógica funciona como causa da vedação ao *venire contra factum proprium*. Por isso, torna-se oportuna a advertência de FREDIE DIDIER JR.: “A prática de um ato processual implica a impossibilidade de praticar um outro ato com ele logicamente incompatível. A preclusão lógica, então, é consequência da prática do primeiro ato e não do segundo”⁵⁰.

6.1. A *suppressio* e o *venire contra factum proprium*

A *suppressio* consiste na situação que advém àquele que, tendo suscitado em outrem, por força de um não-exercício prolongado de um direito, a confiança de que a posição jurídica em questão (direitos, poderes, pretensões etc.) não seria exercitada, deixa de poder exercitá-la por imposição da boa-fé⁵¹.

Adotando-se o conceito de preclusão a extinção de um efeito jurídico, tem-se que a *suppressio* pode ser enquadrada como um tipo de preclusão, tendo como causa um ato-fato jurídico lícito processual (não exercício de um direito subjetivo, ou de um poder processual + período prolongado + confiança gerada em outro sujeito quanto ao não-exercício).

ANDERSON SCHREIBER coloca a *suppressio* (*Verwirkung*) como uma sub-espécie de *venire contra factum proprium*: “Trata-se, portanto, de uma subespécie de

49. Alguns autores extraem a boa-fé processual objetiva do princípio constitucional do contraditório, tomando como premissa a exigência de cooperação recíproca entre os sujeitos e participantes do processo. Nesse sentido, conferir: DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. 1. 9ª ed. Salvador: Jus podivm, 2008, p. 59; CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2005, n. 126, p. 79.

50. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. 1. 9ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 275.

51. CORDEIRO, Antonio Menezes. *Litigância de Má-Fé, Abuso do Direito de Ação e Culpa in Agendo*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 56.

venire contra factum proprium, caracterizada pelo fato de a conduta inicial ser um comportamento omissivo, um não-exercício de uma situação jurídica subjetiva⁵².

A projeção de um comportamento sobre o de outrem, despertando sua confiança, pode se dar sob a forma de um agir ou de uma omissão⁵³. Assim, a confiança gerada pelo não exercício de um direito ou de um poder é *factum proprium* a impedir o seu exercício em um momento posterior (comportamento contraditório).

Embora a *suppressio* seja manifestação do exercício inadmissível de posições jurídicas, ou abuso de poder, sua ligação com o *venire contra factum proprium* e com a preclusão parece ser inquestionável.

Pode-se apontar como exemplo de *suppressio* no processo a perda do direito de resgatar o bem hipotecado após sua alienação a terceiros em hasta pública (Código Civil, art. 1.482), quando, v.g., o cônjuge do executado, tendo a oportunidade de adjudicar o bem (CPC, art. 685, § 2º), mesmo antes da realização da hasta pública, deixou de exercer esse direito gerando uma legítima expectativa nos terceiros de não serem surpreendidos após a arrematação do bem⁵⁴.

Há ainda quem aponte também, e a nosso ver acertadamente, como exemplo de *suppressio*, a eliminação do poder processual de exercitar o juízo de admissibilidade de processo⁵⁵ a cargo do juiz.

7. A CONEXÃO ENTRE O DIREITO FUNDAMENTAL À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E A VEDAÇÃO AO *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*

Como se pode perceber, há um ligação entre a preclusão lógica e a vedação ao *venire contra factum proprium*. Esse liame não passou despercebido por JUDITH

52. SCHREIBER, Anderson. *A Proibição de Comportamento Contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 189.

53. SCHREIBER, Anderson. *A Proibição de Comportamento Contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 190. Para SCHREIBER, o *venire* nada mais é do que um abuso de direito por violação à boa-fé objetiva (SCHREIBER, Anderson. *A Proibição de Comportamento Contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 119).

54. DIDIER JR., Fredie. Direito de adjudicar e direito de remir: confronto do art. 685-A, § 2º, Código de Processo Civil, com o art. 1.482 do Código Civil. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2007, n. 146, p. 178.

55. Como assinala TALITA ROMEU, “devido à confiança suscitada pelo magistrado quanto à regularidade do procedimento, as partes adquirem, por *surrectio*, o direito de ver examinado o mérito da demanda, daí decorrendo a extinção, por *suppressio*, do poder judicial de controlar a admissibilidade do processo” (ROMEU, Talita. O princípio da boa-fé e o instituto da preclusão: a *suppressio* processual. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Teoria do Processo – panorama doutrinário mundial - segunda série*. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 863.

MARTINS-COSTA: “em similitude funcional à *Verwirkung* alemã, nosso Direito opera com a idéia de preclusão lógica, que nada mais constitui do que a tradução, no campo do Direito Processual da vedação ao *venire contra factum proprium*”⁵⁶.

Embora a proibição do comportamento contraditório esteja relacionada também ao exercício inadmissível de posições jurídicas e à realização da boa-fé objetiva, parece-nos inegável que a duração razoável do processo também encontra realização à medida que se proíbe, no processo, a prática de atos processuais em contrariedade com uma conduta anterior.

Isso porque a extinção de um poder processual (preclusão lógica) em razão da incidência da norma jurídica que veda a atuação contraditória no processo tolhe o retrocesso no procedimento.

Se é certo que o problema de celeridade processual tem diversas causas, muitas delas caracterizadas como problemas não-jurídicos, a técnica da preclusão, em suas várias modalidades, revela-se como um dos meios adequados para a obtenção da duração razoável do processo.

Por derradeiro, não se pode deixar de considerar que o liame entre a vedação do *venire contra factum proprium* e o direito fundamental à duração razoável do processo propicia a vantagem de permitir, na resolução de casos concretos, a aplicação do princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (CF/88, art. 5º, § 2º) como fundamento para autorizar casuisticamente a extinção de poderes processuais, mesmo em situações não expressamente catalogadas como preclusivas no ordenamento processual infra-constitucional.

REFERÊNCIAS

- ANDOLINA, Italo Augusto. Il “Giusto Processo” nell’esperienza italiana e comunitária. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2006, n. 126.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.
- ARAGÃO, E. D. Moniz de. Preclusão (Processo civil). In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (org.). *Saneamento do processo - Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

56. MARTINS-COSTA, Judith. A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*. In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, n. 376, p. 119-120.

- ASSIS, Araken de. Duração Razoável do Processo e Reformas da Lei Processual Civil. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo e Constituição – Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.
- BARBOSA, Antônio Alberto Alves. *Da Preclusão Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1994.
- CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2005, n. 126.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, I. 16ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1995.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, Vol. 3. Campinas: Bookseller, 1998.
- CORDEIRO, Antonio Menezes. *Litigância de Má-Fé, Abuso do Direito de Acção e Culpa in Agendo*. Coimbra: Almedina, 2006.
- DIDIER JR., Fredie. Direito de adjudicar e direito de remir: confronto do art. 685-A, § 2º, Código de Processo Civil, com o art. 1.482 do Código Civil. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2007, n. 146.
- _____. *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. 1. 9ª ed. Salvador: Juspodivm, 2008.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2010.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Os reflexos do tempo no direito processual civil (anotações sobre a qualidade temporal do processo civil brasileiro e europeu). In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2007, n.153.
- GALINDO, Bruno. *Direitos Fundamentais: Análise de sua Concretização Constitucional*, Curitiba: Juruá Editora, 2003, p. 78.
- GIANNICO, Maurício. *A Preclusão no Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, trad. Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.
- KOEHLER, Frederico Augusto. *A Razoável Duração do Processo*. Salvador: Juspodivm, 2009.
- LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manual de Direito Processual Civil*, V. I. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Deveres Gerais de Conduta nas Obrigações Cíveis. In: *Revista do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Alagoas*. Maceió: Nossa Livraria, 2006, n. 2.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo – V. 1*. São Paulo: RT, 2007.
- MARTINS-COSTA, Judith. A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*. In: *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, n. 376.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico (Plano da Existência)*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional, IV*, Coimbra: Coimbra Editora, 1988.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado, VI*. 4ª ed. São Paulo: RT, 1974.
- NERY JR., Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2002.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Preclusões para o juiz*. São Paulo: Método, 2004.
- NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria da Ação de Direito Material*. Salvador: Juspodivm, 2008.
- _____. Notas sobre preclusão e *venire contra factum proprium*. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2009, n. 168.
- NUNES, Dierle José Coelho. Preclusão como Fator de Estruturação do Procedimento. In: LEAL, Rosemiro Pereira (coord.). *Estudos continuados de Teoria do Processo*. Porto Alegre: Síntese, 2004, v. 4
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O Formalismo-valorativo no Confronto com o Formalismo Excessivo. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2006, n. 137.
- ROMEU, Talita. O princípio da boa-fé e o instituto da preclusão: a *suppressio* processual. In: DIDIER JR., Fredie (org.). *Teoria do Processo – panorama doutrinário mundial - segunda série*. Salvador: Juspodivm, 2010.
- SCHREIBER, Anderson. *A Proibição de Comportamento Contraditório – tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão Processual Civil*. São Paulo: Atlas, 2006.
- SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil, V. 1*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2000.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, I. 48ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

TESHEINER, José Maria. *Preclusão pro judicato não significa preclusão para o juiz*. Disponível em: www.tex.pro.br. Acesso em: 29 dez 2008.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Sobre a Eficácia Preclusiva da Decisão Declaratória de Saneamento. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (org.). *Saneamento do processo - Estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

Artigos de convidados

NACIONAIS

III. Consequências jurídicas da reprodução humana assistida *post mortem*

Anna de Moraes Salles Beraldo

IV. A importância da arguição de descumprimento de preceito fundamental para o controle de constitucionalidade de leis: um debate às críticas de Elival da Silva Ramos

Marco Félix Jobim



V. Apontamentos acerca Projeto de Lei nº 5.139/2009: preocupações a partir de uma perspectiva dos direitos fundamentais sociais

Mariana Filchiner Figueiredo

VI. O direito social fundamental à moradia: análise acerca de sua efetividade

Marlene de Paula Pereira

VII. Hermenêutica, o pensamento tópico e sua aplicação no Direito

Ricardo Lorenzi Pupin

Richard Pae Kim

VIII. O mérito do processo e as condições da ação

Rodrigo Ramina de Lucca

INTERNACIONAIS

IX. ¿Presupuestos procesales? Admisibilidad y fundabilidad en la dogmática procesal civil alemana: revisión contemporánea

Alvaro Pérez Ragone

X. Living property: a new status for animals within the legal system

David Favre



III

CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA *POST MORTEM*

Anna de Moraes Salles Beraldo

Advogada em São Paulo; bacharel pela Universidade Presbiteriana Mackenzie; especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Escola Paulista de Direito; mestranda em Direito Civil pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro.

RESUMO: O presente artigo trata da reprodução medicamente assistida *post mortem* e suas consequências no âmbito jurídico, na hipótese de utilização do sêmen ou embrião congelado do falecido marido, dando ênfase às questões sucessórias e às dificuldades de ordem prática enfrentadas para a igualitária partilha dos bens.

PALAVRAS-CHAVE: Reprodução Assistida; *post mortem*; inseminação artificial; fertilização *in vitro*; direito sucessório.

ABSTRACT: This article deals with post mortem medically assisted reproduction and its consequences in the legal realm, if the semen or the frozen embryo of the dead husband is used after his death, emphasizing the issues of succession and the practical difficulties faced in the equal division of property.

KEYWORDS: Assisted Reproduction; post mortem; artificial insemination, in vitro fertilization; inheritance law.

SUMÁRIO • 1. Introdução – 2. Decisão Paradigmática: Caso Parpalaix – 3. Ordenamento Jurídico brasileiro: 3.1. Técnicas de Reprodução Assistida; 3.2. Reprodução Assistida e Presunção de Paternidade; 3.3. Questionamentos decorrentes da utilização da técnica *post mortem*; 3.4. Necessidade de existência de consentimento expresso do falecido; 3.5. Princípio Constitucional da Igualdade entre filhos – 4. Direitos Sucessórios: 4.1. Prole eventual; 4.2. Petição de herança; 4.3. Prazo prescricional da ação de petição de herança – 5. Prazo para utilização do material genético do *de cuius* – 6. Projetos de Lei – 7. Conclusão – 8. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, a sociedade passou a observar de maneira mais evidente, o expressivo progresso tecnológico nas mais diversas áreas.

Houve uma verdadeira revolução na humanidade provocada pela biotecnologia e pela biomedicina. Esse avanço biotecnológico possibilitou, por um lado, muitas conquistas, como a melhoria na qualidade de vida dos cidadãos, a cura de doenças, aprimoramento de tratamentos, entre outros benefícios.

No entanto, acarretou também muitas preocupações, que afetam diferentes ramos do conhecimento humano. Isso porque, apesar das vantagens, essa interferência externa em fatores até então considerados naturais como o início e o fim da vida, por outro lado, demonstra a imprevisibilidade quanto aos limites, além da vulnerabilidade humana.

Percebe-se, então, que a sociedade está em profunda transformação e, diante desses novos fenômenos, faz-se indispensável uma reestruturação nos antigos paradigmas, além da imposição de certos limites, buscando sempre um modelo pautado no respeito ao homem.

Deste modo, nota-se a necessidade de compatibilização do ordenamento jurídico com esta revolução biotecnológica, para que haja a efetiva proteção da dignidade da pessoa humana.

Mas é importante ressaltar que, diante da rapidez desses avanços, muitas vezes o Direito, diante de sua incompletude e mutabilidade, não consegue regular todas as situações. Nestes casos, cabe ao intérprete fazer a ponderação entre os valores em jogo.

Sob esse aspecto, faz-se necessária que toda a ordem jurídica lide sob a lente constitucional, reinterpretando seus institutos, com objetivo de uma visão transformadora e emancipatória.

No que tange à família, a biociência trouxe à tona situações concretas até então não imaginadas pela sociedade. Um exemplo claro é a possibilidade de concepção de um novo ser fora do útero materno, por meio da fertilização *in vitro*, ou a utilização de um útero de substituição que gestará o nascituro até o nascimento.

Ademais, atualmente é possível que haja o nascimento de uma criança anos após o falecimento do genitor, o que será foco deste estudo.

No Brasil, o ordenamento jurídico inovou ao trazer em seu Código Civil essa possibilidade, conforme dispõe o artigo 1.597, III, em que a viúva pode se utilizar do material congelado do *de cuius*, ou seja, sêmen ou embrião, para implantá-lo em seu útero e, assim, gerar um filho.

Há inúmeras consequências diretas decorrentes da utilização *post mortem* do material congelado do falecido marido, tanto no campo pessoal como patrimonial. No âmbito pessoal citam-se as relações de parentesco decorrentes do nascimento da criança, bem como todos os demais desdobramentos, a exemplo do direito ao nome e à convivência familiar. Já no campo patrimonial não se pode esquecer do direito a alimentos e das questões sucessórias.

Diante desse cenário, observa-se que essas novas formas de reprodução, decorrentes de técnicas inovadoras da biomedicina, podem afetar de maneira bastante profunda as relações de filiação e parentesco até então solidificadas pelo ordenamento jurídico.

Assim, diante deste novo cenário em que há novas formas de reprodução decorrentes da reprodução medicamente assistida, o presente trabalho pretende demonstrar os efeitos jurídicos causados pela inseminação artificial ou fertilização *in vitro post mortem*.

Este tema é de extrema importância, pois essas técnicas inovadoras da biomedicina já estão sendo aplicadas na área reprodutiva, e o ordenamento necessita estar atento às reais consequências, com o intuito de proteger os envolvidos, por meio da imposição de certos limites e do respeito aos valores constitucionais.

Importante ressaltar que este trabalho não pretende esgotar o assunto, mas somente levantar as principais questões decorrentes dessa inovação trazida pelo ordenamento, possibilitando o questionamento e até futuras adequações, para que o direito civil esteja em perfeita consonância com a Constituição Federal.

2. DECISÃO PARADIGMÁTICA: CASO PAPPALÀ

O primeiro caso paradigmático sobre a possibilidade de reprodução humana após o falecimento de um dos cônjuges ocorreu na França, em 1984. O marido de Corine Richard, Alain Pappalà, tendo sido diagnosticado com câncer, decidiu congelar seu sêmen para que após as sessões de quimioterapia pudesse usá-lo para gerar um filho. Ocorre que poucos dias após o casamento, Alain Pappalà faleceu.

Com o encorajamento da família do marido, Corine foi obter a restituição do material perante o banco de sêmen, que se recusou a devolvê-lo. Como na França ainda não havia legislação a respeito do tema, ela ingressou com uma ação buscando autorização judicial para a devolução e posterior utilização do material genético do falecido marido¹.

Após uma batalha judicial, o Tribunal francês de Créteil condenou o banco de sêmen a entregar o material congelado para um médico designado pela viúva, não se pronunciando quanto à filiação e direitos sucessórios. No entanto, como a inseminação artificial não obteve sucesso, não gerou maiores consequências práticas.

1. DIONNE JR, E. Widow wins Paris case for husband's sperm. NYTIMES. Nova Iorque, 02 ago, 1984. Disponível em: <http://www.nytimes.com/1984/08/02/us/widow-wins-paris-case-for-husband-s-sperm.html?sec=health>. Acesso em: 03.11.08.

Apesar do insucesso da técnica, este caso trouxe à tona muitos questionamentos éticos e debates na comunidade internacional.

3. ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No Brasil, o Código Civil de 2002 inovou ao introduzir a presunção de paternidade mediante utilização de técnicas de reprodução humana, embora tenha feito de maneira bastante tímida e sem rigor técnico.

Essa possibilidade ocasionou muito mais dúvidas e discordâncias do que esclarecimentos, já que a matéria somente está regulada nos incisos III, IV e V do artigo 1.597 do Código Civil de 2002.

Os incisos III e IV do referido artigo consideram como concebidos na constância do casamento os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; e os havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga.

O presente trabalho irá abordar esta questão, restringindo-se às conseqüências jurídicas da utilização *post mortem* do sêmen ou do embrião congelado do marido. Deste modo, somente serão analisados os casos de Reprodução Assistida Homóloga, ou seja, com a utilização do material genético do falecido cônjuge.

Isso porque a matéria é muito abrangente e complexa e dela emanam múltiplos desdobramentos com diversas questões intrincadas e polêmicas, que mereceriam um estudo aprofundado de cada tema.

3.1. Técnicas de Reprodução Assistida

Tão antigo quanto a busca de métodos contraceptivos é o combate à infertilidade². Estudos demonstram que a dificuldade para procriar pode afetar um a cada cinco casais³.

Na busca da realização dos anseios de gerar uma prole, observou-se o desenvolvimento de avançados estudos sobre reprodução humana, propiciando novas formas de reprodução.

2. LEWICKI, Bruno. O Homem Construtível: responsabilidade e Reprodução Assistida, p. 102.

3. BIAZOTTI, Maria Cristina S. Conceitos e causas da infertilidade. *SAUDEVIDAONLINE*. Disponível em: www.saudevidaonline.com.br/artigo84.htm. Acesso em 03 out.09.

A grande transformação no campo da reprodução humana é que a relação sexual não é mais a única forma de obter a concepção, fato que causa uma enorme mudança na estrutura social, bem como no arcabouço normativo.

Como ressalta Gustavo Tepedino, as técnicas de fertilização assistida abalam toda uma dogmática, principalmente em relação ao direito de família, antes estruturado com base na procriação espontânea⁴.

Nas palavras de Eduardo Oliveira Leite, as técnicas reprodutivas alteraram as representações tradicionais dos modos de concepção e das estruturas de parentesco, a ponto da fecundação *in vitro* haver inovado a história da maternidade, pois pela primeira vez foi possível que a concepção não tivesse lugar no corpo da mulher geradora⁵.

Cumpram aqui esclarecer quais são as principais técnicas de reprodução medicamente assistida. Como esclarece Maria Helena Diniz, a fertilização *in vitro* consiste na retirada de óvulo da mulher para fecundá-la na proveta, com sêmen do marido ou de terceiro, para depois introduzir o embrião em seu útero ou de terceira⁶.

Já a inseminação artificial, conforme define Heloisa Helena Barboza, refere-se à obtenção da fecundação, que é sempre natural, por meio da introdução do esperma no interior do canal genital feminino, sem ocorrência de ato sexual⁷.

Nas técnicas de reprodução assistida homóloga há o emprego dos gametas masculino e feminino do próprio casal, havendo, portanto, consaguinidade. Já nas técnicas heterólogas, é utilizado material genético de pelo menos um terceiro.

Cabe também afirmar que o ordenamento jurídico permitiu tanto a utilização do sêmen congelado (inciso III), quanto do embrião excedentário (inciso IV, do artigo 1.597 do Código Civil).

É importante fazer essa diferenciação, pois quando se utiliza o sêmen, só há gameta do marido. Já quando se trata de embrião, há carga genética de ambos os cônjuges e uma vida em potencial, o que traz a tona questões bioéticas extremamente controvertidas.

4. TEPEDINO, Gustavo. Apresentação do livro *Paternidade: Aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial*, de autoria de Juliane Fernandes Queiroz, p. xi.

5. LEITE, Eduardo Oliveira. *Procriações artificiais e o direito. Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*, p. 132.

6. DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*, p. 552.

7. BARBOZA, Heloisa Helena. *Afiliação em face da inseminação artificial e da fertilização "in vitro"*, p. 45.

Vale destacar que a Lei de Biossegurança, que tratava da destinação dos embriões excedentários foi até objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade⁸.

3.2. Reprodução Assistida e Presunção de Paternidade

Nos casos da reprodução assistida homóloga, a paternidade será sempre certa, uma vez que será utilizado material de ambos os pais, havendo vínculo biológico entre o cônjuge e o filho. No entanto, esta técnica possibilita novos prazos de concepção, o que gera algumas consequências.

Embora a criança possa nascer após os 300 dias da dissolução da sociedade conjugal, considerando-se o prazo legal, o ordenamento jurídico entende que a presunção permanecerá, conforme dispõe o artigo 1.597 do Código Civil.

Heloisa Helena Barboza ensina que, neste caso, deverá prevalecer a presunção, como se o filho tivesse sido concebido na constância do casamento, mesmo sabendo-se que foi concebido quando já extinto o vínculo conjugal, em razão da morte do marido⁹.

Caio Mário da Silva Pereira enfatiza que esta seria hipótese de ficção jurídica e não de verdadeira presunção, pois sabidamente o casamento foi dissolvido anteriormente à concepção do filho¹⁰.

De qualquer modo, havendo inseminação *post mortem* com material do cônjuge supérstite, o pai será o marido, por força da presunção legal de paternidade.

No entanto, o legislador não se atentou às mais diversas e profundas questões que esta presunção acarreta e que até então não haviam sido cogitadas.

3.3. Questionamentos decorrentes da utilização da técnica *post mortem*

Poderá o cônjuge utilizar-se do material genético do falecido, mesmo sem o seu consentimento expresso? E se houver oposição da família? Qual o prazo para

8. AADIn nº 3510-0/600 foi proposta pelo então Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles, tendo por alvo o artigo 5º da Lei Federal nº 11.105 (“Lei da Biossegurança”), de 24 de março de 2005, que permite, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não usados no respectivo procedimento, e estabelece condições para essa utilização. O autor da ação sustentou que tal dispositivo contraria a inviolabilidade do direito à vida, porque o embrião humano já seria vida humana, já que esta se iniciaria com a fecundação. O julgamento criou muita polêmica, mas, ao final, foi julgado, por maioria, improcedente.

9. BARBOZA, Heloisa Helena. “Reprodução Assistida e o Novo Código Civil”, p. 237-238.

10. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. vol. 6, p. 32.

utilização desse material congelado? No campo dos direitos sucessórios, como se resolveria o conflito com relação à herança? E o respeito à igualdade constitucional entre filhos? E o direito ao planejamento familiar? E o eventual prejuízo da criança pelo fato de já nascer sem a figura de um dos genitores? E o direito do marido de utilização do material congelado da esposa falecida? Os companheiros poderiam utilizar tais técnicas? Conclui-se que essa matéria necessita de urgente regulamentação.

Este tema é tão polêmico que a Alemanha e a Suécia vedam a inseminação *post mortem*. Na França, além da proibição, a legislação dispõe que o consentimento manifestado em vida perde o efeito. Na Inglaterra, a inseminação após o óbito do marido é permitida, mas não se garante o direito à sucessão, exceto se houver documento expresso nesse sentido¹¹.

Parte da doutrina e da sociedade defendem o direito de utilização das técnicas assistidas após a morte do cônjuge, sob o argumento do direito à vida do embrião, do direito à procriação e continuidade do projeto parental iniciado em vida.

Para Heloisa Helena Barboza, a questão não é simples: “Esse entendimento, que encontra amparo no direito ao planejamento familiar, constitucionalmente garantido, não leva em consideração os direitos do filho, também assegurados pela Constituição (art. 227), especialmente o direito à convivência familiar¹².”

Nesse mesmo sentido, há quem defenda a impossibilidade de uso da técnica nestes casos, tendo em vista que a futura criança já nascerá órfã, o que acarretará danos psicológicos¹³, não assegurando o melhor interesse da criança¹⁴ e o direito à biparentalidade.

Embora com a utilização desta técnica após o falecimento do marido a criança fique privada de um de seus genitores, o que já é uma questão bastante polêmica e que mereceria um estudo aprofundado sobre o tema, o fato é que o ordenamento jurídico brasileiro permitiu esta hipótese.

Para Guilherme Calmon, no entanto, o permissivo legal não significa que a prática da reprodução assistida *post mortem* seja autorizada ou estimulada¹⁵.

11. DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*, p. 559.

12. BARBOZA, Heloisa Helena. *Já podemos dispensar o pai?* In: IV Encontro de Psicólogos jurídicos do TJRJ, 2003.

13. LEITE, Eduardo Oliveira. *Procriações artificiais e o direito*, p. 154-155.

14. AGUIAR, Mônica. *Direito à filiação e bioética*, Rio de Janeiro. Forense, 2005, p. 118.

15. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Efeitos Cíveis da Reprodução Assistida Heteróloga de acordo com o novo Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente*, p. 278.

Heloisa Helena Barboza ressalta que a existência de disposição legal estabelecendo a paternidade presumida, nos casos de reprodução assistida, por si só, não deve afastar o questionamento quanto à legitimidade da inseminação *post mortem*¹⁶.

Apesar dessa importantíssima discussão, sobre a admissão ou não das referidas técnicas após o falecimento de um dos cônjuges, serão agora analisadas as consequências jurídicas, principalmente as sucessórias decorrentes do emprego de tais técnicas, tendo em vista o ordenamento jurídico de 2002.

3.4. Necessidade de existência de consentimento expresso do falecido

Antes, porém, é importante ressaltar a necessidade de autorização expressa do marido para utilização de seu material genético *post mortem*.

Maria Berenice Dias¹⁷ entende que ainda que o marido tenha fornecido o sêmen, não há como presumir o consentimento para a inseminação *post mortem*. Somente nas hipóteses de ter havido expressa autorização do marido é que a fertilização pode ser feita após o seu falecimento¹⁸.

Paulo Luiz Netto Lôbo enfatiza que: “o princípio da autonomia dos sujeitos, como um dos fundamentos do biodireito, condiciona a utilização do material genético do falecido ao consentimento expresso que tenha deixado para esse fim. Assim, não poderá a viúva exigir que a clínica de reprodução assistida lhe entregue o sêmen armazenado para que nela seja implantado, por não ser objeto de herança. A paternidade deve ser consentida, porque não perde a dimensão da liberdade. A utilização não consentida do sêmen deve ser equiparada à do doador anônimo, o que não implica atribuição de paternidade”¹⁹.

Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho também sustenta ser imprescindível a expressa manifestação de vontade do cônjuge para a realização da inseminação póstuma. O Magistrado ainda considera que seria uma obrigação apenas de natureza moral.²⁰

Maria Helena Diniz questiona que direitos teria a viúva do depositante sobre o seu material fertilizante: “Autorizar sua inseminação não seria violar o direito

16. BARBOZA, Heloisa Helena. *Já podemos dispensar o pai?* In: IV Encontro de Psicólogos jurídicos do TJRJ, 2003.

17. DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, p. 330.

18. Neste mesmo sentido Giselda Hironaka. *As inovações biotecnológicas e o direito das sucessões*, p. 319. e Heloisa Helena Barboza. *Já podemos dispensar o pai?*

19. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil Comentado: Direito de Família*, v. XVI, p. 51.

20. ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório*, p. 185.

do morto, uma vez que a paternidade deve ser desejada e não imposta?” E continua: “Poder-se-ia impor ao depositante, no além-túmulo, uma paternidade involuntária?”²¹

Giselda Hironaka afirma que não se pode presumir que alguém queira ser pai depois de sua morte, por isso a necessidade de consentimento expresso.²²

Embora na legislação ainda não haja nada expresso sobre o assunto, é de extrema importância, conforme dispõe resolução do Conselho Federal de Medicina que as clínicas de fertilização, ao colherem a declaração dos interessados, questionem sobre o destino do material congelado em casos de divórcio, falecimento, doenças graves, para evitar futuras complicações.²³

3.5. Princípio Constitucional da Igualdade entre filhos

Uma questão bastante complexa é que, apesar do ordenamento presumir a paternidade dos filhos decorrentes da reprodução medicamente assistida mesmo após o óbito do cônjuge, o Código Civil não soluciona os problemas práticos decorrentes dessa inovação.

Certo é que a Constituição Federal proíbe qualquer forma de discriminação entre os filhos, independente de sua origem. Deste modo, uma vez que a criança venha a nascer em razão de tais técnicas, ela terá os mesmos direitos que os demais descendentes.

Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho sustenta que não se poderia admitir legislação infraconstitucional restritiva do direito do filho concebido mediante fecundação artificial *post mortem*: “tal situação não encontra guarida constitucional, ao contrário, o legislador constitucional não previu exceção, não cabendo ao legislador ordinário, tampouco ao intérprete estabelecer exceções ao princípio constitucional da igualdade entre os filhos”.²⁴

21. DINIZ, Maria Helena. *O Estado atual do Biodireito*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 557-558.

22. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *As inovações biotecnológicas e o direito das sucessões*, p. 319.

23. Conforme dispõe a Resolução n. 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina: item V.3: “No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los”.

24. ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório*, p. 175.

Nesse sentido, o filho deverá ser protegido em todos os termos, tanto no campo pessoal, como patrimonial, tendo direito à convivência familiar, assim como os demais membros da família.

Haverá, portanto, relações de parentesco; a criança fará jus ao nome familiar e, em caso de necessidade, terá direito a alimentos, inclusive gravídicos.

Na prática, tais conseqüências são extremamente delicadas, principalmente nos casos em que haja oposição da família para utilização do material congelado.

No entanto, apesar dessa eventual oposição familiar, deverão prevalecer os interesses da criança, que deverá ter seus direitos assegurados e, caso seja necessário, os parentes serão responsáveis por arcar com o sustento do menor.

Além disso, o filho terá direito à herança deixada pelo seu falecido genitor. Esta questão é bastante complexa e pode trazer muitas dificuldades de concretização na prática.

Por isso, a utilização das técnicas de reprodução após o falecimento do genitor deverá ser analisada com muita acuidade.

4. DIREITOS SUCESSÓRIOS

No que tange ao direito sucessório, importante ressaltar que não foi estabelecido qualquer prazo para a utilização do sêmen do falecido marido ou do embrião congelado, o que poderá trazer muitas dificuldades, especialmente de ordem prática²⁵.

Ademais, não há restrição ao número de gestações decorrentes da utilização desse material, que poderá gerar diversos e sucessivos herdeiros.

Atualmente, com as inovações tecnológicas, há casos de implantação de embriões muitos anos após terem sido congelados. Nestes casos, os bens da herança já podem ter sido partilhados entre os herdeiros até então existentes.

Por isso, seria relevante que se determinasse um prazo máximo para a utilização desse material, evitando maiores complicações. Para isso, faz-se necessário uma regulamentação sobre o assunto.

25. BARBOZA, Heloisa Helena. *Já podemos dispensar o pai?* In: IV Encontro de Psicólogos jurídicos do TJRJ, 2003.

Outro ponto a ser ressaltado é que a doutrina é muito dividida no que tange à possibilidade de recebimento da herança por parte desse novo filho.

Para Maria Helena Diniz: “não há como aplicar a presunção de paternidade, uma vez que o casamento se extingue com a morte, nem como conferir direitos sucessórios ao que nascer por inseminação *post mortem*, já que não estava gerado por ocasião da morte de seu pai genético (CC, art. 1.798). E acrescenta: “Filho póstumo não possui legitimação para suceder, visto que foi concebido após o óbito do pai genético e por isso é afastado da sucessão legítima ou *ab intestato*.”²⁶

Nesse mesmo sentido, Caio Mário da Silva Pereira sustenta que não se pode falar em direitos sucessórios daquele que foi concebido por inseminação artificial *post mortem*, a menos que haja reforma legislativa, inclusive para atender ao princípio constitucional da não-discriminação de filhos.²⁷

Já Eduardo Oliveira Leite sustenta que haverá possibilidade de utilização das técnicas, mas faz uma importante diferenciação entre o embrião e o sêmen congelado, no que tange ao direito à herança.

Para o autor, quando já há embrião antes da morte do genitor, o filho herdará. Já no caso da criança ser gerada depois do falecimento dos progenitores biológicos, pela utilização de sêmen congelado, a situação é anômala, quer no plano do estabelecimento da filiação, quer no do direito das sucessões. “Nesta hipótese a criança não herdará de seu pai porque não estava concebida no momento da abertura da sucessão”.²⁸

Outra corrente entende que, pelo princípio constitucional de igualdade entre os filhos, não será possível a diferenciação entre eles, seja no âmbito familiar, seja no campo patrimonial.

O caso verídico a seguir é uma decisão paulista pioneira sobre o tema²⁹, que demonstra a realidade desses avanços e as dúvidas e repercussões desse processo:

Em 2007, um casal com dificuldades para ter filhos procurou uma clínica de reprodução humana. O sêmen do marido foi congelado enquanto se aguardava a captação dos óvulos, para que fosse realizada a fertilização *in vitro*. Ocorre que nesse ínterim, o marido veio a falecer num acidente.

26. DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*, p. 558.

27. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. 5, p. 318.

28. LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil*, vol. XXI, p. 110.

29. Decisão obtida no Estado de São Paulo, mantida sob sigilo a pedido da autora da ação.

O falecido cônjuge era um empresário bem sucedido e não havia deixado filhos, somente ascendentes. Deste modo, a herança deveria ser dividida entre seus pais e a esposa, conforme preconiza o artigo 1.829, II do Código Civil.

Ocorre que a esposa, desejando continuar o projeto parental, decidiu utilizar o sêmen do falecido. Como não havia autorização expressa do marido sobre tal hipótese, ela ingressou com um pedido, buscando a autorização judicial para a entrega do sêmen, o que foi deferido por meio de alvará.

Deste modo, caso a implantação do material ocorra com sucesso, vindo a gerar uma prole, muitas repercussões jurídicas irão ocorrer.

Cumprido destacar que a primeira questão controvertida será se este herdeiro terá direito aos bens deixados pelo falecido genitor.

Um ponto complicador é o fato de que quando houve o falecimento do genitor, sequer havia embrião, ou seja, a criança ainda não havia sido concebida.

O artigo 1.798 do Código Civil, ao tratar da vocação hereditária, dispõe que: “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”.

Para Giselda Hironaka, no caso de embrião excedentário, ainda que não implantado, ele está concebido e, “desde que identificado com os doadores de gametas, a ele será possível conferir herança, assim como ao nascituro”³⁰.

Para a autora, todo o problema se resume na questão de se viabilizar um suposto direito sucessório àquele que, no momento da abertura da sucessão, não era sequer concebido³¹.

No caso da técnica conceptiva *post mortem*, ou seja, na utilização do sêmen congelado, ainda não há embrião no momento do falecimento do ex-cônjuge³². Deste modo, se analisado isoladamente o artigo 1.798 do Código Civil haveria exclusão do direito à herança.

No entanto, o artigo 1.597 do CC/02 é claro ao dispor que haverá presunção de que foram concebidos na constância do casamento os havidos por fecundação

30. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. As inovações biotecnológicas e o direito das sucessões, p. 318.

31. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, p. 319.

32. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais*, p. 732.

artificial homóloga, mesmo que falecido o marido. Portanto, nestes casos, haverá presunção de paternidade.

Desta forma, caso se mantenha a possibilidade de inseminação póstuma, os direitos sucessórios estarão garantidos, tanto nos casos de utilização do sêmen por meio de fecundação artificial homóloga, quanto nos de implantação do embrião excedentário após o falecimento do genitor.

Ocorre que, no caso acima relatado, a partilha dos bens deverá ser substancialmente alterada, uma vez que havendo descendentes, os ascendentes, que estão em segundo lugar na ordem de vocação hereditária, deixam de herdar.

Diante disso, é de se questionar como será feita, na prática, esta alteração na ordem de vocação hereditária.

A exemplificação desse caso real denota os conflitos e os desafios que tais atos irão acarretar na partilha dos bens.

Ressalta-se, mais uma vez, que seria de extrema importância a imposição de um prazo não muito extenso para implantação no útero do material congelado, para que cessasse a precariedade da situação acarretando, deste modo, uma maior segurança jurídica.

4.1. Prole eventual

Outro ponto a ser analisado refere-se ao modo de se pleitear esses direitos. Este é um assunto no qual, mais uma vez, a doutrina é dividida.

Parte dos estudiosos defende que o único meio de se ser garantida a herança seria através da sucessão testamentária, quando houver expressa disposição em favor de prole eventual do *de cuius*.

O Código Civil, no inciso I do artigo 1.799 dispõe que os filhos ainda não concebidos de pessoas indicadas pelo testador, podem ser chamados a suceder, desde que tais pessoas estejam vivas à época da abertura da sucessão.

Guilherme Calmon relata que desde o Código de 1916 alguns autores já têm sustentado a possibilidade de disposição testamentária em favor de prole eventual própria, nos casos em que o testador, “prevendo a possibilidade de vir a falecer antes da concepção da criança, confecciona seu testamento referindo à prole dele próprio³³⁷”.

33. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais*, p. 732.

No entanto, a matéria é controvertida, conforme se observa na alegação de Giselda Hironaka³⁴: “... é claro que não poderá indicar sua própria prole eventual, uma vez que a lei exige que a pessoa indicada pelo testamento esteja viva no momento da abertura da sucessão³⁵”.

A autora Juliane Fernandes Queiroz, de maneira sensata, ressalva que se o testador pode atribuir a sua herança à prole eventual de terceiros, também o pode, sem qualquer restrição, à sua própria prole³⁶.

No mesmo sentido sobre a possibilidade de herdar somente pela via testamentária encontra-se Maria Helena Diniz, quando afirma: “... Poderia ser herdeiro por via testamentária, se inequívoca for a vontade do doador de sêmen de transmitir herança ao filho ainda não concebido, manifestada em testamento. Abrir-se-ia a sucessão à prole eventual do próprio testador, advinda de inseminação artificial homóloga post mortem (LICC, arts. 4º e 5º)”³⁷.

Carlos Cavalcanti ainda ressalta que o testador pode, inclusive, estabelecer se a deixa testamentária sairá da sua parte disponível ou se constitui adiantamento da legítima, com necessidade de colação³⁸.

Por outro lado, imprescindível destacar a ressalva feita pelo professor Guilherme Calmon no que tange à possibilidade de disposição testamentária em favor da prole eventual nos casos de reprodução assistida.

O autor³⁹ sustenta que nestes casos haverá tratamento diferenciado entre filhos no campo sucessório, já que estes filhos herdarão somente por sucessão testamentária, e não legítima. Ademais, lembra da fragilidade da proteção da criança, uma vez que poderá haver circunstâncias referentes à validade, eficácia e revogação do testamento⁴⁰.

Diante de tais argumentos e tendo em vista que o Código Civil não traz qualquer solução a respeito da desigualdade entre os filhos, entendo que a disposição

34. CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. *Curso Avançado de direito civil*, v. 6, p. 356.

35. Vale dizer, entretanto, que a autora sugere uma solução por via reflexa, na medida em que o testador indique o doador do óvulo ou espermatozóide.

36. QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial*, p. 80.

37. DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*, p. 558.

38. ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório*, p. 187.

39. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais*, p. 733.

40. O autor sugere que se estabeleça na lei a insucetibilidade da disposição testamentária sobre essa matéria ser revogada, a exemplo do reconhecimento por testamento de filho extramatrimonial (Lei nº 883/49).

referente à prole eventual (art. 1.799, I CC/02) poderá ser utilizada para nomeação do referido herdeiro por via testamentária. No entanto, trata-se de mera liberalidade do genitor, o que não protege por completo os direitos da futura criança.

Além disso, há casos em que o genitor sequer previa a hipótese de utilização do material após sua morte, como no caso relatado anteriormente, mas a criança veio a nascer⁴¹. Nestas circunstâncias, não haverá disposição testamentária referente ao assunto, não podendo o filho ficar desamparado.

Deste modo, por haver outra forma de proteção desses direitos, a petição de herança pode ser considerada como a via mais adequada para a busca desses direitos, embora na prática, possa causar alguns transtornos.

Ressalta-se aqui que alguns doutrinadores, embora entendam que estariam preenchidos os requisitos para a legitimação sucessória, tendem a negá-la, por questões de dificuldades puramente práticas⁴².

Tal atitude não pode ser admitida, pois a restrição de direitos de um cidadão não pode ocorrer somente por dificuldades de ordem prática, pois isso fere o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e da igualdade entre filhos. Por este pensamento, seria mais coerente a proibição da inseminação póstuma. No entanto, uma vez nascido o filho, este deve ser protegido.

4.2. Petição de herança

Tendo em vista que os efeitos sucessórios da inseminação *post mortem* não devem se restringir à sucessão testamentária, o herdeiro poderá buscar assegurar seus direitos sucessórios por meio da ação de petição de herança, nos termos do artigo 1.824, do Código Civil.

Nesse sentido dispõe o Enunciado nº 267 do Conselho da Justiça Federal: “A regra do art. 1.798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança”.

41. Cumpre aqui ressaltar que esta não é a solução ideal, uma vez que é de extrema importância a declaração quanto à utilização do material genético em hipótese de falecimento.

42. Vide PEREIRA, Caio Mário da Silva *Instituições de direito civil*, vol. 6, p. 32-33) que cita José de Oliveira Ascensão. *Direito Civil, Sucessões*. Coimbra, 5.ed., 2000, nº 73, p. 128.

Orlando Gomes explica que a ação de petição de herança destina-se ao reconhecimento da qualidade sucessória de quem a intenta, objetivando, fundamentalmente, a positivação de um status, do qual deriva a aquisição da herança⁴³.

O principal efeito da sentença favorável é a obrigação de restituir os bens que possuía, em perfeita consonância com a regra que veda o enriquecimento sem causa⁴⁴.

Como ressalta Carlos Cavalcanti, esta forma de reivindicação “dá a perfeita noção da segurança apenas relativa de qualquer sucessão, à medida que com a referida ação o herdeiro preterido objetiva não só a declaração da qualidade de herdeiro como também a restituição do patrimônio deixado pelo falecido”⁴⁵.

4.3. Prazo prescricional da ação de petição de herança

Conforme esclarece Gustavo Rene Nicolau, o debate acerca da possível imprescritibilidade da ação de petição de herança parece ter sido superado: “o argumento utilizado para a tese era de que se tratava de uma ação de estado, cujo objetivo era reconhecer a qualidade de herdeiro e como tal não poderia prescrever”⁴⁶.

Orlando Gomes esclarece a questão ao afirmar que há uma confusão entre ação de estado e a ação de petição de herança, que busca os efeitos patrimoniais daquela. O autor ensina que o *status* é imprescritível, mas a pretensão econômica judicialmente exigível prescreve.

Em suas palavras: “Não é a ação que prescreve, mas a exceção de usucapião que a inutiliza”⁴⁷.

No mesmo sentido, Giselda Hironaka adverte que a qualidade de herdeiro não se perde, mas que essa construção teórica pode restar ineficaz na prática, uma vez que “sempre que transcorrido o lapso temporal referente à prescrição aquisitiva, pode o meio originário de aquisição da propriedade ser oposto como meio de defesa pelo herdeiro aparente ou quem por ele, ou como seu sucessor, se encontre na posse dos bens da herança”⁴⁸.

43. GOMES, Orlando. *Sucessões*, p.260.

44. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: Sucessões*, p. 109.

45. ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório*, p. 174.

46. NICOLAU, Gustavo Rene. *Direito Civil: sucessões*, p. 58.

47. GOMES, Orlando. *Sucessões*, p. 265.

48. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil*, v. 20, p. 196.

O raciocínio é o mesmo da ação de investigação de paternidade, que é imprescritível, mas a pretensão à herança prescreve em 10 anos da abertura da sucessão.

Convém citar a Súmula nº 149 do STF sobre o tema: “É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a petição de herança.”

Francisco Cahali ressalta que o prazo prescricional da ação de petição de herança, por inexistir previsão específica é de 10 anos, conforme o artigo 205 do Código Civil⁴⁹.

Este também é o entendimento de Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim⁵⁰, além de Maria Helena Diniz⁵¹.

Uma questão tormentosa refere-se ao fato da impossibilidade do início da contagem do prazo contra incapaz, conforme dispõe o art. 198 do Código Civil.

Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim ensinam que a contagem do prazo da ação de petição de herança inicia-se da data da abertura da sucessão, salvo se o herdeiro é menor impúbere, havendo que se aguardar o atingimento de sua capacidade relativa⁵².

Deste modo, entende-se que não corre prescrição contra os incapazes, desde que sejam de forma absoluta, ou seja, haja total falta de discernimento. Assim, quando atingirem 16 anos, ou seja, obtiverem a capacidade relativa, dá-se início à contagem do prazo prescricional de 10 anos.

Ocorre que, na prática, esse prazo pode chegar a se estender até 26 anos do nascimento com vida do filho do genitor falecido. Isso porque o menor terá até 16 anos para ingressar com ação de petição de herança e a partir daí, mais 10 anos, nos quais está havendo a contagem do prazo prescricional da referida ação.

Isso sem mencionar que o material congelado (sêmen ou embrião excedentário) do marido pode ficar armazenado nas clínicas de reprodução por muitos

49. CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. *Curso Avançado de direito civil*, v. 6, p. 473.

50. AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides. *Inventários e Partilhas: direito das sucessões: teoria e prática*, p. 324.

51. DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado, p. 1491. “O herdeiro poderá dentro do prazo de 10 anos (CC, art.205), contado da abertura da sucessão (salvo se for absolutamente incapaz – CC, art. 3º, I, c/c o art. 198,I) do suposto pai, por meio de ação de petição de herança, pleitear não só o reconhecimento de seu direito sucessório, que foi impugnado, como também a devolução , total ou parcial, da herança contra qualquer pessoa que a detenha , na qualidade de herdeiro, mesmo sem qualquer título”

52. AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides. *Inventários e Partilhas: direito das sucessões: teoria e prática*, p. 324.

anos ou décadas após a abertura da sucessão, o que pode dificultar ainda mais a definição da situação.

Acrescenta-se ainda o tempo decorrente do trâmite judicial, incluindo a longa fase de recursos processuais.

Portanto, o que se observa é que a situação poderá se estender por muitos anos após o óbito do autor da herança, criando uma precariedade na divisão dos bens, prejudicando a segurança jurídica das relações sociais.

5. PRAZO PARA UTILIZAÇÃO DO MATERIAL GENÉTICO DO *DE CUJUS*

Como o intuito de não se prolongar ainda mais esta indefinição, é válido que seja fixado um prazo para utilização, pelo cônjuge sobrevivente, do material genético preservado.

Convém acrescentar também que pela alegação de continuidade do projeto parental, não é coerente que somente após muitos anos da morte do cônjuge haja o interesse em gerar um filho em comum.

Desta forma, e com o intuito de minimizar a precariedade da situação, seria benéfica a imposição de um prazo não muito extenso para implantação no útero do material congelado do *de cuius*.

Na Bélgica, por exemplo, é permitida a reprodução assistida *post mortem* se houver autorização expressa do *de cuius*, mas o prazo para realização deve ser entre seis meses até 2 anos após o falecimento. O objetivo do prazo mínimo de seis meses é para evitar decisões meramente emocionais e na suposição de que muitas viúvas desistirão deste plano após alguns meses de reflexão⁵³.

Na opinião da autora Juliane Fernandes Queiroz, é altamente prejudicial à ordem jurídica a espera indefinida de uma possível prole, já que o sêmen pode ficar crioconservado por anos ou décadas e, só após, ser utilizado⁵⁴.

Para Carlos Cavalcanti “caberia ao autor da sucessão quando manifestou a sua vontade por documento autêntico ou por testamento fixar o prazo de espera do nascimento dos filhos, o qual não deve ultrapassar os dois anos previstos para

53. PENNINGGS, Guido. Belgian Law on Medically Assisted Reproduction and the disposition of supernumerary embryos and gametes. *European Journal of Health Law* 14 – 2007, 251-260.

54. QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial*, p. 80.

concepção da prole eventual de terceiro, ou, não havendo prazo previamente estabelecido aplicar-se, por analogia, o prazo constante do art. 1.800, § 4º, do Código Civil, ou seja, de dois anos a contar da abertura da sucessão⁵⁵”.

Diferentemente do autor, creio que uma vez que o filho venha a nascer, ele deverá ser protegido, independente do tempo. No entanto, seria mais acertado, que esse prazo não fosse uma liberalidade do genitor, mas sim que fosse fixado pelo legislador.

Nesse sentido, caberia ao legislador a imposição de um prazo razoável, como, por exemplo, de 02 anos da abertura da sucessão e, a partir daí, não fosse mais possível a realização do procedimento com o material criopreservado do *de cuius*.

Isso porque a demora na manifestação de vontade demonstra que não haveria mais projeto parental, comprovado pelo decurso do tempo.

Deste modo, esse limite impediria o prolongamento indefinido da situação e, por outro lado, evitaria o nascimento de um filho desamparado patrimonialmente e em desigualdade com relação aos seus irmãos.

6. PROJETOS DE LEI

Vale esclarecer que embora haja a permissão para a reprodução *post mortem* em três artigos do Código Civil, não existe lei que regulamente a medicina reprodutiva no país.

Débora Diniz ressalta que há quem conteste a necessidade de lei sobre matéria cuja rapidez de mudança tecnológica desafia qualquer tentativa de regulação definitiva. Ela afirma, no entanto, ”que a aposta é que a lei venha a disciplinar os marcos éticos da prática médica, deixando para as associações científicas os detalhes sobre melhores técnicas ou procedimentos mais eficazes”⁵⁶.

Existem alguns enunciados do Conselho da Justiça Federal, bem como algumas resoluções do Conselho Federal de Medicina, mas que não têm força de lei⁵⁷.

O que há são diversos projetos de lei em andamento há muitos anos que podem modificar sobremaneira o modo de lidar com o assunto⁵⁸.

55. ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório*, p. 188.

56. DINIZ, Débora. Entre o sonho, o tratamento e o vácuo da lei. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 26 jan. 2009, p. J3.

57. Vide Resolução n. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina.

58. Entre os Projetos de Lei destacam-se: PL n. 1.184/03, PL n. 4686/04 e PL n. 4889/05.

É preciso frisar que, muitas vezes, no entanto, o que se observa é que estes projetos de lei são realizados sem um estudo aprofundado e sem o debate com a sociedade. O que se vê são projetos de lei em tramitação totalmente antagônicos e sem a devida fundamentação.

Deste modo, cria-se um ambiente de insegurança jurídica, pois não se sabe que posição os legisladores irão tomar. E enquanto não se chega a uma conclusão, as repercussões dessa inovação estão sendo concretizadas e os filhos daí decorrentes merecem total proteção.

7. CONCLUSÃO

O presente trabalho, longe de ter abordado todos os temas polêmicos, buscou somente levantar os principais problemas decorrentes da inovação trazida pelo ordenamento jurídico, no que tange à reprodução.

Isso porque o legislador trouxe uma grande novidade ao abordar as questões de reprodução humana, que são uma realidade em todo o mundo. No entanto, não se atentou aos diversos e complexos efeitos daí decorrentes.

Por isso, cumpre ressaltar as lacunas e incongruências de tais disposições, que merecem urgente e profunda regulamentação, já que as técnicas de reprodução estão sendo utilizadas e estão gerando consequências jurídicas que ainda não têm resposta apropriada.

Vale dizer que cada ponto polêmico merece um estudo aprofundando, além de muitos debates éticos entre pesquisadores, juristas e a sociedade.

Nesse sentido, o artigo procurou ater-se ao levantamento de questões, principalmente de ordem prática, no que tange à reprodução medicamente assistida *post mortem*.

Diante do arrolamento das dificuldades trazidas pela utilização do material criopreservado do cônjuge, vale questionar se as técnicas deveriam ser realmente utilizadas após a morte do genitor.

Primeiro porque a criança já nasceria sem um de seus genitores, o que para muitos já seria motivo suficiente para a impossibilidade de utilização do material.

Vale aqui esclarecer que a família monoparental é constitucionalmente protegida, em todos os sentidos, não podendo sofrer qualquer discriminação com relação às demais formas de família. No entanto, ela não é estimulada, como se comprova pela Lei nº 8.560/92 que dispõe sobre a averiguação oficiosa da paternidade.

Deste modo, é por bem utilizar a técnica de reprodução *post mortem* somente em casos excepcionais, após um estudo interdisciplinar e mediante autorização judicial.

Além disso, conforme a Constituição Federal dispõe no artigo 227, § 6º, e o Código Civil no artigo 1.596, a criança gerada tem os mesmos direitos que os seus irmãos, não podendo sofrer quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

A norma constitucional não admite qualquer exceção. Deste modo, uma vez que se mantenha a possibilidade da reprodução assistida *post mortem*, todos os direitos da criança devem ser assegurados.

Nos termos do artigo 1.597, inciso III, do Código Civil, se houver fecundação homóloga, haverá presunção de paternidade, mesmo que falecido o marido.

Assim, ao filho nascido decorrente das técnicas de reprodução serão assegurados todos os efeitos decorrentes do parentesco e dos direitos sucessórios, embora a doutrina ainda seja bastante dividida com relação a esse tema.

Questão que se levanta é que, apesar de haver meios judiciais de proteção de seus direitos, como, na prática, garanti-los?

Um dos problemas decorre do fato de que a partilha dos bens pode já ter sido realizada entre os herdeiros existentes, gerando dificuldade de redistribuição dos bens. Vale lembrar que, por vezes, o nascimento de um filho pode acarretar completa mudança na ordem de vocação hereditária.

Ademais, a situação pode se prolongar por muito tempo, já que não corre prescrição contra absolutamente incapazes e o prazo da ação de petição de herança é de 10 anos. Além disso, o material congelado pode durar décadas nas clínicas de reprodução.

Deste modo, como compatibilizar os direitos do filho concebido após a morte de seu genitor com o direito dos demais herdeiros e a necessidade de definição da situação visando à segurança jurídica?

Essa é uma questão ainda muito tormentosa, que coloca em xeque os benefícios da reprodução medicamente assistida *post mortem*. Por um lado, há o direito à procriação e por outro, o direito da criança que deve ser sempre protegido.

É preciso que haja imposição de certos limites aos avanços tecnológicos para que sejam realizados somente após debates e estudos éticos, sempre respeitando os valores constitucionais.

Diante das constantes inquietações éticas decorrentes da biotecnologia, haverá a necessidade de ponderação de princípios, com o intuito de proteção da dignidade do ser humano.

Esse trabalho buscou demonstrar que o ordenamento jurídico deve fornecer respostas aos desafios das situações concretas enfrentadas pela sociedade, particularmente quanto à reprodução medicamente assistida *post mortem*.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIAR, Mônica. *Direito à filiação e bioética*. Rio de Janeiro. Forense, 2005.
- ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. Fecundação artificial *post mortem* e o direito sucessório. In: *Família e Dignidade Humana*. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). São Paulo: IOB Thomson, 2006.
- AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides. *Inventários e Partilhas: direito das sucessões: teoria e prática*. 19. ed. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2005.
- BARBOZA, Heloisa Helena. Reprodução Assistida e o Novo Código Civil, In: Maria de Fátima F. Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves (Coords.). *Bioética, Biodireito e o Novo Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- _____. *Já podemos dispensar o pai?* In: IV Encontro de Psicólogos jurídicos do TJRJ, Rio de Janeiro, 2003.
- _____. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização “in vitro”*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.
- BIAZOTTI, Maria Cristina S. Conceitos e causas da infertilidade. *SAUDEVIDAONLINE*. Disponível em: www.saudevidaonline.com.br/artigo84.htm. Acesso em 03 out.09.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *ADIn n° 3510-0/600*, proposta pelo então Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles, tendo por alvo o artigo 5° da Lei Federal n° 11.105 (“Lei da Biossegurança”), de 24 de março de 2005.
- CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. *Curso Avançado de Direito Civil: Direito das Sucessões*. 2.ed. rev., atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução n. 1.358/92*.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007.
- DINIZ, Débora. Entre o sonho, o tratamento e o vácuo da lei. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 26 jan. 2009, p. J3.

- DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 3 ed. aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.
- _____. *Código Civil Anotado*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DIONNE JR, E. Widow wins Paris case for husband's sperm. *NYTIMES*. Nova Iorque, 02 ago, 1984. Disponível em: <http://www.nytimes.com/1984/08/02/us/widow-wins-paris-case-for-husband-s-sperm.html?sec=health>. Acesso em: 03.11.08.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Efeitos Cíveis da Reprodução Assistida Heteróloga de acordo com o novo Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente, p. 265- 303. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.) *Afeto, ética família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- _____. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- _____. *Direito Civil: Sucessões*. Série Fundamentos Jurídicos. São Paulo: Atlas, 2003.
- GOMES, Orlando. *Sucessões*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. As inovações biotecnológicas e o direito das sucessões. In: *Direito Civil Contemporâneo*. Novos problemas à luz da legalidade constitucional. Anais do Congresso Internacional de Direito Civil- Constitucional da cidade do Rio de Janeiro. TEPEDINO, Gustavo (Org.) São Paulo: Atlas, 2008.
- _____. *Comentários ao Código Civil*. Parte Especial. Do direito das Sucessões (arts. 1.784 a 1.856). AZEVEDO, Antonio Junqueira (Coord.) São Paulo: Saraiva, 2003, v. 20.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil: do direito das sucessões: (arts. 1.784 a 2.027)*. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 21.
- _____. *Procriações artificiais e o direito. Aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: RT, 1995.
- LEWICKI, Bruno. O Homem Construtível: responsabilidade e Reprodução Assistida, p. 99 a 154. In: BARBOZA, Heloisa Helena; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; BARRETTO, Vicente de Paulo (org.). *Temas de Biodireito e Bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil Comentado: Direito de Família*. Relações de Parentesco. Direito Patrimonial. VILAÇA, Álvaro Azevedo (Coord.). São Paulo: Atlas, 2003, v. XVI.
- NICOLAU, Gustavo Rene. *Direito Civil: sucessões*. São Paulo: Atlas, 2005.
- PENNINGS, Guido. Belgian Law on Medically Assisted Reproduction and the disposition of supernumerary embryos and gametes. *European Journal of Health Law* 14 – 2007, 251-260.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões* 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *Instituições de direito civil: direito de família*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial*, Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. Apresentação do livro *Paternidade: Aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial*, de autoria de Juliane Fernandes Queiroz. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. xi).

IV

**A IMPORTÂNCIA DA ARGÜIÇÃO
DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL
PARA O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE
DE LEIS: UM REBATE ÀS CRÍTICAS
DE ELIVAL DA SILVA RAMOS¹**

Marco Félix Jobim

Advogado e professor universitário. Especialista, mestre e doutorando em Direito.

RESUMO: Este estudo indaga se a ação constitucional denominada de Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, também conhecida como ADPF, tem alguma relevância para continuar em vigor no ordenamento jurídico pátrio, tendo em vista as críticas levantadas recentemente por Elival da Silva Ramos, afirmando que pode ela ser substituída por um alargamento nos recursos extraordinários. Sustenta-se que a ADPF é uma grande arma do jurisdicionado contra abusos legislativos, tendo espaço único no Direito pátrio, não alcançado pelo recurso extraordinário. Rebatem-se as teses do Prof. de Direito Constitucional da Universidade de São Paulo, afirmando-se ser a ADPF um instrumento legítimo que reforça o poder do cidadão, via Supremo Tribunal Federal, para realizar o controle de constitucionalidade das leis.

PALAVRAS-CHAVE: ADPF – Controle de Constitucionalidade das Leis – Recurso Extraordinário – importância.

ABSTRACT: This study will answer the question related to whether the constitutional motion called argumentation of noncompliance of fundamental precept, also known as ADPF has some relevance to continue in force in Brazilian law, in view of the criticism recently raised by Elival da Silva Ramos against that, saying that it can be subsumed by a widening in the extraordinary. Defender will be the ADPF is a great weapon against abuses under jurisdiction of the legislation, which may exercise it through their role as legitimate, finding unique space within the law where the special appeal of country could not achieve. So the theses of the Professor of Constitutional Law at the University of São Paulo is rebated, defending that ADPF is a legitimate tool that empowers the citizen by the Supreme Court Federal, to make the judicial review.

KEYWORDS: ADPF – judicial review – extraordinary appeal – importance.

1. Trabalho realizado na disciplina de doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul intitulada “O Supremo Tribunal Federal e a jurisdição constitucional”, sob a coordenação do Professor Doutor José Maria Rosa Tesheiner.

SUMÁRIO: Introdução – 1. A argüição de descumprimento de preceito fundamental como parte do controle de constitucionalidade de leis: 1.1. Jurisdição constitucional e controle de constitucionalidade: diferenças?; 1.2. A natureza jurídica da argüição de descumprimento de preceito fundamental – 2. A argüição de descumprimento de preceito fundamental: críticas e defesas quanto à sua permanência no ordenamento jurídico brasileiro: 2.1. As críticas de Elival da Silva Ramos contra a importância das ADPF; 2.2. A importância da manutenção da ADPF no ordenamento jurídico brasileiro e o rebate às críticas de Elival da Silva Ramos – Conclusão – Referencial bibliográfico.

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil trouxe, quando de sua promulgação em 5 de outubro de 1988, um controle de constitucionalidade de leis amplo e complexo, sendo que, dentre as ações previstas, esta aquela do artigo 102, §1º, originalmente alocada no parágrafo único, antes da emenda constitucional n. 3/1993.

No texto constitucional pouco se interpreta sobre a norma do referido parágrafo, tendo em vista que a sua limitação era evidenciada pela abstração da própria redação que refere que “a argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal na forma da lei”, estando, pois, presente que necessitava de lei infraconstitucional para disciplinar a matéria.

Durante algum tempo o Supremo Tribunal Federal restou silente em relação ao assunto, decidindo que enquanto não houvesse legislação infraconstitucional disciplinando a ADPF, nada poderia fazer quanto aos julgamentos das ações ora ajuizadas.

Em 1999, a Lei n. 9.882 entrou em vigor, regendo a argüição de descumprimento de preceito fundamental, disciplinando, em seus poucos artigos, o objeto, parâmetros de controle, legitimidade, procedimento, decisões, segurança, estabilidade, efeitos e irrecorribilidade das decisões e, em seu penúltimo artigo, discorre sobre a reclamação.

Assim, promulgada a legislação ordinária da matéria, as ADPF iniciaram a ser ajuizadas corretamente, encontrando-se hoje mais de uma centena de argüições a serem julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, com diversas e importantes matérias em discussão, como, por exemplo, a ADPF n. 54, em que discute a possibilidade de aborto terapêutico pela mãe do feto com anencefalia.

Diante disso, criou-se uma importante ação para a busca de direitos de determinadas categorias da sociedade, que poderá, agora, ser alvo de manifestação

primeira do Supremo Tribunal Federal, com decisão para uma classe de pessoas ou até mesmo para todos, daquele determinado direito colocado em discussão.

Recentemente, críticas foram idealizadas para a eliminação da arguição de descumprimento de preceito fundamental do ordenamento jurídico pátrio, em especial aquelas feitas por Elival dos Santos, tentando enfraquecer o instituto a ponto de exortá-lo da Constituição Federal.

Pois bem, este artigo vem, num primeiro momento, para situar a importância da ADPF no direito brasileiro, para, após, analisar as críticas feitas pelo Professor da Universidade de São Paulo e, ao final, contrapô-las, rechaçando os pensamentos que pretendem a eliminação de instituto de tamanha importância.

1. A ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL COMO PARTE DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS

A tripartição de poderes, cuja idealização foi efetivada pelo Barão Charles-Louis de Secondat, ou Barão de Montesquieu, em sua clássica obra “O espírito das leis”, datada de 1748, embora suas bases já tivessem sido pensadas anteriormente por John Locke e, antes ainda por Aristóteles em sua obra “A Política”, dividia em três os poderes (executivo, legislativo e judiciário).

Em Montesquieu, o Poder Judiciário foi pensado num paradigma enfraquecido, por ser apenas considerado que o juiz era a “boca da lei”, não havendo sequer margem a interpretação. Este pensamento ainda hoje colhe frutos nas democracias mais avançadas do globo terrestre.

Contudo, ao contrário do preconizado por Montesquieu, o Poder Judiciário deixou de ser apenas a “boca da lei” para se imiscuir numa outra função mais importante, qual seja, a de, em muitas vezes, não só fazer as vestes de um legislador negativo, mas também de um legislador positivo, ditando, pois, leis, atribuição esta, originalmente, do Poder Legislativo.

Assim, numa categoria de pesos e contrafeios (check and balances), um Poder hoje consegue ter incursões em outros, para que exista um equilíbrio entre todos. No caso do Poder Judiciário, isso se dá pela via da Jurisdição Constitucional².

2. MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como Democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 14. “Com efeito, a adoção da jurisdição constitucional importa, na prática, em outorgar a corpo de profissionais do Direito – que não são elevados aos seus postos pela vontade popular, nem estão sujeitos à aprovação dele em sufrágios periódicos – o poder de formular políticas públicas e mesmo de

No caso do Brasil, o mais conhecido instrumento com que o Poder Judiciário imprime forte pressão sobre os demais poderes é no controle concentrado das leis donde se retira o cerne do presente estudo que é discorrer sobre a importância de uma ação prevista neste controle, qual seja, a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

1.1. Jurisdição constitucional e controle de constitucionalidade: diferenças?

Não é raro deparar-se com a leitura de que o Supremo Tribunal Federal num determinado caso praticou a jurisdição constitucional e noutra realizou um controle de constitucionalidade de leis, ou ainda vice-versa.

Mas sabe-se quando se está falando em jurisdição constitucional ou sobre o controle de constitucionalidade das leis? O mesmo tema pode ser tratado de forma diferente na doutrina brasileira, como se comprova com a leitura de Gustavo Binimbojm³ que observa ser o célebre caso *Marbury vs Madison* como o marco inicial da jurisdição constitucional e que, ao mesmo tempo, se incorporou nos Estados Unidos como um controle de constitucionalidade de leis, não fazendo pois, ao leitor, sua diferenciação. De outro lado, Luís Roberto Barroso⁴, afirma ser o mesmo caso supracitado o de inauguração do controle de constitucionalidade das leis, sem sequer discorrer, quando conceitua o caso, na jurisdição constitucional.

obstaculizar a implantação de políticas públicas formuladas por outras instituições mais democráticas, como os parlamentos”.

3. BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 29: “Assim, embora o texto constitucional norte-americano não contemplasse expressamente o controle judicial da constitucionalidade das leis, pode-se afirmar que, de certa forma, já o prenunciava. Por isso, o célebre aresto de John Marshall, proferido pela Suprema Corte no caso *William Marbury v. James Madison*, em 1803, que entraria para a história como o marco primeiro da jurisdição constitucional, não foi um gesto de improvisação, mas o resultado de um longo amadurecimento doutrinário e jurisprudencial. A partir dele, entretanto, o controle da constitucionalidade das leis se incorporou definitivamente à experiência constitucional dos Estados Unidos”.
4. BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2008. p. 10: “*Marbury v. Madison*, portanto, foi a decisão que inaugurou o controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno, deixando assentado o princípio da supremacia da Constituição, da subordinação a ela de todos os Poderes estatais e da competência do Judiciário como seu intérprete final, podendo invalidar os atos que lhe contravenham. Na medida em que se distanciou no tempo da conjuntura turbulenta em que foi proferida e das circunstâncias específicas do caso concreto, ganhou maior dimensão, passando a ser celebrada universalmente como o precedente que assentou a prevalência dos valores permanentes da Constituição sobre a vontade circunstancial das maiorias legislativas”.

Sergio Fernando Moro⁵ atribui ao caso *Marbury v. Madison* o início da jurisdição constitucional, alertando, também como o fez Gustavo Binbenjy, que o referido caso faria parte do controle de constitucionalidade das leis.

Mas jurisdição constitucional e controle de constitucionalidade das leis podem ser utilizados como sinônimos no ordenamento jurídico pátrio?

Para Luís Roberto Barroso⁶ a confusão terminológica não pode existir. Cada uma tem seu âmbito de definição delineado, sendo que a jurisdição constitucional é feita por juízes e tribunais, sempre que existir uma violação direta na norma constitucional em relação a um fato da vida, e se estará diante do controle de constitucionalidade de leis quando, de forma indireta, a Constituição servir de referência para atribuir um sentido a norma infraconstitucional ou para afirmar sua validade ou não. Assim, para o referido constitucionalista, é uma relação de gênero e espécie. Por isso sequer refere em sua passagem acima que o caso *Madison vs Marbury* faz parte da jurisdição constitucional tendo em vista que, se a ação faz parte do controle de constitucionalidade de leis, por óbvio faz parte da jurisdição constitucional.

No controle de constitucionalidade de leis ainda existe uma subdivisão dos gêneros, tendo-se, de um lado o controle concentrado (ou abstrato) na qual se insere a ADPF⁷ e, de outro, o controle difuso⁸.

5. Op cit. p. 20: “*Marbury v. Madison*, célebre decisão proferida pela Suprema Corte norte-americana em 1803, sob a presidência de John Marshall, inaugura a jurisdição constitucional”. Na mesma página, continua o autor: “Encontrava terreno fértil no país que havia conquistado sua independência não muito tempo antes, o princípio nela enunciado, de que caberia ao Judiciário o controle de constitucionalidade das leis”.
6. BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2008. p. 3. “Por fim, uma nota conceitual e terminológica. As locuções jurisdição constitucional e controle de constitucionalidade não são sinônimas, embora sejam freqüentemente utilizadas de maneira intercambiável. Trata-se, na verdade, de uma relação entre gênero e espécie. Jurisdição constitucional designa a aplicação da Constituição por juízes e tribunais. Essa aplicação poderá ser direta, quando a norma constitucional discipline, ela própria, determinada situação da vida. Ou indireta, quando a Constituição sirva de referência para atribuição de sentido a uma norma infraconstitucional ou de parâmetro para a sua validade. Neste último caso estar-se-á diante do controle de constitucionalidade, que é, portanto, umas das formas de exercício da jurisdição constitucional”.
7. CICONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição constitucional comparada**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. Referem os autores sobre as ações integrantes do controle concentrado: “*Passando para o controle abstrato (concentrado) de constitucionalidade, analisaremos os instrumentos processuais previstos pela primeira Constituição como forma de aferição in abstracto da legitimidade constitucional de atos normativos ou com força de lei. As espécies a seguir abordadas são: (1) ação direta de inconstitucionalidade; (2) ação direta de inconstitucionalidade por omissão; (3) ação declaratória de constitucionalidade; (4) arguição de descumprimento de preceito fundamental e (5) representação direta de inconstitucionalidade para intervenção*”. p. 70. Grifo nosso.
8. PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Controle de constitucionalidade**. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008. Discorrem os autores que “*o controle incidental é realizado no modelo difuso (‘incidental’ pressupõe a existência de um caso concreto, envolvendo direito subjetivo, em que a questão constitucional*

Diante da elucidação feita por Luís Roberto Barroso pode-se afirmar que a ADPF faz parte da jurisdição constitucional (espécie), constituindo parte do controle de constitucionalidade concentrado ou abstrato de leis (gênero). Diferenciando-se assim os institutos, tem-se que a jurisdição constitucional é o gênero e o controle de constitucionalidade das leis é espécie⁹.

1.2. A natureza jurídica da argüição de descumprimento de preceito fundamental

A argüição de descumprimento de preceito fundamental foi inovação trazida com a Constituição Federal de 1988, sendo que, somente 11 anos depois, com o advento da lei 9.882/99, principiou a ter sua efetividade realmente reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. Tratou-se de inovação tanto no ordenamento jurídico brasileiro como no direito comparado, não havendo instituto parecido com a ADPF numa análise pormenorizada da referida argüição¹⁰

Já se sabe então que a ADPF faz parte da jurisdição constitucional no Brasil (gênero), sendo que é provocada por intermédio de um controle de constitucionalidade de leis (espécie). Mais, também já é sabido que se trata de uma inovação legislativa no ordenamento jurídico brasileiro e mundial, não havendo instituto idêntico a ela na atualidade.

não é a questão principal; 'difuso' traduz a idéia de apreciação da matéria por mais de um órgão judicial, ou seja, a decisão judicial comporta recurso". p. 30.

9. BOTELHO, Guilherme. **Direito ao processo qualificado**: o processo civil na perspectiva do Estado constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 44. O autor, em recente dissertação de mestrado publicada, encontra norte diferente da conclusão ora exposta. Refere: “*Não é de hoje que nota a doutrina um fenômeno de expansão da denominada jurisdição constitucional. Conceito este que, por vezes, é utilizado como sinônimo de controle de constitucionalidade e que já foi pensado mediante subdivisão em stricto sensu e lato sensu, o que, data vênica, parece equivocado. Aliás, não é demais lembrar que a expressão 'jurisdição constitucional' é utilizada na doutrina europeia comumente para englobar todos os fenômenos e normas que relacionam a constituição e o direito processual como um sinônimo ao fenômeno que, na América Latina, é corriqueiramente denominado de direito processual constitucional*”.
10. BARROSO, Luís Roberto. **Argüição de descumprimento de preceito fundamental**: apontamentos sobre seus pressupostos de cabimento. In *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. Coordenação Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 52-64. O autor realiza um resumo do histórico da ADPF no Brasil ao dizer: “*A argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) foi prevista no texto original da Constituição de 1988 e regulamentada apenas onze anos depois, com a Lei 9.882, de 03.12.1999, que dispôs sobre o seu processo e julgamento. Anteriormente à promulgação da lei, o entendimento do STF era pela não auto-aplicabilidade da medida. A ADPF insere-se no já complexo sistema brasileiro de controle de constitucionalidade sob o signo da singularidade, não sendo possível identificar proximidade com outras figuras existentes no direito comparado, como o recurso de amparo do direito espanhol, o recurso constitucional do direito alemão ou o writ of certiorari do direito norte-americano. E, apesar de fundado temor inicial, é certo também que ela não se prestou, ao menos nesses primeiros anos, a uso análogo ao da extinta advocatória, existente no direito constitucional brasileiro do regime militar*”. P. 52-53.

Mas qual é a natureza jurídica de um instituto tão novo? Será que a ADPF é tratada como um recurso pela doutrina brasileira, um incidente ou ainda, será ela uma ação constitucional ou uma ação coletiva?

Para Gregorio Assagra de Almeida¹¹ a ADPF é uma ação com dignidade constitucional, sendo por ele chamada de ação de conhecimento declaratória.

André Ramos Tavares¹² acredita ser também a argüição uma ação, embora às vezes possa ser utilizada como um incidente.

Parece que da leitura de José Maria Tesheiner e Rodrigo Azambuja da Cunha¹³ tira-se que a ADPF é um terceiro gênero que vem a se somar as ações diretas de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade, retirando-se daí a conclusão que para os autores trata-se, também, de uma ação.

Posição diferenciada entre as demais é trazida por Teori Albino Zavascki¹⁴ ao colocar as ações ajuizadas pelo controle concentrado de constitucionalidade como

11. ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das ações constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Assim afirma o autor: “Assim, entendemos que argüição de descumprimento de preceito fundamental tem natureza jurídica de ação de conhecimento declaratória que se instrumentaliza por intermédio de petição inicial, cujos requisitos estão estabelecidos no art. 3º da Lei 9.882/99”, e continua “É ação com dignidade constitucional (art. 102, §1º, da CF) e pertence ao direito processual coletivo especial, assim como a ADI e a Adecon, tendo em vista que se destina à tutela concentrada e abstrata de direito constitucional objetivo circunscrito ao que a Constituição guarda como sendo preceito fundamental”. p. 847.
12. TAVARES, André Ramos. **Tratado de argüição de preceito fundamental**: (Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99). São Paulo: Saraiva, 2001. Aponta o autor: “Poder-se-ia, pois, levantar sérias dúvidas sobre a natureza jurídica da argüição. Tem-se, contudo, como certo seu enquadramento na categoria das ações judiciais, o que não impede, como se verá oportunamente, a sua caracterização dúplice, para também inseri-la, em alguns casos, no contexto dos denominados incidentes”. p. 230.
13. TESHEINER, José Maria; CUNHA, Rodrigo A. Azambuja da. Processos objetivos no direito brasileiro: ações direta de inconstitucionalidade, declaratória de constitucionalidade e argüição de descumprimento de preceito fundamental. In **Direitos fundamentais & Justiça**. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado. Trimestral. Coordenação científica: Ingo Wolfgang Sarlet e Carlos Alberto Molinaro. N. 9 (out/dez. 2009). Porto Alegre: HS Editora, 2009. p. 124-146. Referem os autores: “Em seu conjunto, porém, essa mesma Lei, e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, vieram a construir a argüição de preceito fundamental, como um terceiro processo objetivo, a somar-se às ações, direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade, com os mesmos legitimados, atribuindo-lhe caráter subsidiário: cabe argüição de descumprimento de preceito fundamental quando incabível outro processo objetivo, por tratar-se de lei já revogada, ou de lei municipal, já se tendo afirmado haver fungibilidade entre essas ações, podendo ser admitida pela outra”. p. 144-145.
14. ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Refere o Ministro em atividade do Superior Tribunal de Justiça: “É inegável a tendência, verificada em nosso sistema, de privilegiar o método de controle concentrado de constitucionalidade das normas, e as decisões de mérito proferidas nas correspondentes ações têm não apenas a eficácia direta de tutelar a ordem jurídica, mas também, indiretamente, a de autorizar ou desautorizar a incidência da norma, objeto da ação, sobre os fatos jurídicos, confirmando ou negando a existência dos direitos subjetivos individuais. Considerando essa circunstância, e, ainda mais, que as mesmas sentenças têm eficácia *ex tunc*, do ponto de vista material, e *erga omnes*, na sua dimensão subjetiva, não

uma modalidade do processo coletivo, uma vez que acaba por tutelar, mesmo que indiretamente, direitos subjetivos individuais.

Diante de tais entendimentos acima explanados, atribui-se a arguição de descumprimento de preceito fundamental a natureza jurídica de ser uma ação que, como pensada por Teori Albino Zavascki, pode ser classificada como um processo coletivo, tendo em vista que tutela direitos subjetivos individuais mesmo que indiretamente.

2. A ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: CRÍTICAS E DEFESAS QUANTO À SUA PERMANÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Neste capítulo será analisado se o novo instituto de controle de constitucionalidade das leis, denominada de Arguição de descumprimento de preceito fundamental, ou simplesmente, ADPF, que, apesar de pensada na Constituição Federal de 1988, apenas com o advento da Lei 9.882/99 foi realmente efetivada infraconstitucionalmente e perante o Supremo Tribunal Federal, pode ter tamanha importância no ordenamento jurídico vigente.

Recentemente algumas críticas surgiram quanto à importância do instituto, sendo que, após a análise destas, serão discutidas e rebatidas as mesmas a fim de que a ADPF continue seu caminho como uma importante ação para a defesa do jurisdicionado lesado.

2.1. As críticas de Elival da Silva Ramos contra a importância das ADPF

Recentemente uma publicação foi trazida na doutrina brasileira que enfraquece as bases epistemológicas do instituto de controle de constitucionalidade das leis denominada de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Enquanto isso, um segundo entendimento de aproximação entre os controles concentrado e o difuso parece dar força a esta crítica, mesmo que de forma indireta, como se passa a relatar.

há como negar que o sistema de controle concentrado de constitucionalidade constitui, mais que modo de tutelar a ordem jurídica, um poderoso instrumento para tutelar, ainda que indiretamente, direitos subjetivos individuais, tutela que acaba sendo potencializada em elevado grau, na sua dimensão instrumental, pela eficácia vinculante das decisões. É, em outras palavras, um especial modo de prestar tutela coletiva". p. 265-266.

A primeira delas, a crítica em si da ADPF, foi pensada pelo Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade de São Paulo Elival da Silva Ramos que chega a tratar a referida ação como uma cura, denominando um subcapítulo da sua obra de: “Enfim, a panaceia: a arguição de descumprimento de preceito fundamental”, utilizando a expressão panacéia¹⁵ no sentido de ser a ação um remédio para todos os males que existe no vigente ordenamento jurídico brasileiro.

Em seqüência a sua obra traz um novo subcapítulo relacionado a ADPF, denominado de “a reconfiguração do recurso extraordinário e a eliminação da ADPF”, em que defende veementemente que não há a necessidade mais do instituto, caso houvesse uma reestruturação no recurso extraordinário¹⁶.

15. RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução**. São Paulo: Saraiva, 2010. Explica o autor no texto o que quis dizer por considerar a ADPF como uma panacéia: “No art. 4º, §1º, da Lei n. 9.882/99 estipulou-se um requisito de ordem geral, para toda e qualquer arguição de descumprimento de preceito fundamental: a subsidiariedade. Assim é que não será admitida ‘quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade’. Apesar da clareza da disposição, registram-se esforços doutrinários no sentido de converter o instituto em autêntica ‘panaceia’ jurídica, manipulável toda vez que se estiver diante de descumprimento de preceito fundamental da Constituição, independentemente da existência de outros instrumentos jurídicos aptos a, com igual eficácia, enfrentar o problema. Afirma-se, destarte, que a ‘arguição é cabível sempre, absolutamente sempre, que houver violação de preceito constitucional fundamental’, aduzindo-se, em complemento, que ‘o instituto não se contém em área residual porque a compreensão da Lei Maior não oferece qualquer indício para que se possa interpretar dessa maneira a posição do instituto no sistema. Como não se pode negar a existência do §1º, do art. 4º, da lei n. 9.882/99, busca-se salvar-lhe a constitucionalidade mediante interpretação harmonizadora, para sentenciar que ‘a interpretação válida da Lei só pode ser encontrada no sentido de considerar ter o legislador pretendido propiciar o cabimento da arguição também em todos os demais casos em que o descumprimento de preceito constitucional fundamental não possa ser sanado por não encontrar via adequada. Ora, se o Constituinte opta pela mera criação de um instituto, sem conferir-lhe contornos precisos, e remete ao legislador a tarefa de fazê-lo, há que reconhecer a este ampla liberdade de conformação da matéria, desde que não incida em inconstitucionalidade. Logo, a expressão ‘na forma da lei’, no caso do §1º, do art. 102, da Constituição da República, não pode ser interpretada como autorizadora de emissão de normas apenas sobre o procedimento da arguição, pois os próprios elementos caracterizadores do processo (legitimidade ativa e passiva, objeto mediato e imediato, efeitos da decisão etc.) por ela desencadeado não foram suficientemente descritos pela Carta Magna. Assim sendo, o §1º, do art. 4º, da Lei n. 9.882/99, a par de não admitir a interpretação conforme preconizada, pela ultrapassagem dos limites dessa modalidade exegética, em nada se contrapõe à Constituição. Todavia, não é simples existência de outros meios processuais de enfrentamento da lesão potencial ou efetiva a preceito fundamental que afasta o cabimento da existência de outros instrumentos igualmente eficazes na realização do objetivo de proteção à ordem constitucional. Desse modo, a eficácia erga omnes das decisões de procedência da ação pode desempenhar um papel decisivo do requisito da subsidiariedade”. p. 328-329.
16. Op cit. “Diante da reconfiguração ora proposta para o recurso extraordinário, afinada com o desenho de uma jurisdição constitucional concentrada, tornar-se-ia inteiramente dispensável o instituto da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Com efeito, o campo de aplicação da arguição, nas mais otimistas das perspectivas doutrinárias a seu respeito, estaria totalmente coberto pelo sistema jurisdicional brasileiro após a ampla reforma que se vaticina e se preconiza. Destarte, o controle de constitucionalidade dos atos legislativos assumiria amplitude máxima, pois abrangeria leis, em sentido formal ou apenas em sentido material, editadas nos três níveis de federação, mesmo se já revogadas pela própria Constituição ou por legislação ordinária subsequente, admitindo-se as duas modalidades básicas de controle (incidental e principal) e atribuindo-se às decisões declaratórias de inconstitucionalidade efeitos desconstitutivos

Essa reestruturação parte da premissa de uma proximidade do novo recurso extraordinário com o controle concentrado de constitucionalidade, o que faria com que este, com pequenas reformulações, seja apto o suficiente para abarcar todas as ações que podem ser objeto da ADPF.

Note-se que a ideia de uma nova força concedida ao Recurso Extraordinário não é isolada, já havendo o processualista baiano Fredie Didier Jr¹⁷ afirmado que o referido recurso, embora seja considerado de controle difuso, faz as vestes de controle concentrado de constitucionalidade quando é julgado pelo pleno do Tribunal, e é aqui que se ingressa no segundo tópico apontado acima que seria a força indireta que a crítica de Elival da Silva Ramos ganha ao ter os institutos do controle concentrado de constitucionalidade e do difuso praticamente se equiparando pela forma com que hoje são julgados.

Também nessa mesma linha, pode-se ler a doutrina de Eduardo Appio, para quem um novo modelo de controle difuso foi criado recentemente, no qual a

oponíveis contra todos. No tocante aos atos administrativos lato sensu, se de natureza normativa e diretamente reportados à Constituição Federal, seriam objeto de controle de constitucionalidade, enquanto os de efeitos concretos, atentatórios a preceitos fundamentais, seriam passíveis de questionamento por parte dos interessados, mediante o uso dos instrumentos processuais adequados, no âmbito da jurisdição ordinária. Por último, na hipótese de decisões judiciais ofensivas a normas fundamentais da Constituição, as situações, em tese, mais usuais e de maior significado a ensejar reparo por ADPF são exatamente aquelas que continuariam a ser submetidas ao Supremo Tribunal Federal, agora por meio de interposição de recurso extraordinário, visto pressuporem a violação de direito ou garantia fundamental". p. 411-412.

17. DIDIER JR, Fredie. O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro. In **Constituição, jurisdição e processo: estudos em homenagem aos 55 anos da Revista Jurídica**. Coordenação Carlos Alberto Molinaro, Mariângela Guerreiro Milhoranza e Sérgio Gilberto Porto. Sapucaia do Sul: Notadez, 2007. p. 335. Refere o autor: "*Um dos aspectos dessa mudança é a transformação do recurso extraordinário, que, embora instrumento de controle difuso de constitucionalidade das leis, tem servido, também, ao controle abstrato. Normalmente, relaciona-se o controle difuso ao controle concreto da constitucionalidade. São, no entanto, coisas diversas. O controle é difuso porque pode ser feito por qualquer órgão jurisdicional; ao controle difuso contrapõe-se o concentrado. Chama-se de controle concreto, porque feito a posteriori, à luz das peculiaridades do caso; a ele se contrapõe o controle abstrato, em que a inconstitucionalidade é examinada em tese, a priori. Normalmente, o controle abstrato é feito de forma concentrada, no STF, por intermédio da ADIN, ADC ou ADPF, e o controle concreto, de forma difusa. O controle difuso é sempre incidenter tantum, pois a constitucionalidade é questão incidente, que será resolvida na fundamentação da decisão judicial; assim, a decisão a respeito da questão somente tem eficácia inter partes. O controle concentrado, no Brasil, é feito principaliter tantum, ou seja, a questão sobre a constitucionalidade da lei compõe o objeto litigioso do processo e a decisão a seu respeito ficará imune pela coisa julgada material, com eficácia erga omnes".* p. 104-105. Também neste sentido pode ser lido COELHO, Gláucia Mara. **Repercussão geral: da questão constitucional no processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2009. Refere a autora: "*Em outras palavras, ao examinar os inúmeros recursos extraordinários que lhe são direcionados, o STF exerce o controle difuso, do qual decorreriam efeitos vinculantes apenas para as partes litigantes. Entretanto, com a sistemática trazida por esses novos institutos, as decisões proferidas pelo STF, em decorrência desses mesmos recursos (exercício do controle difuso-concreto), poderão ser dotadas de efeitos vinculantes para todos os jurisdicionados (o que é característico do controle abstrato-concentrado)".* p. 138.

eficácia erga omnes e o efeito retroativo faz com que exista uma aproximação dos dois modelos de controle de constitucionalidade.¹⁸:

Assim, frente as críticas ponderadas pelo constitucionalista e a anunciada aproximação dos controles difuso e concentrado, a questão que fica a ser respondida é se a ADPF continua sendo uma ação importante para a jurisdição constitucional no Direito brasileiro?

2.2. A importância da manutenção da ADPF no ordenamento jurídico brasileiro e o rebatimento às críticas de Elival da Silva Ramos

A primeira razão para contestar as críticas realizadas por Elival da Silva Ramos é porque este não pensou quando atacou a argüição de descumprimento de preceito fundamental que o recurso extraordinário tem um pressuposto de conhecimento atual que se incompatibiliza com um processo objetivo, que é exatamente a comprovação de que no caso em discussão exista uma repercussão geral¹⁹.

Gilmar Ferreira Mendes²⁰ aponta que a argüição de descumprimento de preceito fundamental tem se revelado um instituto superior, inclusive, ao incidente

18. APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade**: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada. Curitiba: Juruá, 2009. p. 22-23: “Este foi o prenúncio histórico de que os dois modelos iniciariam um movimento de lenta (mas constante) aproximação, o qual culminou com o recente modelo implantado no STF, no qual se advoga a eficácia erga omnes e com efeitos retroativos, mesmo em controle difuso. Trata-se de um novo modelo fundado no stare decisis, o qual demanda uniformização da jurisprudência nos tribunais. A escolha de um modelo de stare decisis, no controle difuso, que confira maior liberdade aos juizes, quando da vinculação ao precedente da Corte, implicará uma clara redução da atividade legislativa ao Congresso Nacional”.
19. MARTINS, Leonardo. A retórica do processo constitucional objetivo no Brasil. In CAMARGO, Marcelo Novelino. **Leituras complementares de constitucional**: controle de constitucionalidade. Bahia: JusPODIVM, 2007. Esta tese é defendida por Leonardo Martins ao dizer: “O ônus da parte de ter que demonstrar o significado, relevância, importância geral – seja o que for – de uma questão constitucional é absolutamente incompatível com o processo objetivo, onde, não custa lembrar, não se discute interesses processuais ou privados em primeira linha, mas busca-se esclarecer a dúvida quanto à constitucionalidade em razão da possível inconstitucionalidade e em consonância com o interesse público implícito em tal esclarecimento. No sistema processual objetivo não se concebe, portanto, questão ‘constitucional’ que não tenha ‘repercussão geral’”. p. 30.
20. MENDES, Gilmar Ferreira. **Argüição de descumprimento de preceito fundamental**: comentários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999. São Paulo: Saraiva, 2007. Refere o ministro do Supremo Tribunal Federal: “Finalmente, deve-se observar que o novo instituto pode oferecer respostas adequadas para dois problemas básicos do controle de constitucionalidade no Brasil: o controle de omissão inconstitucional e a ação declaratória nos planos estadual e municipal (cf., infra, ns. 5 e 8 dos comentários ao art. 1º). Todas essas peculiaridades realçam que, no que respeita à diversidade e amplitude de utilização, a argüição de descumprimento de preceito fundamental revela-se superior à fórmula do incidente de inconstitucionalidade. Em verdade, o novo instituto vem completar o sistema de controle de constitucionalidade de perfil relativamente concentrado no STF, uma vez que as questões, até então excluídas de apreciação no âmbito do controle abstrato de normas, serão objeto de exame no âmbito do novo procedimento”. p. 19.

de constitucionalidade, uma vez que completa se sobremaneira o controle de constitucionalidade ao prever que o novo procedimento abarca questões até então excluídas do Poder Judiciário no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

André Ramos Tavares²¹ alerta para a importância específica da ADPF para evitar ações contrárias aos preceitos fundamentais e impedir que omissões impliquem o esmorecimento dos referidos preceitos.

Fredie Didier Jr²² relembra fato importante que somente é atribuído às ações julgadas pelo controle concentrado de leis que é exatamente a impossibilidade do ajuizamento de ação rescisória para rediscutir decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Sem atribuir eficácia máxima aos ditames pensados acima, ainda existe o fato de que o recurso extraordinário nunca será, em primeira mão, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, dependendo de um juízo de conhecimento nas Varas de 1ª instância a ainda do pronunciamento dos Tribunais *a quo*, enquanto a ADPF será conhecida e julgada, por primeiro, no Supremo Tribunal Federal, o que, por si só, aumenta a fraqueza das críticas realizadas por Elival da Silva Ramos.

CONCLUSÃO

Foi estudada, num primeiro momento, a situação da arguição de descumprimento de preceito fundamental como parte integrante do controle de constitucionalidade de leis e, ao mesmo tempo, fazendo parte do que se denomina jurisdição constitucional.

Também de igual importância para tratar do tema foi o fato de ter sido confirmada a ADPF como uma ação constitucional a disposição do cidadão que, por

21. TAVARES, André Ramos. **Tratado de arguição de preceito fundamental**: (Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99). São Paulo: Saraiva, 2001. p. 226: “O enquadramento da ‘arguição’ deve ocorrer nesse contexto. Essa medida constitucional específica tem como objetivo proteger os preceitos fundamentais contra o seu descumprimento, o que significa, em outras palavras, implementar referidos preceitos, com duas vertentes admissíveis. De uma parte, impedir as ações contrárias aos referidos preceitos e, de outra parte, impedir omissões que impliquem a ‘sentença de morte’ desses preceitos”.

22. DIDIER JR, Fredie. O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro. In **Constituição, jurisdição e processo**: estudos em homenagem aos 55 anos da Revista Jurídica. Coordenação Carlos Alberto Molinaro, Mariângela Guerreiro Milhoranza e Sérgio Gilberto Porto. Sapucaia do Sul: Notadez, 2007. 329-345. “As decisões proferidas em controle de constitucionalidade – ‘d’: ADI, ADC e ADPF – ficam imunes pela coisa julgada material, não podendo ser revistas sequer por ação rescisória (art. 26 da Lei Federal nº 9.868/1999 e art. 12 da Lei Federal nº 9.882/1999). Trata-se do nível mais elevado de estabilidade a que pode chegar um posicionamento do STF em tema de interpretação da Constituição Federal”. p. 345.

ser um dos legitimados ativos ao ajuizamento dela, poderá alcançar o Supremo Tribunal Federal para tratar de assuntos de extrema importância a toda a nação.

Ocorre que, nem todos vêem na referida ação sua importância e, conforme analisado no corpo do artigo o Professor de Direito Constitucional da Universidade do Largo de São Francisco Elival da Silva Ramos que afirma ser a ADPF uma panacéia e que poderá, com algumas reformulações do Recurso Extraordinário, ser extinta, tomando esta às vestes daquela.

Por fim, foram rechaçadas as críticas realizadas pelo autor, defendendo-se ser a ADPF um instrumento deveras importante no Estado constitucional de Direito que hoje se vive. Não há como o Recurso Extraordinário vir a ser substituto da ADPF por causas que vão da mais simples a mais complexa, conforme exposto no capítulo final.

Assim, está-se diante de uma ação de força constitucional que não pode ser contestada sem a devida fundamentação pertinente para que a ADPF seja extinta, sendo, pois, imprescindível sua continuidade no ordenamento jurídico vigente.

REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO

- AGRA, Walber de Moura. **Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade**. Bahia: JusPODIVM, 2008.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das ações constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- APPIO, Eduardo. **Controle difuso de constitucionalidade**: modulação dos efeitos, uniformização de jurisprudência e coisa julgada. Curitiba: Juruá, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3 ed. – São Paulo: Saraiva, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: apontamentos sobre seus pressupostos de cabimento. In *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. Coordenação Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- BOTELHO, Guilherme. **Direito ao processo qualificado**: o processo civil na perspectiva do Estado constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- CICCONETTI, Stefano Maria; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Jurisdição constitucional comparada**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

- COELHO, Gláucia Mara. **Repercussão geral: da questão constitucional no processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2009.
- DIDIER JR, Fredie. O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro. In **Constituição, jurisdição e processo: estudos em homenagem aos 55 anos da Revista Jurídica**. Coordenação Carlos Alberto Molinaro, Mariângela Guerreiro Milhoranza e Sérgio Gilberto Porto. Sapucaia do Sul: Notadez, 2007.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade: comentários à Lei 9.868, de 10-11-1999**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MARTINS, Leonardo. Retórica do processo constitucional no Brasil. In CAMARGO, Marcelo Novelino (organizador). **Leituras complementares de constitucional: controle de constitucionalidade**. Bahia: JusPODIVM, 2007.
- MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como Democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Argüição de descumprimento de preceito fundamental – comentários à Lei n. 9.882, de 3-12-1999**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Controle de constitucionalidade**. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.
- RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- TAVARES, André Ramos. **Tratado de argüição de preceito fundamental: (Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99)**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- TESHEINER, José Maria; CUNHA, Rodrigo A. Azambuja da. Processos objetivos no direito brasileiro: ações direta de inconstitucionalidade, declaratória de constitucionalidade e argüição de descumprimento de preceito fundamental. In **Direitos fundamentais & Justiça**. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado. Trimestral. Coordenação científica: Ingo Wolfgang Sarlet e Carlos Alberto Molinaro. N. 9 (out/dez. 2009). Porto Alegre: HS Editora, 2009.
- ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

V

**APONTAMENTOS ACERCA PROJETO
DE LEI Nº 5.139/2009:
PREOCUPAÇÕES A PARTIR DE UMA PERSPECTIVA
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS**

Mariana Filchtiner Figueiredo

Doutoranda pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Conferir titulação (Adaptei do arquivo original).

RESUMO: O presente artigo examina a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, sustentando a necessidade de proteger a titularidade individual desses direitos em face das alterações previstas com o novo processo coletivo brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: direitos fundamentais; dimensão subjetiva; processo civil; processo coletivo.

ABSTRACT: This article examines the subjective dimension of fundamental rights, arguing in favor of its individual entitlement, despite the changes to be introduced by the new Brazilian class actions.

KEYWORDS: faltando

SUMÁRIO: I. Notas introdutórias – II. Dimensão subjetiva dos direitos fundamentais: 2.1. A multifuncionalidade dos direitos fundamentais; 2.2. A titularidade dos direitos fundamentais sociais – III. Preocupações acerca do Projeto de Lei nº 5.139/2009 – Bibliografia.

I. NOTAS INTRODUTÓRIAS

Os direitos fundamentais sociais e ambientais têm constituído objeto de inúmeros debates doutrinários, que refletem não somente uma preocupação geral a respeito da implementação das políticas públicas e da proteção efetiva dos bens jurídicos que configuram objeto de tutela jusfundamental, mas também uma realidade de crescimento – por vezes até geométrico, como no caso do direito à saúde – do número de ações judiciais sobre o tema. Essa realidade ainda se torna mais complexa quando se reconhece, como será exposto mais adiante, que os direitos fundamentais concretizam-se por meio de diferentes funções, a partir das quais é possível o reconhecimento de direitos e deveres de natureza variada,

a cargo do Estado e/ou de atores privados, o que só aumenta a gama de posições subjetivas passíveis de exigibilidade judicial e, portanto, o volume de processos à espera de jurisdição.

Como forma de desenhar uma possível solução para esse problema, encontra-se em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 5.139/2009, que procura estabelecer uma legislação uniforme e, em alguns aspectos, inovadora, a respeito do processo coletivo no âmbito do direito brasileiro. Em vista disso, o presente ensaio tem por meta apresentar algumas preocupações que, a partir de um viés precipuamente voltado à efetivação dos direitos fundamentais socioambientais, aponta para a necessidade de um melhor aprofundamento de certas questões, como é o caso do direito e dever de informação relativo ao exercício do *opt-out* e a restrição à dimensão subjetiva individual desses direitos fundamentais.

Cumprir ter presente, nesse contexto, que a norma jurídica não se confunde com o enunciado lingüístico que a contém (texto não é sinônimo de norma¹), o que possibilita o reconhecimento de diferentes normas jurídicas (regras e princípios) e, portanto, de distintas posições e deveres², subjetivos e objetivos, decorrentes de um mesmo enunciado normativo³. De modo mais específico, pode-se dizer que os direitos e deveres fundamentais dão origem e se efetivam por meio de posições subjetivas de cunho defensivo (direitos de defesa), vedando ingerências indevidas, por parte do Estado ou de outros particulares, sobre o âmbito de proteção do direito fundamental em causa; e posições subjetivas prestacionais, sejam estas direitos a

1. Como leciona STRECK, “o texto, preceito ou enunciado normativo é alográfico. Não se completa com o sentido que lhe imprime o legislador. Somente estará completo quando o sentido que ele expressa é produzido pelo intérprete, como nova forma de expressão. Assim, o sentido *expressado* pelo texto já é algo novo, diferente do *texto*. É a norma. A interpretação do Direito faz a conexão entre o aspecto geral do *texto* normativo e a sua aplicação particular: ou seja, opera sua *inserção no mundo da vida*. As normas resultam sempre da interpretação. E a ordem jurídica, em seu valor histórico concreto, *é um conjunto de interpretações*, ou seja, um conjunto de normas. O conjunto das disposições (textos, enunciados) é uma *ordem jurídica* apenas *potencialmente*, *é um conjunto de possibilidades*, um *conjunto de normas potenciais*. O significado (ou seja, a norma) é o resultado da tarefa interpretativa”. Cf. STRECK, Lênio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 16.
2. Sobre os deveres fundamentais, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 226 e ss; NABAIS, José Casalta. *Por uma Liberdade com Responsabilidade. Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 197 e ss.
3. Nesse sentido, e a título ilustrativo, confira-se a lição de Martín Borowski: “[e]n el sentido de un concepto semántico de norma [...], debe diferenciarse entre norma y enunciado normativo. A un mismo enunciado normativo pueden adscribirse, mediante interpretación, diferentes normas. En ese sentido, bajo una misma disposición de derechos fundamentales pueden ser cobijadas diversas normas de derechos fundamentales, trátese bien de reglas o de principios”. BOROWSKI, Martín. *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 48 (nota de rodapé nº 59).

prestações em sentido amplo, em que abrangidos deveres de proteção e deveres de organização e procedimento, sejam direitos a prestações *stricto sensu* ou, como mais comumente conhecidos, direitos a prestações materiais.

Sem a pretensão de esgotar a matéria, à evidência, busca-se com este ensaio um diálogo a respeito de algumas preocupações acerca da efetivação dos direitos fundamentais socioambientais a partir da perspectiva delineada pelo Projeto de Lei nº 5.139/2009.

II. DIMENSÃO SUBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:

2.1. A multifuncionalidade dos direitos fundamentais:

A noção de dimensão subjetiva dos direitos fundamentais reconduz-se à concepção clássica de direito subjetivo, tal como desenvolvida no âmbito do Direito Privado e, como tal, “importada” para a seara do Direito Público, em geral, e dos direitos fundamentais, em particular, durante o final do século XVIII, no período do constitucionalismo e da afirmação das primeiras Declarações de direitos. Como assinala Sarmento, mesmo construções doutrinárias conhecidas, como é o caso da teoria dos *status* de Georg Jellinek, ainda se respaldavam sobre os pressupostos de subjetivismo e individualismo que caracterizavam essa época⁴.

De lá para cá, e nada obstante uma realidade social e jurídica sempre cambiante, a noção de direito subjetivo não deixou de apresentar atualidade, perpassando o debate jurídico em torno da eficácia dos direitos fundamentais. Se o texto do artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal assegurou aplicabilidade imediata às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, vigendo como verdadeiro mandado de otimização⁵ da eficácia de tais direitos, o reconhecimento de posições subjetivas passíveis de dedução em juízo é matéria por vezes controvertida e que questiona, na verdade, a real eficácia dos direitos fundamentais, jurídica e socialmente. A idéia central que sustenta a assim designada dimensão subjetiva dos direitos fundamentais está calcada, portanto, na possibilidade de reconhecimento

4. Para maiores esclarecimentos sobre a teoria de Jellinek cite-se, entre outros, SARMENTO, Daniel. “A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria”. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.) *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 258-259. Quanto ao desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais a partir do paradigma do direito subjetivo, consultar CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Tomemos a sério dos direitos económicos, sociais e culturais”. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 1991, número especial, 1991, p. 474-478.
5. A expressão é de Ingo Sarlet, que desde a primeira edição de *A Eficácia dos Direitos Fundamentais* já defendia essa interpretação, depois reiterada nas reedições da obra e nos demais textos que se sucederam. Cf., atualmente, SARLET, 2009, op. cit., p. 270.

de posições jurídico-subjetivas ao(s) titular(es) do direito fundamental em causa, sobretudo no sentido de direito(s) passível(is) de exigibilidade em juízo, sempre que presente ameaça ou violação (CF, art. 5º, XXXV)⁶.

Esta idéia, por sua vez, encontra lastro na classificação multifuncional dos direitos fundamentais, desenvolvida por Robert Alexy⁷ e Gomes Canotilho⁸, e adaptada ao contexto brasileiro, entre outros, por Ingo Sarlet⁹ e Gilmar Mendes¹⁰. A partir da teoria de Jellinek, propõe-se a classificação dos direitos fundamentais de acordo com as funções que podem exercer, o que permite o reconhecimento de múltiplas funções a um mesmo direito fundamental, ou, em outros termos, a afirmação de que uma única norma pode ensejar diferentes posições subjetivas ao titular do direito fundamental. Com essa concepção, superam-se a teoria geracional dos direitos fundamentais, bem como o dualismo “direitos de liberdade *versus* direitos sociais”, ou “direitos negativos *versus* direitos positivos”, que realçava apenas uma determinada parcela de eficácia dos direitos fundamentais, como se outras possíveis perspectivas não lhes pudesse ser reconhecidas – e como se os custos econômico-financeiros de efetivação dos direitos fundamentais fossem problema atinente tão-só aos direitos sociais¹¹.

Em apertadíssima síntese, os direitos fundamentais podem dar origem a funções de direito de defesa, excluindo e vedando ingerências indevidas, por parte do

6. “[...] el derecho subjetivo no ‘es’ conceptualmente ni un poder de la voluntad ni un interés protegido, sino una posición jurídica. Ser un poder de la voluntad y ser un interés digno de protección, son razones que deben tenerse en cuenta para que existan derechos subjetivos en el sentido de posiciones jurídicas. // Finalmente, la exigibilidad judicial es una propiedad de las posiciones jurídicas.” Cf. BOROWSKI, op. cit., p. 43-44.
7. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
8. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 407 e ss. e p. 1.402-1.403; e op. cit., 1991, p. 479-480.
9. SARLET, 2009, op. cit., p. 155 e ss.
10. MENDES, Gilmar Ferreira. “Os Direitos Individuais e suas limitações: Breves reflexões”. In: MENDES, Gilmar Ferreira [et al.] *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 197 e ss.
11. Durante o período da Guerra Fria, essa dicotomia estendeu-se para o campo das relações internacionais, contrapondo-se liberdade e igualdade, numa lógica que, a depender do pólo capitalista ou socialista para a qual pendia, procurava dar prevalência a uns direitos sobre os outros e chegou a justificar a formalização de documentos distintos de proteção desses direitos: o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), ambos de 1966. A superação desse dualismo deu-se no plano teórico e prático, notadamente depois da queda do muro de Berlim, em 1989 e das políticas de abertura da antiga União Soviética (URSS), conhecidas como Perestroika e Glasnost. Com diferentes aportes, cf. ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta, 2002; e HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 1999, com especial ênfase sobre os custos que demanda a efetivação de todos os direitos, não somente os *welfare rights*, mas os clássicos direitos de liberdade.

Estado ou de outros particulares, na fruição do bem constitucionalmente protegido pela norma jusfundamental. Nesse sentido, por demandarem uma inação por parte do destinatário da norma de direito fundamental, são por vezes considerados “direitos negativos”. De outra parte, os direitos fundamentais rendem ensejo a direitos prestacionais, também chamados positivos porque, em contraposição aos direitos de defesa, pressupõem, para serem concretizados, a realização de uma ação por parte do destinatário da norma de direito fundamental. Distinguem-se em direitos a prestações em sentido amplo, abarcando o direito à proteção e o direito à organização e procedimento – perspectivas que talvez mais proximamente dialogue com a seara processual, já que incumbe ao Estado o dever de organizar instituições e procedimentos voltados à proteção dos direitos fundamentais de cada pessoa e perante os quais o titular do direito, caso se entenda de qualquer modo ameaçado ou lesado, possa buscar a tutela adequada e devida; e direito a prestações em sentido estrito, ou direitos a prestações materiais, quando outorgam ao titular a pretensão de exigir, inclusive judicialmente, o fornecimento das mais diversas prestações, sobretudo quando vinculadas à tutela do mínimo existencial¹².

2.2. A titularidade dos direitos fundamentais sociais

A investigação acerca da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais determina, de outra parte, um aprofundamento da análise acerca dos titulares desses direitos. Isso porque, no caso dos direitos fundamentais, mas especialmente no que concerne aos direitos fundamentais socioambientais, a dimensão subjetiva se desdobra numa titularidade simultaneamente individual e coletiva (ou difusa), ampliando a noção individual de direito subjetivo para alcançar a titulação abrangente e o caráter inclusivo¹³ de que se revestem, de modo geral, os direitos sociais e ambientais.

Importa assinalar, portanto, que a titularidade dos direitos fundamentais socioambientais não se esgota no indivíduo, ou seja, no direito de cada pessoa,

12. Nesse sentido e com maior detalhamento, ver, por todos, SARLET, 2009, op. cit., p. 167.

13. A referência ao caráter inclusivo dos direitos sociais é feita por Liana Cirne Lins, em artigo no qual defende, entre outros, uma aplicação mais efetiva da faculdade contida no artigo 7º da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), pela qual se permite que o magistrado, diante da potencialidade de uma demanda individual veicular pretensão que poderia ensejar o tratamento coletivo, remeter peças ao Ministério Público, para que este possa avaliar o cabimento e a oportunidade de ajuizamento de ação civil pública com objeto semelhante. Desse modo, sustenta que se deva privilegiar a tutela coletiva dos direitos sociais, sem, contudo, excluir a possibilidade de ajuizamento de ações individuais – o que certamente parece mais adequado. LINS, Liana Cirne. “A Tutela Inibitória Coletiva das Omissões Administrativas: um enfoque processual sobre a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais”. In: *Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar/Instituto Idéias, n. 12, out-dez 2008, p. 223-261.

como também não se restringe a determinado grupo ou mesmo à sociedade, sendo de sublinhar a inexistência de qualquer relação de prevalência abstratamente estabelecida entre a titularidade individual e a coletiva, menos ainda de caráter excludente em relação a qualquer uma delas. Tal característica não afasta, portanto, o fato de que “[o]s direitos sociais [...] já pelo seu forte vínculo [...] com a dignidade da pessoa humana e o correlato direito a um mínimo existencial” sempre foram “direitos referidos, em primeira linha, à pessoa humana individualmente considerada”¹⁴.

Nesse sentido, não podemos assentir com o argumento, sustentado por parcela da doutrina e por vezes utilizado no debate forense como “óbice teórico” à admissão de ações judiciais individuais envolvendo o direito à saúde – e que, de resto, pode ser estendido para outros direitos fundamentais passíveis de tutela coletiva, como é o caso do ambiente, por exemplo – de que, sendo também um direito social, esse permitiria o reconhecimento tão-somente de uma dimensão subjetiva de índole coletiva ou difusa, que se sobreporia ao direito individualmente considerado, tornando-o, nessa condição, impassível de exigibilidade judicial.

Com todas as vênias, a natureza “social” do direito à saúde – e do direito ao ambiente, e do direito à educação, e do direito ao trabalho, e tantos outros – em nada se relaciona com a titularidade individual ou coletiva, ligando-se, diversamente, à caracterização dos direitos sociais como pretensões marcadas pela busca de equalização das condições materiais de vida que diferencia(va)m as pessoas, num reequilíbrio que atenda ao princípio da igualdade em sua vertente substancial e realize a justiça social¹⁵. Frente a tal circunstância, não faria sentido algum que se lutasse pela consagração de direitos que fossem, pela adjetivação “social” que a linguagem doutrinária lhes atribuiu, desde logo limitados, mediante o aniquilamento da relevante parcela que é sua justiciabilidade individual.

“Sociais” são os direitos nascidos em decorrência de um movimento de emancipação, individual e coletiva, que se iniciou com a luta pela ampliação da titularidade dos direitos políticos para além das restrições impostas pelo poder econômico (a começar pelo direito de sufrágio)¹⁶, posteriormente alargada para abraçar a reivindicação de direitos que fossem efetivados por intermédio de uma atuação ativa e concreta do Estado, não mais de cunho absenteísta, senão notoriamente interventivo e dirigista, de um Estado capaz de prover adequadas condições

14. SARLET, 2009, op. cit., p. 214.

15. Em sentido semelhante, cf. SARLET, 2009, op. cit., p. 217.

16. Nesse sentido, cf. PECES-BARBA, Gregorio. “Diritti sociali: origini e concetto”. In: *Sociologia del Diritto*, ano XXVII, v. 1, 2000, p. 41-42.

de vida digna e desenvolvimento humano. “Sociais”, outrossim, são tradicionalmente chamados os direitos dos trabalhadores, quer tenham conteúdo individual (como o direito à justa remuneração pelo trabalho prestado), quer se exerçam de modo coletivo (como o direito de greve ou à negociação coletiva, por exemplo), e em nenhuma dessas hipóteses jamais se pretendeu que a titularidade individual desses direitos, e mesmo sua acionabilidade judicial, pudessem ser estancadas em face da dimensão coletiva que geralmente assumem. Como assevera Ingo Sarlet, “nem a distinção entre direitos individuais e sociais, nem mesmo a inserção de ambos os grupos de direitos em duas distintas (embora complementares e conexas) dimensões ou gerações [...] foi em si pautada pelo critério da titularidade individual ou coletiva dos direitos civis e políticos em relação aos direitos sociais”¹⁷. De modo ainda mais categórico, afirma Rodolfo Arango “[q]ue titular de los derechos sociales fundamentales es el individuo parece una afirmación obvia e incontrovertible”, exemplificando que o direito à alimentação só pode referir-se a um indivíduo, assim como o direito à saúde, no sentido de direito a uma atenção médica mínima, direciona-se à proteção do indivíduo que está enfermo¹⁸.

Lembre-se ainda, no que concerne especificamente à seara processual, que a garantia constitucional de acesso à jurisdição (CF, art. 5º, XXXV), mais do que assegurar um direito à tutela judicial para coibir lesão ou ameaça de lesão a direito, significa a “*garantia da protecção jurídica e abertura da via judiciária* para assegurar ao cidadão o acesso ao direito e aos tribunais”, integrando, na lição de Canotilho, o próprio conceito de Estado de Direito¹⁹. Trata-se de “uma protecção jurídico-judiciária individual *sem lacunas*”²⁰, que não admite um tal recorte na eficácia dos direitos socioambientais, como se cada pessoa não pudesse aceder ao Judiciário em defesa de alguma posição jurídica decorrente do direito fundamental social que, individualmente, titulariza.

Como salienta Jorge Miranda, “[p]or definição, os direitos fundamentais têm de receber, em Estado de Direito, protecção jurisdicional”²¹ – protecção esta que pressupõe, ademais, um controle de suficiência (e eficiência) das medidas e

17. Op. cit., 2009, p. 215.

18. Cf. ARANGO, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: LEGIS, 2005, p. 55-113 (e, aqui apontadas, p. 60 e 87).

19. Os demais elementos formais do Estado de direito seriam “(1) o princípio da constitucionalidade e correlativo princípio da supremacia da constituição (2) divisão de poderes, entendida como princípio impositivo da vinculação dos actos estaduais a uma competência, constitucionalmente definida e da ordenação relativamente separada das funções; (3) princípio da legalidade da administração; (4) independência dos tribunais (institucional, funcional e pessoal e vinculação do juiz à lei”. CANOTILHO, 2003, op. cit., p. 255 (grifos originais).

20. CANOTILHO, 2003, op. cit., p. 274.

21. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. v. 4. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 232.

providências tendentes a concretizá-la, o que desde já se opõe ao mencionado argumento de exclusão total da justiciabilidade individual dos direitos sociais e implica, de seu turno, a aplicação do princípio da proporcionalidade na dupla vertente de proibição de excesso e vedação de insuficiência²². Como observa Ingo Sarlet, se o cumprimento do “dever geral de efetivação” dos direitos fundamentais imposto ao Estado resulta na adoção das mais diversas medidas, esta incumbência “tem sido reconduzida especialmente ao monopólio estatal no que diz com a tutela contra violações de direitos e exercício do poder (no sentido de uma compensação pela retirada desse poder das ‘mãos’ dos indivíduos)”²³, reforçando o argumento contrário à negação da exigibilidade individual dos direitos fundamentais sociais.

III. PREOCUPAÇÕES ACERCA DO PROJETO DE LEI Nº 5.139/2009

Postas essas premissas, pode-se justificar a cautela com que vemos algumas propostas de reforma e consolidação do que vem sendo designado de “processo coletivo”, articuladas no Projeto de Lei nº 5.139/2009 e nos sucessivos substitutivos que a ele têm sido apresentados. Sem a devida contextualização às peculiaridades da realidade jurídica e social pátria, mas, sobretudo, sem a previsão de garantias efetivas de proteção dos titulares de direitos, notadamente quanto ao direito à informação e à salvaguardada de adequadas condições para o exercício do denominado *opt-out*, isto é, o direito de cada interessado em excluir-se da ação coletiva ajuizada e, portanto, de se apartar dos limites subjetivos da coisa julgada que daí será formada, as *class actions* brasileiras correm o risco de se subverterem em instrumento de limitação de direitos, e não de sua efetivação.

O exemplo da coisa julgada é bastante significativo da nossa preocupação: enquanto o artigo 32 do aludido Projeto de Lei nº 5.139/2009 prescreve que “[a] sentença no processo coletivo fará coisa julgada *erga omnes*, independentemente da competência territorial do órgão prolator ou do domicílio dos interessados”, sem qualquer restrição ou especificidade quanto à natureza da pretensão jurídica

22. Sobre o princípio da proporcionalidade como proibição de insuficiência, consultar: SARLET, Ingo Wolfgang. “Os Direitos Fundamentais e sua Dimensão Organizatória e Procedimental: alguns pressupostos para uma adequada compreensão do processo na perspectiva constitucional”. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (orgs.). *O Processo na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 879-880; e, do mesmo autor, “Constituição e Proporcionalidade: o Direito Penal e os Direitos Fundamentais entre proibição de retrocesso e de insuficiência”. *Revista de Estudos Criminais*, p. 86. In: Datadez, 2006. Ver ainda: FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais*. 4ª ed., ref. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 61 e ss.; STRECK, Lenio. “A Dupla Face do Princípio da Proporcionalidade: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais”. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 32, n. 97, p. 171-202, mar./2005.

23. SARLET, 2008, op. cit., p. 878.

tutelada ou de seus titulares; o artigo 34 prevê que “[o]s efeitos da coisa julgada coletiva na tutela de direitos individuais homogêneos não prejudicarão os direitos individuais dos integrantes do grupo, categoria ou classe, que poderão propor ações individuais em sua tutela”. Logo adiante, no § 1º do mesmo dispositivo, estabelece, contudo, que “não serão admitidas novas demandas individuais relacionadas com interesses ou direitos individuais homogêneos, quando em ação coletiva houver julgamento de improcedência em matéria exclusivamente de direito, sendo extintos os processos individuais anteriormente ajuizados”.

São muitas as questões daí suscitadas e uma investigação mais detida desses problemas ainda está longe de se esgotar, até mesmo pela dinamicidade inerente ao processo legislativo. Nesse sentido, pode-se desde logo apontar para a problemática em torno das condições pelas quais se exercerá o direito e dever de informação, sobretudo quanto ao exercício do *opt-out* por parte dos possíveis atingidos pela coisa julgada da ação coletiva. Pergunta-se: haveria um direito de “arrependimento”, com possibilidade de ulterior *opt-in*? Um tal direito de *opt-in*, ademais de resguardar a tutela do direito socioambiental em causa, não interessaria também ao legitimado passivo, reduzindo a possibilidade de ulteriores demandas sobre a mesma lide, e ao próprio Estado, já que limitaria ainda mais o número de ações individuais sobre o mesmo tema e mediante uma solução uniforme? Haveria, de outra parte, uma limitação da viabilidade da ação coletiva com relação a um número mínimo de interessados remanescentes, em caso de elevadas manifestações de exclusão por *opt-out*? Como exercer o dever de comunicação em relação a quem também possui ação individual suspensa e passível de extinção após o trânsito em julgado da decisão final da ação coletiva?

Retomando o fio condutor do texto, tome-se a dificuldade na definição da natureza do direito em causa, se individual (homogêneo) ou transindividual (coletivo ou difuso), e demanda envolvendo matéria de fato ou de direito. Mais do que a busca por um acordo semântico entre a nomenclatura estabelecida pela doutrina constitucional (e que em si mesma não é impassível de controvérsia) e aquela comumente utilizada pela doutrina processual, o receio é de que esse exercício de conformação mútua possa repercutir num esvaziamento da tutela judicial individual dos direitos fundamentais sociais. Pondere-se o prejuízo de quem já tenha oportuna e adequadamente exercido seu próprio direito de acesso ao Judiciário, pela suspensão e mesmo pelo posterior arquivamento das respectivas demandas individuais, sem a adequada informação sobre a coisa julgada formada na ação coletiva (art. 37 do PL nº 5.139/2009). De modo ainda mais grave, considere-se a situação daqueles que sequer logram exercer essa garantia constitucional de modo efetivo e para quem o “direito ao *opt-out*” pode não passar de uma abstração, embora os efeitos da coisa julgada na hipótese de improcedência talvez excluam a

possibilidade de salvaguarda da dimensão individual de um direito social prejudicado. Trata-se aqui do paradoxo da proteção do exercício da autonomia individual por sujeitos colocados em situação fática de flagrante desigualdade, para quem a garantia de condições materiais mínimas – e que por vezes podem constituir exatamente o objeto de uma ação coletiva em matéria de direitos socioambientais, o que torna a situação ainda mais dramática – é um *prius* necessário e inafastável ao exercício da liberdade que está subentendida na fruição do direito à informação, como condição prévia ao *opt-out*²⁴.

Se medidas de política judiciária são necessárias, especialmente frente ao crescimento geométrico do número de ações individuais sobre direitos sociais – e o exemplo do direito à saúde talvez seja atualmente o mais eloquente a esse respeito – não se deve perder de vista que a tutela coletiva não afasta a titularidade individual dos direitos socioambientais, que não pode ser sobrepujada em prol de uma eficiência de estatísticas e, menos ainda, de soluções coletivizantes dos direitos e das necessidades individuais. É certo que se deve perquirir por soluções, e aqui não se acusa o Projeto de Lei nº 5.139/2009 de algum tipo de autoritarismo nesse sentido, muito pelo contrário; o que se quer advertir, porém, é para a necessidade de que o foco central esteja na consecução de instrumentos de proteção mais ampla e efetiva dos direitos socioambientais, e não em outros interesses (por vezes até mesmo corporativos), como ressalva a experiência no direito comparado²⁵.

Com razão, Teori Zavascki assinala, depois de se deter na distinção entre direitos transindividuais (coletivos e difusos) e direitos individuais homogêneos, que “[h]á situações que os direitos tuteláveis se apresentam como transindividuais

24. “The class action collectivizes adjudication of those substantive rights, often revoking – either legally or practically – the individual right holder’s ability to control the protection or vindication of this rights through resort to the legal process. Thus, the more freely available the collectivizing impact of the class action, the less opportunity the individual litigant will have to control the vindication of his substantive right. Through rarely either acknowledged or explored by court or scholar, this inherent tension threatens to undermine both political and constitutional values that place significant weight on preservation and protection of the individual’s integrity and autonomy – particularly the autonomy of participation in the democratic processes as a means of protecting his own interests.” Cf. REDISH, Martin H. *Wholesale Justice: constitutional democracy and the problem of the class action lawsuit*. Stanford: Stanford Books, 2009, p. 2-3.

25. Entre as críticas ao sistema norte-americano, Martin Redish menciona a deturpação das *class actions* em instrumento mais precipuamente voltado à obtenção de vultosos honorários advocatícios do que à defesa de direitos coletivos (op. cit., p. 52), embora reconheça que os escritórios de advocacia acabem exercendo, nessa procura por possíveis demandas coletivas, uma espécie de fiscalização sobre os setores público e privado (op. cit., p. 34). E conclui: “the class action procedure, properly structured, could remain an extremely important joinder device. But it would be disingenuous to suggest that, under this revised structure, class action lawyers would have nearly the same incentives to act that they presently have”. Op. cit., p. 54. Sobre a matéria, conferir, ainda, GIDI, Antonio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos. As ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ou como individuais homogêneos, ou ainda em forma cumulada de ambos, tudo a depender as circunstâncias de fato”²⁶, cumprindo ao intérprete-aplicador “a tarefa de promover a devida adequação, especialmente no plano dos procedimentos, a fim de viabilizar a tutela jurisdicional mais apropriada para o caso”²⁷. Como será feita essa adequação, contudo, é problema que permanece ainda em aberto, conquanto pareça urgente a necessidade de se traçarem soluções conciliatórias.

Tenha-se presente que a garantia de inafastabilidade da jurisdição tem sido compreendida como “o direito de todo o homem de ser ouvido por Tribunal independente e imparcial, previamente instituído por lei”, ou seja, “o devido Direito AO processo e NO processo”²⁸, numa concepção alinhada, portanto, aos textos normativos nacionais e internacionais²⁹ e que em nenhum momento exclui a possibilidade de acesso à justiça para a defesa individual de direitos fundamentais sociais. Ao mesmo tempo, o reconhecimento de uma garantia implícita a condições materiais mínimas à vida digna (mínimo existencial), muito embora passível de adequação às condições da comunidade em que a pessoa se encontre, não deixa de apresentar um viés marcadamente individual, pois será sempre o indivíduo, em suas peculiaridades, a referência principal à definição das prestações materiais devidas – e o direito à saúde mostra-se mais uma vez um exemplo rico e dramático dessa realidade.

Por tudo isso, o presente ensaio pretende problematizar em torno das mudanças que estão sendo gestadas a respeito do processo coletivo e, no sentido de uma crítica também em construção, suscitar questões a respeito do cumprimento do dever geral de proteção dos direitos fundamentais que incumbe ao Estado pelas normas que acabam por excluir, ou pelo menos restringir severamente, a tutela individual dos direitos sociais. O caminho trilhado pela tutela dos direitos via ação civil pública, especialmente pela atuação firme do Ministério Público,

26. ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo. Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 4ª ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 38. Quanto à definição do que seja cada uma das categorias de direitos, conferir, na mesma obra, p. 32 e ss.

27. Idem, p. 39.

28. AZEVEDO, André Jobim de. “Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, outros e Constituição Federal”. In: ASSIS, Araken; MADEIRA, Luís Gustavo de Andrade (coord.) *Direito processual civil: as reformas e questões atuais do direito processual civil*. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 62 (original grifado).

29. O direito à tutela judicial é assegurado desde o nível internacional, com as previsões contidas, entre outros, na Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (DUDH/ONU – art. 10: “[t]oda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um Tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ela”), no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP – art. 14, 1), na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (art. 18) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica – art. 8º, 1).

tem apontado para a superação das desigualdades sociais e regionais, na esteira do texto constitucional, ademais de operar como instrumento efetivo de controle das políticas públicas, muitas das quais destinadas à concretização dos direitos socioambientais. O que se advoga é que o processo coletivo siga nessa mesma direção, incrementando a tutela dos direitos e a proteção do indivíduo, sem que a preocupação com volume de feitos judiciais possa simplesmente se sobrepor à garantia de acesso ao Judiciário como último instrumento de proteção da pessoa humana, lesada ou ameaçada em seus direitos.

BIBLIOGRAFIA

- ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta, 2002.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- ARANGO, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: LEGIS, 2005.
- AZEVEDO, André Jobim de. “Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, outros e Constituição Federal”. In: ASSIS, Araken; MADEIRA, Luís Gustavo de Andrade (coord.) *Direito processual civil: as reformas e questões atuais do direito processual civil*. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- _____. “O direito ao ambiente como direito subjectivo”. In: _____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004.
- _____. “Constituição e Défice Procedimental”. In: _____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004.
- _____. “Tomemos a sério dos direitos económicos, sociais e culturais”. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 1991, número especial, 1991.
- FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais*. 4ª ed., ref. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

- GIDI, Antonio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos. As ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 1999.
- LINS, Liana Cirne. “A Tutela Inibitória Coletiva das Omissões Administrativas: um enfoque processual sobre a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais”. In: *Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar/Instituto Idéias, n. 12, out-dez 2008, p. 223-261.
- MENDES, Gilmar Ferreira. “Os Direitos Individuais e suas limitações: Breves reflexões”. In: MENDES, Gilmar Ferreira [et al.] *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. v. 4. Coimbra: Coimbra, 1996.
- NABAIS, José Casalta. *Por uma Liberdade com Responsabilidade. Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- PECES-BARBA, Gregorio. “Diritti sociali: origini e concetto”. In: *Sociologia del Diritto*, ano XXVII, v. 1, 2000, p. 33-50.
- REDISH, Martin H. *Wholesale Justice: constitutional democracy and the problem of the class action lawsuit*. Stanford: Stanford Books, 2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- ____ SARLET, Ingo Wolfgang. “Os Direitos Fundamentais e sua Dimensão Organizatória e Procedimental: alguns pressupostos para uma adequada compreensão do processo na perspectiva constitucional”. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (orgs.). *O Processo na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 867-893.
- ____ Constituição e Proporcionalidade: o Direito Penal e os Direitos Fundamentais entre proibição de retrocesso e de insuficiência”. *Revista de Estudos Criminais*.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. “Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (org.) *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 11-53.
- ____; _____. “Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988”. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 67, p. 125-172, 2008.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004

_____. “A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria”. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.) *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 251-314.

STRECK, Lênio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. STRECK, Lenio. “A Dupla Face do Princípio da Proporcionalidade: da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais”. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 32, n. 97, p. 171-202, mar./2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo. Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 4ª ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

VI

O DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL À MORADIA: ANÁLISE ACERCA DE SUA EFETIVIDADE

Marlene de Paula Pereira

Advogada, especialista em Direito Ambiental -UFV, mestre em Direito da Cidade – UERJ.

RESUMO: O princípio da efetividade deve incidir sobre todo o contexto constitucional. No entanto, os direitos sociais guardam identidade com a parcela de direitos públicos subjetivos chamados direitos prestacionais, pelos quais se reclamam ações positivas do Poder Público. Assim, apesar de o texto constitucional assegurar tais direitos a todos, na prática o que se nota é a incapacidade governamental de propiciar esta rede de proteção social. Diante desta incapacidade do Estado, passa-se a entender que a concretização dos direitos sociais encontra seu limite no princípio da reserva do possível, isto é, somente são exigíveis dentro das reais possibilidades orçamentárias do governo. O objetivo deste trabalho é analisar qual o alcance da proteção constitucional aos direitos sociais e até que ponto é possível exigir a efetividade do direito social fundamental à moradia.

PALAVRAS-CHAVE: direitos sociais, moradia, efetividade.

ABSTRACT: The principle of the effectiveness must encompass all the constitutional context. However, the social rights keep an identity with the parcel of subjective and public rights called installment laws, for which its claimed positive actions from governments. Thus, although the constitutional text assure such rights to all, what is noticeable in practice the governmental incapacity to propitiate this net of social protection. Because of this incapacity of the State, it is understood that the concretization of the social rights finds its limit in the principle of reservation as possible, that is, they are only demandable inside of the real budgetary possibilities of the government. The aim of this study is to analyze what is the scope of constitutional protection of social rights and how far it is possible to require the effectiveness of fundamental social right to housing.

KEYWORDS: social rights, housing, effectiveness.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Direitos fundamentais: *status negativus* e *positivus* – 3. *Status positivus* dos direitos sociais – 4. Mínimo Existencial – 5. O direito social fundamental à moradia – 6. O direito à moradia, reserva do possível e judicialização de políticas públicas – 7. Considerações finais – 8. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

São considerados direitos fundamentais aqueles que se afiguram como básicos para que a pessoa possa se desenvolver e participar plenamente da vida. Assim, a inserção do direito à moradia na Constituição, no título dos direitos fundamentais, demonstra a relevância de seu conteúdo.

O direito à moradia encontra-se disciplinado no artigo 6º da Constituição da República, inserido no capítulo II, que trata dos direitos sociais, por sua vez inserido no título II, referente aos direitos e garantias fundamentais. Vale ressaltar que este direito não constava originalmente da enumeração constitucional, tendo sido introduzido pela Emenda Constitucional número 20, de 14/02/2000.

Sabe-se que o princípio da efetividade deve incidir sobre todo o contexto constitucional, especialmente quando da aplicação dos direitos fundamentais, o que leva a concluir que os direitos sociais, dentre eles, a moradia, estão incluídos dentre aqueles que maior cuidado devem inspirar no que toca à real aplicabilidade de suas normas.

No entanto, os direitos sociais guardam identidade com a parcela de direitos públicos subjetivos chamados direitos prestacionais, pelos quais se reclamam ações positivas do Poder Público. Assim, apesar de o texto constitucional assegurar tais direitos a todos, na prática o que se nota é a incapacidade governamental de propiciar esta rede de proteção social.

Diante desta incapacidade do Estado, passa-se a entender que a concretização dos direitos sociais encontra seu limite no princípio da reserva do possível, isto é, somente são exigíveis dentro das reais possibilidades orçamentárias do governo.

O objetivo deste trabalho é analisar qual o alcance da proteção constitucional aos direitos sociais e até que ponto é possível exigir a efetividade do direito social fundamental à moradia. Para tanto, iniciaremos com um estudo acerca dos status *positivus* e *negativus* dos direitos fundamentais, passaremos ao status *positivus* dos direitos sociais, em seguida trataremos do mínimo existencial, para enfim chegarmos ao direito à moradia e ao problema de sua aplicabilidade, tendo em vista alguns limites como a reserva orçamentária. Algumas considerações acerca do tema encerrarão o trabalho.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS: *STATUS NEGATIVUS E POSITIVUS*

Os direitos fundamentais têm na liberdade o seu fundamento e constituem a base jurídica da vida humana digna. Representam uma ordem de valores que deve guiar a interpretação das demais normas constitucionais e do ordenamento jurídico em seu conjunto. São munidos de uma eficácia *erga omnes*, impondo-se em todos os aspectos da vida social.¹

1. TORRES, Silvia Faber. Direitos prestacionais, reserva do possível e ponderação: breves considerações e críticas. In: *Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 770.

No que concerne à posição jurídica subjetiva do indivíduo frente ao Estado, a eficácia dos direitos fundamentais pode ser examinada sob o aspecto por eles apresentados.

O *status negativus* dos direitos fundamentais imprime-lhes uma característica defensiva a ponto de fazê-los reconhecerem-se como “direitos negativos” ou “direitos de defesa”. Ele significa, essencialmente, a liberdade de ação ou omissão do indivíduo sem qualquer constrangimento por parte do Estado, que teria, nessa dimensão o dever de abstenção. Este *status negativus* surge historicamente indissociável da idéia de direito liberal e durante o predomínio do liberalismo clássico do século XIX. Para os teóricos liberais o Estado representava um perigo para a autonomia pessoal e os direitos humanos apareciam como resistência ao poder estatal.²

Contudo, com a crise da consciência liberal nos últimos anos do século XIX e com a consagração do Estado Social de Direito, desenhada pela primeira vez na Constituição Mexicana de 1917 e na alemã de Weimar de 1919, modifica-se o paradigma da fundamentação dos direitos humanos, que têm seu *status negativus* esmaecido e passa a requerer também prestações estatais positivas necessárias ao desenvolvimento pleno do indivíduo.³

A dimensão positiva dos direitos fundamentais se manifesta primordialmente de duas maneiras: na proteção da esfera de segurança jurídica do indivíduo e, de forma também intensa, na garantia do mínimo existencial. Em outras palavras, o *status positivus* dos direitos fundamentais, através do qual conferem-se ao cidadão direitos a prestações positivas frente ao Estado, manifesta-se, outrossim, na garantia dos serviços públicos e no direito às condições mínimas de sobrevivência do ser humano.⁴ Nota-se assim que o direito ao mínimo existencial tem seu fundamento na idéia de liberdade e não na de justiça, pois sem um mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais de liberdade.

Sucedem, pois, que a função defensiva das liberdades fundamentais, conquanto estabeleça um impedimento à ação estatal, tem como característica básica a dispensa de lei mediadora para que se efetivem os direitos constitucionalmente consagrados. As normas constitucionais declaradoras dos direitos da liberdade são dotadas de aplicabilidade direta, ou seja, os direitos por elas reconhecidos são

2. Idem, p. 772.
3. Idem, p. 774.
4. Idem, p. 777.

dotados de densidade normativa suficiente para serem feitos valer na ausência de lei ou mesmo contra a lei. Por esta razão, para muitos os direitos sociais não se confundem com os fundamentais eis que aqueles dependem de mediação legislativa para efetivarem-se, enquanto estes independem de mediação concretizadora.

3. *STATUS POSITIVUS* DOS DIREITOS SOCIAIS

Os direitos sociais são aplicáveis de imediato, ou estes se distinguem dos direitos fundamentais, ficando o regime “pleno” restrito somente a estes últimos? Esta é uma questão controvertida para a doutrina.

Segundo o professor Ricardo Lobo Torres, os direitos fundamentais originários são os direitos da liberdade, ou direitos individuais, ou liberdades públicas, declarados no artigo 5 da Constituição Federal e nos grandes textos internacionais. Aproximam-se do que alguns autores chamam de direitos humanos de primeira geração.

Os direitos fundamentais sociais, que também compõem o quadro do mínimo existencial, são os direitos sociais tocados pelos interesses fundamentais e pela dignidade humana, e que se transformam em condições da liberdade.

Os direitos sociais, enumerados nos artigos 6 e 7 da Constituição Federal e em inúmeros documentos internacionais, que não sejam tocados pelos interesses fundamentais, permanecem como direitos não-fundamentais, estranhos ao campo do mínimo existencial.⁵ Segundo o professor Ricardo Lobo, estes direitos colocam-se fora do âmbito dos direitos humanos e pertencem a parcelas determinadas de homens, como sejam os burgueses e os trabalhadores. Tais direitos, dependentes de prestações positivas do Estado, têm a sua eficácia subordinada à concessão do legislador.⁶

Para Ingo Sarlet, os direitos sociais encontram-se sujeitos à lógica do artigo 5º, parágrafo 1, da CF, no sentido de que a todas as normas de direitos fundamentais se deve outorgar a máxima eficácia e efetividade possível, no âmbito de um processo de otimização pautado pelo conjunto de princípios fundamentais e à luz das circunstâncias do caso concreto. Em outras palavras, também as normas de direitos sociais (inclusive de cunho prestacional) devem, em princípio, ser

5. TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais*. 2008, p. 4.

6. TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 12.

consideradas como dotadas de plena eficácia e, portanto, direta aplicabilidade, o que não significa que sua eficácia e efetividade deverão ser iguais.⁷

De acordo com os ensinamentos de José Afonso da Silva, não há norma constitucional destituída de eficácia jurídica, ainda quando esta irradiação de efeitos nem sempre seja plena, comportando uma graduação.⁸ Para o autor, a relevância do estudo da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais manifestase mais acentuadamente na sua consideração em relação às chamadas normas programáticas, que é como são chamadas as normas que traduzem os elementos sócio-ideológicos da constituição, onde se acham os direitos sociais, tomados aqui em sentido abrangente incluindo também os direitos econômicos e culturais.

Luiz Roberto Barroso entende que deve-se reconhecer às normas programática um valor jurídico idêntico ao dos restantes preceitos da Constituição, como cláusulas vinculativas, contribuindo para o sistema através dos princípios, dos fins e dos valores que incorporam.⁹ Todavia, o autor ressalta que relativamente a tais normas, a posição jurídica dos administrados é menos consistente, pois tais normas não lhes conferem fruição alguma, nem lhes permite exigir que se lhe dê o desfrute de algo. As normas desta categoria apenas explicitam fins, sem indicação dos meios previstos para alcançá-los. Por tal razão, não conferem aos cidadãos uma utilidade substancial, concreta, fruível positivamente e exigível quando negada.

Barroso explica que das normas programáticas não resulta para o indivíduo o direito subjetivo, em sua versão positiva, de exigir uma determinada prestação. Todavia, faz nascer um direito subjetivo “negativo” de exigir do Poder Público que se abstenha de praticar atos que contravenham os seus ditames.¹⁰

Para Fabio Konder Comparato, a doutrina jurídica nacional, embora rejeitando a tese de que essas normas constitucionais seriam tecnicamente ineficazes, assentou, no entanto, o princípio de que tal eficácia seria sempre limitada ou mediata, ou em outras palavras, que as disposições preceptivas da constituição criariam direito subjetivo em seu aspecto negativo, não o gerando sob o ângulo positivo. Em termos práticos, significa isto que o efeito jurídico das normas constitucionais

7. SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: *Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 562.
8. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 139.
9. BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 8. ed., atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. P. 116.
10. Idem. P. 117.

programáticas só se manifestaria por ocasião de uma eventual disputa a respeito da compatibilidade, em relação a elas, de normas legais que contrariassem o sentido do preceito ou programa declarado na constituição. Para o citado autor, isto é pouco. Segundo Comparato, a via do procedimento judicial de interesse coletivo, estabelecendo normas e fixando as condições para a correção de uma injustiça generalizada, é a verdadeira solução para a recusa de aplicação, pelo legislativo e executivo, dos princípios solenemente proclamados na constituição.¹¹ Ele faz a seguinte objeção:

Quando a educação é declarada direito de todos e dever do Estado, pode o judiciário recusar-se a condenar o Poder Público a dar educação à legião de jovens brasileiros sem escola, sob o pretexto de que se trata de uma questão de natureza política, que não compete aos juizes resolver?¹²

Na mesma linha de raciocínio de Fabio Comparato, indaga-se: será juridicamente válido expressar o direito social fundamental de morar por meio de uma norma programática, despida de razoável eficácia? Quando a Constituição proclama que a justiça social é um dos parâmetros da vida econômica e social brasileira, não está afirmando que todos os brasileiros devem habitar condignamente, de acordo com suas possibilidades financeiras, mas com um mínimo necessário a uma situação justa?

Segundo Paulo Lopo Saraiva, o preceito constitucional será sempre ineficaz, enquanto o indivíduo não tiver acesso ao Poder Judiciário, para exigir a concreção da norma de caráter social, que não pode exprimir direitos sociais fundamentais de modo meramente programático.¹³ Ele retoma a teoria kelsiana para afirmar a necessidade de se tutelar o direito expresso na Constituição, ou seja, se a Constituição prevê a garantia dos direitos fundamentais, dentre eles os sociais, tal como a moradia, um direito primário inerente à própria condição humana, então este deve ser assegurado, independentemente de lei ordinária.

Em que pesem os argumentos dos adeptos da assimilação dos direitos sociais aos direitos fundamentais, mesmo estes autores consideram a barreira da reserva do possível. Silvia Faber Torres afirma que a partir do substrato básico de um mínimo prestacional, o direito a prestações públicas individualizadas, como política distributiva dos recursos existentes, se submete à capacidade financeira do

11. COMPARATO, Fabio Konder apud SARAIVA, Paulo Lopo. *Garantia Constitucional dos Direitos Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 63.

12. Idem.

13. SARAIVA, Paulo Lopo. *Direito. Garantia Constitucional dos Direitos Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 63.

Estado. Ela ressalta que o *status positivus socialis* depende da situação econômica do país e da riqueza nacional, sendo tanto mais abrangente quanto mais rico e menos suscetível a crises seja o Estado.¹⁴

Constata-se, assim, que a garantia do direito social não pode passar ao largo do princípio da separação de poderes e do princípio democrático, dependendo, para ser concretamente efetivado, da soberania orçamentária do legislador.

Os limitados recursos e bens existentes são insuficientes para satisfazer as ilimitadas necessidades humanas, o que conduz sempre a escolhas trágicas, no sentido de que o investimento em uma área exclui ou posterga o investimento em outras áreas tão ou mais importantes. Dessa forma, verifica-se um retorno à idéia do mínimo existencial, ou seja, a redução da jusfundamentalidade dos direitos sociais à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna. Em outras palavras, a parcela dos direitos sociais que podem ser exigidos de imediato é aquela contida no mínimo existencial, que é a parcela indisponível dos direitos fundamentais aquém da qual desaparece a possibilidade de se viver com dignidade.

4. MÍNIMO EXISTENCIAL

O primeiro nome ilustre a sustentar a possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna foi o publicista Otto Bachof, que, no início da década de 1950 considerou que o princípio da dignidade da pessoa humana não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada.¹⁵

Segundo Ricardo Lobo Torres, o mínimo existencial integra o conceito de direitos fundamentais. Para ele, trata-se de um direito às condições mínimas de existência digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado na via dos tributos e que ainda exige prestações estatais positivas.¹⁶

Com relação à extensão do mínimo existencial, afirma o autor que abrange qualquer direito, ainda que originariamente não-fundamental, como o direito, à saúde à alimentação, etc, considerado em sua dimensão essencial e inalienável.

14. TORRES, Silvia Faber. Op. Cit., p. 781.

15. SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit., p. 564.

16. TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais*. 2008, p. 4.

Por referir-se mais à qualidade do que à quantidade, é difícil de ser mensurado, sendo certo que será maior quanto maior for a riqueza da nação.¹⁷

Ingo Sarlet explica que o mínimo existencial não pode ser confundido com mínimo vital. Este último diz com a garantia da vida humana, sem necessariamente abranger as condições para uma sobrevivência física em condições dignas, portanto de uma vida com certa qualidade.¹⁸

Sarlet afirma ainda que a garantia do mínimo existencial independe de expressa previsão constitucional para poder ser reconhecida, já que decorrente já da proteção da vida e da dignidade da pessoa humana. Nas palavras do autor:

No caso do Brasil, onde também não houve uma previsão constitucional expressa consagrando um direito geral à garantia do mínimo existencial, os próprios direitos sociais específicos acabaram por abarcar algumas das dimensões do mínimo existencial. Por outro lado, a previsão de direitos sociais não retira do mínimo existencial sua condição de direito- garantia fundamental autônomo e muito menos não afasta a necessidade de se interpretar os demais direitos à luz do próprio mínimo existencial.¹⁹

O mínimo existencial tem sido por muitos identificado como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, núcleo esse blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado.²⁰

Como direito subjetivo, investe o cidadão na faculdade de acionar as garantias processuais e institucionais na defesa dos seus direitos mínimos.²¹

Segundo Ricardo Lobo Torres, a reserva da lei, máxime a orçamentária quando se trata de prestações positivas, é um dos limites impostos ao legislador.²² O autor afirma que a superação da omissão do legislador ou da lacuna orçamentária se realiza por instrumentos orçamentários, e jamais à margem das regras constitucionais que regulam o orçamento. Ele diz:

Se, por absurdo, não houver dotação orçamentária, a abertura dos créditos adicionais cabe aos poderes políticos, e não ao Judiciário que apenas reconhece a intangibilidade do mínimo existencial e determina aos demais poderes a prática de atos orçamentários cabíveis. Na insuficiência da verba, o Executivo, desde

17. Idem.

18. Idem.

19. SARLET, Ingo Wolfgang, op. Cit., p. 572.

20. SARLET, Ingo Wolfgang, op. Cit., p. 572.

21. TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais*. 2008, p. 4.

22. Idem.

que autorizado pelo Legislativo (art. 167, V, CF), deve suplementá-la pressionado pelo Judiciário; não havendo a dotação necessária à garantia do direito, o Legislativo deve abrir crédito especial, providenciando a anulação das despesas correspondentes aos recursos necessários (art. 166, par. 3, II e 167, V, CF).²³

Ricardo Lobo explica ainda que reserva do possível difere-se de reserva de orçamento e que a reserva do possível não é aplicável ao mínimo existencial, que se vincula à reserva orçamentária e às garantias institucionais da liberdade, podendo ser controlado pelo Judiciário nos casos de omissão administrativa ou legislativa.²⁴

5. O DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL À MORADIA

O direito à moradia é um direito humano protegido pela Constituição Brasileira e pelos Instrumentos Internacionais. Os cidadãos brasileiros são sujeitos de direito internacional aptos a exigir processualmente a promoção e o cumprimento de seus direitos humanos junto aos organismos internacionais de proteção. Essa relação entre indivíduos, Estados Nacionais e Organismos Internacionais decorre da adoção pelas Nações Unidas dos Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais (1966), cujo fundamento é a Declaração Universal dos Direitos Humanos.²⁵

Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais constituem-se pretensão dos indivíduos ou da coletividade perante o Estado, os quais são reconhecidos pelas Constituições democráticas modernas e integram a legislação positiva de grande parte dos Estados contemporâneos. Entretanto, a positivação destes direitos não tem significado sua efetivação e concretização para as pessoas que habitam os países em desenvolvimento.²⁶

O direito à moradia é reconhecido como um direito humano em diversas declarações e tratados internacionais de direitos humanos do qual o Estado Brasileiro é parte, em especial na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (artigo XXV, item 1); no Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais de 1966, Artigo 11(1); na Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 1965, Artigo 5(e)(iii); na Declaração sobre Raça e Preconceito Racial de 1978, Artigo 9(2); na Convenção sobre Eliminação

23. Idem.

24. Idem.

25. OSÓRIO, Leticia. *Direito à moradia no Brasil. Texto elaborado por delegação do Fórum Nacional de Reforma Urbana*. Disponível em: www.fna.org.br/.../DIREITO_A_MORADIA_NO_BRASIL.doc, acesso em 8 de agosto de 2008.

26. Idem.

de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 1979, Artigo 14(2)(h); Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, Artigo 27(3); na Declaração sobre Assentamentos Humanos de Vancouver de 1976, Seção III(8) e capítulo II(A.3); na Agenda 21 sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992, capítulo 7(6) e na Agenda Habitat de 1996.²⁷

O Comentário Geral n. 4 do Comitê da Nações Unidas de Direitos Econômicos Sociais e culturais é o principal instrumento legal internacional de interpretação do direito à moradia previsto no artigo 11 da Convenção de Direitos Econômicos, sociais e culturais. Ele estabelece as obrigações do Estado quanto à proteção e à promoção do direito e também o significado de “adequação” para a provisão de moradia.²⁸

Em relação aos instrumentos previstos no sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos, tem-se a Declaração Americana do Direitos e Deveres do Homem, de 1948, art. XI, diretamente aplicável à proteção e promoção do direito à moradia ao assegurar que “toda pessoa tem o direito à preservação da sua saúde por meio de medidas sanitárias sociais relacionadas à alimentação, vestuário, moradia e cuidados médicos, na extensão permitida pelos recursos públicos e comunitários.” O artigo XXII refere-se à proteção do direito à propriedade ao estabelecer que “toda pessoa tem o direito à propriedade privada para o alcance de suas necessidades essenciais de moradia adequada e para a manutenção de sua dignidade individual.”²⁹

Na Constituição Brasileira o direito à moradia está previsto como um direito social, a exigir a ação positiva do Estado por meio da execução de políticas públicas habitacionais. É obrigação do Estado impedir a regressividade do direito à moradia e também tomar medidas de promoção e proteção deste direito. Os compromissos que constam nos Tratados e Convenções internacionais têm natureza vinculante aos países signatários, acarretando obrigações e responsabilidades aos Estados pela falta de cumprimento das obrigações assumidas.³⁰

Embora o direito à moradia não estivesse previsto de modo expresso pelo Poder Constituinte, tendo sido inserido no rol dos direitos fundamentais por força da Emenda 26, de janeiro de 2000, a Constituição, já em sua redação original, estabelece como dever do Poder Público, nas esferas federal, estadual e municipal, a promoção de programas de construção de moradias e a melhoria nas condições

27. OSÓRIO, Leticia. Direito à moradia adequada na América Latina.

28. Idem, p. 32.

29. Idem.

30. Idem.

habitacionais e de saneamento básico, conteúdo programático alçado ao art. 23, inc. IX, da Lei Fundamental.³¹

Destarte, o direito à moradia já encontrava previsão constitucional no art. 7º, inciso IV, da Constituição de 1988, como bem consubstanciador do salário mínimo nacional, porquanto o art. 182, caput, prevê o desenvolvimento pleno das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.³²

Em tempo, o art. 23, IX, da Carta, prescreve que é da competência da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios promover programas de construção de moradias e melhorias das condições habitacionais, e todas os comandos constitucionais acima analisados decorrem do princípio basilar de respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/1988), bem como advêm dos objetivos fundamentais constituídos no art. 3º, da Carta, de “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (inc. I); “erradicar a pobreza e a marginalização” (inc. III); e “promover o bem estar de todos” (inc. IV).³³

Ademais, o art. 4º, inc. II, da Constituição de 1988, dispõe que o País rege-se nas suas relações internacionais por diversos princípios, dentre eles, o da prevalência dos direitos humanos (inc. II), propósito ratificado, inclusive, pelo Decreto 678/92, que promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – o Pacto de São José da Costa Rica.³⁴

Com base no exposto, pode-se concluir, seguramente, que desde a promulgação da Constituição Cidadã era possível identificar direitos fundamentais não expressamente positivados (tais como a moradia), bem como de direitos fundamentais positivados, mas localizados em outras partes do texto constitucional, que não no Título II, ou ainda previstos em tratados internacionais.

Neste sentido, José Afonso da Silva constata:

Sem sombra de dúvidas, entre a promulgação da Constituição e o surgimento da Emenda nº 26, já era possível identificar o direito à moradia como direito fundamental e social, embora implícito, dada a sua fundamentalidade material, a ele conferida principalmente por sua íntima relação com o princípio da dignidade da pessoa humana.³⁵

31. GUERRA, Gustavo Rabay. *Direito de Habitação. Dilemas de acionalidade e concretização*. Disponível em : www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.../14792, acesso em 8 de agosto de 2008.

32. Idem.

33. Idem.

34. Idem.

35. SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. Apud BESSA, Eli Meneses. *Estudos acerca do direito à moradia: definição e afirmação de seu caráter fundamental*. Disponível em: www2.fic.br/...cgi/.../busca_html?...%22MORADIA%22, acesso em 8 de agosto de 2008.

Na mesma linha de raciocínio Eli de Meneses Bessa afirma:

A dignidade da pessoa humana é tarefa e, ao mesmo tempo, limite da atividade estatal. Considerando a dimensão individual do ser humano, a dignidade assume a feição de escudo protetor da integridade física e mental do cidadão. Já numa outra dimensão, a social, a dignidade da pessoa humana “consiste na garantia de condições justas e adequadas de vida para o indivíduo e sua família, contexto no qual assumem relevo de modo especial os direitos sociais ao trabalho, a um sistema efetivo de seguridade social, em última análise, à proteção da pessoa contra as necessidades de ordem material e à asseguaração de uma existência com dignidade. Nessa linha de raciocínio, o direito à moradia aparece como elemento garantidor de mínimas condições adequadas devida para o indivíduo e sua família. Apesar de parecer óbvio, não custa afirmar que não há verdadeira dignidade sem habitação, sem morada, sem um lar seguro. Vislumbra-se, assim, o direito à moradia como um elemento concretizador do princípio da dignidade da pessoa humana, razão pela qual se revela, inegavelmente, sua fundamentalidade material, como dito acima.³⁶

Conforme foi demonstrado, o direito à moradia, como integrante da categoria dos direitos econômicos, sociais e culturais, para ter eficácia jurídica e social pressupõe a ação positiva do Estado, por meio de execução de políticas públicas.

A eficácia social significa que sejam adotadas condutas que concretizem o direito à moradia, de modo que as pessoas tenham uma vida digna ao passar a viver em condições adequadas de habitação.

A eficácia jurídica implica a realização efetiva dos resultados buscados pelas normas.

Alguns autores defendem a aplicação imediata das normas constitucionais definidoras do direito à moradia, por força do par. 1, do artigo 5, da CF, que dispõe que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Para estes autores, deve-se assegurar os direitos que estão previstos na constituição, independentemente de lei ordinária. Além disso, deixar de dar aplicabilidade ao direito à moradia com o argumento de que trata-se de uma norma programática é um equívoco, visto que: todas as disposições constitucionais são normas jurídicas; a fórmula “norma programática” é imprecisa; a idéia de “norma”, nas disposições constitucionais, prevalece sobre a de “programa” e programa e norma são expressões antitéticas.³⁷

36. BESSA, Eli Meneses. *Estudos acerca do direito à moradia: definição e afirmação de seu caráter fundamental*. Disponível em: www2.fic.br/...cgi/.../busca_html?...%22MORADIA%22 acesso em 8 de agosto de 2008.

37. PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Apud ALFONSIN, Betania e FERNANDES, Edesio (organizadores e co-autores). *Direito à moradia e segurança da posse no Estatuto da Cidade: diretrizes, instrumentos e processos de gestão*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2004, p. 178.

Segundo José dos Santos Carvalho Filho, o princípio da efetividade deve incidir em todo o contexto constitucional. Mas prevalece o sentimento de que o princípio deveria ser priorizado quando da aplicação dos direitos fundamentais, e isso exatamente pela circunstância de que, se são eles fundamentais, trazem em si o germe da supremacia, da prevalência, daquilo, enfim, que se afigura como básico para os integrantes do grupo social.³⁸

Eros Roberto Grau defende que toda norma que defina direito ou garantia fundamental é dotada de vigência e de eficácia jurídica, que deve ser aplicada imediatamente, deve ser cumprida pelos particulares e deve ser tornada prontamente exequível pelo Estado, de modo a impor o seu cumprimento, razão pela qual o Poder Judiciário, quando acionado, estará compelido a conferir-lhe efetividade jurídica ou formal. Defende também que toda norma constitucional que defina direito tem que resultar na efetividade material e não apenas formal.³⁹

Diferentemente dos renomados autores acima citados, entendemos que o que garante a efetividade do direito à moradia é a sua jusfundamentalidade. Nem todos os direitos sociais têm aplicabilidade imediata, somente aqueles tocados pelos interesses fundamentais e pela dignidade humana. Conforme defende Ricardo Lobo Torres, os direitos sociais, que não são fundamentais, necessitam da interposição do legislador para tornarem-se efetivos e estão submetidos à reserva do possível, isto é, devem ser assegurados desde que isto não prejudique o processo econômico e não comprometa a saúde das finanças públicas.⁴⁰

Já aqueles direitos sociais que integram o mínimo existencial, entendido este como a parcela mínima das condições materiais sem a qual o homem não sobrevive, devem ter a efetividade assegurada em função de possuírem natureza de direito fundamental.

O direito à moradia está contido no mínimo existencial, pois existência digna pressupõe um local seguro para habitar e desenvolver os direitos da personalidade. A violação do direito à moradia representa violação também ao direito à vida, à saúde, à liberdade, à dignidade.

Betânia Alfonsin afirma que ao tratar da relação do direito à moradia adequada com o direito à vida, devem ser considerados como indicadores o respeito ao

38. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *O princípio da efetividade e os direitos sociais urbanísticos*. In: *A efetividade dos direitos sociais*. Emerson Garcia (coordenador). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p.305.

39. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1990, p. 296, 297.

40. TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais*. 2008, p. 20.

direito à saúde, que implica por sua vez, a sua relação com o direito à alimentação, ao saneamento básico, a um meio ambiente saudável.⁴¹

A realidade das cidades brasileiras revela o desrespeito à vida com a existência de pessoas vivendo em áreas consideradas de risco, como locais sujeitos a desmoronamentos, enchentes, situados próximos à fiação de alta tensão, imóveis em condições precárias de salubridade, sujeitos a risco de incêndio, etc.

O direito à vida também é desrespeitado por faltar segurança e as pessoas serem obrigadas a conviver com conflitos armados e dominação de territórios por grupos do crime organizado.

A falta de saneamento básico implica na violação do direito à saúde diante do risco de contaminação dos alimentos consumidos pela população por causa da inexistência de água tratada e de coleta de esgoto e de lixo.

O direito de ir e vir é violado com a inexistência de vias de acesso ao local de moradia, de iluminação pública e de transporte coletivo adequado.

Outros direitos ainda são lesados pelo fato de não se ter uma moradia digna na medida em que o endereço formal é requisito para a pessoa obter emprego, financiamentos, realizar crediários.

A violação do direito à moradia ocorre pela falta de aplicação de recursos disponíveis no setor habitacional, pela não implementação de programas e projetos habitacionais de interesse social e ainda pela falta de decisões que reconheçam a função social da posse e assegurem a legitimação e a titularidade das mesmas.

6. O DIREITO À MORADIA, RESERVA DO POSSÍVEL E JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Entendendo ser o direito à moradia um direito social tocado pela fundamentalidade, e, portanto, exigível de imediato, cabe indagar: poderia, então, o indivíduo que comprovadamente não possui local para habitar ingressar em juízo em face do Poder Público para que este lhe conceda uma casa? E ainda, caberia ao Poder Judiciário assumir a política pública e adjudicar individualmente bens públicos?

Para a doutrina que divide os direitos em positivos e negativos, e que entende que os negativos são aqueles que não demandam prestação estatal para a sua

41. Idem, p. 167.

efetivação, como é caso dos direitos individuais, a decisão do Poder Judiciário no sentido de efetivá-los é aceitável. O mesmo não ocorrendo em relação aos chamados direitos positivos, que demandam prestações estatais e, portanto, estão submetidas à reserva do possível.

Diversamente, a obra de Sunstein e Holmes, *The Cost of Rights*, e, no Brasil, a *Introdução à Teoria dos custos dos direitos*, de Flávio Galdino, apontam para um caminho diverso e demonstram que todos os direitos têm um custo. Mesmo os chamados direitos individuais, segundo eles, só existem onde há fluxo orçamentário que os permitam, pois na medida em que o Estado é indispensável ao reconhecimento e efetivação dos direitos, e considerando que o Estado somente funciona em razão das contingências de recursos econômico-financeiros captados junto aos indivíduos, singularmente considerados, chega-se à conclusão de que os direitos só existem onde há recursos econômicos.⁴² Neste sentido, a efetivação de um direito independe de sua jusfundamentalidade, devendo ser solucionada com base no critério do custo-benefício.

É certo que todos os direitos têm um custo. É certo também que a crise da moradia que assola o país não é consequência da falta de recursos. Na verdade falta moradia e sobra dinheiro. O fato é que a maioria absoluta da população não dispõe de renda suficiente para atender às condições de financiamento, o que impõe a adoção de uma política ampla de subsídios. No entanto, entendemos que não cabe ao Poder Judiciário remanejar verbas orçamentárias numa clara afronta ao princípio da separação de poderes.

Permitir que o Poder Judiciário adjudique bens públicos individualmente, como tem ocorrido no caso de remédios e tratamentos, pode levar a uma grande injustiça, uma vez que por esta via pessoas não necessitadas podem se apropriar da renda pública, auferindo benefícios e ampliando ainda mais a desigualdade social.

O Poder Judiciário deve determinar a implementação da política pública. Desta forma, poderia um juiz determinar a elaboração e execução de programas e projetos de habitação no âmbito nacional ou regional/local. A obrigação de constituir planos e programas habitacionais para os segmentos sociais que não têm acesso ao mercado e vivem em condições precárias de habitabilidade e situação indigna de vida continuaria a ser do Poder Executivo, com a devida provação do Legislativo.

42. GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos – direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 204.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A falta de moradia é um dos mais graves problemas dos países da América Latina, dentre eles o Brasil.

Apesar de a Constituição Brasileira ter como um de seus princípios norteadores a dignidade da pessoa humana e assegurar o direito à moradia no artigo 6, inserido no título II, que trata dos direitos e garantias fundamentais, sabe-se que a solução para tal problema ainda está distante.

Como foi visto, o artigo 6 é norma programática, mas apesar disto o direito à moradia deve ser assegurado e efetivado em função de sua jusfundamentalidade. O direito à moradia integra o chamado mínimo existencial, isto é, à parcela mínima de direitos considerada essencial para que a possa sobreviver e exercer os demais direitos. Por esta razão, diz-se que o direito à moradia não está limitado à reserva do possível, aplicável somente aos direitos sociais não tocados por fundamentalidade.

Apesar disso, não cabe ao poder judiciário assumir a responsabilidade das políticas públicas e remanejar verbas ou adjudicar bens públicos de forma individualizada para que tal direito seja efetivado.

Diferentemente disso, deve determinar aos órgãos competentes, escolhidos de forma democrática pela sociedade, a implementação de tais políticas, sob pena de responsabilização. De outro modo, o Poder Judiciário estará servindo para que pessoas de classe média e alta, que, em regra, detém informações e meios para alcançar seus objetivos, se apoderem da renda pública e dessa forma aumente ainda mais o abismo social que caracteriza o Brasil.

O direito à moradia é um direito social fundamental e necessita ser urgentemente efetivado. Não apenas através da implementação de programas de habitação como também através da facilitação da obtenção de crédito e financiamento, além de uma política de juros baixos para o pagamento das prestações, de modo a assegurar que as pessoas consigam pagar o valor total do imóvel e não repassem o bem para a classe média, como aconteceu em outros períodos da história.

Para que o problema da moradia no Brasil seja solucionado é necessário que o Poder Executivo elabore e execute projetos habitacionais e priorize a aplicação de recursos nessas áreas. É preciso que o Poder Judiciário facilite o acesso à propriedade reduzindo os requisitos para a concessão de usucapião, reconhecendo a função social da posse, legitimando o estado de posse. E é necessário ainda que a sociedade realize melhores escolhas nas eleições e exija e fiscalize o cumprimento dos programas eleitorais.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- ALFONSIN, Betania e FERNANDES, Edesio (organizadores e co-autores). Direito à moradia e segurança da posse no Estatuto da Cidade: diretrizes, instrumentos e processos de gestão. Belo Horizonte: Editora Forum, 2004.
- BARROSO, Luis Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas. 8. ed., atual. Rio de Janeiro : Renovar, 2006.
- BESSA, Eli Meneses. Estudos acerca do direito à moradia: definição e afirmação de seu caráter fundamental. Disponível em: www2.fic.br/...cgi/.../busca_html?...%22MORADIA%22, acesso em 8 de agosto de 2008.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. O princípio da efetividade e os direitos sociais urbanísticos. In: A efetividade dos direitos sociais. Emerson Garcia (coordenador). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- GALDINO, Flávio. Introdução à teoria dos custos dos direitos – direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica), Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1990.
- GUERRA, Gustavo Rabay. Direito de Habitação. Dilemas de acionalidade e concretização. Disponível em www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.../14792, acesso em 8 de agosto de 2008.
- OSÓRIO, Leticia. Direito à moradia no Brasil. Texto elaborado por delegação do Fórum Nacional de Reforma Urbana. Disponível em: www.fna.org.br/.../DIREITO_A_MORADIA_NO_BRASIL.doc, acesso em 8 de agosto de 2008.
- TORRES, Ricardo Lobo. Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.
- TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. 2008.
- TORRES, Silvia Faber. Direitos prestacionais, reserva do possível e ponderação: breves considerações e críticas. In: Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006
- SARAIVA, Paulo Lopo. Garantia Constitucional dos Direitos Sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: In: Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, José Afonso da. Direito Urbanístico Brasileiro. Apud BESSA, Eli Meneses. Estudos acerca do direito à moradia: definição e afirmação de seu caráter fundamental. Disponível em: www2.fic.br/...cgi/.../busca_html?...%22MORADIA%22 acesso em 8 de agosto de 2008.

VII

HERMENÊUTICA, O PENSAMENTO TÓPICO E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO

Ricardo Lorenzi Pupin

Advogado. Mestrando em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba – UNIMEP/SP. Pós-graduado em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET. Professor de Direito Tributário, Direito Previdenciário, Lógica e Hermenêutica e Estágio Supervisionado em Processo Civil no Centro Universitário Salesiano de São Paulo – UNISAL/SP. Professor convidado do curso Direito Empresarial com Ênfase em Questões Tributárias do programa de Pós-Graduação da UNIMEP/SP.

Richard Pae Kim

Juiz de Direito/SP. Mestre e Doutor em Direito pela USP. Pós-doutorando em políticas públicas pela UNICAMP/SP. Professor do Curso de Mestrado em Direito da UNIMEP/SP. Professor dos cursos de pós-graduação da Escola Paulista da Magistratura.

RESUMO: Essa reflexão tem a intenção de abordar os conceitos que envolvem o pensamento tópico e sua aplicação ao Direito. Pretende-se apontar a origem da tópica em Aristóteles, a abordagem de Cícero e as propostas de Gian Battista Vico e de Theodor Viehweg. O abandono da tópica pelo pensamento moderno e pelo sistema lógico-dedutivo e de seu resgate e influência na nova retórica e no pensamento pós-positivista, abordando a problemática que envolve o pensamento situativo.

PALAVRAS-CHAVE: hermenêutica; tópica; método topoi; argumentação jurídica; lógica jurídica; sistema lógico-dedutivo.

ABSTRACT: This reflection is intended to address the concepts surrounding the topic thought and its application to Law. We intend to indicate the origin of the topic in Aristotle, Cicero's approach and the proposals from Gian Battista Vico and Theodor Viehweg. The abandonment of the topic by modern thought and the logical-deductive system and its rescue and influence in the new rhetoric and post-positivist thought, addressing the issues involving the thought situate.

KEYWORDS: hermeneutic; topical; topoi method, legal reasoning, legal logic, logical-deductive system.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O Pensamento Jurídico Moderno e o Sistema Lógico-Dedutivo – 3. Tópica de Aristóteles e Cícero: 3.1. Aristóteles; 3.2. Cícero; 3.3. Vico – 4. Desenvolvimento da Tópica – Tópica e argumentação – 5. Tópica de Theodor Viehweg e a Problemática do Raciocínio Jurídico Tópico: 5.1. A problemática acerca do raciocínio tópico; 5.2. A delimitação da tópica por Robert Alexy frente à Teoria da Argumentação Jurídica; 5.3.

1. INTRODUÇÃO

O pensamento baseado num sistema lógico-dedutivo compreende um sistema jurídico fechado e hermético, onde a construção de uma Ciência do Direito é totalmente referenciada em uma norma fundamental, que funcionaria como pressuposto de validade para todas as demais normas em vigor no ordenamento.

A sistematização jurídica passa a se basear na racionalidade, abandonando-se as contingências históricas e os alicerces dos próprios institutos jurídicos. Esses esquemas formais revelaram-se insuficientes para a ciência jurídica ao reduzir o Direito à condição de simples instrumento normativo-sistêmico, que o poder utiliza funcionalmente para a estabilização social.

Opondo-se ao pensamento imutável do Direito, baseando na sistematização lógica-dedutiva, foi resgatada a importância do elemento histórico na sua formação, e a partir dos anos cinquenta, os críticos ao positivismo jurídico como Theodor Viehweg e Chaïm Perelman resgatam alguns parâmetros pré-modernos de abordagem do Direito, dentre eles a gênese tópica dos conceitos jurídicos que derivam de uma consolidação histórica do saber jurídico.

O resgate da tópica de Aristóteles e Cícero vem para contribuir com essa nova forma de pensar o Direito no pós-positivismo, dando relevância aos fundamentos problemáticos que alicerçaram os institutos jurídicos.

O pensamento tópico vem contribuir com a nova retórica que está baseada, em primeira linha, em tornar compreensível toda a argumentação a respeito da situação do discurso, o que se faz necessário distinguir o modo de pensar não-situativo de um modo de pensar situativo, ou seja, pensamento voltado para o problema.

A forma de pensamento tópico, contudo, levanta várias problemáticas que serão apontadas nessa reflexão e que, embora não afastem sua utilidade frente ao novo pensamento do Direito, ressaltarão a importância de condicionar sua aplicabilidade em termos sistêmicos, não mais sob a visão lógico-dedutiva, mas sob a ótica de um sistema aberto baseado em normas provenientes de princípios e de regras.

2. O PENSAMENTO JURÍDICO MODERNO E O SISTEMA LÓGICO-DEDUTIVO

Os juristas da Baixa Idade Média desenvolveram princípios jurídicos com base em procedimentos de generalização de casos particulares; preocuparam-se

na sistematização, o que não era preocupação dos romanos, embora tenham criado inúmeras instituições de Direito. Essa sistematização é a base do jusracionalismo moderno. O pensamento moderno substituiu a dogmática jurídica medieval fundada na autoridade dos textos do direito romano e na providência divina da fonte da verdade pela soberania do Estado e racionalidade humana¹.

Até o final do século XIX, a tendência era marcada pelas doutrinas contratualistas que potencializaram a questão do livre-arbítrio e do próprio individualismo. O poder político era entendido como consequência da razão humana, e não, um resultado de contingências históricas. O poder político soberano, respaldado pela delegação de poder por parte dos indivíduos (pacto da sociedade política), influenciou o pensamento jurídico moderno na medida em que respaldou as construções sistemáticas a respeito do Direito².

As várias fontes de normatividade no período medieval (Direitos costumeiro, canônico, romano, germânico, feudal, das cidades etc.), deram lugar ao monopólio da criação e da aplicação das normas jurídicas ao poder soberano do Estado³.

A base do pensamento dos juristas modernos era a justificativa racional para o fenômeno histórico do Estado-nação bem como da racionalização do processo de criação e aplicação das normas que nele vigoravam. Dessa forma, o pensamento jurídico moderno transpôs para o Direito um esquema lógico-dedutivo, aplicado inicialmente às ciências da natureza e inspirado pelo pensamento de Descartes. O jusracionalismo passou a investir em padrões axiomáticos de organização do Direito. As normas jurídicas deveriam ser uma decorrência de juízos racionais e não de contingências históricas. As normas traduziam a vontade do soberano e deveria ser impostas à sociedade, mesmo que contra os costumes ou tradições⁴.

O positivismo jurídico tem seu ápice quando investiu em uma construção sistemática abstrata, como por exemplo, as codificações francesas do século XIX, que refletia a máxima da autoridade do Estado na criação do Direito, ao banir fontes normativas como os costumes, o Direito natural e os precedentes jurisprudenciais. Na Alemanha na metade do século XIX foram adotados padrões exacerbados de abstração, que afastaram os institutos jurídicos de suas bases históricas e dos valores que os inspiraram ao longo dos séculos⁵.

1. MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. A Tópica e o Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 381-384.
2. Id. Ibid. p. 381-384.
3. Id. Ibid. p. 381-384.
4. Id. Ibid. p. 381-384.
5. Id. Ibid. p. 381-384.

Com Hans Kelsen, na primeira metade do século XX, o papel da abstração e da autoridade estatal na construção de uma Ciência do Direito teve o enfoque primordial na estruturação do ordenamento jurídico, referenciando todo o sistema jurídico em uma norma fundamental, que funcionaria como pressuposto de validade para todas as demais normas em vigor no ordenamento, identificando o conceito de Direito com o de norma jurídica⁶.

A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa⁷.

O pensamento jurídico moderno, embora tenha se calcado nos pensamentos romano e medieval, a partir da Idade Moderna, rompeu com seus próprios fundamentos. Os esquemas formais de base matemática revelaram-se insuficientes para a ciência jurídica. O Direito foi reduzido à condição de simples instrumento normativo-sistêmico, que o poder utiliza funcionalmente para a estabilização social⁸.

No século XIX houve um retorno aos processos hermenêuticos concebidos pelo pensamento jurídico medieval ao buscarem a finalidade da lei e resgatarem a importância do elemento histórico na formação do Direito. Foi a partir dos anos cinquenta, entretanto, que os críticos ao positivismo jurídico como Theodor Viehweg e Chaïm Perelman, resgatam alguns parâmetros pré-modernos de abordagem do Direito, sobretudo da Antiguidade. O foco das críticas desenvolvidas está no fato de ter sido demonstrado ao longo do tempo, a inaplicabilidade no campo do Direito, de parâmetros lógicos-formais utilizados pelo positivismo jurídico. Um dos fatores dessa inaplicabilidade reside justamente na gênese tópica dos conceitos jurídicos que derivam de uma consolidação histórica do saber jurídico, *catálogo de topoi*, para Viehweg, ou resultado de afirmação de um discurso jurídico dominante no decurso do tempo, para Perelman⁹.

6. ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica: Para uma Teoria da Dogmática Jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 113.

7. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. 3ª tiragem; São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 216-217.

8. NEDEL, Antonio. *Uma Tópica Jurídica: Clareira para a Emergência do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 283-284.

9. MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A Tópica e o Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 381-384.

Não cremos em revelações definitivas e imutáveis, seja qual for; aliás, sua natureza ou origem, os dados imediatos e absolutos, sejam eles chamados sensações, evidências racionais ou intuições místicas, serão arredados de nosso arsenal filosófico. Essa rejeição não implica, nem é preciso dizer, que arredamos o efeito, sobre nossas opiniões, da experiência ou do raciocínio, mas não faremos como nossa a pretensão exorbitante de erigir em dados definitivamente claros, inabaláveis, certos elementos do conhecimento, idênticos em todas as mentes normalmente constituídas, independentes das contingências sociais e históricas, fundamento das verdades necessárias e eternas¹⁰.

Parece ter-se colocado uma divisão dicotômica: os raciocínios, ou são logicamente fundados e controláveis ou estamos diante da arbitrariedade pela impossibilidade de uma fundamentação. Viehweg, ao procurar um novo ângulo de observação, busca uma saída para esse dilema e vai resgatar a tópica, a fim de sustentar a possibilidade de uma discussão racional, mesmo quando não se possa lidar integralmente com os meios dedutivos¹¹.

3. TÓPICA DE ARISTÓTELES E CÍCERO

3.1. Aristóteles

Tópica, do grego *topos*, correspondente a *locus* do latim, é a noção de *lugar-comum*. A Tópica constitui um dos seis livros do *Organon*, de Aristóteles, onde aborda a arte da disputa, que fazia parte do domínio dos retóricos e sofistas.

Tópica é nome específico de um dos livros do *Organon* aristotélico. Trata-se de uma obra que alguns concluem como um trabalho que antecedeu à posterior elaboração dos Analíticos, uma espécie de tentativa frustrada de produzir um tratado de lógica, que foi repensado nos livros que se seguiram. Outros, porém, a viram como um texto referente a uma forma peculiar de raciocínio, diferente daquela que se encontra no Analíticos¹².

Os outros livros do *Organon* são: As Categorias; A Interpretação; As Primeiras Analíticas; As Segundas Analíticas; e As Refutações Sofísticas. No método de investigação de Aristóteles a tarefa é de se buscar um raciocínio capaz de se

10. PERELMAN, Chaïn; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. Tratado da Argumentação: A Nova Retórica. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 576-577.

11. ROESLER, Claudia Rosane. Theodor Viehweg e a Ciência do Direito: Tópica, Discurso, Racionalidade. Santa Catarina: Momento Atual, 2004, p. 26.

12. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 341.

estabelecer conclusões relativamente a todos os problemas apresentados a partir de proposições opináveis, e se possa evitar as contradições, quando se tiver de sustentar um discurso (retórico)¹³.

Aristóteles estabeleceu, então, quatro diferentes tipos de raciocínio: “Os argumentos utilizados na polêmica são de quatro espécies: argumentos didascálicos, dialéticos, críticos e erísticos. São didascálicos os argumentos que razoam a partir de princípios próprios de cada disciplina, e não a partir das opiniões de quem responde, pois importa que o discípulo deles esteja persuadido; são dialéticos os argumentos que concluem, a partir de premissas prováveis, a contradição da tese dada; críticos são o que razoam a partir de premissas que parecem verdadeiras a quem responde, e que deve conhecer necessariamente o tema que nelas se acha implícito; enfim, são erísticos os argumentos que concluem, ou parecem concluir, a partir de premissas prováveis na aparência, mas na verdade improváveis”¹⁴.

Para Aristóteles a tópica consiste numa técnica do pensamento que está orientada para o problema, que pretende proporcionar orientações e recomendações sobre o modo como se deve comportar numa determinada situação caso não se queira restar sem esperança. Em suma, constitui-se na técnica do pensar problemáticamente¹⁵.

A tópica pertence ao terreno do dialético, e não, do apodíctico (lógico), segundo Aristóteles. A tópica tem por seu objeto conclusões que decorrem de premissas que parece verdadeiras com base numa opinião respeitável. As disputas surgem das proposições, nas quais se encontram problemas. Toda proposição e problema se referem: (i) a um acidente: situações momentâneas que não alteram a essência de alguma coisa; (ii) ao gênero: enfocam-se os elementos que fazem parte da essência de alguma coisa; (iii) à propriedade: que retratam um predicado da coisa, que não indica a sua essência, mas diferencia das demais; (iv) à definição: implicam a apresentação analítica dos traços fundamentais de alguma coisa por meio de uma frase. Essas quatro *genera* se encontram relacionadas com as dez categorias: (i) substância; (ii) quantidade; (iii) qualidade; (iv) relação; (v) lugar; (vi) tempo; (vii) estado; (viii) posição; (ix) ação; (x) paixão¹⁶.

13. VIEHWEG, Theodor. Tópica e Jurisprudência: Uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídicos-científicos. Tradução de Kelly Susane Alflen da Silva. 5ª. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 21-33.

14. ARISTÓTELES. Poética; Organon; Política; Constituição de Atenas. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 81.

15. VIEHWEG, op. cit. p. 21-33.

16. Id. Ibid. p. 21-33.

Para encontrar conclusões adequadas, existem quatro procedimentos instrumentais consistentes: (i) o desvelar e o abarcar das premissas; (ii) a distinção de uma atual multiplicidade dos significados da expressão linguística e a distinção das diversas determinações da categoria; (iii) o desvelar a diferença de gênero e tipo; (iv) o desvelar as semelhanças presentes em distintos gêneros. O aspecto prático da tópica pode ser alcançado após a precedente fundamentação¹⁷.

Os denominados *topoi* (plural de *topos*) estão relacionados às conclusões dialéticas e retóricas; são os que se referem, igualmente, aos objetos jurídicos, físicos, políticos ou de quaisquer outros tipos como o tópico do mais ou menos. Para Aristóteles, *topoi*, são, portanto, pontos de vista empregáveis em muitos sentidos, aceitáveis universalmente, que podem ser empregados a favor e contra a opinião e podem conduzir à verdade, ou seja, são os *topoi*, de fato, que podem ajudar, de um modo suficientemente completo, a extrair conclusões dialéticas em relação a qualquer problema¹⁸.

O pensamento aristotélico influenciou toda a cultura jurídica ocidental, uma vez que restaram adotados também por Cícero, e aplicados pelos próprios juristas romanos à prática do Direito.

Os conceitos e as proposições básicas dos procedimentos dialéticos, estudados na Tópica aristotélica, constituíam não axiomas e nem postulados de demonstração, mas *topoi* de argumentação, isto é, lugares (comuns), fórmulas, variáveis no tempo e no espaço, de reconhecida força persuasiva no confronto das opiniões. A tópica, assim, estaria a serviço da *ars disputationis*, caso em que as conclusões a que se chega valem pelo efeito obtido sendo, pois, mais importante, uma bem feita elaboração das premissas. É o que chamou Cícero de *ars inveniendi*. Cícero entendeu a tópica não mais como uma teoria da dialética, mas como uma prática da argumentação, elaborando catálogos de lugares comuns aplicáveis ao exercício retórico¹⁹.

3.2. Cícero

A tópica de Marco Túlio Cícero resultou de um esforço de sistematização da tópica de Aristóteles, caracterizando-se mais como um receituário do que um livro filosófico. Segundo Viehweg, em Aristóteles, a distinção entre o dialético e

17. Id. Ibid. p. 21-33.

18. Id. Ibid. p. 21-33.

19. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 341.

o apodítico tem mais importância do que em Cícero, para qual toda teoria fundamental do discurso é composta de duas partes: a primeira trata da invenção e, a segunda, da formulação do juízo (do juízo segundo seu valor)²⁰.

Aristóteles esboça na sua tópica uma teoria da dialética, na qual proporciona um catálogo de tópicos estruturado de modo flexível e apto a fornecer relevantes serviços à prática. Cícero se interessa nesse ponto, onde entende por tópica uma prática da argumentação que adota um catálogo de tópicos, que com este propósito ele elaborou, se preocupando mais com os resultados, enquanto Aristóteles mais essencialmente aos fundamentos²¹.

Esse foi o grande mérito da tópica de Cícero: organizar o conjunto das máximas surgidas como fundamento na resolução de problemas. Ele fixou um critério de organização dos *topoi* científicos referentes ao todo e relacionados com determinadas situações. Nos *topoi* aplicáveis apenas a determinadas relações são estabelecidas conexões entre gênero, espécie, semelhança, diferença, contraposição, circunstâncias concorrentes, causa, efeito e comparação. O pensamento de Cícero teve inegável importância para a cultura jurídica romana e para a do Ocidente de forma geral, exatamente porque os seus tópicos serviram de importante conexão entre o pensamento aristotélico e a jurisprudência romana, que lançava mão de raciocínios voltados à resolução de problemas²².

3.3. Vico

A dissertação de Gian Battista Vico, *De nostri temporis studiorum ratiōe* (ou seja, “O modo de estudar de nosso tempo”), faz supor uma espécie de guia. Sinteticamente, as idéias principais do seu estudo concentram-se nos métodos científicos como instrumentos de investigação, onde caracteriza o antigo como retórico (tópica), herança da Antiguidade (Aristóteles e Cícero) e, ao moderno, como crítico, herança cartesiana (Descartes e suas regras: evidência; análise; síntese; enumeração)²³.

No método moderno, a vantagem se encontra na precisão e agudeza, em detrimento de um exame menos profundo, do enfraquecimento da fantasia, da

20. VIEHWEG, Theodor. Tópica e Jurisprudência: Uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídicos-científicos. Tradução de Kelly Susane Alflen da Silva. 5ª. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 21-33.

21. Id. Ibid. p. 21-33.

22. Id. Ibid. p. 21-33.

23. VIEHWEG, op. cit., p. 17-20.

pobreza da linguagem e imaturidade do juízo. No método antigo é possibilitada à inteligência humana despertar a criação e considerar uma situação a partir de ângulos diversos, em detrimento da precisão e da agudeza. Para Vico, intercalar os dois métodos é o que deve ser feito. Dessa forma, a tópica deve ser considerada como elemento fundamental, principalmente na jurisprudência, uma vez que a substituição do pensamento tópico pelo de cunho cartesiano proporcionava dificuldades para o âmbito do Direito²⁴.

4. DESENVOLVIMENTO DA TÓPICA – TÓPICA E ARGUMENTAÇÃO

Manuel Atienza, em sua reflexão sobre Direito e Argumentação, procura definir o que significa argumentar e quais os elementos constitutivos da argumentação: em uma argumentação - como atividade - e em um argumento - como um resultado dessa atividade - existem sempre, quando menos, estes elementos: 1) um idioma a falar, argumentar é uma atividade linguística, e um argumento é um produto linguístico que se pauta em um conjunto de enunciados, 2) uma conclusão, ou seja, o resultado final da argumentação ou a afirmação de que se fecha com o argumento, 3) uma ou várias premissas, que são o ponto de partida da argumentação, com os enunciados que se abrem o argumento, e 4) uma relação entre as premissas e a conclusão. (...) uma argumentação sem uma de suas etapas, não é um recurso linguístico (nossa tradução)²⁵.

Continua Atienza, ao refletir sobre as três concepções da argumentação, que a primeira trata da concepção formal enquanto característica lógica, um desencadeamento de proposições que, ao se basear em premissas verdadeira, a conclusão também será verdadeira, o que torna o argumento dedutivamente válido. A segunda concepção é a material, onde aponta, dentre outros autores, Viehweg, que caracteriza a tópica como um *ars inveniendi*, como uma técnica do pensamento problemático em que o centro da argumentação se ocupa da noção de topos. A terceira concepção é a pragmática ou dialética, que considera a argumentação como um tipo de ação ou de interação linguística, encontrada na teoria da argumentação de Habermas, na teoria da nova retórica de Perelman e na teoria da argumentação jurídica de Alexy²⁶.

24. Id. Ibid. p. 17-20.

25. ATIENZA, Manuel. Derecho y Argumentación. Serie de Teoria Juridica y Filosofia del Derecho n° 6. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997, p. 37-38.

26. Id. Ibid. p. 39-50.

Viehweg traça as seguintes distinções entre as expressões sintaxe, semântica e pragmática na nova semiótica²⁷: Sintaxe: coesão de signos com outros signos. Semântica: a coesão de signos com objetos. Pragmática: coesão situativa na qual o signo deve ser analisado em cada uso a partir da circunstância²⁸.

A nova retórica está baseada, em primeira linha, em tornar compreensível toda a argumentação a respeito da situação do discurso. Recomendável, portanto, distinguir o modo de pensar não-situativo de um modo de pensar situativo. Neste, situativo, o pensamento se move dentro da situação do discurso pragmático, ou seja, considerando a coesão situativa na qual o signo deve ser analisado em cada uso a partir da circunstância. Naquele, não-situativo, a forma de pensar possibilita desconsiderar a situação do discurso²⁹.

O pensar situativo não apresenta grandes dificuldades intelectuais, por óbvio; por sua vez, o não-situativo proporciona um comodismo intelectual na medida que se desenvolvem os axiomas (premissas evidentes e verdadeiras), o que para o âmbito jurídico possa se tornar demasiado isolacionismo.

A segurança sintática pode ser insuficiente quando na determinação da plenitude normativa, o que se faz necessária, portanto, uma argumentação plena sobre a sintaxe, devendo-se colocar em primeira linha, a tópica como *ars inveniendi* (ar de inventar).

Na investigação jurídica e na jurisprudência, deve-se levar em conta, ainda, a semântica. Considerar-se-á os elementos da linguagem jurídica como meta-linguagem, que apenas representa a linguagem jurídica do objeto da qual se ocupa. Conseguir-se, ocasionalmente, a autonomia do domínio do objeto, que se supõe seja encontrado e descrito o pensamento jurídico. Consiste numa base do pensamento, mas não oferece resultado com segurança suficiente, pois está calcado apenas nos significados das palavras dos textos jurídicos, resultando apenas numa semântica jurídica comum, sem levar em conta uma semântica científico-social³⁰.

27. Teoria geral das representações, que leva em conta os signos sob todas as formas e manifestações que assumem (lingüísticas ou não), enfatizando especialmente a propriedade de convertibilidade recíproca entre os sistemas significantes que integram.

28. VIEHWEG, Theodor. Tópica e Jurisprudência: Uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídicos-científicos. Tradução de Kelly Susane Alflen da Silva. 5ª. Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 109-116.

29. Id. Ibid. p. 109-116.

30. Id. Ibid. p. 109-116.

A retórica da Antiguidade faz referência à pragmática, à primeira vista. Tenta-se refletir com novos meios a situação pragmática que decorre sobre todo discurso, enquanto situação inicial. Busca-se uma tal maneira de pensar, que se mova dentro da situação do discurso pragmático, possibilitando desconsiderar a situação do discurso, não-situativo. O modo de pensar situativo deve ter o papel inicial (não único) do processo de produção intelectual, da investigação. Tal processo é posto como possível no lugar da determinação semântica, como um mecanismo de empreendimento, de realização.

Euresis ou *inventio* se produzem no exercício. Tópica ou *ars inveniendi* fornecem utilidade proveitosa, *topoi* ou *loci* proporcionam auxílio concreto de ponta. Eles funcionam como forma de busca no sentido retórico, enquanto provisão hipotética, como também a instrução da invenção sempre aceita ou rejeitada, para a localização de pontos de vista de problemas solucionáveis na orientação indicada por uma tópica de primeiro ou de segundo grau, como possibilidades de partida para a discussão, como objetos de conclusões e outros mais³¹.

Esse processo de produção intelectual, segundo Viehweg, é um processo deliberativo e comunicativo que busca a investigação dos fundamentos jurídico-científicos em sua essência. Compõe-se das seguintes considerações: (i) lógico-científicas; (ii) crítico-linguísticas; e (iii) éticas.

A lógica pressupõe um pensar situativo e pragmático. Consiste numa orientação rigorosa do diálogo que não permite qualquer meio livre de invenção comunicativa. É, sem dúvida, a que corresponde no melhor modo à situação do discurso pragmático e é, portanto, o mais fácil de se controlar.

A orientação crítico-linguística tem por objetivo fundamental tornar bastante compreensível a situação pragmática geral, quando se concebe seu pronunciamento como ordem recíproca para a identificação linguística (invenção) e para o uso linguístico, pressupondo proporcionadas e admitidas.

A questão ética procedimental está ligada às obrigações processuais de afirmação, fundamentação, defesa e de esclarecimento. Requisitos tidos normalmente como de cunho puramente formal são, na verdade, expressão de *topoi* jurídicos, como o dever de comprovar a existência do direito que se alega (ônus da prova) e a própria motivação da decisão judicial.

31. Id. Ibid. p. 113.

5. TÓPICA DE THEODOR VIEHWEG E A PROBLEMÁTICA DO RACIOCÍNIO JURÍDICO TÓPICO

O mais importante aspecto da tópica é que constitui numa técnica do pensamento que está orientada para o problema. Pretende proporcionar orientações e recomendações sobre o modo como se deve comportar numa determinada situação caso não se queira restar sem esperança. Dessa forma, apenas o problema concreto ocasiona de modo evidente o jogo de ponderação.

Para Viehweg, problema é “toda questão que aparentemente permite mais de uma resposta e que requer necessariamente um entendimento preliminar, de acordo com o qual toma o aspecto de questão que há que levar a sério e para a qual há que buscar uma resposta como solução³²”.

No contexto das situações onde não há uma solução ou orientação decisória previamente estabelecida é que o raciocínio tópico se situa. Àquele a quem se submete o problema deve oferecer uma alternativa plausível e que possa, inclusive, vir a servir de base para a solução de problemas semelhantes no futuro³³.

O foco da investigação de Viehweg é identificar qual enfoque deverá ser privilegiado: o do sistema ou o do problema. No raciocínio do autor, ênfase no sistema opera uma seleção de problemas, enquanto que o acento no problema busca um sistema que sirva de ajuda para encontrar a solução. No processo de aplicação do Direito consiste numa fundamental questão.

Em outras palavras: se se focar no sistema, só é problema aquilo que o sistema reconhece como tal; por outro lado, se o ponto referencial básico é o problema, caso um determinado sistema dedutivo não oferecesse uma solução, seria possível buscar em outros sistemas (ou fora do sistema-base) uma forma de resolvê-lo. Essa é a abordagem pela qual parte a tópica.

Viehweg distingue uma tópica de primeiro grau, onde o procedimento adotado frente a um problema sem referência decisório prévio é quase instintivo; de tópica de segundo grau, onde a investigação conduz a determinados pontos de vista diretivos, um repertório de pontos de vista preparados de antemão, produzindo-se catálogos de *topoi* (tópica de segundo grau).

32. Id. Ibid. p. 113.

33. MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. A Tópica e o Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 100.

Esses catálogos de *topoi*, ou a certo tópico, se consolida com o tempo, criando máximas que orientam as diversas áreas do conhecimento na modernidade, ou seja, representam *lugares-comuns* próprios de cada esfera do conhecimento.

5.1. A problemática acerca do raciocínio tópico

O raciocínio tópico, como já dito, é raciocinar com base no problema. Esse modo de raciocinar, na busca de soluções, traz consigo duas exigências: (i) que tais soluções sejam aceitáveis em termos sistêmicos e (ii) que não impliquem a pura desconsideração das peculiaridades do caso sob análise.³⁴

Agir com base em *topoi* não corresponde a uma atuação absolutamente arbitrária, despida de quaisquer referenciais prévios. Consiste, na verdade, numa complementaridade entre a tópica e o estabelecimento de premissas. Encontra-se nos próprios problemas uma importante fonte de geração de suas premissas, que se alteram e se ampliam na mesma proporção em que surgem novos problemas ou em que são formuladas soluções renovadas para problemas previamente existentes³⁵.

A noção de *catálogo de topoi* está diretamente ligada ao vínculo lógico entre as diferentes máximas comumente admitidas em um sistema que, contudo, não cria um sistema estanque e sim um conjunto que deve ser dotado de uma certa flexibilidade, a fim de que se possa adequar a novos problemas.

O raciocínio tópico deve contar com um mínimo de consenso e de previsibilidade; portanto, embora não conduza a vinculações absolutas, deve reconhecer que alguns vínculos são indispensáveis. Com o surgimento de novos problemas, as máximas vigentes no sistema podem ser modificadas.

A tópica, por atuar no campo da dialética, não lida com verdades e sim com opiniões majoritariamente aceitas; deste modo, um raciocínio tópico é o consenso, ou seja, as alterações no catálogo consolidado de *topoi* são derivadas de contraposições de teses, que contribuem para a formação de uma síntese a respeito de certas questões.

O tema central de Theodor Viehweg é a Ciência do Direito, na medida em que buscou compreendê-la do ângulo de sua estrutura. A proposta de Viehweg parece consistir na interação entre os raciocínios tópico e sistemático, das próprias

34. MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. A Tópica e o Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 102.

35. Id. Ibid. p. 102.

possibilidades da tópica como base para uma metodologia da Ciência do Direito, não mera integração de lacunas e concretização de cláusulas gerais.³⁶

A base de um sistema formal, a partir da articulação entre conceitos e proposições topicamente construídos no passado é o que Viehweg denomina de *catálogo jurídico de topoi*. Não é possível a renúncia de uma análise sistemática do Direito, entretanto, esse catálogo jurídico de *topoi*, representado pelo ordenamento jurídico, deve ser visto como um sistema em constante mutação. Não é possível defender, nos dias atuais, a idéia de que as mudanças no acervo conceitual de determinado ordenamento jurídico devem estar exclusivamente atreladas ao processo legislativo; afinal, a dinâmica social é muito mais célere que a capacidade do sistema legislativo.³⁷

5.2. A delimitação da tópica por Robert Alexy frente à Teoria da Argumentação Jurídica

Robert Alexy, na formulação da sua Teoria da Argumentação Jurídica, tratou de delimitar a tópica abordada na tese de Viehweg, de que a Ciência do Direito deve ser entendida como tópica.

Alexy, citando Otte³⁸, elenca os três sentidos acerca da tópica: (i) uma técnica de busca de premissas; (ii) uma teoria sobre a natureza das premissas; (iii) uma teoria do uso dessas premissas na fundamentação jurídica.

Como técnica de busca de premissa, a tópica pressupõe a busca de todos os pontos de vista que se possa levar em conta, para o qual os catálogos de *topoi* são auxiliares, embora entenda que tais catálogos podem ser postos em dúvida.

Enquanto teoria sobre a natureza das premissas, quem argumenta topicamente não parte, por um lado, de enunciados postos como verdadeiros, nem de enunciados arbitrariamente postos, mas de enunciados verossímeis. Contudo, critica a característica excessivamente geral. Citando Struck, “a lei é um topo entre outros, só que muito mais importante”. Alexy conclui que esta afirmação não se corrobora ao papel das normas jurídicas vigentes no discurso jurídico e, portanto, parece a tópica ser impotente para enquadrar a argumentação jurídica tanto na dogmática jurídica institucionalmente elaborada, como também no contexto dos precedentes.³⁹

36. Id. Ibid. p. 268.

37. Id. Ibid. p. 269.

38. ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2ª. ed. São Paulo: Landy Editora, 2008, p. 50.

39. Id. Ibid. p. 51.

Robert Alexy alerta principalmente quanto à problemática na fundamentação dos juízos singulares, afinal, a regra vigente de considerar todos os pontos de vista não diz nada sobre qual deve prevalecer e nem sequer determina quais são os pontos de vista que devem ser considerados.⁴⁰

Finalmente Alexy, delimitando a questão da tópica, afirmou de forma extremamente clara que se “deve manter a tese da tópica de que, inclusive quando não são possíveis fundamentações concludentes, não se deve conduzir à decisão irracional, assim como a idéia de que o conceito de fundamentação racional está estritamente entrelaçado com o de discussão racional.”⁴¹

A argumentação jurídica se encontra submetida à vinculação da lei, ao precedente e à dogmática, embora sob essas condições, não conduzam, necessariamente, a um único resultado em cada caso concreto, pois em cada caso são necessárias valorações que não são dedutíveis diretamente do material normativo preexistente.⁴²

A problemática maior na base da argumentação surge no âmbito dos direitos fundamentais, onde não há o fator de vinculação mais importante que é a lei ordinária, em geral relativamente concreta; haverá, em seu lugar, as disposições de direitos fundamentais, extremamente abstratas, abertas e ideologizadas. Essa questão influencia na controlabilidade racional no âmbito dos direitos fundamentais e recomenda a distinção entre a base e o processo da argumentação nesse âmbito.⁴³

A base da argumentação no âmbito dos direitos fundamentais, para Alexy, ocorre da mesma forma que na argumentação jurídica em geral, identificada pelos termos lei, precedente e dogmática. O processo da argumentação no âmbito dos direitos fundamentais, segundo o próprio autor, não elimina a lacuna de racionalidade, que será preenchida pelo discurso de direitos fundamentais que, embora se ocupe em atingir resultados constitucionalmente corretos a partir da base da argumentação, não evitará a abertura do sistema jurídico, provocada pelos princípios de direitos fundamentais.⁴⁴

40. Id. Ibid. p. 52.

41. Id. Ibid. p. 52-53.

42. Id. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 548-549.

43. Id. Ibid. p. 551.

44. Id. Ibid. 569-574.

5.3. Sistema Lógico-Dedutivo e a Tópica

O pensamento tópico, enquanto método de interpretação constitucional, pode contribuir para o processo de sistematização normativa de maneira a ultrapassar o sistema lógico-dedutivo enquanto fechado e desvinculado dos fatores reais e do aspecto material da Constituição. Sob esse prisma, pressupõe um sistema constitucional aberto de regras e princípios: “(1) — é um sistema jurídico porque (...) é um sistema dinâmico de normas; (2) — é um *sistema aberto* porque tem uma *estrutura dialógica*, (CALIESS) traduzida na disponibilidade e «capacidade de aprendizagem» das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da «verdade» e da «justiça»; (3) — é um *sistema normativo*, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas é feita por meio de *normas*; (4) — é um *sistema de regras e de princípios*, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de *princípios* como sob a sua forma de *regras*”⁴⁵.

Segundo Canotilho “a interpretação das normas constitucionais é um *conjunto de métodos*, desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência com base em critérios ou premissas (filosóficas, metodológicas, epistemológicas) diferentes, mas em geral, reciprocamente complementares⁴⁶”. Dentre os vários métodos de interpretação constitucional, aponta o tópico-problemático e elenca suas premissas e funções: (1) *carácter prático* da interpretação constitucional, dado que, como toda a interpretação, procura resolver os problemas concretos; (2) *carácter aberto, fragmentário ou indeterminado* da lei constitucional; (3) *preferência pela discussão do problema* em virtude da *open texture* (abertura) das normas constitucionais que não permitam qualquer dedução subsuntiva a partir delas mesmo. (...) A tópica seria, assim, uma arte de invenção (*inventio*) e, como tal, técnica do pensar problemático. Os vários tópicos teriam como função: (i) servir de *auxiliar* de orientação para o intérprete; (ii) constituir um *guia de discussão* dos problemas; (iii) permitir a decisão do problema *jurídico* em discussão⁴⁷.

O autor alerta quanto à concretização do texto constitucional a partir dos *topoi*, que pode “conduzir a um casuismo sem limites, a interpretação não deve partir do problema para a norma, mas desta para os problemas⁴⁸”.

45. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 165.

46. Id. Ibid. p. 213-214.

47. Id. Ibid. p. 213-214.

48. Id. Ibid. p. 213-214.

Ressalvado o alerta de Canotilho, o pensamento tópico não deve substituir o sistema lógico-dedutivo por sistema-tópico, mas participar enquanto processo de corroboração entre os fatos e as normas constitucionais – nesse ponto objeto de análise – de forma a substanciar as decisões e as construções normativas. Nesse sentido é harmonizável o raciocínio tópico com a própria idéia de sistema.

É conveniente ressaltar que não foi proposta de Viehweg a substituição do paradigma sistemático pelo problemático, mas apenas uma harmonização entre eles, de forma a não se prender somente ao dedutivismo lógico do método sistemático⁴⁹.

A Ciência do Direito que precisamente se tratou mais acima (cfr. I), ela se encontra mencionada em segundo lugar. Ela não trata de transformar a técnica jurídica em sua essência. Ela, porém, a concebe, por consequência, como uma forma fenomênica da incessante busca do justo, da qual emana o direito positivo e, que se continua mediante o direito positivo. Esta busca, com todas suas peculiaridades humanas, é seu grande objeto de investigação. Ela não pode ser absorvida pela jurisprudência; porém, frente a ela, é o primeiro recurso esclarecedor e garantidor, que tem de mostrar suas possibilidades e proporcionar uma ajuda praticável. Em correspondência a outras disciplinas especializadas lhes sustem a Teoria do Direito, que aqui tem de ser uma teoria concisa, teoria da prática, entendida em seu mais amplo sentido. Uma teoria semelhante até agora só se encontra de um modo isolado. Ela deve recorrer à sua investigação sobre busca de sistematização, aqui e adiante, onde também deve sempre considerar a perspectiva da tópica. Ter-se-á de considerar, ao contrário, da representação de um sistema jurídico dedutivo que se pretende implicitamente existente, segundo se diz, o que é provavelmente difícil⁵⁰.

6. CONCLUSÕES

A tópica pode ser entendida como uma técnica de pensar problematicamente, adotando-se como premissa maior o problema, enquanto o sistema seria colocado em premissa menor, ou seja, o sistema deveria se adequar ao problema para se encontrar uma solução.

49. Essa conclusão também pode ser observada nas reflexões postas na tese de doutorado da Profa. Claudia Rosane Roesler, mais especificamente no item “3. Tópica e Sistema Dedutivo” do Capítulo VI – “A Análise da Tópica e suas Consequências para a Jurisprudência”, que se baseou na edição alemã da obra de Teodor Viehweg *Topik und Jurisprudenz*. In: ROESLER, Claudia Rosane. Theodor Viehweg e a Ciência do Direito: Tópica, Discurso, Racionalidade. Santa Catarina: Momento Atual, 2004, p. 157-166.

50. VIEHWEG, Theodor. Tópica e Jurisprudência: Uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídicos-científicos. Tradução de Kelly Susane Alflen da Silva. 5ª. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 92-93.

Pode ser compreendida como um método de interpretação e até mesmo como opositora à sistemática lógico-formal ao se basear, fundamentalmente, em catálogos de *topoi*, que por sua vez, poderiam se resumir às próprias normas jurídicas positivadas.

Viehweg, ao buscar compreender a Ciência do Direito do ângulo de sua estrutura, investigou a teoria da *praxis* ao invés de uma teoria da ciência nos parâmetros cartesianos e, dessa forma, resgatou a tópica como substrato de todo o sistema ao resgatar o referencial histórico-institucional do Direito.

Nesse sentido, a tópica não consiste num método de interpretação, mas, numa forma de raciocínio argumentativo e problemático do conhecimento.

A tópica pode não se limitar a um recurso de última linha, apenas como integrativa das lacunas e da concretização das cláusulas gerais. Ao nosso ver, a contribuição da tópica consiste em resgatar a problematização enquanto origem dos próprios institutos jurídicos e, dessa forma, não podem ser abandonados ou substituídos pelas formalidades do pensamento cartesiano lógico-dedutivo, tão-somente.

Dentro de um sistema jurídico aberto onde se verifica a existência de princípios e de regras, a tópica pode ter uma salutar contribuição ao atualizar e renovar a hermenêutica constitucional, não de forma a substituir o sistema lógico-dedutivo por um sistema-tópico, mas, participar enquanto processo de corroboração entre os fatos e as normas constitucionais (com regras e princípios) de forma a substanciar as premissas adotadas nas decisões e nas construções normativas, dentro de uma concepção pós-positivista do Direito, não deixando em segundo plano aquilo que representa a própria razão do sistema jurídico.

Não se está aqui a defender a utilização da tópica como uma solução a todos os problemas jurídicos. Entendemos que a tópica também pode, da mesma forma como Robert Alexy propõe uma teoria geral da argumentação jurídica, conduzir a consensos racionais para a solução de conflitos jurídicos.

É sabido que uma das críticas importantes ao pensamento tópico-jurídico consiste na afirmação de que o pensamento de Viehweg de que a Ciência do Direito deve se orientar pelo problema não traduziria, em termos teóricos-científicos, a qualquer critério de decisão utilizável, como afirmou de forma categórica Claus-Wilhelm Canaris. Entretanto, entendermos ser possível, não só quando se trata de questões ligadas às normas infraconstitucionais, mas também na aplicação de princípios constitucionais, que o intérprete poderá, com base nos *topoi*, escolher pelas técnicas tópicos clássicas qual deve ser o *topos* a prevalecer naquele caso

concreto, sem que com isto se possa concluir pela quebra do princípio da segurança jurídica.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica: Para uma Teoria da Dogmática Jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 2ª. ed. São Paulo: Landy Editora, 2008.
- _____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ARISTÓTELES. *Poética; Organon; Política; Constituição de Atenas*. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1999.
- ATIENZA, Manuel. *Derecho y Argumentación*. Serie de Teoria Juridica y Filosofia del Derecho nº 6. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- CAPELLA. Juan-Ramon. *El derecho como lenguaje*. Barcelona: Ariel, 1968.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- _____. *Direito, Retórica e Comunicação*. São Paulo: Saraiva, 1973.
- JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais*. Bahia: JusPODIVUM, 2009.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. 3ª tiragem; São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. *A Tópica e o Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- NEDEL, Antonio. *Uma Tópica Jurídica: Clareira para a Emergência do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: A Nova Retórica*. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PERELMAN, Chaim. Retóricas. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

ROESLER, Claudia Rosane. Theodor Viehweg e a Ciência do Direito: – Tópica, Discurso, Racionalidade. Santa Catarina: Momento Atual, 2004.

TELLES Júnior, Goffredo. Tratado da Conseqüência: curso de lógica formal. São Paulo: Bushatsky, 1980.

VIEHWEG, Theodor. Tópica e Jurisprudência: Uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídicos-científicos. Tradução de Kelly Susane Alflen da Silva. 5ª. Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

VIII

O MÉRITO DO PROCESSO E AS CONDIÇÕES DA AÇÃO

Rodrigo Ramina de Lucca

Advogado. Mestrando em Direito Processual Civil pela USP.

RESUMO: Este trabalho analisa a teoria eclética da ação, esculpida por Enrico Tullio Liebman, sob o prisma do conceito de mérito do processo. Depois de distinguir mérito e lide, entendido aquele como pretensão processual do demandante, tenta-se demonstrar que toda extinção do processo por carência de ação é, em sua essência, uma forma de julgamento liminar do mérito do processo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de Ação; Condições da Ação; Conceito de Mérito; Lide; Pretensão Processual; Teoria da Asserção; Julgamento de Mérito.

ABSTRACT: This work analyses the Enrico Tullio Liebman's eclectic theory of action, from the concept of 'merits of the case'. After distinguishing this last institution, understood as the petitioner's claim, from 'dispute' (lide), the author tries to demonstrate that every dismissal of action founded in the inobservance of the action's conditions implies judgment on the merits of the case.

KEYWORDS: Action; Action's Conditions; Merits of the Case; Dispute; Claim; Assertion's Theory; Judgment on the Merits.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A teoria eclética da ação – 3. A lide de Carnelutti e o conceito de mérito no processo civil – 4. A 'lide processual' e a participação do réu na formação do mérito do processo – 5. Mérito do processo como pretensão: 5.1. Pretensão, pedido e causa de pedir – 6. As condições de admissibilidade do julgamento do mérito do processo – 7. As condições da ação e o mérito do processo: 7.1. Enfoque sobre a legitimidade para agir; 7.2. Enfoque sobre o interesse de agir; 7.3. Enfoque sobre a possibilidade jurídica do pedido – 8. A invariável natureza das condições da ação – 9. Efetividade do processo e a teoria da asserção – 10. Considerações finais – 11. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Quando Enrico Tullio Liebman proferiu a sua famosa *Prolusione* na Universidade de Torino, no ano de 1949, estabeleceu as bases da 'Teoria Eclética' da ação, adotada integralmente pelo Código de Processo Civil brasileiro.

Com efeito, a teoria de Liebman não chegou a ser inovadora. Muito do que foi dito já havia sido antecipado em outras obras do Mestre italiano (como ele mesmo

salienta em uma das publicações do trabalho¹). Seu grande mérito não foi a criação doutrinária, mas uma louvável sistematização do pensamento então vigente.

Depois de tratar detidamente das concepções concretistas e abstrativistas da ação, Liebman concluiu ser preciso distinguir dois direitos: um primeiro relativo à possibilidade de se demandar ao Poder Judiciário, que hoje poderíamos chamar de “acesso à Justiça” e um segundo direito relativo à possibilidade de o demandante receber uma sentença de mérito. Ao primeiro atribuiu natureza constitucional, enquanto ao segundo, chamado de ‘ação’, atribuiu natureza processual.

Essa distinção, muito repreendida até hoje, lastreava-se na recusa de Liebman em aceitar que todos tivessem direito a receber uma sentença de mérito para suas pretensões, não importa se de procedência ou improcedência. Restringiu o direito de ‘ação’ a três condições: a legitimidade *ad causam*, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido. Posteriormente, incluiu este último no interesse de agir.

Nota-se, portanto, que Liebman não condicionou o direito de “acesso à Justiça” do demandante, mas condicionou o direito a receber uma sentença de mérito. Por vincular a atividade jurisdicional ao julgamento do mérito do processo, Liebman acabou negando que o provimento judicial que declara o autor carente de ação emane da jurisdição.

No entanto, a grande questão que sempre se coloca é: a carência de ação, realmente, impede o julgamento do mérito do processo pelo juiz?

Não há como negar que os posicionamentos que respondem negativamente a esta pergunta crescem progressivamente. Vários (ótimos) trabalhos foram produzidos com a finalidade exclusiva de demonstrar que a análise das condições da ação implica análise do mérito do processo.

Mas o que é este mérito do processo?

Qualquer estudo sobre a relação existente entre carência de ação e mérito deve passar, impreterivelmente, por uma precisa conceituação deste instituto, ao qual se dá pouquíssima atenção no Brasil. Precisão, esta, ligada não ao acerto do que se defende, mas à adesão e fidelidade a uma concepção previamente justificada, na medida em que o mérito do processo normalmente é tratado perifericamente, sem maiores aprofundamentos.

1. LIEBMAN, Enrico Tullio. *L'azione nella teoria del processo civile*, 1962. p. 22.

Definido o conceito de mérito e relacionado com a teoria eclética, mais uma dúvida surge. Diante da crise de efetividade do Processo Civil brasileiro é razoável aceitar extinções indevidas de processos, quando há uma completa e efetiva cognição do mérito?

A tais indagações é que se dedica este breve trabalho.

2. A TEORIA ECLÉTICA DA AÇÃO

Após séculos de soberania da denominada teoria imanentista da ação², o célebre embate travado entre Windscheid e Muther a respeito do significado da *actio* romana³ abriu caminho para o franco desenvolvimento da ciência processual.

Diversas construções buscaram definir e explicar o que é a ação e qual a sua relação com o direito material. Plósz e Degenkolb deram origem ao que se chamou teoria abstrativista da ação, a qual defendia a autonomia e, principalmente, a abstratividade da ação em relação ao direito material discutido em juízo.⁴

Contraopondo-se a estes autores, Adolf Wach inaugurou a teoria concretista ao afirmar que a ação é, sim, autônoma em relação ao direito material, mas se trata de um direito concreto e não abstrato. Segundo Wach, só haveria tutela jurídica em caso de sentença favorável.⁵ A teoria concretista teve adeptos de renome,

2. Acreditava-se, até a segunda metade do século XIX, que ação e direito material eram a mesma coisa. A diferença estaria no estado em que se encontrava o direito material: estático ou dinâmico. Para maiores informações, v. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Efetividade e tutela jurisdicional*, 2004. p. 666.
3. A polêmica iniciou-se, em resumo, com trabalho publicado por Windscheid, em 1856, no qual se defendeu a ideia de que no Direito Romano a ação era o próprio direito. Não se dizia, para ele, ter direito, mas sim, ter a *actio*, sinônimo do que os autores de seu tempo denominavam direito. Foi por esse motivo que Windscheid criticou a figura da *Klagerecht* (algo equiparado a um direito de ação voltado contra o Estado), que para ele era simples invenção dos juristas e não possuía respaldo científico. Muther, em dura resposta ao trabalho de Windscheid, afirmou que a *actio* romana era, em verdade, o direito à fórmula do pretor, existente quando a pessoa tivesse o direito 'material'. Para ele, aquele que buscava a fórmula deveria ter um direito subjetivo que legitimasse a sua concessão. A construção de Muther não foi totalmente aceita por Windscheid, mas abriu espaço para o desenvolvimento científico do processo ao demonstrar a existência de mais de um tipo de direito no ordenamento jurídico. Os trabalhos de Windscheid e Muther foram traduzidos para o italiano e compilados na obra *Polemica intorno all' actio*. (Sobre essa polêmica v., entre outros MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo* 2006. p. 160 e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Polêmicas no processo civil*, 2010. p. 99-105).
4. Para Degenkolb, a ação estava condicionada à personalidade do demandante, enquanto Plósz sustentava que a existência da ação dependia da sua boa-fé (Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo* 2006. p. 163).
5. Exemplo disso é a seguinte passagem: "La pretensión de protección del derecho es una pretensión conforme al derecho procesal. No es de naturaleza formal, en el sentido del derecho específicamente procesal, que se vincula con la posición de la parte como tal. Es, como hemos señalado, la consecuencia de hechos extraprocesales, y tiene por contenido no el derecho a debate judicial [*Verhandlung*] y sentencia, sino al acto de protección del derecho en favor del titular". WACH, Adolf. *La Pretensión de declaración*. Trad.

como Bülow e Chiovenda, tendo este último identificado a ação com os direitos potestativos.⁶

Já no começo do século XX, Lodovico Mortara retoma a teoria abstrata, rejeita a condição da boa-fé imposta por Plósz e condiciona a ação à existência de um interesse por parte do autor.⁷ Alfredo Rocco⁸, Ugo Rocco⁹ e, principalmente, Eduardo Couture¹⁰ também se destacaram por suas construções acerca de um direito de ação abstrato.

Foi a teoria eclética de Enrico Tullio Liebman, porém, como afirmado anteriormente, que prevaleceu no Brasil.

Liebman buscou conciliar as teorias abstrativistas e concretistas, separando o direito de ação do “poder de agir em juízo”. Enquanto este seria um poder

Juan M. Semon. Buenos Aires: Europa-America, 1962. p. 68. Esse posicionamento de Wach foi criticado por Pontes de Miranda, como observado na nota de rodapé nº. 73.

6. Chiovenda retira da ação a natureza de direito subjetivo e conceitua-a como um direito potestativo. Segundo ele, quando Wach demonstrou a autonomia da ação com relação ao direito material, “a categoria dos direitos potestativos era ainda quase ignorada pela doutrina”. (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. I., 2002. p. 40.).

Para Chiovenda, a relação existente entre autor e Estado está ligada a “um meio de obter certos efeitos contra o adversário” (Idem, *ibidem*. p. 40.). Assim como Wach, Chiovenda considera que o direito à tutela jurídica é dirigido também contra o adversário, conceituando a ação como “o poder jurídico de dar vida à condição para a atuação da vontade da lei”. Acrescenta, ainda, que se trata de “um poder que nos assiste em face do adversário em relação a quem se produz o efeito jurídico da atuação da lei. O adversário não é obrigado a coisa nenhuma diante desse poder: simplesmente lhe está sujeito” (Idem, *ibidem*. p. 42.).

Chiovenda adota inteiramente a concepção de Wach sobre a ação no que diz respeito à sua relação com direito material. Ou seja, ação e direito material são coisas absolutamente distintas, mas só há ação quando a sentença for de procedência.

Conclui que “Ação e obrigação são, por consequência, dois direitos subjetivos distintos, que somente *juntos e unidos* preenchem plenamente a vontade concreta da lei” (Idem, *ibidem*. p. 43.).

7. Lodovico Mortara apresenta como aspecto principal da ação a simples afirmação de um direito. De acordo com Mortara, aquele que “exercita uma ação civil manifesta uma opinião de possuir um direito (subjetivo) e de ter sofrido tal violação que legitima o exercício de uma ação civil”. (MORTARA, Lodovico. *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile*, v. II, s.d. p. 534. Tradução livre). Desse modo, não se pode dizer que aquele que exerce a ação acredita possuir realmente um direito violado (Idem, *ibidem*).
8. ROCCO, Alfredo. *La Sentencia Civil*, 2003. p. 121 e ss.
9. Segundo Ugo Rocco, a ação era “o direito de pretender a intervenção do Estado e a prestação da atividade jurisdicional, para o accertamento ou realização coativa dos interesses (materiais ou processuais) tutelados em abstrato pela norma de direito objetivo” (ROCCO, Ugo. *Trattato di Diritto Processuale Civile: parte generale*, v. I, 1957. p. 259. Tradução livre). Tratava-se, de acordo com Rocco, de um direito cívico (Idem, *ibidem*. p. 251-252).
10. Ensinava Eduardo Couture que a ação deve ser entendida como a faculdade de provocar a atividade jurisdicional: um poder jurídico que tem todo indivíduo de apresentar a um juiz uma pretensão. Essa pretensão pode ser fundada ou infundada (COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 1993. p. 68), o que não afeta a natureza do poder jurídico de acionar (Idem. p. 61).
- O processualista uruguaio alerta que ação e pretensão não se confundem. A pretensão é a própria reivindicação feita ao Estado (Idem, *ibidem*. p. 72), enquanto a ação diz respeito à possibilidade de se realizar essa reivindicação.

abstrato, “reconhecido a *todos*”, de apresentar demandas ao Poder Judiciário, a ação seria “o direito subjetivo sobre o qual está construído todo o sistema do processo”.¹¹

Ao tratar daquele poder, Liebman assim o justificou:

“só tem direito à tutela jurisdicional aquele que tem razão, não quem ostenta um direito inexistente. Mas a única maneira de assegurar a quem tem razão a possibilidade de impor o seu reconhecimento em juízo consiste em permitir que todos tragam os seus pedidos aos tribunais, aos quais incumbirá a tarefa de examiná-los e de acolhê-los ou rejeitá-los, conforme sejam procedentes ou improcedentes”.¹²

A ação, por outro lado, seria um ônus, ou seja, um “ato necessário para que aquele que espera obter a proteção de seu direito dê início a um procedimento”.¹³ Além de ônus, seria também um direito de provocar a jurisdição, “visando a obter do juiz a proteção de um interesse próprio ameaçado ou violado, ou a satisfação de um interesse próprio que se afirma insatisfeito”.¹⁴

Aqui é que a teoria de Liebman começa a adquirir suas feições características. Embora o poder de agir em juízo fosse garantido a todos, o exercício do direito de ação estaria condicionado à proteção de um interesse “*próprio*”, “*ameaçado, violado ou insatisfeito*”. São as célebres condições da ação, apresentadas inicialmente como três¹⁵ – legitimidade *ad causam*, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido – e depois reduzidas a duas.¹⁶

Em síntese, as condições da ação são “condições de admissibilidade do julgamento do pedido”, ou “condições essenciais para o exercício da função jurisdicional com referência à situação concreta deduzida em juízo”.¹⁷ Por isso é que, constatada a carência de ação, deverá o juiz extinguir o processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC.

11. LIEBMAN, Enrico Tullio. *L'azione nella teoria del processo civile*, 1962. p. 40-48. V., também, *Manual de Direito Processual Civil*, 2005. p. 195.

12. Idem, *ibidem*. p. 195.

13. Idem, *ibidem*. p. 193.

14. Idem, *ibidem*. p. 194.

15. LIEBMAN, Enrico Tullio. *L'azione nella teoria del processo civile*, 1962. p. 46.

16. A partir da terceira edição de seu Manual, Liebman insere a possibilidade jurídica do pedido no interesse de agir, aceitando a existência de apenas duas condições. O nosso Código de Processo Civil adotou a teoria como moldada originalmente.

17. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*, 2005. p. 203.

3. A LIDE DE CARNELUTTI E O CONCEITO DE MÉRITO NO PROCESSO CIVIL

Diversamente da ação, o conceito de objeto do processo não foi muito desenvolvido no Brasil, onde, em grande parte por forte influência italiana, preferiu-se focar os estudos em Processo Civil naquele primeiro instituto e, como consequência, nos elementos da demanda. Em sentido oposto, a doutrina alemã erigiu o mérito (chamado de *Streitgegenstand* ou objeto litigioso do processo¹⁸) como conceito nuclear do Processo Civil, voltando todas as suas atenções para a noção de pretensão (*Anspruch*).¹⁹

No Brasil, prevalece o entendimento de que mérito e lide são a mesma coisa; o próprio Código de Processo Civil, em diversas passagens, utiliza os termos como sinônimos. A Exposição de Motivos do Código é clara nesse sentido:

“O projeto só usa a palavra ‘lide’ para designar o mérito da causa. (...) O julgamento desse conflito de pretensões mediante o qual o juiz, acolhendo ou rejeitando o pedido, dá razão a uma das partes e nega-a à outra, constitui uma sentença definitiva de mérito. A lide é, portanto, o objeto principal do processo e nela se exprimem as aspirações em conflito de ambos os litigantes”.

Supostamente, a lide a que o Código se refere é a concebida por Francesco Carnelutti: um “conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos litigantes e pela resistência de outro”.²⁰ No entanto, Carnelutti considerava a lide, fundamento de toda sua teoria processual, o escopo da jurisdição e não do processo. O autor chega a confundir lide e processo²¹, aludindo-se a ‘mérito’ (fundamento) da lide, que seria “o conjunto das questões materiais que a lide apresenta”.²²

18. O conceito de *Streitgegenstand* em nada se confunde com o objeto litigioso do processo tratado por nossa doutrina. Não se pode dizer que o objeto litigioso do processo civil alemão é o mesmo que a lide brasileira, pois partem de premissas e chegam a conclusões absolutamente diversas. V. SCHWAB, Karl Heinz. *El Objeto Litigioso en el Proceso Civil*, 1968.

19. Como está disposto no § 322, I, da ZPO alemã (*Zivilprozessordnung*), a sentença só fará coisa julgada quando resolver a pretensão apresentada pela demanda ou pela reconvenção. Entretanto, conceituar *Streitgegenstand* como pretensão não foi suficiente para dirimir as dúvidas quanto ao mérito do processo na Alemanha. Variadas as teorias que tentaram definir e explicar a pretensão. “A doutrina alemã (...) há quase setenta anos procura definir o objeto do processo enquanto conteúdo, associando-o ao difícil conceito de pretensão, relegando a ideia de finalidade em um plano secundário”. KIMMICH, Liane Boll. *Teorias do Objeto do Processo no Direito Brasileiro e Alemão*, 1997. p. 159.

20. O conceito é apresentado na própria Exposição de Motivos, com referência expressa a Francesco Carnelutti. Sobre o conceito de lide do autor, v. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*, v. 2, 2000. p. 29 e ss.

21. Coisa que o Código também faz ao utilizar o termo lide não só como mérito (art. 330, e.g.), mas também como processo (arts. 70-76, p. ex.).

22. CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*, t. I., s.d., p. 37.

De qualquer forma, o conceito de Carnelutti apresenta diversos problemas e não conseguiria, de uma forma ou de outra, explicar o objeto do processo.

Com clareza ímpar, Piero Calamandrei demonstrou, ainda em 1928, que a lide de Carnelutti era um retrocesso ao que já havia sido desenvolvido no processo civil, notadamente em relação à sua publicização.²³ Em primeiro lugar porque a ausência de lide não impediria o exercício jurisdicional.²⁴ Em segundo lugar porque o conceito criado por Carnelutti seria muito mais sociológico do que jurídico, pois se esquece de se referir à tutela jurídica pretendida por aquele que teve sua pretensão resistida.²⁵ Segundo Calamandrei, o juiz não julga a lide em si, mas apenas a parcela da lide apresentada pelo autor por meio da demanda.²⁶

Acertadamente, Calamandrei conclui que o juiz julga aquilo que o autor lhe apresenta para ser julgado. Sendo assim, a lide não pode ser o mérito do processo, pois, afirma Liebman, “O conflito de interesses existente entre as partes fora do processo é de fato a razão de ser, a causa remota, não o objeto do processo”.²⁷

O juiz sempre julga algo que lhe é apresentado e o autor, ao pedir uma tutela, não está apresentando uma lide a ser resolvida. Se fosse assim, então deveria o demandante, na petição inicial, narrar os fatos e pedir que aquele conflito fosse resolvido como determina a lei. O pedido seria o pleito de resolução da lide e nada mais.²⁸

Ocorre que o autor não se limita a colocar um litígio diante do juiz. Ele apresenta argumentos jurídicos, interpreta os fatos da maneira que lhe seja mais favorável e, então, pede algo; pede algo específico, como determina o próprio Código de Processo Civil (art. 286).

23. CALAMANDREI, Piero. *Il concetto di “lite” nel pensiero di Francesco Carnelutti*, 1965. p. 204 e ss.

24. A função jurisdicional era o ponto de real controvérsia entre Calamandrei e Carnelutti. Como fiel seguidor de Chiovenda, Calamandrei acreditava que a evolução do Estado impusera atribuições maiores à Jurisdição do que simplesmente compor contendas particulares. Deveria, basicamente, “garantir e controlar *a posteriori*, nos casos concretos, a observância da vontade do Estado, já manifestada *a priori* na lei”. Idem, *ibidem*, p. 204. Tradução livre.

25. Idem, *ibidem*, p. 221.

26. Idem, *ibidem*, p. 221

27. LIEBMAN, Enrico Tullio. *O Despacho Saneador e o Julgamento do Mérito*, 2004. p. 88.

28. Essa é exatamente a opinião de Liebman: “O processo é instituído de tal modo que não é suficiente denunciar ao juiz a existência do conflito, para que ele trate de resolvê-lo como achar justo. Ao contrário, o autor, além de expor ao juiz as circunstâncias de fato e os outros elementos que provocaram o conflito, deve pedir-lhe uma concreta providência que considere adequada ao caso e capaz de satisfazer seu interesse”. Idem, *ibidem*, p. 87.

Se o autor *deve* definir o que pleitear ao juiz, então ele não está pedindo a resolução de uma lide, mas a satisfação de algo que deseja, algo que busca, algo de que precisa: isso é o que se chama pretensão processual.

4.A 'LIDE PROCESSUAL' E A PARTICIPAÇÃO DO RÉU NA FORMAÇÃO DO MÉRITO DO PROCESSO

Com base no que foi apresentado acima, Liebman afirmou que a lide era o conflito de interesses “depois de moldado pelas partes e vazado nos pedidos formulados ao juiz”.²⁹ E esse seria o objeto do processo, uma ‘lide processual’.

Eduardo Ribeiro de Oliveira também conclui nessa direção:

“Se o pronunciamento do Juiz está condicionado ao pedido do autor e condicionado não apenas à natureza da tutela jurídica pretendida, mas também aos fatos expostos, claro está que importa para o processo a lide deduzida pelo autor na inicial. Sobre ela e apenas sobre ela o Juiz poderá pronunciar-se. E ao fazê-lo apreciará o mérito da causa”.³⁰

Curiosa e contraditoriamente, o Código de Processo Civil, no art. 128, aproxima-se do conceito de Liebman ao dispor que “O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”. Porém, mesmo a lide como definida por Liebman é insuficiente para explicar o que é o mérito do processo.

Nem sempre o juiz estará diante de uma pretensão resistida, mesmo que ‘processual’. Há situações, referidas por Calamandrei como “processo civil inquisitório”,³¹ em que as especificidades do caso concreto impõem a resolução jurisdicional, independentemente da vontade das partes (o pedido de decretação de nulidade de casamento, p. ex.). Do mesmo modo, as tutelas declaratórias independem da existência de lide.³²

Ademais, Liebman se apoia na ideia de que o réu, ao contestar, também participa da formação do objeto do processo. Para ele, pedido e contestação são atos contrapostos, mas de mesma natureza. Há, assim, uma “dialecticidade”³³: “Pedido e contestação representam dois pedidos em conflito e a função do juiz consiste, justamente, em julgar qual dos dois é conforme ao direito, concedendo ou negando, em consequência, a medida requerida pelo autor”.³⁴

29. Idem, *ibidem*. p. 87.

30. OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. *Notas sobre o Conceito de Lide*, 1984. p. 88.

31. CALAMANDREI, Piero. *Il concetto di “lite” nel pensiero di Francesco Carnelutti*, 1965. p. 210.

32. Cf. OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. *Notas sobre o Conceito de Lide*, 1984. p. 90-94.

33. LIEBMAN, Enrico Tullio. *O Despacho Saneador e o Julgamento do Mérito*, 2004. p. 90.

34. Idem, *ibidem*. p. 90.

Não parece correto, porém, afirmar que o réu participa da formação do mérito do processo. Ele poderá ter um direito tutelado como consequência do julgamento de improcedência, mas, a não ser que reconvenha (art. 315, do CPC) ou peça uma declaração incidental (art. 325, do CPC), o réu não busca nada, exceto a manutenção do *status quo*.³⁵

Se João pede a declaração de propriedade de um imóvel que está sendo disputado com José, o julgamento de improcedência da pretensão de João não significa que José é o proprietário. Além de uma eventual alegação de propriedade de José configurar uma ‘questão de mérito’³⁶, cuja solução não faz coisa julgada (art. 469, II e III do CPC), José pode contestar somente a validade do título de João. Caso o título realmente seja inválido, então a pretensão de João será julgada improcedente, independentemente de quem seja o verdadeiro proprietário do imóvel.

O próprio Código, ao tratar da contestação no art. 300, dispõe que “Compete ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito, com que impugna o pedido do autor (...)”.

Note-se que ao réu compete apenas impugnar o pedido do autor, apresentando razões de fato e de direito que demonstrem não ter ele razão. Na contestação o réu tem o ônus de alegar, mas em nenhum dispositivo o CPC dispõe que em sua defesa lhe caiba algum pedido.

No mesmo sentido, a revelia não retira, nem torna incompleto, o mérito do processo. Apenas o pedido inicial do autor é imprescindível ao processo; a contestação não o é.

Evidentemente que esse último fato não escapou ao mestre italiano. Explica Liebman que a natureza dialética da lide não pode ser modificada pelo comportamento do réu. Sendo assim, se o conflito de pedidos não for manifestado de maneira efetiva, ao menos existirá virtualmente.³⁷

Difícil aceitar a existência virtual de algo, principalmente em direito. Ou há um conflito de pedidos ou não há; a virtualidade desse conflito é o mesmo que a

35. Nesse mesmo sentido, Ricardo de Barros Leonel: “Dito de outro modo, parece pacífico o entendimento de que em verdade o réu não ‘pede’, ou seja, não formula pedido ao contestar a demanda ajuizada pelo autor, mas apenas ‘impede’ ou oferece resistência. De um lado, enquanto o resultado do provimento jurisdicional que reconhece o pleito formulado pelo autor implica em (sic) decisão meritória de conteúdo declaratório, constitutivo, condenatório, executório, cautelar ou mandamental, em verdade o resultado da atuação do demandado será apenas o provimento declaratório negativo, no sentido do reconhecimento da inexistência do direito alegado pelo autor na inicial em *status assertionis*”. (...) LEONEL, Ricardo de Barros. *Objeto Litigioso e Duplo Grau de Jurisdição*, 2002. p. 364.

36. V. ponto 5.

37. LIEBMAN, Enrico Tullio. *O Despacho Saneador e o Julgamento do Mérito*, 2004. p. 91.

inexistência. E se há casos em que inexistente essa dualidade, então a contestação não é um elemento essencial à formação do objeto do processo.

5. MÉRITO DO PROCESSO COMO PRETENSÃO

Embora Liebman considerasse a contestação fundamental para a formação do mérito do processo, acabou por reconhecer a unicidade da posição do pedido (pretensão) do autor:

“As observações que fizemos acima indicam o papel decisivo que desempenha o pedido do autor na determinação do objeto do processo. A razão é fácil de explicar: **o pedido do autor é o objeto do processo**. É ele manifestação da vontade dirigida à autoridade judiciária requerendo desta uma atividade de determinado conteúdo. Todo o desenvolvimento do processo consiste em dar a tal pedido o devido seguimento, de conformidade com a lei, e o órgão público se desincumbe de sua função ao proferir os atos com que atende ao mencionado pedido” (grifo no original).³⁸

Cândido Dinamarco também rejeita a concepção de lide, tanto a ‘carneluttiana’ como a ‘liebmaniana’, e define, em clássico trabalho, o objeto do processo como a pretensão do autor, de natureza eminentemente processual.³⁹

Afasta-se do mérito, desse modo, o que o autor chama de “objeto de conhecimento do juiz”, formado pelas “questões de mérito”, que reúnem as razões de fato e de direito apresentadas pelas partes e que compõem a base sobre a qual o magistrado apoiar-se-á para julgar.⁴⁰

A pretensão, explica Dinamarco, não estará, necessariamente, fundada em um direito. Pode, perfeitamente, tratar-se de um desejo sem embasamento legal, uma aspiração não protegida juridicamente.⁴¹ Qualquer um pode pretender receber pagamento uma segunda vez por uma única obrigação, ainda que não tutelada pelo direito.

38. Idem, *ibidem*. p. 89.

39. DINAMARCO, Cândido Rangel. *O conceito de mérito em Processo Civil*, 1984. p. 33 e ss.

Para Pontes de Miranda, o mérito também é formado pela pretensão do autor, mas, segundo ele, trata-se da pretensão material e não processual (*Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 1. p. 59). Araken de Assis, em sentido bastante similar e partindo de grande parte das premissas de Pontes de Miranda, entende que o mérito do processo é formado pela ação de direito material (ARAKEN DE ASSIS. *Cumulação de ações*, 2002. p. 121).

Contra ambos os posicionamentos podem ser citadas as críticas formuladas por Schwab à teoria de Lent sobre objeto do processo (SCHWAB, Karl Heinz. *El Objeto Litigioso en el Proceso Civil*, 1968. p. 13 e ss).

40. DINAMARCO, Cândido Rangel. *O conceito de mérito em Processo Civil*, 1984. p. 34 e ss.

41. “Ainda quando não houver o direito subjetivo, pode haver pretensão (...)”. BERMUDEZ, Sérgio. *Introdução ao Processo Civil*, 2002. p. 9.

Não há como se negar a pretensão; *nega-se, somente, a satisfação dessa pretensão*. Toda pretensão pode, por isso, ser fundada ou infundada, ou, em outras palavras, legítima ou ilegítima.⁴²

O réu, por outro lado, não demanda, mas contesta⁴³, apresentando argumentos para que a pretensão à condenação seja julgada improcedente; para que o juiz decida que a pretensão do autor não é, por algum motivo, legítima. Decidindo desse modo, o juiz negará a tutela jurisdicional ao autor.⁴⁴

Esse é o mérito do processo, portanto. A pretensão do autor, veiculada na demanda e formalizada no pedido; isso é que caracteriza e justifica a existência do processo. Essa pretensão é que deve ser julgada pelo juiz e é uma resposta a ela que será dada na parte dispositiva da sentença.

5.1. Pretensão, pedido e causa de pedir

Parece que um dos grandes méritos de Dinamarco foi, como de costume, o rigor conceitual. Ao distinguir ‘mérito’ de ‘questões de mérito’ o autor corretamente separa aquilo que justifica a instauração de um processo, o seu *objeto*, das questões de direito material, que normalmente são designadas de ‘mérito’ como contraposto às questões processuais.⁴⁵

Costuma-se discutir sobre a confusão supostamente existente entre mérito do processo e pedido inicial⁴⁶. Ainda que as críticas a este posicionamento sejam acertadas⁴⁷, muito mais importante é o tormentoso debate acerca da inserção, ou não, da causa de pedir no objeto do processo.

42. “A pretensão pode se formular por quem tiver o direito, mas também por quem não o tiver: tanto pretensão é a pretensão fundada como a infundada”. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. v. 2, 2000. p. 31.

43. Carnelutti chama esse ato de “discussão” (v. *Idem*, *ibidem*. p. 36). Parece melhor, entretanto, o termo “contestação”.

44. Dinamarco entende que o julgamento de improcedência significa concessão de tutela jurisdicional ao réu.

45. Nada impede que se denominem as questões de direito material como mérito. No entanto, esse conceito de mérito não pode ser confundido com o objeto do processo.

46. “Entende-se por ‘julgamento de mérito’ a resposta dada ao pedido formulado pelo autor (...). Julgar o mérito significa julgar o pedido deduzido na inicial, acolhendo-o ou rejeitando-o”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*, 2006. p. 242.

47. Alexandre Freitas Câmara, por exemplo, rejeita a adoção do pedido como mérito do processo: “Note-se, aqui, que a pretensão não é o pedido, sendo este apenas a sua manifestação no processo. Pretensão é intenção, elemento volitivo e subjetivo. Pedido é o meio de declaração da vontade de se obter determinado resultado em juízo, ou em outros termos, manifestação processual de pretensão”. *Lições de Direito Processual Civil*, 2004. p. 228.

O Código de Processo Civil dispõe que os motivos, a verdade dos fatos e a apreciação de questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo, não fazem coisa julgada, a qual se limita à parte dispositiva da sentença (art. 469).

Por outro lado, ao mesmo tempo em que o CPC afirma que há julgamento de mérito quando acolhido ou rejeitado o pedido inicial (art. 269, I) e atribui coisa julgada apenas à parte dispositiva da sentença (art. 469), que é a parte que julga os pedidos iniciais, garante estabilidade à causa de pedir (art. 264), define que há litispendência quando se repete ação em curso (art. 301, §3º), dispõe que há coisa julgada quando se repete ação já decidida por sentença transitada em julgado (art. 301, §3º) e atribui eficácia preclusiva à coisa julgada (art. 474).

A limitação da coisa julgada material à parte dispositiva da sentença é um dos usuais argumentos apresentados contra a inclusão da causa de pedir no mérito do processo. Todavia, nada impede o legislador de definir que somente uma parte do mérito sujeita-se à imutabilidade, pois os limites da coisa julgada dependem de política legislativa.

Em sentido oposto, também pode ser afastada a alegação de que se apenas o pedido compuser o mérito do processo, então não será possível propor nova demanda com mesmo pedido, mas causa de pedir distinta. A existência de coisa julgada ou litispendência é resolvida pela análise dos *tria eadem* – partes, causa de pedir e pedido – e não pelo conceito de mérito (art. 301, §3º, do CPC).

Fato é que a causa de pedir caracteriza a demanda, ou, como prefere Karl Schwab, que o pedido deve ser interpretado a partir do estado de coisas (causa de pedir).⁴⁸ Contudo, isso não significa que a causa de pedir também faça parte do objeto do processo. Aquilo que é posto ao juiz para julgar é o pedido e não a causa de pedir, a qual apenas fundamenta e justifica o provimento daquele.⁴⁹

48. SCHWAB, Karl Heinz. *El Objeto Litigioso en el Proceso Civil*, 1968. p. 243.

49. “O objeto do processo (o seu ‘mérito’) é constituído pela pretensão processual. Essa, por sua vez, não se confunde com a chamada pretensão de direito material (atinente à concreta exigibilidade de uma prestação de conduta). A pretensão processual se identifica pela consideração conjugada do mecanismo processual de tutela pretendido (a providência processual concreta) com a situação carente de tutela (a ‘situação trazida de fora do processo’). No pedido é formalmente veiculada essa pretensão. Por outro lado, a causa de pedir é elemento indispensável para que a pretensão seja adequadamente identificada, embora a causa de pedir, em si, não constitua o objeto ou parte do objeto do processo”. TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*, 2005. p. 79-80.

Sendo assim, ainda que essencial à individualização do pedido, a causa de pedir (e, como consequência, as questões de mérito) não integra o mérito do processo, o qual é constituído unicamente pela pretensão processual apresentada pelo autor.

6. AS CONDIÇÕES DE ADMISSIBILIDADE DO JULGAMENTO DO MÉRITO DO PROCESSO

Voltando ao que foi exposto acerca do pensamento de Liebman, as condições da ação seriam “condições de admissibilidade do julgamento do pedido”. Ou seja, condições de admissibilidade para o julgamento do mérito do processo.

Muito já se escreveu para criticar Liebman acerca das suas duas ações, uma constitucional e outra processual.⁵⁰ Embora o autor tenha diferenciado precisamente as duas categorias, insistentemente se refere à ação processual como se esta fosse a ação constitucional, chamando-a de “direito de invocar a tutela jurisdicional”⁵¹ ou sustentando que “Para propor uma demanda em juízo, é necessário ter interesse”⁵².

Realmente, o condicionamento deste “direito de invocar a tutela jurisdicional” gera dúvidas insanáveis, a começar pela natureza do pronunciamento judicial que declara o autor carente de ação.⁵³ Ressalvadas as imprecisões, porém, parece possível depreender da obra do jurista italiano que apenas o direito a um julgamento de mérito é que se condiciona, e não o poder de apresentar uma demanda ao Estado.

Dois trechos são bastante ilustrativos do que se expõe, um deles já citado neste trabalho: a) “As condições da ação, expostas acima, são os requisitos constitutivos da ação. Estando presentes, esta deve ser considerada existente, *como direito a provocar o exame e decisão do mérito*”⁵⁴; b) “Elas [as condições da ação] podem,

50. Para Bedaque, por exemplo, “É na Constituição que se encontra a regra fundamental sobre ação (art. 5º, XXXV), sendo desnecessário identificar ‘outra’ ação no plano processual”. Marinoni faz crítica idêntica: “Não há fundamento algum para se admitirem duas modalidades de ação, uma com assento na Constituição e outra no CPC. A ação é uma só (...)”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*, 2006. p. 179.

51. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*, 2005. p. 209.

52. Idem, *ibidem*. p. 205. Neste trecho Liebman cita o art. 100, do CPC italiano.

53. Este é a crítica de Marinoni e Arenhart: “Ora, é lógico que deve existir o direito de se pedir ao juiz uma manifestação, ainda que seja a respeito da presença de uma condição da ação. Se este não é um direito de ação, porque as suas condições não estão presentes, logicamente outro direito deve existir – muito importante e com qualquer denominação – para obrigar o juiz a atender à possibilidade que a parte tem de recorrer à ‘justiça’. Portanto, a afirmação i) de que o juiz não exerce função jurisdicional quando afirma que uma condição da ação não está presente e ii) de que nesse caso não se responde a um direito do autor é completamente insustentável”. *Manual do Processo de Conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*, 2001. p. 48. No mesmo sentido, v. GOMES, Fábio. *Carência de Ação: doutrina, comentários ao CPC, análise da jurisprudência*, 1999. p. 52.

54. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*, 2005. p. 212. Grifo nosso.

por isso, ser definidas também (...) como condições essenciais para o exercício da função jurisdicional *com referência à situação concreta*.⁵⁵

Carente o autor de ação, portanto, faltar-lhe-á, segundo a teoria eclética, o direito ao julgamento do mérito.

Certamente, não há como se identificar uma ação processual distinta de uma ação constitucional. Há, porém, que se distinguir um poder de romper a tutela jurisdicional e apresentar uma demanda ao Estado (esta sim “ação”) e o direito de receber do Estado uma sentença de mérito (que está, na verdade, relacionado ao processo e não à ação).

Proposta uma demanda e exercido o poder de ação, ainda assim o Estado poderá negar o julgamento do mérito. Basta que a demanda tenha sido proposta por pessoa incapaz, que haja litispendência ou coisa julgada, que o autor abandone a causa, que a petição inicial seja inepta, dentre outras hipóteses apresentadas no art. 267 do Código de Processo Civil.

O problema da teoria eclética não está, destarte, no condicionamento do direito à sentença de mérito. O problema da teoria eclética está na afirmação de que é possível verificar se a parte é legítima, se o autor tem interesse ou se o pedido é juridicamente possível sem analisar o mérito do processo.

7. AS CONDIÇÕES DA AÇÃO E O MÉRITO DO PROCESSO

Mérito do processo, como visto, é a pretensão processual apresentada pelo autor para julgamento. Sempre que o juiz analisar se a pretensão do autor é legítima ou ilegítima, está fazendo um juízo de mérito. E sempre que ele julgar essa pretensão legítima ou ilegítima, está julgando o mérito.

No caso das condições da ação, em todas elas, a constatação de que o autor “carece do direito de ação” implica a conclusão de que a sua pretensão é ilegítima. Deveria, por isso, ser seguida de uma sentença de mérito de improcedência e não de uma sentença terminativa.

A restrição da conclusão anterior à hipótese de carência de ação é proposital. Enquanto a carência de ação pressupõe uma improcedência manifesta dos pedidos iniciais, o preenchimento das condições da ação tão somente significa que

55. Idem, *ibidem*. p. 203. Grifo nosso.

há a possibilidade, ainda que mínima, de que a pretensão do autor venha a ser considerada legítima.

A análise de cada uma das condições da ação permite demonstrar com maior clareza a sua indissociabilidade do mérito.

7.1. Enfoque sobre a legitimidade para agir.

A legitimidade para agir, ou legitimidade *ad causam*, é “a titularidade ativa e passiva da ação”.⁵⁶ Diz respeito à correspondência entre as partes processuais e as partes integrantes da relação jurídica material.

Liebman atrelou consideravelmente a legitimidade das partes ao interesse processual. Para ele, “O problema da legitimação consiste em individualizar a pessoa a quem pertence o interesse de agir (e, pois, a ação) e a pessoa com referência à qual [*nei cui confronti*] ele existe”.⁵⁷ Por isso é que, em seu Manual, abordou o interesse antes da legitimidade, quando o lógico seria fazer o oposto.⁵⁸

Em síntese, Liebman considerava ter legitimidade ativa aquele que “invoca a tutela jurisdicional para um interesse *próprio*”.⁵⁹ A legitimidade passiva, por outro lado, pertenceria ao “titular do interesse oposto, isto é, àquele sobre o qual o provimento pedido deverá produzir os seus efeitos”.⁶⁰

Se, por exemplo, busca-se em um processo a indenização por inadimplemento contratual, o legitimado ativo seria o contratante que entende ter sido lesado pelo inadimplemento, enquanto o legitimado passivo seria o contratante inadimplente.

No entanto, ao tentar criar uma necessária correspondência entre as partes em um processo e as partes de uma relação jurídica material (que seriam aquelas interessadas), Liebman acaba desvirtuando o conceito de parte que ele próprio estabeleceu.

Para o mestre italiano, partes são “*os sujeitos do contraditório instituído perante o juiz*”⁶¹, determinados pela demanda. Em outras palavras, são partes

56. Idem, *ibidem*. p. 208.

57. Idem, *ibidem*. p. 208.

58. Em última análise, as condições da ação estão relacionadas a cada um dos elementos da demanda. A legitimidade para agir diz respeito às partes; o interesse à causa de pedir; e a possibilidade jurídica do pedido, ao pedido.

59. Idem, *ibidem*. p. 209.

60. Idem, *ibidem*. p. 210.

61. Idem, *ibidem*. p. 123.

“aquela que pede ao juiz seu pronunciamento sobre determinado objeto e aquela com relação à qual tal pronunciamento lhe é pedido”.⁶²

O conceito de parte em um processo é estritamente processual, bastando, para sua configuração, integrar a relação jurídica processual na condição de demandante ou demandado. A legitimidade, por outro lado, supõe que para ser parte de um processo o sujeito também deve ser parte em uma relação jurídica material.⁶³ A contradição é evidente, já que a averiguação da correspondência entre as partes processuais e materiais é fato a ser descoberto no próprio processo, por meio das alegações deduzidas, dos documentos apresentados e das demais provas produzidas.⁶⁴

A condição de parte ilegítima quer dizer, em qualquer hipótese, que o pedido do autor é improcedente, seja porque ele não tem o direito que legitimaria sua pretensão, seja porque o direito que legitima sua pretensão não deve ser satisfeito pelo réu, seja porque lhe falta o direito de pleitear a proteção de direitos de terceiros – legitimação extraordinária.

Exemplifique-se. Na Apelação Cível e Reexame Necessário nº 0411163-7, o E. Tribunal de Justiça do Paraná declarou a ilegitimidade passiva de uma das demandadas porque os débitos previdenciários eram anteriores à sua constituição, o que implicou a irresponsabilidade da sociedade.

A conclusão do Tribunal significa que ela não estava obrigada a efetuar os pagamentos devidos à previdência estadual. Isso é questão de mérito, cuja constatação acarretou a decisão de que a pretensão condenatória do Estado não tinha

62. Idem, *ibidem*. p. 124.

63. Observe-se que Liebman tenta resolver esse contrassenso ao sustentar que “A determinação do conceito de parte não tem relação alguma com o problema de legitimação para agir. Esse problema consiste na identificação das *justas partes* ou *legítimos contraditores* com referência a determinado objeto, enquanto que se consideram partes no processo aqueles que, de fato, são seus sujeitos”. Idem, *ibidem*. p. 125. Essa explicação não é suficiente. Se cabe ao juiz verificar se o sujeito da relação processual é uma ‘justa parte’, então ele acabará por determinar se aquele sujeito pode ou não ser parte. Ao fazer isso, a construção de Liebman perde sentido, pois a natureza de parte acaba se condicionando e, principalmente, confundindo-se com a legitimidade.

64. Vale a pena transcrever a crítica de Fábio Gomes a esse posicionamento conflitante: “Em verdade, sendo ‘parte’ um conceito pertinente ao campo do processo e com o qual identificamos autor e réu, não se há falar em parte processualmente ilegítima; a própria identificação das partes exige, como pressuposto, um processo pendente. Aliás, ninguém discute que só por negação chega-se ao conceito de terceiro, e que não se confundem o terceiro frente a uma relação de direito material e frente ao processo. “Não se deram conta os seguidores de Liebman que quando falam em ‘parte ilegítima’, na realidade afirmam que a referida parte não é ‘parte’, como também que a verdadeira ‘parte’ não é sujeito do processo”. GOMES, Fábio Luiz. *Carência de Ação*, 1999. p. 66-67.

amparo legal. O julgamento deveria ter sido de improcedência e não de carência de ação.⁶⁵

7.2. Enfoque sobre o interesse de agir

O interesse de agir diz respeito à “relação de utilidade entre a afirmada lesão de um direito e o provimento de tutela jurisdicional pedido”.⁶⁶ Isso quer dizer que só existe ação (ou direito ao julgamento do mérito) quando a prestação jurisdicional trazer alguma utilidade ao demandante, além de ser necessária para a satisfação de sua pretensão.

Segundo Liebman, o interesse de agir é o elemento material do direito de ação e consiste no interesse em obter o provimento demandado. Trata-se de “um interesse processual, secundário e instrumental com relação ao interesse substancial primário” e “tem por objeto o provimento que se pede ao juiz como meio para obter a satisfação de um interesse primário lesado pelo comportamento da parte contrária”.⁶⁷

Por fim, conclui: “o interesse de agir é representado pela *relação entre a situação antijurídica denunciada e o provimento que se pede para debelá-la mediante a aplicação do direito*”.⁶⁸

Essa relação está atrelada ao binômio necessidade-possibilidade. A tutela pleiteada deve ser necessária à “proteção do interesse substancial”⁶⁹ e útil a “proporcionar ao interesse lesado a proteção concedida pelo direito”⁷⁰.

Quando Liebman tenta diferenciar o interesse primário do interesse de agir, assim exemplifica:

“P. ex., o interesse primário de quem se afirma credor de 100 é obter o pagamento dessa importância; o interesse de agir surgirá se o devedor não pagar no

65. Nesse sentido, Adroaldo Furtado Fabrício já se posicionou com extrema clareza: “Efetivamente, ao sentenciar que o autor não tem *legitimatío ad causam*, denega-lhe o juiz, clarissimamente, o bem jurídico a que aspirava, posto que à sua demanda responde: ‘Se é que existe o direito subjetivo, dele não és titular’. Proclamando o juiz, por outro lado, ilegitimidade passiva *ad causam*, declara que *em face do réu*, não tem o autor razão ou direito. Em qualquer dos casos, há clara prestação jurisdicional de mérito, desfavorável ao autor – vale dizer, sentença de improcedência”. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Extinção do Processo e Mérito da Causa*, 1990. p. 19.

66. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*, 2005. p. 207.

67. Idem, *ibidem*. Pág. 206.

68. Idem, *ibidem*. p. 207.

69. Idem, *ibidem*. p. 206.

70. Idem, *ibidem*. p. 207.

vencimento e terá por objeto a sua condenação e, depois, a execução forçada à custa de seu patrimônio”.⁷¹

Passou despercebido pelo jurista, porém, que a necessidade de tutela jurisdicional está atrelada à necessidade de realização do direito, que pressupõe a insatisfação ou possibilidade de insatisfação da pretensão material do autor.⁷²

Ao tentar garantir o direito a uma sentença de mérito apenas quando “o devedor não pagar no vencimento”, a teoria eclética condiciona aquele direito à procedência do pedido, restringindo a existência de sentenças de improcedência.

Novamente, é no processo que, primeiro, deve ser verificada a existência de uma relação jurídica material entre autor e réu e, segundo, deve ser averiguado o inadimplemento do réu. Toda vez em que o magistrado constatar não haver inadimplemento do réu, deverá julgar improcedente o pedido do autor, pois seu direito é inexigível (não há pretensão material).

Cândido Dinamarco apresenta exemplos mais complexos de falta de interesse de agir: o do credor que pede a condenação do devedor disposto a pagar a dívida; o do devedor na ação de consignação em pagamento, quando o credor jamais se recusou a receber; o mandamento de aparição em uma festa que já aconteceu.⁷³ A conclusão é a mesma a que se chegou anteriormente.

Nos dois primeiros casos, em momento nenhum o direito ao crédito ou ao pagamento foi violado. Ao contrário, tanto o devedor como o credor reconheceram o direito do outro e buscaram garantir-lhe efetividade.

Nessas hipóteses, duas soluções se apresentam: a) o pedido é julgado improcedente porque não há nenhum direito que legitime a pretensão de impor ao devedor (ou credor) o pagamento (ou recebimento) em juízo; o Código Civil dispõe, nos

71. Idem, *ibidem*. p. 206.

72. Embora não se concorde com a existência de uma ação de direito material, certo é que seus defensores acertaram ao distinguir o direito subjetivo material da pretensão material. De nada adianta o direito subjetivo (direitos potestativos não possuem pretensão), se não há ao seu titular pretensão.

Ensina Ovídio Baptista que “(...) existem, no campo do direito material, o direito subjetivo e a pretensão, que é a *faculdade de se poder exigir a satisfação do direito*”. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento*, 2001. p. 79.

Pontes de Miranda fez questão de distinguir, em crítica implícita a Adolf Wach, a pretensão material e a pretensão à tutela jurídica, derivada do dever do Estado de prestar a tutela jurídica em razão da proibição da autotutela. Disse o autor: “Seria absurdo tentar-se fundir a pretensão que nasce do direito civil ou de outro ramo do direito material e a *pretensão à tutela jurídica*, se bem que o Estado enuncie que a todo titular daquela corresponda a titularidade dessa” (referindo-se ao art. 75 do Código Civil de 1916). PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 1, 1973. p. 207.

73. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II, 2005. p. 304.

arts. 304 a 333, o modo pelo qual as obrigações são adimplidas e a imposição à outra parte da relação jurídica material de recebimento ou pagamento em juízo não está lá prevista; b) o pedido é julgado procedente (desde que o direito seja exigível), ainda que o réu jamais tenha se recusado a pagar ou receber, mas o autor é condenado, por abuso do direito de ação, ao pagamento de custas processuais, honorários advocatícios e eventuais prejuízos causados à outra parte.

Em relação ao exemplo da festa, a análise do mérito fica ainda mais evidente. Simplesmente se trata de um caso nítido de improcedência do pedido.

Se o autor pede uma tutela relativa a obrigação de fazer para que o réu compareça a uma festa que já aconteceu, pede algo a que ninguém tem direito, pois é impossível que se mande alguém fazer algo no passado. Cabe ao Estado, como consequência, rejeitar essa pretensão sem embasamento legal.

Frise-se que a pretensão é que está sendo julgada; não há nada aqui que diga respeito a aspectos da relação processual. Todos os pressupostos processuais estão satisfeitos. Cabe agora ao juiz verificar se satisfará ou não a pretensão. E é isso que ele faz ao dizer que não a satisfará porque o autor não tem (nitidamente) o direito que afirma ter.

7.3. Enfoque sobre a possibilidade jurídica do pedido.

A possibilidade jurídica do pedido tem nome autoexplicativo; investiga-se se o pedido do autor pode, em tese, ser julgado procedente. Liebman definia essa condição, até a segunda edição de seu Manual, como “a admissibilidade em abstrato do provimento pedido”.⁷⁴ É impossível juridicamente, por exemplo, o pedido de prisão civil por inadimplemento contratual ou a condenação a trabalho escravo.

Talvez a possibilidade jurídica do pedido, ao se remeter exclusivamente à legitimidade da pretensão do autor, seja a condição da ação que mais claramente implique conhecimento do mérito, considerando que todos os pedidos juridicamente impossíveis veiculam pretensões sem embasamento no ordenamento jurídico. A diferença reside, mais uma vez, em quão improcedente é o pedido juridicamente impossível.⁷⁵

74. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*, 2005. p. 205, nota 127.

75. Esse é o posicionamento de José Roberto dos Santos Bedaque: “Verifica-se, pois, que *impossibilidade jurídica e improcedência* são fenômenos ontologicamente iguais. A diferença está no maior ou menor grau de incompatibilidade entre a pretensão e o sistema”. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*, 2006. p. 273.

Não há, desse modo, diferença entre a improcedência de uma pretensão à compensação por danos extrapatrimoniais e a improcedência da pretensão à condenação a trabalho escravo. Em ambos os casos o demandante não tem um direito que legitime sua pretensão.

José Botelho de Mesquita, em artigo escrito com outros autores, tenta dar nova vida às condições da ação ao definir mérito não como o pedido inicial, mas sim como a relação existente entre a causa de pedir e o pedido.⁷⁶ Por este motivo, a impossibilidade jurídica do pedido não seria um juízo de mérito, já que diz respeito unicamente ao pedido e não à relação entre este e a causa de pedir.

Ocorre, como já foi dito, que, não obstante seja informado pela causa de pedir, é o pedido a essência da pretensão. Exemplo cabal disso é a existência da defesa indireta, hipótese em que o juiz pode aceitar a ‘relação existente entre o pedido e a causa de pedir’, mas julgar improcedente a pretensão porque existe um fato que extingue, impede ou modifica o direito que a fundamenta.⁷⁷

Tal qual as demais, pode-se concluir que a impossibilidade jurídica do pedido implicará sempre julgamento do mérito.⁷⁸

8. A INVARIÁVEL NATUREZA DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO.

Em brilhante artigo, Egas Dirceu Moniz de Aragão afirma que o exegeta não pode tomar para si o poder de legislar, pois se instalaria a incerteza e a insegurança.

76. MESQUITA, José Ignácio Botelho de *et alii*. *O colapso das Condições da Ação?*, 2007. p. 23.

77. Se João pede indenização por descumprimento de cláusula contratual, mas José contesta sob o fundamento da exceção de contrato não cumprido, o juiz não rejeitará a relação existente entre a causa de pedir e o pedido, mas proferirá sentença de improcedência porque a pretensão por ele veiculada não pode ser satisfeita.

Por tudo, impõe-se a adesão ao que afirmou Adroaldo Furtado Fabrício: “Por muito que nos tenhamos empenhado na meditação do assunto e por maior que tenha sido nosso esforço em penetrar as razões do convencimento que parece ser o da maioria (sobre ser a solução da lei), fortalecemos sempre mais nossa convicção no sentido de ser a sentença declaratória da impossibilidade jurídica uma típica e acabada sentença de mérito. Ao proferi-la o juiz ‘rejeita o pedido do autor’, nos exatos termos do art. 269, I; denega-lhe o bem da vida por ele perseguido através do processo; afirma que ele não tem o direito subjetivo material invocado; diz que ele não tem razão; indefere-lhe o pedido mediato formulado; repele a sua demanda. Podem-se alinhar às dezenas outras maneiras de dizer, mas todas significarão sempre que a ação (rectius, o pedido) não procede”. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Extinção do Processo e Mérito da Causa*, 1990. p. 17.

78. Observe-se o raciocínio de Fredie Didier Jr: “Se o objeto litigioso do processo se compõe da relação jurídica substancial deduzida; se esta relação jurídica tem por elementos os sujeitos, o objeto e o fato jurídico; se o objeto da relação jurídica se processualiza com o pedido, que é o efeito jurídico pretendido que se retira do fato jurídico alegado; se a legitimidade ad causam, ao menos no âmbito da tutela individual, se constata a partir da relação jurídica material; se a possibilidade jurídica a ser investigada é a do pedido, que para muitos é o próprio mérito da causa; fica difícil, então, defender que a análise das mencionadas condições da ação não é uma análise do mérito (da relação jurídica substancial deduzida)”. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1, 2007. p. 161.

Segundo ele, caberia aos operadores do direito buscar entender a lei e aplicá-la da melhor forma possível. Se as condições da ação nos foram impostas, então elas “devem ser entendidas e aplicadas de modo a não contrariar a opção do legislador”.⁷⁹

Embora irreparáveis, as observações acima reproduzidas não se aplicam às condições da ação.

Independentemente do que está disposto nos arts. 3º, 6º e 267, VI, do CPC, a extinção do processo sem julgamento do mérito porque o demandante é carente de ação acarreta julgamento do mérito. Analisam-se as questões de mérito, analisa-se o pedido do autor e chega-se à conclusão de que a pretensão deduzida não pode ser satisfeita.

A extinção do processo sem julgamento do mérito por carência de ação é uma ficção, algo que não condiz com a realidade e somente deixa de fazer coisa julgada, porquanto o legislador quis que assim fosse.

A grande diferença das condições da ação, quando comparadas com outros institutos combatidos, é que a sua aplicação é absolutamente facultativa. Como não há a menor diferença entre a sentença terminativa por carência de ação e sentença de improcedência, cabe ao juiz decidir se ele aplicará o art. 267, VI, ou o art. 269, ambos do CPC.

O juiz pode, portanto, deixar de extinguir um processo em que o autor seria carente de ação para julgar o *meritum causae*, sem violar nenhum dispositivo legal.

9. EFETIVIDADE DO PROCESSO E A TEORIA DA ASSERÇÃO.

A garantia de acesso à Justiça, conjugada com outros fatores, como modernização da sociedade, propagação das relações de consumo e dos contratos de adesão, retomada do Poder Judiciário como tutor da sociedade e a existência de uma “conflituosidade contida” própria dos regimes ditatoriais a que o país esteve sujeito, ampliaram enormemente os ‘clientes’ da jurisdição.⁸⁰ Com isso, proliferam-se pretensões infundadas, que só fazem sobrecarregar o Poder Judiciário, impedindo-o que julgue aquilo que realmente é necessário.

É descabido dar prosseguimento a um processo cujo objeto é uma pretensão a uma condenação por dívida de jogo. Basta ao juiz ler a petição inicial para descobrir que esse processo jamais receberá uma sentença de procedência. Não há,

79. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Hobbes, Montesquieu e a Teoria da Ação*, 2002. p. 445.

80. V. sobre o tema, GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de Aceleração do Processo*, 2003.

por isso, como defender a citação do réu, obrigá-lo a pagar advogado e lhe impor as inconveniências de um processo em um caso como esse.

Sob essa perspectiva, independentemente do acerto ou erro da teoria eclética, há que se conceder razão aos seus defensores quando estes afirmam não haver cabimento em permitir o desenvolvimento de um processo cujo resultado já é conhecido. Segundo Cândido Dinamarco:

“A tendência à universalização da tutela jurisdicional é refreada pela legítima conveniência de impedir a realização de processos sem a mínima condição de produzir algum resultado útil ou predestinados a resultados que contrariem regras fundamentais da Constituição ou da própria lei”.⁸¹

Processos de manifesta improcedência não podem utilizar a estrutura e o tempo do Poder Judiciário, nem causar gravames ao demandado; devem ser eliminados o mais depressa possível.

Por outro lado, percebeu-se a irrazoabilidade de se extinguir processos por carência de ação em fase avançada do processo. A prática de se chegar à fase instrutória, completá-la e, no momento de proferir a sentença, extinguir o processo sem julgamento do mérito era excessivamente danosa.

Surgiu, como consequência, a denominada teoria da asserção, cuja diferença para a teoria eclética residia, apenas, no momento em que as condições da ação poderiam ser conhecidas. Para os assertistas, esse conhecimento deveria ser realizado *in statu assertionis*, ou seja, a partir unicamente do que foi alegado pelo autor. Recebida a inicial e oferecida a contestação, então dever-se-ia julgar o mérito do processo.⁸²

Não obstante tenha intenções louváveis, a teoria assertista não se sustenta; acaba, ao contrário, sendo prova cabal de que carência de ação e mérito se confundem.

81. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II, 2005. p. 298.

82. Kazuo Watanabe, apoiando-se nas idéias de Barbosa Moreira, explica: “O exame das condições da ação deve ser feito ‘com abstração das possibilidades que, no juízo de mérito, vão deparar-se ao julgador: a de proclamar existente ou a de declarar inexistente a relação jurídica que constitui a res in iudicium deducta’: vale dizer, o órgão julgador, ao apreciá-las, ‘considera tal relação jurídica in statu assertionis, ou seja, à vista do que se afirmou’”. WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*, 2000. p. 80.

No mesmo sentido, Fredie Didier Jr. acrescenta: “Sem olvidar o direito positivo, e considerando a circunstância de que, para o legislador, carência de ação é diferente de improcedência do pedido, propõe-se que a análise das condições da ação, como questões estranhas ao mérito da causa, fique restrita ao momento de prolação do juízo de admissibilidade inicial do procedimento. Essa análise, então, seria feita à luz das afirmações do demandante contidas em sua petição inicial (in statu assertionis)”. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1., 2007. p. 162.

Primeiramente, e esse argumento parece irrefutável, a carência de ação, desde que inalterada a situação fática, deve ser entendida como um estado permanente. Ou as condições da ação estão preenchidas ou não estão. A realização de atos processuais não pode, por si só, garantir ao autor o direito, antes inexistente, a uma sentença de mérito.⁸³

Além disso, a teoria da asserção gera uma situação inusitada. Basta que o demandante minta para que a petição seja recebida. Destarte, se o autor afirmar que emprestou dinheiro ao réu, ainda que tenha emprestado ao filho dele, teria direito de ação e o juiz proferiria uma sentença de mérito. Se o autor deixar claro que propõe uma demanda contra A, mas tinha, em verdade, emprestado dinheiro a B, então o juiz extinguirá o processo sem julgamento do mérito. Em resumo, dois casos concretos idênticos receberiam sentenças de natureza diversa, de acordo com o relato fático do demandante.

10. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Enrico Tullio Liebman, com sua teoria eclética, preocupou-se em impedir que qualquer demanda fosse apta a dar origem a uma sentença de mérito. Não parecia lógico (e realmente não o é) que uma demanda relativa à condenação de dívida por jogo, por exemplo, impusesse a produção de diversos atos processuais desnecessários entre a demanda e a sentença.

Ao tentar “filtrar” essas demandas, Liebman acabou criando hipóteses de manifesta improcedência do pedido, as quais deveriam impor o término prematuro do processo.⁸⁴

83. Cândido Dinamarco resume: “Ao propor arbitrariamente essa estranha modificação da natureza de um pronunciamento judicial conforme o momento em que é produzido (de uma sentença terminativa a uma de mérito), a teoria ‘della prospettazione’ incorre em uma série de erros e abre caminho para incoerências que desmerecem desnecessária e inutilmente o sistema”. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II, 2005. p. 317.

Também precisa é a lição de Adroaldo Furtado Fabrício: “Seja que o juiz (a) identifique a impossibilidade ao primeiro contato com a inicial, segundo o art. 295, (b) constate a falta de cobertura legal para a demanda no curso do processo ou (c) chegue a tal conclusão depois de percorrer o completo *iter* processual, passando inclusive pela instrução em audiência, a substância da decisão será sempre a mesma, variando apenas o momento de sua prolação e talvez o tipo de material com o qual trabalhou na formação do seu convencimento” *Extinção do processo e Mérito da Causa*, 1990. p. 17.

84. Esta é a irreparável lição de Sérgio Cruz Arenhart: “Calha adiantar que se defende aqui a ideia de que, realmente, não há distinção entre condição da ação e mérito da pretensão. Ao que parece, as condições da ação (na verdade a sua ausência) não são mais do que hipóteses evidentes de improcedência do pedido, em que a solução para o caso independe de maiores aprofundamentos, haja vista a obviedade da solução da controvérsia”. *Perfis da Tutela Inibitória Coletiva*, 2003. p. 231.

Por conta desse papel de “filtro”, já se defendeu que as condições da ação, embora se confundam com o mérito, devem ser usadas como técnica processual, garantindo-se a economia do processo.⁸⁵

O problema desta proposta está no fato de que a sentença extintiva implica, sempre, frustração da prestação jurisdicional. Ao extinguir um processo, a mensagem que se passa é que o Estado não exerceu a jurisdição de forma plena. A proliferação desse tipo de sentença é danosa e problemática, pois, ensina Bedaque, “representa o fracasso do meio, que não conseguiu atingir seu fim”.⁸⁶

O papel da jurisdição é realizar o previsto pelo direito material, garantindo “a eficácia prática do ordenamento jurídico”⁸⁷. Ao proferir uma sentença terminativa, o juiz simplesmente afirma que não julgará a pretensão posta, mantendo o estado de dúvida e incerteza das partes, bem como a situação litigiosa que, na maioria dos casos, fundamenta a demanda. A sentença terminativa implica gasto de dinheiro, perda de tempo e “frustração de esperanças”.⁸⁸ Extinguir o processo sem julgamento do mérito deve ser a exceção; a sentença de mérito a regra.

Note-se que o “filtro” criado por Liebman é um instrumento de sua época e, mais ainda, da época de seu criador. Um período em que o processo se desenvolvia e se estabelecia como uma ciência própria e autônoma, vivendo, nas palavras de Cândido Dinamarco, o seu “segundo momento metodológico”⁸⁹. O rigor formal era excessivo e, conseqüentemente, as extinções prematuras dos processos corriqueiras.

Atualmente, não há mais razão para se manter a natureza terminativa destas sentenças que encerram processos de clara improcedência.⁹⁰ As condições da ação têm a função de eliminar processos inúteis, mas o fazem invertendo valores, desrespeitando a lógica e a teoria processual e frustrando a prestação jurisdicional. Nem se fale, então, da possibilidade de se extinguir um processo por carência

85. “As condições da ação podem ser utilizadas como técnica processual a partir do momento em que impedem a continuação de um processo que se mostra manifestamente improcedente, dando aplicação ao princípio da economia processual”. COSTA, Susana Henriques da. *Condições da Ação*, 2005. p. 124.

86. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*, 2006. p. 44.

87. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*, 2005. p. 19.

88. Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*, 2006. p. 89.

89. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do Processo*, 2005. p.

90. Como se sabe, vêm crescendo as hipóteses de resolução liminar do mérito, das quais se destacam as duas mais recentes: o julgamento liminar de causas repetitivas (art. 285-A, do CPC) e em caso de prescrição da pretensão do autor. Sobre o tema, v. RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. *Resolução liminar do mérito*, 2009. p. 115-135.

de ação em etapa avançada do procedimento, depois da realização de vários atos processuais.⁹¹

O fim imediato de todo processo de conhecimento deve ser a solução para a pretensão apresentada pelo autor, seja procedente ou não. E essa solução, desde que preenchidos os requisitos processuais mínimos de validade, deve vir.

Adroaldo Furtado Fabrício com absoluta razão defendeu que o julgamento de improcedência da pretensão do autor de imediato porque evidentemente ilegítima é “a mais radical de todas as formas possíveis de negar-lhe razão”.⁹² É, ainda segundo ele, “uma negativa mais terminante e desenganadora do que, *e. g.*, a fundada na inexistência ou mera insuficiência de prova dos fatos alegados”.⁹³ Nada mais condizente com demandas absolutamente infundadas do que esta “radical forma de se negar razão”.

Sendo assim, o legislador pátrio poderia dar mais um salto em prol da efetividade do processo e da proteção dos jurisdicionados contra o abuso do exercício da ação, atribuindo ao conhecimento das condições da ação natureza de resolução liminar do mérito por improcedência manifesta da pretensão do autor. Tal medida garantiria a efetiva prestação jurisdicional e eliminaria processos cujo seguimento é desnecessário.

11. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Efetividade e tutela jurisdicional*. Gênese: Revista de Direito Processual Civil, n. 34. Curitiba: Gênese, 2004.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Hobbes, Montesquieu e a Teoria da Ação*. Gênese: Revista de Direito Processual Civil, n. 25. Curitiba: Gênese, 2002. p. 439.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela Inibitória Coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

91. “Nada mais frustrante para o estudioso do direito processual e mais prejudicial ao que necessita da tutela jurisdicional do que, após longos anos, depois de praticados inúmeros atos e despendida enorme energia, a extinção do processo sem eliminação da crise de direito material”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*, 2006. p. 43.

92. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Extinção do Processo e Mérito da Causa*, 1990. p. 23.

93. *Idem*, *ibidem*. p. 23

Defende Fredie Didier Jr, no mesmo sentido, que “A improcedência macroscópica é apenas a forma mais avultante de improcedência e, por isso, deveria ser tratada ainda com mais rigor – como já acontece com os casos de decadência legal e prescrição em favor do incapaz [note-se que o autor publicou o livro antes da alteração legislativa que permitiu ao juiz conhecer a prescrição de ofício]. O caso é de improcedência *prima facie*”. DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 226.

- _____; MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do Processo de Conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- _____; MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo de Conhecimento*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- ASSIS, Araken de. *Cumulação de Ações*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____. *Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório*. In: Causa de Pedir e Pedido no Processo Civil: questões polêmicas. Coord. José Rogério Cruz e Tucci e José Roberto dos Santos Bedaque. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BERMUDES, Sérgio. *Introdução ao Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- CALAMANDREI, Piero. *Il concetto di "lite" nel pensiero di Francesco Carnelutti*. In Opere Giuridiche a cura di Mauro Cappelletti, v.1. Napoli: Morano, 1965.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, v. 1. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.
- CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*, v. 1. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEA, s.d.
- _____. *Sistema de Direito Processual Civil*. v. 2. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. I. 3. ed. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2002.
- COSTA, Susana Henriques da. *Condições da Ação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1993
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 1. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2007.
- _____. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *O conceito de mérito em Processo Civil*. Revista de Processo, n. 34. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.
- _____. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

- _____. *A Instrumentalidade do Processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____. *Polêmicas no processo civil*. In: Fundamentos do Processo Civil Moderno. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Extinção do Processo e Mérito da Causa*. Revista de Processo, n. 58. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Técnicas de Aceleração do Processo*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003.
- GOMES, Fabio Luiz. *Carência de Ação: doutrina, comentários ao CPC, análise da jurisprudência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- KIMMICH, Liane Boll. *Teorias do Objeto do Processo no Direito Brasileiro e Alemão*. In: Elementos para uma nova teoria geral do processo. Org. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- LEONEL, Ricardo de Barros. *Objeto Litigioso e Duplo Grau de Jurisdição*. In: Causa de Pedir e Pedido no Processo Civil: questões polêmicas. Coord. José Rogério Cruz e Tucci e José Roberto dos Santos Bedaque. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *O Despacho Saneador e o Julgamento do Mérito*. In: Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro. São Paulo: Bestbook, 2004.
- _____. *L'azione nella teoria del processo civile*. In: Problemi del Processo Civile. Nápoles: Morano, 1962.
- _____. *Manual de Direito Processual Civil*. 3. ed. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- _____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- _____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MESQUITA, José Ignácio Botelho de *et alii*. *O colapso das Condições da Ação?* Revista de Processo, n. 152. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MORTARA, Lodovico. *Commentario Del Codice e delle Leggi di Procedura Civile*, v. II. 3. ed. Milão: Dottor Francesco Vallardi, s.d.
- OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. *Notas sobre o Conceito de Lide*. Revista de Processo, n. 34. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1973.
- RAMINA DE LUCCA, Rodrigo. *Resolução liminar do mérito*. Revista Dialética de Direito Processual, 79. São Paulo: Dialética, 2009.
- ROCCO, Alfredo. *La Sentencia Civil: la interpretación de las leyes procesales*. Distrito Federal: Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2003.
- ROCCO, Ugo. *Trattato di Diritto Processuale Civile: parte generale*, v. I. Torino: UTET, 1957.
- SCHWAB, Karl Heinz. *El Objeto Litigioso en el Proceso Civil*. trad. Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1968.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- TALAMINI, Eduardo. *Coisa Julgada e sua Revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- WACH, Adolf. *La Pretensión de Declaración: un aporte a la teoría de la pretensión de protección del derecho*. Trad. Juan M. Semon. Buenos Aires: Europa-America, 1962.
- WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

IX

¿PRESUPUESTOS PROCESALES? ADMISIBILIDAD Y FUNDABILIDAD EN LA DOGMÁTICA PROCESAL CIVIL ALEMANA: REVISIÓN CONTEMPORÁNEA

Alvaro Pérez Ragone

Abogado (UNT/Argentina); LL.M. y Doctor Iur. (Universidad de Colonia/Alemania); profesor adjunto de Derecho Procesal Civil-Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile). Este trabajo forma parte del Proyecto iniciación N°11070054 titulado “Estudio histórico, comparado y dogmático de las conductas no cooperativas de las partes en el proceso civil (rebeldía – contumacia – default) de cara a su reformulación para una nueva y eficiente Justicia civil chilena” (2007-2008). Fue realizado como parte integral del proyecto de Postdoctorado en ejecución como becario Alexander von Humboldt en la Universidad de Freiburg (2008/2009).

SUMARIO: I. Introducción – II. Antecedentes de la discusión en la dogmática procesal alemana del siglo XIX – III. Nociones, términos y clasificaciones: lo difuso de la claridad en torno a los “presupuestos procesales” – IV. El proceso civil y las bases constitucionales de la relación demandante-demandado-tribunal – V. Rol e importancia de los requisitos procesales en una visión contemporánea desde el proceso civil alemán – VI. Las características del juicio de admisibilidad – VII. Crítica contemporánea a la teoría de los presupuestos procesales: A. La crisis de la preeminencia de los presupuestos procesales para la decisión del caso; B. Examen y relevancia de los hechos y el derecho; C. Admisibilidad y fundabilidad de determinados actos procesales – VIII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El trabajo con casos para identificar problemas, trabajar con hipótesis y proponer soluciones es el núcleo metodológico de aprendizaje-enseñanza del derecho en las facultades alemanas. Pero lo más importante en la resolución de un caso no es el resultado (su solución) mismo sino el “cómo”. Se parten evaluando hipótesis para subsumirlas en las disposiciones jurídicas y verificar si son o no aceptables y así proponer una respuesta fundada: el denominado “*Gutachtenstil*”

(o estilo de informe o parecer) . Éste difiere del estilo o iter metodológico para la redacción de una sentencia donde se parte de la solución para ir construyendo la fundamentación el “*Urteilstil*”¹. En los casos juega un rol esencial la evaluación de los “*Voraussetzungen*” o “presupuestos”. Estos están en abstracto enunciados (en las disposiciones normativas , doctrina y jurisprudencia) y los hechos descritos en cualquier caso deben someterse al análisis para verificar si se satisfacen esos presupuestos o requisitos y permitir la aplicación de una u otra disposición. Pues lo mismo se verifica en un caso procesal donde existirán también “requisitos” o “presupuestos” que se someterán a examen en su aplicabilidad para un caso con una demanda , un proceso , una sentencia.

Si bien el método de trabajo central y absoluto con casos tiene en el “*Gutachtenstil*” principios y nociones comunes a todas las áreas del derecho, en materia procesal civil corresponde analizar lo procesal y la solución material. Estos dos planos imponen el examen de admisibilidad y el de fundabilidad (procedencia, acogimiento) de una determinada pretensión. Lo que se examina en la admisibilidad son, como se describió en el párrafo anterior, requisitos o presupuestos . Sobre estos es que se arriba a un resultado negativo o positivo. Estos requisitos o presupuestos vinculados con la admisibilidad, en principio, son los presupuestos o requisitos procesales².

Esta introducción es necesaria ya que el rol de los presupuestos (procesales) fuera del cause metodológico de comprensión resulta pura dogmática y en muchos textos en las lenguas latinas de Iberoamerica parece haber quedado solo reducido a ello. Especialmente en la recepción de la dogmática procesal alemana decimonónica a travez de la doctrina italiana de principios del Siglo XX. Esta exposición parte con un breve reseña histórica (II), se continúa con una sección (III) donde apenas se persigue dar una noción (no aspira a proponer una definición) de lo que se menta o habla cuando se refiere a “*Prozessvoraussetzungen*” (Requisitos o presupuestos procesales) y una propuesta de clasificación. En el punto IV se fija la atención en los sujetos procesales y ciertos aspectos relacionados con los presupuestos. Sobre las corrientes contemporáneas en el proceso civil alemán contemporáneo se hacen algunas apreciaciones de carácter descriptivo en la sección V. El juicio o examen de admisibilidad se examina en la sección VI, para seguir continuar y finalizar con una seccion VII donde se examina críticamente el rol y

1. Al respecto ver *Braun*, *Der Zivilrechtsfall*, 2008, § 5 II. 2.; *Schumann*, *Die ZPO-Klausur*, 2006, n. 21 y ss., 28. Igualmente *Braun*, op. Cit., § 5 II. 3. *op. cit.* n. n.
2. *Baumgärtel-Prütting*, *Der Zivilprozessrechtsfall*, Colonia, 1986, pp. 3-25.

utilidad de los presupuestos procesales. Finalmente se presentan las principales conclusiones.

II. ANTECEDENTES DE LA DISCUSIÓN EN LA DOGMÁTICA PROCESAL ALEMANA DEL SIGLO XIX

1. La discusión en torno a los presupuestos procesales, tiene su inicio sistematizado, dentro del marco decimonónico alemán (Escuela histórica del Derecho y la Pandectística) iniciado por Büllow³. Este último, desarrolla la institución para poder aclarar tres interrogantes: primero, cómo se conforma la relación procesal y poder comprobar si se constituye un tipo de relación diferente a la del derecho material; en segundo lugar, analiza la acción a partir del derecho romano, sobre base de la *actio*, tratando de verificar su aplicabilidad al derecho común germano del siglo XIX; finalmente, intenta establecer los parámetros básicos para que pueda hablarse de existencia de una relación procesal (proceso propiamente dicho), explicando los mecanismos con los que contaban las partes y el tribunal, para poder advertir la inexistencia y/o deficiencias de alguno de los requisitos (ello se corresponde con la *exceptio* en el Derecho Romano)⁴.

La doctrina posterior se circunscribiría a la crítica, ya de alguno, o de los tres tópicos mencionados, sin ignorar el rol protagónico de Büllow. En la elaboración más contemporánea y completa sobre el tema pertenece la tesis doctoral de Bruno Rimmelpacher, publicada en el año 1966. Dicho autor, logra con creces sistematizar la doctrina existente hasta ese tiempo, introduciendo al tema una innovadora propedéutica: en primer lugar, reflexiones constitucionales sobre la importancia de los requisitos procesales; en segundo lugar, inquiriendo sobre la finalidad del proceso civil. Como puede verse, si el inicio histórico en la dogmática procesal alemana, se centró en la relación procesal, el desarrollo sistemático más cercano parte desde la importancia constitucional del instituto y la teleología del proceso civil. Menciono las obras de estos dos autores, ya que bien pueden indicarse en el tiempo, como puntos en el tiempo de partida y conclusión, sistematización y perfeccionamiento del tema⁵.

3. Büllow, Oskar Die Lehre von den Proceßeinreden und die Proceßvoraussetzungen, 1868. Con un análisis contemporáneo de la obra de Büllow, ver Braun, in: Büllow, Gemeines deutsches Zivilprozeßrecht, nach einer Vorlesungsmitschrift von 1868/ , 2003, introd. p. 3. y ss.
4. Büllow, Oskar Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten, AcP 62 (1879), I; Stein, Grundriß des Zivilprozeßrechts und des Konkursrechts, 1928, § 3 I.: „In Rom kam nur der zu einer Verhandlung vor dem iudex, dessen Anspruch vom Prätor als gericht- und verhandlungsfähig anerkannt wurde. Heute aber gleicht das Klagen insofern dem Abschließen von Verträgen oder dem Maikäferfangen (anders z.B. das Jagdrecht). Jede Klage löst die Entscheidungspflicht aus, keine darf in den Papierkorb wandern.“
5. Comp. con la crítica de Wurzer, Gustav, Die Prozeßvoraussetzungen, GruchBeitr. 64 (1920), p. 41.

2. La teoría desarrollada por Bülow en 1868 (“*Die Lehre von den Proceßeinreden und die Proceßvoraussetzungen*”/ Introducción del texto de las defensas y procesales presupuestos)⁶, consigue delinear dogmáticamente al proceso en dos etapas (no solo dividiendo, sino además distinguiendo): una relacionada con aquellos requisitos que deben ser considerados como presupuestos para poder hablar de una “relación procesal”; otra, sucesiva, que presupone la respuesta afirmativa a la primera, y que se vincula con el surgimiento de dicha relación (proceso), y su desenvolvimiento para arribar a una sentencia de mérito. Esta distinción es tomada por el mencionado autor a partir de derecho romano, para trabajar con la hipótesis de su aplicación al derecho común alemán⁷.

Las consecuencias frente a la deficiencia de estos requisitos, se vinculaban, primero, con las elaboraciones del derecho romano tardío y el proceso romano-canónico, para poder justificar el examen de oficio por parte del tribunal de alguno de estos presupuestos. En segundo lugar, con la fundamentación de la teoría de la nulidad o de la inexistencia, para poder así invalidar justificadamente de oficio un proceso. Sucede que a partir de 1879, con la entrada en vigencia del sistema de Justicia Civil Alemán, y la teoría de la impugnación de las resoluciones procesales, con un enfoque y regulación específica en materia procesal, en especial la segunda consecuencia quedará eliminada. Ya no es la nulidad, por si misma, el mecanismo idóneo para objetar la inexistencia o deficiencia de un presupuesto procesal, ya que cuando se contaba con una sentencia, el legislador establecía diferentes medios de impugnación (por ejemplo un sistema recursivo).⁸

3. Las teorías posteriores intentaron desarrollar el tema, no sólo enunciando cuáles serían aquellos presupuestos, sino también objetando la pretendida distinción y división entre una etapa preprocesal, y otra en la que realmente surgiría la relación y se estaría frente a un “proceso”⁹.

En las discusiones en torno a la naturaleza de la acción, la relación jurídica existente entre el tribunal y las partes, como de estas últimas entre sí, – lo que en mayor o menor medida había sido objeto de estudio en el planteo y desarrollo de la teoría de presupuesto procesales –, va a toparse a partir de Wach con la

6. *Rimmelpacher*, Bruno, Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozess, 1966, *passim* esp. como introducción histórica al tema pp. 20-38.

7. *Niese*, Werner: Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen. Ein Beitrag zur allgemeinen Prozeßrechtslehre, 1950, pp. 30-35; *Wach*, Adolf, Handbuch des deutschen Civilprozessrecht, V. I, 1885, § 9 II, pp. 115-120.

8. *Wurzer*, Gustav, Nichturteil und nichtiges Urteil, 1927, *passim*.

9. *Rimmelpacher*, idem, pp. 39-42;

incorporación, del “interés relevante para ser tutelado”¹⁰ (*Rechtsschutzbedürfnis*). Seguir este “interés procesal jurídicamente protegido”, va a implicar introducir – ya incluso en la doctrina separatista inicial – un nuevo concepto, que va a vincularse íntimamente con la noción de pretensión y la eventual decisión de mérito. Ello se expresó como el derecho de demanda (*Klagerecht*), identificable con el derecho a una sentencia favorable, lo que en definitiva conducirá a centrar la atención en aquella acción que hace valer el actor a través de un escrito, y que se vincula necesariamente con una sentencia de mérito o de fondo que la acogerá o rechazará. Así, es que se concluye finalmente en la distinción entre juicio o examen de admisibilidad (vinculado con los requisitos procesales), y de fundabilidad (vinculado con aquellos requisitos principalmente materiales y probatorios, que sustentan la posición de quien ejerce la acción)¹¹.

4. Desde la visión de un clásico alemán de comienzos del siglo XX, Hellwig (uno entre tantos autores tomado como ejemplo para ver el desarrollo del tema), la noción de presupuestos procesales, ocupa un rol fundamental dentro del proceso civil, aún cuando según su opinión, no se encontrarían legislativamente establecidos¹².

Su estudio comienza con la crítica a Büllow, en especial con la visión de que los presupuestos serían los requisitos básicos de admisibilidad, preparación, y posibilidad del surgimiento pleno de la relación procesal, o incluso condiciones de existencia de un proceso¹³. Hellwig no acepta la aplicación de los parámetros del derecho romano, y propone más bien hablar, no de requisitos vinculados con una posibilidad material para conocer por parte del tribunal, sino de más bien de una posibilidad jurídica. En esta visión, aún cuando uno o más presupuestos estén viciados, existiría igualmente un proceso, es decir, una relación que permitirá al

10. Wach, Adolf, Der Feststellungsanspruch, Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtschutzanspruch, Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Bernhard Windscheid zum 22. Dezember 1888, *passim*. Ver así un desarrollo posterior Brehm op. Cit., intro. n. 273 ss.; Musielak ZPO-Kommentar, 2008, § 300 n. 6. § 93 n. 48; Schilken op. cit., n. 335. Más restringido Greger, in: Zöller, ZPO-Kommentar, op. cit., intro. § 253 n. 10 desarrollando el autor los conceptos de, Derecho necesitado de tutela “Rechtsschutzbedürfnis” y de, interés en la declaración ” (Feststellungsinteresse), se entiende la pronunciada en la sentencia. En otro sentido Becker -Eberhard en la introd. op. cit. §§ 253 y ss. n. 19 Jurisprudencia contemporánea sobre los términos y su rol BGH NJW 2006, 1124, fallo en el que se entiende inexistente el derecho sobre el que se requiere la tutela jurídica.
11. Así de acuerdo a lo expresado por Rosenberg/Schwab/Gottwald, op. Cit., § 89 n. 39, en relación siempre al “Rechtsschutzbedürfnis”
12. Hellwig, Anspruch und Klagerecht. Beiträge zum bürgerlichen und zum Prozeßrecht, 1900, *passim*; ver especialmente del autor la obra Klagerecht und Klagemöglichkeit, Leipzig, 1905, esp. pp. 53-76.
13. Hellwig, Klagerecht und Klagemöglichkeit, Leipzig, 1905, esp. p. 53 libro de Elvis

tribunal arribar al pronunciamiento de una sentencia, que de no ser impugnada, no sólo será válida, sino que además hará cosa juzgada.

El defecto en un presupuesto, se transforma en agravio, que permite sustentar la impugnación de la resolución que se pronuncie habiéndolo ignorado¹⁴. Igualmente, ya no podría negarse la existencia de una relación procesal, entre el tribunal y una o ambas partes, cuando la demanda, aun sin conocimiento del demandado, sea rechazada por inadmisibile¹⁵. El mismo autor, recomienda no usar la terminología de “presupuestos procesales” en sentido amplio. Más bien propone la distinción entre presupuesto procesales y presupuestos de la demanda¹⁶. Ambos tienen en común, que de estar viciados, no podría arribarse a una sentencia de mérito válida. El proceso debiera concluir con una sentencia neutra de inadmisibilidad. Por lo mismo, propone no emplear el término “demanda inadmisibile”, ya que la resolución que no se pronunció sobre lo peticionado por el demandante, en definitiva no perjudica ni beneficia a ninguna de las partes. Así presupuestos procesales, serían, por ejemplo, la capacidad del demandante y su adecuada representación. Presupuestos de la demanda serían su redacción de acuerdo al contenido y solemnidades preestablecidas, interposición ante un tribunal competente, y finalmente que la notificación del escrito de demanda se lleve a cabo según las formas prescritas.

En todos los casos mencionados, el demandante puede rectificar los defectos que sean observados. Estos presupuestos se diferencian de aquellos necesarios para el éxito de una demanda, ya que se relacionan con requisitos objetivos, subjetivos y causales de la pretensión, en particular los hechos valer por el demandante¹⁷.

Hellwig concluye – cuestionando las dudas que planteara Büllow sobre si existe, y cuál sería el contenido de esa relación jurídica que nace entre las partes y el tribunal –, que sería mucho más práctico, determinar cómo podría hacerse valer una demanda, para que el derecho en ella invocado sea reconocido por el juez. El demandante necesita un pronunciamiento favorable y ello se relaciona no con los presupuestos procesales, sino con los presupuestos de la demanda o requisitos para que ella sea exitosa¹⁸.

14. Hellwig, *idem*, p. 54.

15. *Ibidem*, pp. 55-60.

16. *Ibidem*, pp. 60 y ss.

17. *Ibidem*, pp. 70 y ss.

18. Sobre el estado actual de la discusión partiendo de las observaciones efectuadas por y a los clásicos ver A. Blomeyer, *op. Cit.*, *op. cit.* § 39 III; Brehm, *op. Cit.*, *op. cit.* n. 262 ss.; Grunsky, *op. Cit.*, *op. cit.* § 34 II. 3. y § 34 III. 3., que expresan como conclusión que finalmente todos los presupuestos terminan presentándose como prevalentes y teniendo casi prioridad absoluta.

III. NOCIONES, TÉRMINOS Y CLASIFICACIONES: LO DIFUSO DE LA CLARIDAD EN TORNO A LOS “PRESUPUESTOS PROCESALES”

1. La inquietud en torno a los requisitos procesales, como aquellos que incluyen una serie de requerimientos preestablecidos por el legislador. Estos pueden ser de consideración (a) en abstracto y aplicables a cualquier proceso (de naturaleza extrínseca a una causa en especial y concreta, designables como “presupuestos procesales”), ya (b) como requerimientos en concreto, teniendo en cuenta la variedad de procesos y las eventualidades de los diferentes casos (de naturaleza intrínseca a un proceso concreto y especial, los que se designarán como “elementos procesales”)¹⁹. Si bien esta clasificación, no es idéntica –aunque similar en sus consecuencias- a las desarrolladas por la dogmática procesal alemana, es más bien una propuesta aplicable al proceso y tomada de instituciones semejantes desarrolladas por la dogmática civilista y administrativa, en torno al acto y/o negocio jurídico privado, como al acto administrativo. Lo común que tienen con el desarrollo de la dogmática procesal civil, es tratar de describir cuáles son las condiciones mínimas e indispensables para poder decir que nos encontramos frente a un proceso (acto procesal) mutatis mutando frente a un acto jurídico, negocio jurídico o acto administrativo; si el lector desea agregar los adjetivos de “existente”, “válido” o “eficaz”, puede hacerlo para aplicar el paralelo con el acto jurídico en general.

2. Como se puede ver, la variedad de términos empleados, para designar una serie de condiciones que deben verificarse para lograr el pronunciamiento sobre una acción, son tan variados, e incluso en algunos casos conceptualmente insuficientes, que conducen a una dificultosa aplicación práctica. Por cierto, no deja de ser relevante la pregunta, desde el punto de vista, si se quiere “terminológico-estético-semántico”, sobre cuál de todos estos términos se han de emplear para referir a “los presupuestos” como concepto y si su utilización ha de ser en un sentido amplio, o estricto²⁰.

En otras palabras: ¿hay diversos tipos de requisitos procesales, y de ser así ameritarían una aplicación solo al acto procesal de interposición de la demanda, o se extiende a los actos sucesivos, excluyendo o no la decisión (sentencia)?²¹ En el

19. Sobre la diferencia entre “proceso” y “procedimiento” ver en detalle *Brehm*, in: Stein/Jonas, Kommentar zur ZPO, 2003, introd. n. 1, 205 y 243; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 2004, § 1 n. 3.

20. Así *Grunsky*, NJW 1975, 1402 (1403)..

21. Contra los términos, pero justificando su uso por costumbre y finalidad práctica.:

Brehm op. cit. 5), Introd. n. 243, con otra visión; *Foerste*, in: Musielak, Kommentar zur ZPO, 2007, parte previa al § 253 n. 1; *W. Lüke*, Zivilprozessrecht, 2006, n. 149; *Musielak*, Grundkurs ZPO, 2007, n. 112 con posición contraria. Sin objetar el empleo de los términos *Reichold*, in: Thomas/Putzo, ZPO, Kommentar,

último caso, dando una respuesta afirmativa, también habría que ampliar la discusión a la eventual serie sucesiva de actos procesales, como por ejemplo, la vinculada a la interposición y decisión de un recurso. Debe dejarse claro entonces, que se refiere a tópicos vinculados con los requisitos denominados de “admisibilidad”. Sobre éstos cabe el interrogante si serían aplicable sólo al acto de interposición de la demanda o si también se expanden al conocimiento y decisión de la acción ejercida. Lo cierto es que estos dos puntos están dentro de la “admisibilidad” que difiere del examen llamado de fundabilidad, mérito o de fondo²².

IV. EL PROCESO CIVIL Y LAS BASES CONSTITUCIONALES DE LA RELACIÓN DEMANDANTE-DEMANDO-TRIBUNAL

1. La doctrina de los requisitos procesales, dentro del proceso civil, no ignora la predominancia del principio dispositivo, como del aporte hechos y prueba por las partes interesadas, que no hace sino reflejar la autonomía de la voluntad del derecho privado, en sus márgenes de ejercicio, dentro de un proceso civil, regulado por el derecho público. Los intereses y las situaciones contrapuestas de los justiciables, necesitan de mínimos de igualdad, para su examen y decisión por un tercero independiente e imparcial, que titulariza y ejerce la función jurisdiccional dentro del Estado de Derecho. En esta perspectiva, los mencionados requisitos, asumen una jerarquía político-constitucional relevante al momento de su regulación por parte del legislador, en las disposiciones infraconstitucionales.

Como puede verse, no solamente es de esperarse una adecuada regulación procesal, que viabilice el ejercicio de la jurisdicción, para poder conocer y pronunciarse sobre el mérito y el fondo material de una causa. También se requiere que, para poder arribar a este resultado final, deban observarse normas básicas relacionadas con la institucionalidad (por parte del tribunal), y los derechos fundamentales de las partes, relacionados con el debido y el justo proceso.

2. Admisibilidad y fundabilidad, son conceptos básicos, tanto dentro del derecho privado que es discutido en un proceso como potencialmente aplicable (derecho material), como para el Derecho Procesal (derecho formal). Si bien suelen usarse otros términos para referirse al doble examen, al cual se sujeta una petición concreta a la jurisdicción (acción o pretensión), en general con ellos, se quiere a un doble examen dentro de un proceso. Uno referido a un examen inicial, consistente en evaluar el cumplimiento de requisitos (designados normalmente como

2007, parte previa al § 253 n. 8 ss.; *Saenger*, in: , *Zivilprozessordnung, Kommentar*, 2007, parte previa al §§ 253-494a n. 9; *Zimmermann*, *Zivilprozessordnung, Kommentar*, 2008, parte previa a §§ 253 y ss. n. 5.
22. *Baumgärtel-Prütting*, op. Cit., pp. 5-15

formales). Requisitos que conforman las condiciones mínimas e indispensables (apodícticas), vinculadas con las partes, el objeto de la controversia, y el tribunal, sin lo cual resultaría imposible el desenvolvimiento del proceso y la posibilidad de arribar a un examen de mérito legítimo, justo y válido. En otros términos, y de acuerdo a la visión mayoritaria, el tribunal debe ante una demanda, en primer lugar evaluar si la misma es admisible, para poder así entonces, pasar a una segunda etapa de evaluación, donde se pronunciará sobre lo peticionado en ella, que al considerarla fundada, importará conceder la tutela de ese derecho (o interés).

Por cierto este desglose no es extraño, por ejemplo, en la práctica y dogmática recursiva, donde el recurso es sometido a estos dos análisis sucesivos, dependientes uno de otro. No podría decirse que el tribunal *a quo o ad quem* (dependiendo de los distintos sistemas y políticas recursivas), al “admitir” un recurso en tanto interpuesto en tiempo y forma adecuada tiene el mismo significado que la sentencia del tribunal que conoce de la petición recursiva (“admitido” el recurso) y decide “acogerlo” por ser “fundado”, debiendo en consecuencia revocar la resolución impugnada.

Es claro entonces que la relevancia de los requisitos procesales tiene una consecuencia en la distinción entre control de admisibilidad y fundabilidad o mérito.

V. ROL E IMPORTANCIA DE LOS REQUISITOS PROCESALES EN UNA VISIÓN CONTEMPORÁNEA DESDE EL PROCESO CIVIL ALEMÁN

1. No debe olvidarse que el significado histórico inicial de los llamados presupuestos procesales, en la dogmática alemana el siglo XIX, se refiere a aquellos requisitos que son examinados, para poder recién entonces comenzar a hablar de una verdadera relación procesal. De esta forma estarían separados y divorciados del proceso mismo, claro está que la justificación de la separación y “divorcio” entre derecho sustantivo y procesal necesitaba plasmarse en consecuencias procesales perceptibles. Ahora, en su tratamiento procesal, el trasfondo histórico, ayuda a entender el desarrollo a partir de una idea inicial de separación, entre estadio preprocesal y proceso, para poder explicar la superación de esa visión y la revalorización desde la óptica constitucional y funcional del proceso. Esto se hace para distinguir los requisitos mínimos, que van a posibilitar que el tribunal con la cooperación y participación de las partes y terceros, pueda adecuadamente examinar el fondo, mérito y regulación material o sustantiva de la acción que se hizo valer.

Dentro de la dogmática procesal alemana contemporánea, la admisibilidad de la demanda, implica como consecuencia práctica, por ejemplo, la posibilidad de ejercicio del deber de aviso o de información, por parte del juez, consagrada

en el § 139 inciso III ZPO²³. De esta forma es el magistrado quien advierte al demandante sobre determinados defectos que contiene su demanda, y que podrían afectar la admisibilidad de ella, para que se proceda a sanearlos. Acá es evidente que no hay interés en rechazar una demanda simplemente por un defecto que es advertido por el tribunal y sobre el cual se informa e instruye a las partes para que sea saneado y lograr así un adecuado “fair play”. Es que no solo el actor, sino también su contraparte y el tribunal están interesados en alguna medida. Interés que por cierto no cabe calificarlo de un antejucio que denota inclinación o preferencia por alguno de los litigantes y que pudiera afectar la imparcialidad del tribunal²⁴.

2. Hasta ahora se hizo uso indistinto de la terminología, “presupuestos” y “requisitos” con las aclaraciones del caso. Sin embargo lo afirmado, implica al menos dos nuevos problemas: en primer lugar, una serie de requisitos que deben ser enunciados, es decir un número “X” a ser considerados como presupuestos; en segundo lugar, corresponde determinar si todos ellos tienen la misma importancia, o si bien unos son más relevantes que el otros²⁵. De responderse afirmativamente el segundo interrogante y existir una jerarquía que imponga comenzar a evaluar un requisito con preferencia a otro, el examen de admisibilidad debiera ser escalonado y sucesivo²⁶.

La procesalística alemana, reconoce como requisitos (presupuestos) procesales: la jurisdicción alemana, la competencia funcional del tribunal, el escrito de demanda interpuesto con las formalidades exigidas por la ley (§§253, inciso II ZPO)²⁷, la postulación procesal del demandante (eso es que comparezca con abogado en los casos que la ley lo exige) tal cual lo establece el § 78, inciso 1 del ZPO, a lo que se debe sumar el pago de un porcentaje, según la cuantía, como adelanto de los gastos que implicará el proceso. Luego de las reformas al inicio del siglo XXI se sumó un nuevo requisito: la complementación de la etapa de acuerdo, con solución amigable, obligatoria y previa, según el §15a de la EGZPO, que se refiere a la exigencia previa, de que las partes hayan tenido la oportunidad y posibilidad de llegar a un acuerdo que y solución amistosa.²⁸

23. En detalle ver el estudio de *Rensen, H.*, Die richterliche Hinweispflicht, 2002, Bielefeld, pp. 217-232.

24. Así *Brehm op. cit.*, Introd. n. 264; del mismo *Braun*, op. cit., § 5 II. 2; *Schumann op. cit.*, n. 28, 148.

25. Así en la metodología de los estudios de pregrado, para resolver casos donde se enfatiza la distinción que debe hacerse. Lesenswert *Schumann op. cit.*, n. 225 ss., *Musielak op. cit.*, n. 135 s.

26. Ver en detalle *Jauernig*, in: Festschrift für Gerhard Schiedermair zum siebzigsten Geburtstag, 1976, p. 289 (292 s.).

27. Así la admisibilidad, sigue siendo empleada en su significado, aun en casos donde no debieran aplicarse los términos “admisibilidad-fundabilidad”; así en contra del empleo de la terminología admisibilidad de los presupuestos *Becker-Eberhard op. cit.*, parte previa a los §§ 253 ss. n. 2 sosteniendo otra posición.

28. En este sentido BGHZ 161, 145; negando posible tacha de inconstitucionalidad BVerfG NJW-RR 2007, 1073; en detalle ver *Gruber*, Münch-Kommen ZPO, III, 2008, § 15a EGZPO, nr. 4-9.

Debe entonces distinguirse entre: presupuestos de admisibilidad y aquellos necesarios para conocimiento y decisión de la causa²⁹. Justamente, ya que “presupuesto procesal” es muy genérico, y carecería de un significado relevante, por ejemplo, en relación a una demanda, que implica el inicio del proceso, parte de la doctrina contemporánea prefiere el empleo de la terminología “presupuestos para la decisión de la causa”³⁰. Ningún sentido tendría hablar en abstracto de presupuestos, sino para vincularlos con la viabilidad de poder resolverse una petición o causa concreta. Esta doctrina superadora, propone diferenciar aquellos requisitos que son necesarios para comenzar un proceso y conocer sobre una acción, de aquéllos necesarios para decidir sobre la misma, pero con una visión instrumental y concreta. El problema, es que en muchos casos, esta posición resulta limitada en su aplicación.³¹

3. El proceso civil permite la realización del derecho material, lo que significa en otros términos, que el actor, al menos desde una óptica ideal, podría recibir una respuesta favorable de la jurisdicción, contra el demandado, cuando lo petitionado se reconoce como fundado³². Con este punto de partida, puede surgir la pregunta sobre si no sería suficiente la justificación material, es decir, aquella fundada en el derecho que invoca el demandante en su escrito, sin formas o contenido mínimo exigible (demanda), y sobre ello poner en movimiento la jurisdicción, acudiendo a cualquier tribunal, inferior o superior, de haberlos, en este o en aquel Estado, en un territorio o en otro.

Si en esta hipótesis se da una respuesta afirmativa, es altamente probable que la probabilidad del conocimiento y decisión sobre la demanda, lo que luego se reflejará en la sentencia, se reduce casi a un soliloquio de un tribunal cualquiera y una parte actora. Quizás hasta incluso el demandante en realidad tenía razón y el derecho que se le reconoció en la sentencia era digno de tutela. Igualmente se debiera afirmar, que en este mismo escenario hipotético, el demandante podría incluso obtener una sentencia favorable (vencer al demandado), aún cuando

29. Contra el empleo de los términos presupuestos de admisibilidad, *Becker-Eberhard*, op. cit., parte previa a los §§ 253 ss. n. 2

30. Así en ese sentido *Jauernig*, *Zivilprozessrecht*, 2007, § 33 III; *Schilken*, *Zivilprozessrecht*, 2006, n. 254; *Zeiss/Schreiber*, *Zivilprozessrecht*, 2003, n. 253; *Schellhammer*, *Zivilprozess*, 2007, n. 350, contra el uso de “moda” de los términos presupuestos para la decisión de la causa “modische(n) Begriff der Sachurteilsvoraussetzung”

31. En este sentido *Grunsky* op. cit., § 34 III.; *Henckel*, *Prozeßrecht und materielles Recht*, 1970, p. 227 ss.; *Lindacher*, *ZZP* 90 (1977), 131; *Olroth*, *Jura* 1970, 708; *Grundmann*, *ZZP* 100 (1987), 33 (35 ss.). *Braun*, op. cit., p. 5 ss. . Así el uso en relación a un decisión (comp. § 160 inc. 3 n. 6 ZPO) se refiere a peticiones de mérito que son decididas mediante resoluciones diferentes a una sentencia definitiva, así § 522 inc. 1 y 2 (Apelación), §§ 922 inc. 1, 936 ZPO [Medidas provisionarias (cautelares)].

32. *Grunsky* op. cit., § 34 I.; así *Brehm*, *Introd.* n. 242.

materialmente, el derecho que dice titularizar, no sea en realidad fundado, o ni siquiera exista.

Ahora, estas posibilidades no resultan inimaginables, es más, fueron previstas por el legislador, cuando el demandado simplemente se allana o reconoce y no controvierte lo afirmado por el demandante, o directamente no ha ejercido en totalidad su derecho de defensa, como es el caso de la rebeldía, o simplemente cuando se carece de la prueba o contraprueba necesarias. Todas estas modalidades que en mayor o menor facilidad aumentan el grado de probabilidad de una sentencia favorable, trabajan sobre el mérito (desmérito), (falta de) fundamento o acogimiento (rechazo de fondo), de la demanda³³.

En dicho supuesto, la sentencia, aún cuando pueda ser correcta o incorrecta, procesalmente no adolecería de defectos o vicios, en tanto el tribunal pudo conocer sobre la acción que se hizo valer, y con claridad identificar las partes y sus intereses. Si es incorrecta (ello es contraria a los intereses de las partes causándoles un agravio), podrá eventualmente discutirse con el medio de impugnación adecuado. Pero incluso con una hipótesis positivamente regulada, la fundabilidad y justificación podría ser irrelevante y hasta innecesaria, como es el caso del allanamiento del demandado, cuando reconoce como válida la pretensión hecha valer por la parte actora, en términos del § 307 ZPO³⁴. El interés o posición jurídica favorable al demandante, se declara cuando la demanda arriba a una sentencia exitosa (fundada) según sus intereses.

Como puede verse, la multiplicidad de casos (desde lo absurdo hasta lo regulado y reconocido por el legislador), en los cuales es posible pasar del examen y conocimiento de la demanda, a una sentencia de mérito. Así en el supuesto de la rebeldía, como en el caso insuficiencia probatoria para enervar la acción del demandante, o también en el caso de allanamiento, lo importante no será la admisibilidad de la demanda (examen de determinados requisitos previos al examen de mérito), sino solamente la fundabilidad de la misma.³⁵

33. En detalle ver *Gottwald*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 2008, § 322 n. 27, 172; *Musielak*, in: ZPO-Komm., op. cit., § 322 n. 44; *Vollkommer*, in: Zöller, op. cit., § 322 n. 2.

34. Sobre los requisitos que son renunciables por las partes *Musielak*, in: Münchener Kommentar zur ZPO op. cit., § 307 n. 22, y *Rensen*, in: Wieczorek/Schütze, ZPO, Großkommentar, 2007, § 307 n. 19.

35. *Brehm op. cit.* 5), n. 261; BGHZ 161, 145 (150): “ Aus dem allgemeinen Zivilprozeßrecht läßt sich kein Grundsatz herleiten, der den Gesetzgeber hindern könnte, aus wohlerwogenen Gründen bereits die Zulässigkeit der Klageerhebung von bestimmten Voraussetzungen abhängig zu machen” (“ no es posible inferir del derecho procesal civil en general ningún principio que obste la imposición de requisitos previos para la interposición de la demanda” así en relación al § 15a EGZPO).

VI. LAS CARACTERÍSTICAS DEL JUICIO DE ADMISIBILIDAD

1. En lo que refiere a cada uno de los requisitos – de los cuales depende la admisibilidad de la demanda-, en tanto no se haga referencia a la interposición, conforme a las disposiciones de forma, tiempo y lugar de élla, se puede referir (en general) a aquellos requisitos relacionados con el tribunal (jurisdicción, competencia), con las partes (capacidad procesal para ser parte, postulación procesal o *ius postulandi* e interés procesal), o con el objeto de la litis del proceso (especialmente la inexistencia de cosa juzgada y litis pendencia). No se han de enunciar ni desarrollar, aquellos requisitos cuya categorización ya relacionado con la admisibilidad, ya con la fundabilidad de la demanda, permanecen discutidos hasta hoy.³⁶

Así se distingue entre requisitos de admisibilidad y fundabilidad. Los primeros, a su vez se subdividen en presupuestos, que están directamente vinculados con la institucionalidad y las bases mínimas para el funcionamiento de la jurisdicción, a través de un proceso, al ejercitarse una acción. Los presupuestos tienen directa vinculación al principio del juez natural y preexistencia de un proceso racional y adecuado a criterios mínimos de justicia y debido proceso. Los otros requisitos de admisibilidad son los elementos procesales de carácter intrínsecos y dependientes de un proceso en particular. Entre ellos, las normas o solemnidades relativas a la actividad procesal, como también la posibilidad del contenido y factibilidad de aquello requerido por el actor.³⁷ La admisibilidad de la demanda, se debe examinar de oficio. La posibilidad, e imperativo para el tribunal, de evaluar lo anterior, no implica que pueda actuar introduciendo nuevos hechos, o haciendo uso de la potestad probatoria oficiosa (lo que sería ejercer potestades derivadas del principio investigativo o inquisitivo)³⁸.

De acuerdo a la doctrina mayoritaria, en el examen o juicio de admisibilidad el tribunal – fuera de los casos en los cuales existen disposiciones probatorias específicas- podría acudir a otros medios de prueba diferentes de los enunciados por el código. Sin embargo, esta posición ha recibido críticas contemporáneas, por resultar poco clara en sus alcances. Para una parte minoritaria de la doctrina,

36. *Musielak* op. cit., n. 123; en especial el caso de las tercerías en la ejecución *G. Lüke/Hau*, *Zwangsvollstreckungsrecht*, 2008, n. 232.

37. Impugnaciones que objetan la admisibilidad de la demanda, “Rügen, die die Zulässigkeit der Klage betreffen”; *Jauernig*, op. cit., § 33 VII

38. *Schellhammer* op. cit., n. 351.

en tanto no pueda esclarecerse la existencia de un presupuesto de admisibilidad, el riesgo o carga debiera corresponder al demandante³⁹.

2. Sí, se debe precisar en relación con las dos posiciones descriptas lo siguiente: que la carga corresponda al demandante, no debe confundirse con aquellos requisitos procesales que están establecidos en interés e invocabilidad exclusivamente – y por tanto renunciables – respecto del demandado. Es decir en primer lugar no debieran ser examinables de oficio, y en segundo lugar, solamente pueden ser hechos valer por este último, dentro de determinado período y con sujeción a las reglas de preclusión. Téngase presente que dichos supuestos, en definitiva, procuran tutelar el solo interés de la parte demandada.

Así, si el demandado invocara la existencia de una cláusula arbitral, reconocida expresamente en el § 1032, inciso I, sería una posibilidad de la que podría – no debe – hacer uso. Otros ejemplos son los de los §§ 110 y 269 inciso VI ZPO. El primero regula el derecho a exigir una caución al actor extranjero; el segundo, en cambio, se vincula con el incumplimiento del pago de las costas procesales por parte del demandante.

En el caso de los dos ejemplos anteriores, no pueden ser considerados como requisitos siendo su entidad e importancia menor y establecidos en el interés de una parte (requisitos que no son presupuestos sino elementos). Sin embargo, de hacérselos vale y ser considerados procedentes por el tribunal, no conducirían al rechazo de la demanda, sino a que se ordene al demandante que sanee el vicio (otorgue caución o pague las costas). En caso que el intimado no cumpla, se aplicará la figura del retiro ficto de la demanda y no su rechazo por inadmisibile (ello consecuente con el artículo, § 113, numeral dos del ZPO).

Cómo pueden verse estas consecuencias no se vinculan con la admisibilidad de la demanda, sino más bien con consecuencias jurídicas procesales de otro tipo y que dependen de su oportuna invocación por la parte interesada. Es decir tenemos aquí un nuevo supuesto, en el cual no obstante no hacerse referencia a un “requisito-presupuesto de admisibilidad procesal”, la doctrina alemana distingue entre aquellos requisitos que están vinculados – por su importancia – con la posibilidad del control o examen de oficio por parte del tribunal, y aquellos que dependen exclusivamente de su invocación por la parte interesada (demandado). Las consecuencias procesales difieren, aunque en la práctica, tanto en uno

39. *Musielak*, in: Festgabe für Max Vollkommer zum 75. Geburtstag, 2006, p. 237 ss. (247 s.), en referencia al nuevo § 284 parte 2 ZPO, con detalle de las distintas posiciones al respecto. En tanto pregunta vinculada a la carga objetiva y no subjetiva de la prueba *W. Lüke op. cit.*, n. 151.

(rechazo por inadmisibile) como en el otro caso (ficción del retiro de la demanda), el efecto será tener ese proceso por no iniciado y sin duda podrá la parte beneficiada invocar esos efectos como impedimentos que obstan la prosecución del proceso⁴⁰. A los términos “requisitos”, “presupuestos procesales”, “admisibilidad” y “fundabilidad”, la doctrina alemana suma el de “impedimentos o impidientes procesales”. Un conjunto indeterminado que no lograron ser convincentemente calificables como requisitos vinculados a la admisibilidad ni a la fundabilidad. Es que aun cuando en los efectos prácticos, una parte puede invocar el impedimento simil de “inadmisibilidad”, ni el supuesto, menos la consecucia procesal son identificables técnica y teóricamente.

En las alternativas que el demandado tiene para enfrentar lo requerido por su contraparte, existe la posibilidad que esta se oponga haciendo valer preceptos que corresponden sean observados como carga por por el actor vinculados con la admisibilidad, algún impedimento o imposición que se debió cumplir. Para este caso, un reflejo de la acción o pretensión ejercida por el actor, se manifiesta a través de las excepciones y defensas que pueda ejercer el demandado abarcando todo el espectro antes descrito y/o sumándole deficiencias relacionadas con el mérito o fundabilidad. No se tratará otro tema que fue objeto de estudio por la dogmática decimonónica, directamente receptada del proceso romano-canónico: me refiero a la distinción entre excepciones perentorias y dilatorias. No se lo hará por dos motivos. Primero la distinción no logró recepción legislativa en el ZPO y menos tuvo o tiene utilidad práctica. Segundo, por que predicar que una excepción produce la extinción, mientras que otra, el diferimiento del proceso, para que un defecto sea saneado, nada dicen en relación a la admisibilidad o fundabilidad⁴¹. Es precisamente por lo anterior, que el rol del juez, en su función-deber esclarecedora, es de advertencia o información para poder subsanarse un defecto (sea vinculado con un requisito-presupuesto, con un requisito-elemento, o con los que se denominan impedimentos) que tenga la demanda según los §§195 y 139 del ZPO. Si el defecto no fuera oportunamente saneado por el demandante, la contraparte puede solicitar de acuerdo al § 251 ZPO, la suspensión provisoria del proceso y, de acuerdo a la gravedad del defecto, el proceso estaría en condiciones de arribar al pronunciamiento de una sentencia, que eventualmente incluso podría ser de mérito.

40. Ya en Wer sich für die dogmengeschichtlichen Hintergründe interessiert, stößt auch in diesem Zusammenhang auf *Oskar Bülow*, que pretendió superar las teorías de las excepciones, ver la edición con la introducción *Braun*, op. cit.4), p. 3 y s.

41. *Becker-Eberhard* op. cit. op. cit., parte previa §§ 253 ss. n. 3.

Así por ejemplo, la demanda interpuesta ante el BGH (Tribunal Superior Federal para causas civiles), cuando hubiera correspondido ante uno de primera instancia, puede justificar el rechazo de oficio de aquella (§§ 17, inciso II de la Ley Orgánica). Otro ejemplo, vinculado con un requisito no examinable de oficio, sería la interposición de una demanda ante un tribunal incompetente en razón del territorio, de acuerdo al § 281 ZPO, siendo que el demandado invoca la falta de competencia, no produciéndose entonces su prórroga (continuará conociendo incluso si se pretende intempestivamente se declare incompetente verificándose la *perpetuatio fori*).⁴²

3. Es conveniente con lo desarrollado efectuar otra pregunta: ¿cuándo una demanda debe considerarse que adquiere la calidad admisible? Puede entonces darse esta respuesta. Siendo que no adolece de deficiencias (es decir, aunque tautológico, que satisfacen todos los presupuestos para que no sea declarada inadmisibile), y no se verifica ningún impedimento (examinable solo a petición de parte), que pueda obstaculizar la prosecución del proceso, el tribunal está en condiciones de comenzar a conocer sobre el mérito o fundabilidad.

Debe acá mencionarse parte de la doctrina, que al respecto elaboró una terminología paralela a la de requisitos-presupuestos procesales, así surge el término “presupuestos para la decisión del mérito de la causa” (*Sachurteilvoraussetzungen*). Si por el contrario, por ejemplo el demandado observa una deficiencia que afecta su interés, debe entonces decidir el tribunal a través de una sentencia interlocutoria, la que no se pronuncia sobre el mérito, sino sólo sobre lo requerido por la parte impugnante y la continuidad del proceso (lo que la doctrina llama sentencia procesal), de acuerdo al § 280 inciso II, ZPO.⁴³

VII. CRÍTICA CONTEMPORANEA A LA TEORÍA DE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES

A. La crisis de la preeminencia de los presupuestos procesales para la decisión del caso

1. La doctrina mayoritaria alemana, sostiene la preeminencia de los requisitos de admisibilidad en el examen judicial que debe efectuarse al iniciarse un proceso, debiendo decidirse ello mediante una sentencia interlocutoria de carácter meramente procesal, con la cual se rechaza o se admite la demanda. De acuerdo a

42. *Rosenberg/Schwab/Gottwald* op. cit., § 93 n. 37 ss.; *Schilken* op. cit. op. cit. 12), n. 333; *Becker-Eberhard* op. cit., parte previa §§ 253 ss. n. 16.

43. Con claridad y contundente *Lindacher*, ZZZ 90 (1977), 131.

esta doctrina, es posible que el pronunciamiento de una sentencia de mérito que que rechace la demanda por infundada (denominada absolutoria *absolutio ad causam*), sólo sería pensable, cuando el tribunal luego de convencerse sobre su admisibilidad, tenga la posibilidad de acceder a la totalidad de los fundamentos necesarios de hecho y/o de derecho para pronunciarse sobre el mérito. Coherente con estos postulados, no podría por ejemplo, rechazarse de plano o *in limine* una demanda por infundada, pero tampoco sería aceptable se rechace simultáneamente por inadmisibile e infundada. Ambas posibilidades contradicen el examen en prelación y las etapas de análisis a las que debe sujetarse el tribunal.⁴⁴

Para mantener la coherencia de esta tesis mayoritaria es que, verificándose algún defecto, ya de los requisitos presupuestos o elementos (admisibilidad) , ya de un impedimento, la demanda debe finalmente ser rechazada mediante una sentencia interlocutoria cuyo fundamento es meramente procesal sin referencia al fondo (la denominada *absolutio ad instanciam*).

2. Una posición más contemporánea y crítica de la tesis anterior, sostiene que el tribunal no tiene un rango preestablecido, es decir, ningún orden para examinar los requisitos procesales de admisibilidad y fundabilidad “por la sola naturaleza de los casos y/o por la calidad de determinados requisitos”⁴⁵. Si resultara que en varios aspectos hay dudas sobre la admisibilidad de la demanda, puede conocer y pronunciarse sobre aquellos puntos en relación a los cuales se entiende podría verificarse un supuesto de inadmisibilidad. Ahora, curiosamente para ello, el tribunal se orienta en su conocimiento y decisión con ciertos datos directamente relacionados con la fundabilidad de la demanda (por ejemplo cierta información probatoria). Pues bien, en este caso más que frecuente, debiera pronunciarse con una sentencia de mérito, es decir manifestarse sobre la “admisibilidad” pero justificando esa sentencia interlocutoria que rechaza o admite una demanda acudiendo a información relacionada con la “fundabilidad”. Esto implica una ruptura del examen sucesivo y secuencial, junto con una *contradictio in adjectio* de la tesis mayoritaria, ya que estaríamos frente a una decisión, que debiera estar contenida en realidad en una sentencia de mérito definitiva⁴⁶.

44. Ver *Becker-Eberhard*, op. cit., parte previa §§ 253 ss. n. 3 en otro sentido.

45. Contrario a la posición de que una demandada rechazada por inadmisibile puede igualmente serlo por infundada *Grunsky*, *Grundlagen des Verfahrensrechts – Eine vergleichende Darstellung von ZPO, FGG, VwGO, FGO, SGG*, 1974, § 34 I.

46. *Becker-Eberhard* op. cit. 6), vor §§ 253 ss. n. 3, 19; *A. Blomeyer*, *Zivilprozeßrecht – Erkenntnisverfahren*, 1985, § 39 II. 4.; *Brehm*, op. cit., introd. n. 265 ss.; *Greger*, in: *Zöller, ZPO, Kommentar*, 2007, parte previa § 253 n. 10; *Jauernig op. cit.*, § 33 V. 4.; *Musielakop. cit.*, n. 137 s.; *ders.* op. cit. op. cit., § 300 n. 6; *Reichhold*, op. cit., vor § 253 n. 8; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, op. cit., § 93 n. 45 ss.; *Saenger* op. cit., parte previa, §§ 253-494a n. 9; *Schellhammer op. cit.*, n. 353; *Schilken*, op. cit., n. 335; *Schumann*,

Entonces, ¿cómo logra explicar la tesis mayoritaria esta otra hipótesis? En caso que el demandante no impugne la sentencia que declara su demanda como inadmisibile, esa resolución adquirirá la calidad de cosa juzgada (formal y material). Ahora, siendo que los efectos de esta resolución firme, son objetiva, causal y subjetivamente tales, entonces se tornaría innecesaria e inútil la distinción entre sentencia procesal y de mérito, ya que cada una abarcaría los tres ámbitos mencionados, de forma totalmente diferente, y sería errado decir que que ambas, al menos con los mismos alcances, pueden adquirir el carácter de cosa juzgada.⁴⁷

Pero es claro que frente a una resolución, que rechaza una demanda por inadmisibile, nada obsta a que el demandante pueda volver a interponer la misma con identidad de partes, objeto y causa, pero saneando el defecto por el cual la primera demanda fue rechazada. Es que la cosa juzgada material de la sentencia procesal negativa o de rechazo, se circunscribe al ámbito objetivo, subjetivo y causal del requisito deficiente que justificó el rechazo⁴⁸. Siendo consecuente el tribunal no podría entonces rechazar esta nueva demanda por haber cosa juzgada material (triple identidad). En realidad desde el mérito y la forma hay identidad casi completa si esta nueva demanda tiene saneado el vicio que afectaba a la anterior. Es decir, para que el tribunal pueda rechazar esta segunda demanda es necesario que se verifiquen otras deficiencias de los requisitos de admisibilidad, para poder entonces, y sobre estos, contar una (nueva) sentencia procesal de rechazo (por inadmisibilidad).⁴⁹

Ahora en caso que el tribunal rechace la demanda a través de una sentencia, en la cual se manifiesta, no sólo negativamente sobre la admisibilidad, sino también sobre su fundabilidad (en forma expresa o por *obiter dictum*) debe entenderse que dicha resolución produce efectos de cosa juzgada (formal y material). Pero sólo relacionados con la “admisibilidad” y de ninguna manera con la “fundabilidad”⁵⁰. De modo que si esta última, es evaluada directa o indirectamente, la sentencia interlocutoria de rechazo, debe leerse como revestida de cosa juzgada, pero no

op. cit., n. 228 s.; *Zeiss/Schreiber op. cit.*, n. 264 ss. De mencionar la jurisprudencia BGH NJW 2000, 738; en la bibliografía es de mencionar como doctrina mayoritaria *Sauer*, Die Reihenfolge der Prüfung von Zulässigkeit und Begründetheit einer Klage im Zivilprozeß, 1974, en la antigua bibliografía *J. Blomeyer*, ZZP 81 (1968), 20 (31, 36 s.).

47. Así *Zeiss/Schreiber op. cit.*, n. 266; ; *Schellhammer op. cit.*, n. 353.

48. *Büscher*, *op. Cit.*, § 322 n. 156; *Gottwald*, *op. cit.*, § 322 n. 175; *Musielak*, *op. cit.* § 322 n. 46. No aceptando la cosa juzgada *Brehm*, *op. cit.*, introd. n. 271; *Völlkommer*, *op. Cit.*, introd. § 322 n. 43.

49. Así en los casos donde los Estados Federales hayan preestablecido un sistema obligatorio y previo de solución de controversias antes de la interposición de la demanda según el § 15a EGZPO.

50. *Comp. BGHZ* 161, 145.

en relación al mérito.⁵¹ Se entiende que hubo pronunciamiento (negativo), pero sólo sobre la admisibilidad⁵².

3. De acuerdo a los ejemplos antes mencionados, y a la posibilidad de arribar a conclusiones, que en algunos casos rondan el absurdo. O siendo que se persigue elaborar una serie de argumentos de diferenciación, para crear tantas categorías y sub categorías de requisitos vinculados a la admisibilidad, es plausible entonces muchos replanteos. Si la prelación de la admisibilidad impide el ingreso en la fundabilidad, antes de un examen con resultado afirmativo, entonces se abren una serie de interrogantes dentro del propio sistema del ZPO.

Primero, no resulta claro si el examen de admisibilidad y fundabilidad se reduce a una sentencia, o podría hacerse en varios momentos procesales con una pluralidad de resoluciones. Así por ejemplo, en la demanda escalonada, que precisa de una sentencia parcial o en la acumulación de acciones condicional, como subsidiaria, conjuntiva o alternativa. En estos casos no podría reducirse a un solo momento para pronunciarse sobre todas las peticiones contenidas, rompiéndose entonces el principio de prelación que indica un momento para cada examen (primero de admisibilidad contemplando jerarquías entre los requisitos y luego de fundabilidad) y su carácter sucesivo. Qué decir del caso del desistimiento del derecho, donde finalmente la admisibilidad del pedido se une a la fundabilidad y al consentimiento de la contraparte.

Segundo, no se logra aclarar acabadamente porqué un demandante debiera tener obstáculos para interponer una demanda, cuando la misma ya fue acogida (obvia y previamente admitida). Simplemente se termina rompiendo la lógica y funcionamiento de la cosa juzgada y la litispendencia⁵³. Como ya se trató, pretender diferenciar la admisibilidad de la fundabilidad, respecto a que en un caso se podría arribar a la cosa juzgada y en otro no, resulta también errado ya que en ambos casos habría cosa juzgada formal y material.

4. Otro supuesto, donde la doctrina mayoritaria no da una respuesta satisfactoria, es en los casos donde el examen de admisibilidad recae sobre requisitos de la demanda, que tienen inmediata y directa vinculación con la tutela de bases constitucionales de la jurisdicción, tales como el derecho al juez natural (artículo

51. Así vinculado con la imposición de costas, § 12 Abs. 1 GKG no cumplimentándose con el adelanto de los gastos procesales se justifica el rechazo por inadmisibile sin incursionar en la fundabilidad, así ver *Schilken*, *op. cit.* n. 256.

52. *Büscher.*, *op. cit.* § 322 n. 156; *Brehm*, *op. Cit.*, , introd. n. 271.

53. Comp. BGH ZIP 2007, 1717, en relación a la sentencia parcial en el caso de compensación parcial y reconvencción, ejemplo que es similar al de *Goldschmidt* *op. cit.* , p. 370.

101 inciso I, Ley Fundamental Alemana) o el derecho de audiencia (artículo 103 inciso I Ley Fundamental Alemana). Esto a su vez en la regulación procesal de los grados, instancias jurisdiccionales, como las reglas de la competencia no disponibles por las partes.⁵⁴

Por ejemplo, en el caso del artículo 103 inciso I de la Ley Fundamental, vinculado con los requisitos-presupuestos procesales de la capacidad procesal y la necesidad del patrocinio letrado por un abogado. Son sí requisitos-presupuestos a ser evaluados como un *prius* en la admisibilidad (jerarquía interna de los requisitos de admisibilidad). Ahora, ello no porque sean presupuestos procesales ni porque el examen de la admisibilidad siempre precede al de fundabilidad. La justificación es de otra naturaleza: de prelación constitucional, no meramente procesal. Por ello no sólo puede, sino que debe efectuarse antes que el examen de fundabilidad, pensar lo contrario, no sería vulnerar parágrafos del ZPO, sino que imposiciones de la Carta Fundamental, relativas al debido y justo proceso.

Podría entonces decirse, que la prelación constitucional impone la prelación procesal, ello como examen previo de determinados requisitos que por su importancia son base necesaria para un proceso, desde la óptica, no ya del legislador, sino del constituyente. En otras palabras no habría posibilidad para poder dar inicio, conocer y decidirse una acción, sin la preexistencia de esas bases. Incluso, de arribarse a una sentencia de mérito ignorando estos imperativos, aun cuando esta revistiera la calidad de cosa juzgada, existirá siempre la posibilidad de rescindir o dejar sin efecto el proceso y su decisión (comparar así los §§ 579 inciso I numeral cuatro y 580, número siete).⁵⁵

Puede entonces decirse, que los requisitos de éxito de una demanda, sean de naturaleza procesal o material, no gozan de la misma jerarquía temporal ni de importancia para su examen. Más bien se podría establecer cierto orden que permita determinar cuáles necesitan de un examen satisfactorio para tener las bases mínimas e indispensables, y así iniciarse, desenvolverse y poder accederse

54. Expresamente *Musielak*, op. cit. § 300 n. 6; comp. *Zeiss/Schreiber* op. cit. n. 266; *Becker-Eberhard*, op. Cit., introd. §§ 253 y ss. n. 3. En detalle crítico de esta posición ver *Lindacher*, ZJP 90 (1977), 131 (135 ss.).

55. Una excepción es la sostenida por *Grunsky*, op. Cit., § 39 I. 2., por cierto poco aceptable en el ejemplo hipotético del acogimiento de la demanda dejando abierta la posibilidad de que no exista un derecho necesitado de tutela judicial; crítico de esta posición *Brehm* n. 5, intro. n. 273 nota al pie 507; otro ejemplo en el caso del acogimiento de la demanda, cuando recién con posterioridad se constata la falta de un presupuesto procesal, ej. de *Braun*, op. Cit., s. 7 s.: en el caso de conocimiento tardío por parte del tribunal de la incapacidad de la parte, acogiéndose la demanda no sería un ejemplo aceptable para este autor, ya que el tribunal bien toma conocimiento de ese defecto, debe rechazar una demanda que consideró admisible con costas, así § 579 inc. 1 n. 4 ZPO sería cuestionable aceptar el ejemplo.

al juicio de mérito⁵⁶. Desde una visión contemporánea, algunos argumentos de la tesis de la prelación, o de la jerarquía de determinados requisitos procesales, se pueden justificar de otra forma, o si se desea, se parte del porqué constitucional de la prelación y siempre que redunde en una evaluación de admisibilidad más pragmática⁵⁷.

5. Como puede verse, en la evaluación de algunos casos particulares, tanto la tesis mayoritaria como la minoritaria encuentran fortalezas y debilidades. La propia visión contemporánea, aun cuando parta de un fundamento constitucional, acude a la prelación, igualmente necesitando de rangos que coayuden al respeto del debido y justo proceso, no desatendiendo la celeridad y economía procesal.⁵⁸

Al principio de prelación, o examen sucesivo de los requisitos de admisibilidad, pueden sumarse una serie casos en los cuales se justifica salirse del esquema, constituyéndose casos de excepción: como la demanda con un objeto, jurídica y/o materialmente imposible, o bien cuando la tutela de un derecho, en casos y en base a procedimientos especiales, supone también el examen de presupuestos especiales. En estos casos, no es de extrañar que el examen de admisibilidad se combine con uno de fundabilidad y en definitiva se pronuncie una sentencia que podría ser negativa en lo segundo, y afirmativa (*unu actus*) en lo primero.

B. Examen y relevancia de los hechos y el derecho

En la admisibilidad, prima por regla, el examen del derecho, y sólo en forma reducida, de los hechos. Sin embargo, hay casos donde estos últimos, asumen una gran importancia, ello normalmente vinculado con la jurisdicción y competencia territorial nacional e internacional⁵⁹. Así por ejemplo el § 32 del ZPO, en el caso de responsabilidad extracontractual delictual⁶⁰, si se requiriera más información para poder conocer si la conducta antijurídica del demandado, ha tenido lugar dentro del ámbito de competencia, territorial, nacional o internacional del tribunal. Ahora suponiendo que el tribunal carece de competencia territorial o mucho más aún de jurisdicción, y que corresponde que la demanda sea conocida por otro tribunal extranjero sería un caso especial. Si no hay suficiente evidencia (relación con el elemento causal fáctico de la acción), la demanda debiera rechazarse por infun-

56. *Rimmelspacher*, Bruno, op. Cit., 1966, p. 101 ss.

57. *Comp. Brehm*, op. Cit., introd. n. 273 y s.; *Musielak*, op. Cit., § 300 n. 6 poniendo en duda la terminología.

58. Con claridad al respecto BGH NJW 2000, 738 (739).

59. Por cierto similar problemática puede verificarse en el proceso laboral en relación a la calidad del trabajador como requisito, así *Junker*, Grundkurs Arbeitsrecht, 2007, n. 853 ss.

60. Ver al respecto *Roth*, in: Stein/Jonas op. Cit., § 1 n. 24 ss.; *Schumann*, op. Cit., n. 211; *Vollkommer*, op. Cit., § 12 n. 14; con detalle rechazando la competencia internacional *Mankowski*, IPRax 2006, 454.

dada para permitir que sea invocable por el demandado dentro de la jurisdicción y competencia del juez nacional para todo efecto⁶¹.

Ahora, justamente, lo anterior es el inconveniente. Nótese que en este caso de responsabilidad extracontractual, la conducta del demandado descrita por la parte actora, es suficiente para poder pronunciarse sobre la competencia del tribunal que conoce. Ahora, solamente podría ser cabalmente conocida, respecto de su veracidad, recién cuando se efectúe el examen de mérito. Dentro de la teoría mayoritaria de la prelación, habría reparo contra dicha resolución, ya que un tribunal que no logra aun determinar negativa o positivamente su propia competencia y jurisdicción, no podría pronunciarse de ninguna manera sobre el mérito, por existir vulneración del principio del juez natural del artículo 101 inciso primero de la Ley Fundamental⁶².

Ahora, esta posición mayoritaria, podría refutarse diciendo que, precisamente para el resguardo de un principio constitucional, es que el tribunal puede pronunciarse sobre el mérito, rechazando la demanda por no darse las condiciones para el examen de admisibilidad y menos de fundabilidad. Pero en ese caso, si bien esta respuesta puede satisfacer la crítica efectuada por la doctrina mayoritaria, resulta claro que otra sería la solución si nos encontramos frente a un demandado, que en caso de la sola incompetencia territorial del tribunal, permanece inactivo y asiente tácitamente la prórroga.

C. Admisibilidad y fundabilidad de determinados actos procesales

1. En relación con la admisibilidad y fundabilidad de determinados actos procesales, cabe interrogarse sobre cuán amplia o restringida resulta la aplicación de estos conceptos a los diferentes actos concatenados que se dan en el proceso. Se distinguen entonces (a) aquellos actos que contienen una petición unilateral al tribunal, sobre la cual debe éste decidir con o sin audiencia de la contraparte; (b) aquellos actos que surten efecto sin necesidad de resolución del tribunal, entre los que se incluyen muchos actos bilaterales de las partes. Como se ha podido ver en los puntos anteriores los ejemplos están relacionados sólo con determinados actos dentro del proceso. Sin duda que el primero de estos es la demanda (acto de petición por excelencia), que se evaluará en los momentos procesales que correspondan, perteneciendo a la clase de actos calificados en (a), ejemplo al que ya se ha referido frecuentemente.

61. Ver al respecto *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 2006, n. 160.

62. Con esta fundamentación ver *H. Roth* op. cit., § 1 n. 30 s., visión contrapuesta es sostenida por *Mankowski*, IPRax 2006, 454 (456 ss).

En el caso de los actos (a), deben pues explorarse otros supuestos. Así se considerará aquellos que implican peticiones procesales únicamente, ya que la demanda como se vio, tiene un momento de examen sobre la admisibilidad, y otro sobre la fundabilidad claramente marcado, al menos teóricamente⁶³.

El derecho de demanda se concentra en solicitar al tribunal el pronunciamiento de una resolución favorable a lo requerido, peticionado y necesitado por el demandante (comparar §§ 253, 308 ZPO)⁶⁴. Ahora, en el mismo nivel de éste, pueden agruparse la reconvencción o contrademanda, como así también la demanda monitoria (§§688, 690, 699 ZPO) y el requerimiento de una medida provisoria cautelar, reglamentaria o satisfactiva (§§ 920, 936 ZPO). Igualmente se incluyen como peticiones materiales aquellos recursos contra una resolución pronunciada por un tribunal inferior que persiguen la revocación total o parcial de aquella en el mérito.

2. Es enormemente útil, al momento de aclarar la terminología de “admisibilidad-fundabilidad” acudir al esquema y voces aplicables en el examen de un recurso. Así este último, al ser interpuesto, requiere la satisfacción, en primer lugar de requisitos que no tienen vinculación alguna con el agravio, o el contenido material de la resolución que se impugna. Un recurso es entonces admisible, cuando reúne las condiciones (o requisitos) de (i) procedencia, ello es la resolución que se pretende impugnar debe ser susceptible de atacarse a través de ese recurso (comparar por ejemplo para la apelación en el § 511 ZPO). (ii) Su interposición debe reunir exigencias de forma (§§ 519 y siguientes del ZPO), tiempo-oportunidad (§§ 500 y siguientes ZPO) e interpuesto ante el tribunal que corresponda, y finalmente (iii) el recurrente debe haber sufrido un agravio que lo legitime a recurrir.

En general de acuerdo al recurso (§ 520 ZPO)⁶⁵, aún cuando en los §§ 522, 552 ZPO, no se mencione en forma explícita que el recurrente debe ser capaz y tener patrocinio de un abogado (como resulta explícito en relación al escrito de demanda), no cabe duda de que puede ser rechazado por inadmisibile, cuando falte alguna de las exigencias mencionadas explícitamente por el legislador (i, ii, iii) o aquellas (como la mencionada), que si bien en la técnica legislativa no son requeridos en los parágrafos relativos a los recursos, tienen aplicación general.⁶⁶ Toda vez que sus requisitos de admisibilidad, se consideran satisfechos, puede el

63. Comp. Esta clasificación con lo desarrollado en el fallo BGH NJW- RR 2006, 1346 (1347 s.).

64. Ver en detalle el § 253 ZPO y lo relacionado con los requisitos de la demanda *Becker-Eberhard*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 2008, introd. §§ 253 y ss. n. 2.

65. Introductorio *Schreiber*, Jura 2007, 750 ; *Schilken.*, op. cit., n. 873 ss.

66. Con claros planteos *Ball*, in: Musielak op. cit., § 522 n. 3.

mismo u otro tribunal superior (según exista o no efecto devolutivo) evaluar su fundabilidad y decidir, confirmando o revocando la resolución impugnada

Interesa esta referencia, ya que en los recursos es donde la separación entre el juicio de admisibilidad y fundabilidad, no sólo se demarca con claridad, sino también por las consecuencias descriptas en forma explícita por el legislador y de fácil o poco controvertida aplicación práctica.

Ahora, el tribunal que conoce del recurso contra una sentencia definitiva, implica que la demanda que dio inicio a ese proceso fue admisible y – suponiendo que el demandado haya perdido el proceso – también fundada. Correlativamente, al ser interpuesto por el demandado un recurso contra dicha sentencia, siendo admisible se quiere solo decir que se abre la posibilidad para que el tribunal se pronuncie sobre su fundabilidad. Ello es dejando sin efecto la sentencia dictada por aquel inferior (revocando su examen de fundabilidad de la demanda) o confirmando lo decidido (ello es la demanda en base a la cual se arribó a esa sentencia ahora impugnada, es no solo admisible sino también fundada).

Incluso en la terminología recursiva sobre la resolución que examina la admisibilidad del mismo, y la que luego de conocido lo decide, es suficientemente demostrativa. Si no es admisible, simplemente es “rechazado” (comparar los §§ 522 inciso I y 552 mismo inciso, ZPO). Ahora si siendo admisible, no obstante es conocido y no fundado, se entiende como por “no acogido” (Comparar §§ 522 inciso 2 y 552 a ZPO)⁶⁷.

3. Para las peticiones arriba descritas, como impulsivos, o que requieren un pronunciamiento por parte del tribunal⁶⁸, no hay obstáculo en incluir todos los casos mencionados y sumar algunos actos de la actividad probatoria (comparar por ejemplo §§ 371, 373 y 403 ZPO).

Sí, en materia probatoria, no siempre es correcto el empleo de estos términos. Así cuando se examina si puede o no verificarse el supuesto del inciso 4 del § 138 del ZPO, es decir, en el caso de declaración de parte, si consistan en manifestar desconocimiento sobre un hecho, puede interpretarse, ya como contradictorio, ya como reconocimiento ficto de lo alegado y sostenido por la contraparte⁶⁹. Ahora

67. Sobre la discusión al respecto ver *Rimmelpacher*, in: *Münchener Kommentar zur ZPO*, 2007, introd. §§ 511 ss. n. 10.

68. Para un tratamiento sobre las bases de estos tópicos, ver *Goldschmidt*, *Der Prozeß als Rechtslage – Eine Kritik des prozessualen Denkens*, 1925, p. 364 y ss.

69. Comp. *Rosenberg/Schwab/Gottwald* op. cit., § 64n. 12 y § 109 n. 31, sobre la inadmisibilidad por aporte intempestivo, cuando un derecho ya precluyó según §§ 296, 296a ZPO.

bien, si se analiza con mayor detenimiento este caso, en realidad no cabría hablar de admisibilidad o fundabilidad, sino más bien de una resolución que simplemente ordenará la prosecución del proceso. La decisión sobre ese punto particular se hará dentro del margen de convencimiento probatorio al que pueda arribar el tribunal al respecto y que servirá como un dato más para que pueda fundar el mérito de su decisión de pronunciamiento posterior.

4. Corresponde ahora examinar los actos procesales de las partes, que tienen conformación y validez procesal, sin necesidad de resolución judicial (descritos al inicio de este subtítulo como (b)). Precisamente no tienen por objeto requerir una decisión al tribunal, siendo autosuficientes para generar efectos procesales y/o materiales. Algunos ejemplos son: el retiro de la demanda, o la oposición contra la primera sentencia en rebeldía.

En el primer supuesto, queda sin efecto la litis pendencia de la demanda interpuesta y retirada (§ 269 ZPO). En el segundo, se impide que el proceso pueda arribar a una sentencia, debiéndose retrotraer al estado anterior al que se verificó la rebeldía. En estos casos el empleo del término “admisible”, es técnicamente impropio (comparar §§ 842 ZPO y 138 inciso cuarto del ZPO). Estos actos procesales deben reunir requisitos, pero no vinculados con la admisibilidad-fundabilidad, sino con su validez y eficacia, produciendo o no los efectos que persiguen⁷⁰.

Siendo que el ZPO, como obra legislativa no debiera ocuparse del tratamiento terminológico, no se contraponen a lo antes planteado, que por ejemplo, para el supuesto del retiro de la demanda, el tribunal se pronuncie mediante una resolución meramente declarativa, y se diga “admitir” el acto. Otro ejemplo para ilustrar, es el caso de los contratos procesales, como la prórroga de la competencia (comparar §§ 38 y 40 ZPO). Allí se emplea en forma impropia la “prórroga admisible”, ya que en realidad es “válida” o “inválida”. Recuérdese que justamente este caso, como depende y está predispuesto en pos del interesado, no es siquiera calificable como presupuesto procesal.

VIII. CONCLUSIONES

De acuerdo a lo expuesto es posible plantear dos conclusiones básicas y, a partir de ellas algunos comentarios secundarios.

En primer lugar puede vislumbrarse que detrás de las controvertidas clasificaciones, terminología y categorías se esconden no solo visiones sobre el proceso,

70. Ver *Schumann*, op. Cit., n. 234.

sino y principalmente sobre las bases constitucionales básicas a observar dentro de un sistema procesal que se propone ser el medio de tutela del derecho privado. En segundo lugar es posible -con una mayor o menor extensión de los términos – hablar de cuando estamos frente a una demanda u otro acto admisible no confundiendo ese juicio con el de fundabilidad.

Sobre estas bases puede concluirse lo siguiente:

- a. A partir de estas premisas es posible construir categorías con la voz “requisitos” y clasificarlos según su importancia, control de oficio y efectos.
- b. También puede distinguirse una especie que no entra técnicamente en la admisibilidad ni en la fundabilidad, que depende de la invocación oportuna por una de las partes y que tiene solo un rol de obstáculo o impedimento para la normal prosecución del proceso.
- c. Las categorías de “validez”, “existencia”, “eficacia” no se asimilan en sus consecuencias ni en sus supuestos a la “admisibilidad-inadmisibilidad” aun cuando puedan tener en común ciertos puntos de pivot objetivos, causales o subjetivos.
- d. La sentencia procesal de “inadmisibilidad” tiene efectos vinculantes y la parte no puede volver a interponer por ejemplo la misma demanda sin haber saneado los defectos que fundaron su rechazo.

X

LIVING PROPERTY: A NEW STATUS FOR ANIMALS WITHIN THE LEGAL SYSTEM

David Favre

Professor of law at Michigan State University. Over the past twenty years he has written a number of articles and books dealing with animal law issues, and for the past eight years has been the editor in chief of www.animallaw.info, the largest legal website dealing with animal legal issues in the world. He would like to acknowledge the many benefits that he received from those that reviewed rough drafts of this article, including, Joseph Vining, Ani Satz, Richard Brown, Geoffrey Bloom, Bruce Wagman, Amy Breyer, Katrina Sharman, Deborah Cao.

ABSTRACT: This article develops the proposition that non-human animals can possess and exercise legal rights. This proposal is supported by the fact that the legal system already accommodates a number of animal interests within our criminal anti-cruelty laws and the civil trust laws. To make a more coherent package of all the animal related public policy issues, it is useful to acknowledge the existence of a fourth category of property, living property. Once separated out from other

property, then a new area of jurisprudence will evolve providing legal rights for at least some animals. This article establishes why animals should receive consideration within the legal system, which animals should be focused upon, what some of the legal rights might be and how the traditional rules of property law will be modified to accommodate the presence of this new category of property.

TERMS: animal law, property jurisprudence, animal rights, property, living property.

SUMÁRIO: I. Introduction – II. History: A. Evolution of Categories of Property; B. Animals are Part of Personal Property; C. The First Transformation on Behalf of Animals; D. Capacity for Change – III. The Allocation of Legal Rights: A. A Card Game; B. Card Characteristics: 1. Red cards – Weak Legal Rights; 2. Blue Cards – Strong Legal Rights; 3. Green Cards – Preferred Legal Rights; C. Playing Your Hand – the Balancing of Interests – IV. Legal Characteristics of Living Property: A. Who Is within this New Category? A Sweeping Definition Thereafter Limited: 1. Living Beings; 2. Practical Limitations; 3. Individualism – B. What are Animal Interests?: 1. Identification of Interests; 2. Which Interests – V. Initial Scope for the Rules of Living Property: A. Rights of Human Owners: 1. Original Title; 2. Transfer of Title; 3. Use of Property; B. Duties of Owners; C. Rights of Animals: 1. Standing; 2. A Few Rights – VI. Conclusion.

I. INTRODUCTION

Humans have interests in possessing, owning, using and protecting lawful obtained property. This is all well and good, and has been the case since the

beginnings of human civilization. However, what if some of the objects, some of the property, have interests independent of the humans who own them? This raises a conflict that is different from the usual individual human v. individual human or individual human v. human society conflicts with which the law most often struggles. However, this is not a universal problem with property; it arises only in the case of a special category of property, living property.

Only living entities can have interests. Since the 1860's in the United States, the legal system has been trying to ascertain the best way to deal with the animal subset of the category of personal property. The law, initially just at the state level, has adopted protective provisions for animals.¹ In doing so, the law has stretched the attributes of personal property to accommodate this special class but the fit is not good. For example, given the reality that many humans attach an emotional, personal value to their pets, then the present position of the law which says that damages to property are primarily measured by the fair market value of the property, constitutes a large disconnect between public expectations and the rules of property.² To deal with this and many other issues, it is time to formally acknowledge a new category of property, that of living property. Inherent in acknowledging the interests of animals, which justify the creation of the new category will be the creation of legal rights to assure that these interests are given some measure of weight in the decision making of the legal process.

A premise of this article is that it is ethically acceptable to continue to have animals within a property status. This premise is contrary to the beliefs of a number of individuals in the field of animal rights, particularly those that self identify as abolitionists. Among these writers the first order of business is the elimination of the property status of animals, making animals (or some subset of animals – such as primates) legal persons. This author rejects this path forward. The key ethical question upon which the basis of this article diverges from the abolitionist is whether it is acceptable for humans to keep/possess/use animals. Their answer is “no” and at least some members of this school of thought push the non-use analysis to the point of asserting that humans should not have/keep/

1. These laws are generally found within the category of state anti-cruelty laws. See discussion *infra*.
2. This disconnection is also reflected in the holdings of judges. An Illinois case from 2008 represents the dilemma. At trial court a judge had held that the value of a pet dog was \$200 in a tort case (with a loose fair market analysis). On appeal the court held that the value of the animal was at least the amount that the plaintiffs spent on veterinary bill to care for the dog after having been attacked by defendant's dog, \$4,782.72. See Dave Bakke, *Judges Rule on the Proper Value of a Dog's Life*, STATE JOURNAL-REGISTER, Jan. 3, 2009, <http://www.sj-r.com/news/x2094350144/Dave-Bakke-Judges-rule-on-the-proper-value-of-a-dog-s-life>.

use pets. This author rejects this ethical position upon the belief that positive human communities can include animals that are owned/used by humans.

This article does not further consider the general ethical arguments of the abolitionists.³ However this article does provide a comprehensive contrary view of the opinion often express by abolitionists that animals will not be able to receive legal rights so long as they remain the property of humans. This position is without support regardless of the number of times that it is stated. Not only is it conceptually possible, but animals, or at least some animals, already posses limited legal rights. Admittedly animal rights are not equal legal rights to humans, but rights nevertheless.⁴

To support and explain the proposition of this article will require a consideration of several primary issues. Does the legal system have the capacity to accept animals as juristic persons? How can animal legal rights be most usefully characterized? What impact would the creation of this new category have upon the rights of the human owners of living property? What legal rights ought to be allocated to those within this new category of living property? It is admitted that to give some status to animals will necessarily mean that the legal rights of some humans will be restricted. The advancement of intellectual, civilized society has always been marked by the dilution of legal rights for some in order to make way for the new rights of others to be recognized.⁵

This article shall first provide a brief consideration of the history of animals within the legal system and the system's capacity for change (Section II). A suggested matrix for categorizing legal rights will be proposed (Section III). Next, the nature and characteristics of the category of living property will be developed (Section IV). Finally, a revised set of rules for the human owners will be considered, followed by a list of proposed legal rights for animals (Section V). All of these topics could clearly fill a book, and perhaps in time will do so, but for this law review article the conceptual development is the primary task.

3. For a full discussion of the moral and legal status of animals, see generally ANIMAL RIGHTS (Clare Palmer ed., 2008). This book is a collection of 31 reprinted essays from the major authors of area. *See also* Martha C. Nussbaum, *Animal Rights: The Need for a Theoretical Basis*, 114 *Harv. L. Rev.* 1506 (2001) (reviewing STEVEN M. WISE, *RATTLING THE CAGE: TOWARD LEGAL RIGHTS FOR ANIMALS* (2000)).
4. For an article proposing equal legal rights for animals, see Ani B. Satz, *Equal Protection of Animals*, 15 *ANIMAL L.* (forthcoming 2009).
5. As women gained legal property and political rights, men saw a dilution of their property and political legal rights. *See infra* notes ____.

II. HISTORY

A. Evolution of Categories of Property

The common law legal system has its conceptual roots in the Roman law period. The Roman view of the world produced two fundamental categories, persons and things. Persons had access to the law and the property law was written about things. Property law is an institution with four component parts: the persons who hold the rights, the relationships between persons, the objects as to which property concepts attach and sanctions for violations of the rules.⁶

Property laws are written to deal with conflicting claims of the individual human against other individuals or society generally to possess and use “things” or land.⁷ It is inherent in the nature of humans to seek to control objects or land obtained and possessed.⁸ The protection of individual property from the demands of the state have even received U.S. constitutional protection under the 5th Amendment which limits the government’s taking of property unless the use is for a public purpose and just compensation is provided.⁹ Why this is the case and how to describe the origin of property law is beyond the scope of this article as there is much dispute among the writers of jurisprudence about the origin and organization of property issues.¹⁰ Instead, the starting point will be that the concept of property exists and is well entrenched in our legal thinking.

The standard discussion of property today lists three basic categories of property – real property, personal property and intellectual property. These distinct categories are all under the umbrella of property law in that owners receive the

6. 1 *Richard R. Powell, The Law of Real Property* ¶ 7, at 10 (Patrick J. Rohan ed., 1981).

7. See 3 *Roscoe Pound, Jurisprudence* 103 (1959) (“In civilized society, men must be able to assume that they may control for purposes beneficial to themselves what they have discovered and appropriated to their own use, what they have created by their own labor, and what they have acquired under the existing social and economic order.”).

8. See *Pound, supra* note 8, at 106 (“Indeed, taking possession of what one discovers is so in accord with a fundamental human behavior tendency that discovery and occupation have stood in the books ever since substantially as the Romans stated them.”). The application of these ideas played out in the awkward historical case of *Johnson v. M’Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823), in which the court held the discovery of the land of the United States by the Europeans gave them superior title to the land occupied by Native American tribes.

9. The importance and nature of the debate about protection of individual property ownership versus the needs of the state can be seen in the case of *Kelo v. City of New London*, 545 U.S. 469 (2005). In this case the Supreme Court held that the city was allowed to take the title of the plaintiff’s property and transfer title to another private party for development because of the public good to be realized by the private development activity.

10. See *Pound, supra* note 8, at 105-55 (giving a full discussion of the various views of property over the centuries). See also *G.W. Paton, A Textbook of Jurisprudence* 505-52 (*G.W. Paton & David P. Derham eds., 4th ed.* 1972).

benefits of ownership of property as opposed to contract rights or claims under tort law. But there are three categories because each has unique characteristics which shape a different set of public policy concerns. Real property is fixed in place, visible for all to see and will last indefinitely (unless it is beachfront¹¹). Records about real property can be put in a local courthouse and found by everyone. Personal property is physical, moveable with a limited physical existence. Historically most personal property was of modest value.¹² Intellectual property is a product of a human mind. Historically, it resulted in a physical reality, like a book. Today, however, significant value can exist with property that has only limited real physical attributes, such as computer software.

B. Animals are Part of Personal Property

Some animals are, and have always been, categorized as personal property.¹³ However, as the English common law developed, not all animals had equal presence or status within the law.

The common law regards and gives the greatest protection to those animals designated as “useful” and the least to those *ferae naturae*. Useful animals [e.g. cattle and sheep –ed.] are regarded as having intrinsic value and are given the same protection as is given to goods; but at common law, animals of a base nature are not regarded as property to the extent of being subjects of larceny, nor could a criminal action be brought for maliciously killing an animal of a base nature [e.g. dogs & cats].¹⁴

The reader may be surprised to learn that dogs remained in this non-property status into the early 1900’s.¹⁵ To not be property meant that the keeper of the

11. For an article on the relentless intrusion of the ocean, eliminating land and houses, see Alyssa Abkowitz, *Beating Back the Ocean Proves an Enduring Riddle*, *Wall St. J.*, Sept. 12, 2008, at A12.
12. For a brief discussion of how the category of personal property evolved out of real property concepts, see Powell, *supra* note 7, ¶ 98, at 370. He suggests that it became separate as the items became economically valuable.
13. For more details about the history of animals as property, see generally Rebecca J. Huss, *Valuing Man’s and Woman’s Best Friend: The Moral and Legal Status of Companion Animals*, 86 *Marq. L. Rev.* 47, 69 (2002) (citing to Gary L. Francione, *Animals, Property, and the Law (Ethics and Action)* 41 (1995) (noting that the first U.S. judicial decision to authorize a property right in dogs was recorded in 1871)); See also Steven M. Wise, *The Legal Thinghood of Nonhuman Animals*, 23 *B.C. Envtl. Aff. L. Rev.* 471 (1996). See also William C. Root, Note, “Man’s Best Friend”: Property or Family Member? An Examination of the Legal Classification of Companion Animals and its Impact on Damages Recoverable for their Wrongful Death or Injury, 47 *Vill. L. Rev.* 423, 424 (2002).
14. Frank Hall Childs, *Principles of the Law of Personal Property, Chattels and Choses* 35-36 (1914).
15. See David Favre & Peter L. Borchelt, Ph.D., ANIMAL LAW AND DOG BEHAVIOR 10-11 (1999). A clear statement of the legal status of dogs, and cats, did not appear in Virginia law until 1984: “All dogs and cats shall be deemed personal property and may be the subject of larceny and malicious or unlawful trespass.” VA. CODE ANN. § 3.2-6585 (West, Westlaw current through 2009 Reg. Sess. cc. 2 & 3). Connecticut did not change its law until 1949 when the following was adopted: “All dogs are deemed to be personal property.... Any

non-property animal could not look to the protections of the law; an owner could not call the police if their dog had been stolen or killed. If the human owner's interest in his or her dog was not recognized by the law, then clearly the interests of the dog also were not recognized. In a curious twist of social development the interests of the dog would come to be recognized by the law, by the adoption of anti-cruelty laws, before the property status of the dog, protecting the interests of the owners, was established.¹⁶

C. The First Transformation on Behalf of Animals

Throughout history the social view of animals has been reflected in the provisions of the law. Up through the 1860's the law was dealing primarily with the economic value that an animal represented.¹⁷ Indeed, legal protection was provided for farm animals, not pets, as pets had no socially recognized value. However, beginning in 1860's, there was a clear transition in the laws dealing with animals from mere protection of the property interests of owners, economic value, which did not restrict what could be done to your own animal, to concerns about the animals themselves regardless of the actor.¹⁸ The 1867

person who steals a dog may be prosecuted under section 22-351 or under sections 53a-118 to 53a-129, inclusive." CONN. GEN. STAT. ANN. § 22-350 (West, Westlaw current through Gen. St., Rev. Jan. 1, 2009).

16. In the *1889 Annual Report* of the ASPCA (American Society for the Prevention of Cruelty to Animals), the following is found:

Thos. McCormac, [charged with] setting dogs to fight on the public highway. The offender was requested by a lady to cease urging the dogs to fight but he replied insolently, and encouraged them on the more. While so engaged, he was arrested by one of the Society's officers. Realizing his danger, he commenced to cry for mercy, and even appealed to the land he had insulted. Sentenced to serve five days in jail by Judge Kenna. ASPCA, TWENTY-FOURTH ANNUAL REPORT FOR 1889, at 18 (1890), available at <http://www.animallaw.info/historical/articles/arusaspcreport1889.htm>.

17. See Childs, *supra* note 15, at 35. (Even as late as 1914 Childs spoke in terms of two categories of domestic animals. "Useful" animals are kept for food or fiber, while "base nature" animals "are kept for whim or pleasure, as cats and dogs.")

18. See generally David Favre & Vivien Tsang, *The Development of Anti-Cruelty Laws During the 1800's*, 1993 DET. C.L. REV. 1 (1993):

"An example of a statute that reflects the strict property concept of animals, which existed at the beginning of the nineteenth century, is found in Vermont legislative law.... Section 2 states in part:

Every person who shall wilfully and maliciously kill, wound, maim or disfigure any horse, or horses, or horse kind, cattle, sheep, or swine, of another person, or shall wilfully or maliciously administer poison to any such animal . . . shall be punished by imprisonment [of] . . . not more than five years, or fined not exceeding five hundred dollars . . ."

Id. at 7 (quoting 1846 Vt. Laws 34.2).

Note that in this language there is no provision prohibiting the cruel treatment of animals generally. The list of animals protected was limited to commercially valuable animals, not pets or wild animals. The purpose of this law was to protect commercially valuable property from the interference of others, not to protect animals from pain and suffering inflicted by the owner. Finally, since the penalty was for up to five years of jail time, a violation of this law was a felony, again evidence of property protection.

New York law,¹⁹ promoted by Henry Bergh, founder of the American Society for the Prevention of Cruelty to Animals (ASPCA), created the conceptual breakthrough.²⁰ Thereafter new laws were adopted by many states based upon the New York model.²¹ Besides the benefits to humans, the existence of these laws clearly reflects the legislature's acceptance of the proposition that an animal's interest in being free from unnecessary pain and suffering should be recognized as a value within the legal system. In most states the freedom from pain and suffering was allowed for all animals, whether or not the property of humans, and certainly included the dog.²²

This new proposition was recognized by the courts of the time. In the case of *Stephens v. State*, the court found that:

This statute is for the benefit of animals, as creatures capable of feeling and suffering, and it was intended to protect them from cruelty, without reference to their being property, or to the damages which might thereby be occasioned to their owners.²³

This point was also made in an Arkansas case where the court acknowledged this new concern when it noted that the new laws:

are not made for the protection of the absolute or relative rights of persons, or the rights of men to the acquisition and enjoyment of property, or the peace of society. They seem to recognize and attempt to protect some abstract rights in all that animate creation from the largest and noblest to the smallest and most insignificant."²⁴

19. N.Y. REV. STAT. §§ 375.2-9 (1867).

20. This may be considered to have occurred earlier in England. In 1822 the English Parliament adopted the Martin Act which adopted humane standards for some animals. "The animals included in the Act ceased to be the mere property of their owners." *Henry S. Salt, Animals' Rights* 6 (1894). But see an 1821 law from Maine suggesting a tentative earlier concern for the welfare of some animals. *Favre & Tsang, supra* note 19, at 8 (citing ME. LAWS ch. IV, § 7 (1821)).

21. Within a few years the following states had adopted the same pattern of legislation as that in New York with both new criminal laws and the charted creations of state Societies for the Prevention of Cruelty to Animals ("S.P.C.A."): Massachusetts (Act for the More Effectual Prevention of Cruelty to Animals, MASS. GEN. LAWS ch. 344 (1869)), Pennsylvania (XXIV PA. STAT. ANN. §§ 7770-7783 (1920)), Illinois (Prevention of Cruelty to Animals Act, 1869 Ill. LAWS § 3), New Hampshire (1878 N.H. LAWS 281), and New Jersey (N.J. REV. STAT. §§ 64-82 (1873)). As of 1890 thirty-one states had some level of organized Society for the Prevention of Cruelty to Animals. ASPCA, *supra* note 17, at 36. See generally *Richard D. Ryder, ANIMAL REVOLUTION* 171-75 (1989).

22. As examples of traditional initial language, see CAL. PENAL CODE § 599b (West, Westlaw current through Ch. 1 of 2009 Reg. Sess., Ch. 12 of 2009-10 2d Ex. Sess., Ch. 19 of 2009-10 3d Ex. Sess.) (adding "every dumb creature" to code in 1905), and MISS. CODE ANN. § 97-41-1 (1930), *invalidated by Davis v. State*, 806 So.2d 1098 (Miss. 2001) (1930 code basing the phrase "any living creature" on N.Y.'s 1867 law).

23. *Stevens v. State*, 3 So. 458 (Miss. 1888).

24. *Grise v. State*, 37 Ark. 456 (1881).

These new laws clearly reflect society's acknowledgment that animals have interests in being free from pain and suffering.

However, it must also be recognized that the early laws also sought to balance these newly acknowledged interests of animals against human interests. The laws recognize that sometimes the human interests will supersede that of the animals', and pain and suffering might lawfully occur. Within the original New York law itself the balancing existed. The critical prohibitions on beating and killing animals are modified with "unnecessarily" and "needlessly".²⁵ Thus if a horse has to be hit to make him start pulling the wagon, or if an animal has to be killed to be eaten, such actions did not (and do not) violate the law. Another clear balancing of interests occurs in the context of scientific experimentation. Section 10 of the 1867 New York law provided that properly conducted scientific experiments do not violate the law, thus allowing the intentional infliction of pain and suffering for the advancement of scientific knowledge.²⁶

Over the past fifty years increasing social concern for the welfare of animals has resulted in modifications of the anti-cruelty laws. The requirement in the original New York law for providing food and water has been expanded significantly in many states to include: food, water, shelter, and veterinary care.²⁷ Additionally, the punishment level for violation of these statutes has increased. For intentional acts of cruelty, punishment is now most often at the felony level rather than just a misdemeanor. In 1992 only seven states had felony anti-cruelty provisions, by 2005 forty-one states had some felony provisions.²⁸

25. The 1867 New York Anti-Cruelty Law:

Section 1. Penalty for Overdriving, Cruelly Treating Animals, Etc.

If any person shall overdrive, overload, torture, torment, deprive of necessary sustenance, or unnecessarily or cruelly beat, or needlessly mutilate or kill, or cause or procure to be overdrive, overloaded, tortured, tormented or deprived of necessary sustenance, or to be unnecessarily or cruelly beaten, or needlessly mutilated, or killed as aforesaid any living creature, every such offender shall, for every such offence, be guilty of a misdemeanor.

N.Y. REV. STAT. §§ 375.2-9 (1867).

26. Section 10. Proviso.

Nothing in this act contained shall be construed to prohibit or interfere with any properly conducted scientific experiments or investigations, which experiments shall be performed only under the authority of the faculty of some regularly incorporated medical college or university of the state of New York.

Id.

27. The Michigan law now states:

(a) "Adequate care" means the provision of sufficient food, water, shelter, sanitary conditions, exercise, and veterinary medical attention in order to maintain an animal in a state of good health.

MICH. COMP. LAWS ANN. § 750.50(1) (West, Westlaw current through P.A. 2008).

28. See Stephan K. Otto, *State Animal Protection Laws – The Next Generation*, 11 ANIMAL L. 131 (2005).

D. Capacity for Change

While property law is often slow to change, it does change over time as the moral and ethical perspectives of society change.²⁹ There are two key points to be briefly made here. The first is that society can change who is a legal person and secondly that different categories of legal persons often have different or more limited categories of rights. Indeed, legal rights often arrive in a piecemeal fashion, as the law makers see fit. The most obvious example of the first point is the transformation of African Americans from the non-person status of slaves to freedom and legal personhood.

As an example of the second point, consider the legal status of women several hundred years ago within the laws of the United States. When a woman married a man the common law view at that time was that the woman's property interests were merged into that of the man and the man had the full power of disposition of property that had previously been under the control of the unmarried woman.³⁰ This began to change in 1840's with the adoption of Married Women Acts.³¹

An even more stark difference reflecting the different status of men and women deals with the legal right to have a voice in the political process, the right to vote. The moral/political battle by which women obtained the right to vote has been

29. From Powell's treatise on property law:

At any stage in human history the prevailing institution of property is chiefly an inheritance from the past. This inheritance, however, is subject to constant change. These changes represent efforts to work out adaptations to the new problems presented by new ingredients in the political, economic and philosophical atmosphere of the moment. The fact of change is an ever-present phenomenon in society.

Powell, supra note 7, ¶11, at 22-24.

30. *Joshua Williams, Principles of the Law of Real Property* 223 (5th ed. 1879). Before the formation of the U.S. the common law of England also held under the rule of promogenitor that males would inherit lands in preference to female heirs. On the death of a husband a wife has the right of dower in her husband's land (a one-third life estate) but the husband would have the right of curtesy in his wife's lands at her death which was a full life estate.

31. *See* 41 AM. JUR. 2D, *Husband and Wife* §3 (2008).

The social order upon which the concept of legal unity between husband and wife was predicated no longer exists. During the 19th century Married Women's Emancipation Acts were passed in all American jurisdictions. These were designed to confer upon married women a separate legal personality and to give them a separate legal estate in their own property. They conferred upon a wife the capacity to sue or be sued without joining the husband and, generally, as far as third persons were concerned, made the wife separately responsible for her own torts. From an early date it was recognized that a primary purpose of these statutes was to free the wife's property from the control of her husband.

Id. *See generally* Kathleen S. Sullivan, *Constitutional Context: Women and Rights Discourse in Nineteenth-Century America* (2007); *Norma Basch, In the Eyes of the Law: Women, Marriage and Property in Nineteenth-Century New York* (1982). In both these books the process of legal change is found to be very slow, over decades, not a big one time event. The legal system reluctantly changed; it was not transformed at any one point of time. *See also Powell, supra* note 7, ¶ 117, at 447-53 ("Married Persons - Historical Background").

well covered by other writers of legal history.³² Two points follow from this long battle. First, clearly women were always legal persons, but they were not treated equally with men. Thus the legal system is capable of handling legal persons with different sets of rights. Secondly, the legal system is capable of piecemeal change in deciding which legal rights should be allocated to which legal persons. Therefore our legislature could decide that some animals, but not all animals, should possess some but not all possible legal rights. Such different treatment is fully within the common law tradition of this country. Indeed, incremental change is the norm, not sudden universal change.³³

III. THE ALLOCATION OF LEGAL RIGHTS

The present schemes for describing legal rights are inadequate to the task of identifying the path that is being followed for the creation of legal rights for animals. As will be explained, animals already exist as individuals within our legal system, but not in a systematic focused way that is accessible to traditional writers of jurisprudence. To best grasp what our legal system has been doing, there must be a focus upon the separation between the possession of a legal right and exercise of the right. Animals are like infant children in that they can be recognized as legal persons but do not have the capacity to understand or knowingly exercise any legal rights allocated to them. This has been particularly difficult for the animals as, unlike children, they are property and one of the legal mantras often repeated is that property cannot be the holder of legal rights. Yet, at least some animals can and have gathered legal rights. This has occurred against the hazy headwinds of the mantra, obscuring the view of most observers from the reality of the legal events in the United States.

32. See generally Doris Weatherford, *A History of the American Suffragist Movement* (1998).

33. See 18 PA. CONS. STAT. ANN. § 5511 (West, Westlaw current through Reg. Sess. Act 2008-132 & 2007-08 Sp. Sess. No. 1 Act 2). As a small example of different categories of animals receiving different treatment, consider some of the provisions of the Pennsylvania Anti-Cruelty Law. Under this law a person:

[C]ommits a **misdemeanor of the second degree** if he willfully and maliciously ... kills, maims or disfigures any *domestic animal* of another person....

[C]ommits a **felony of the third degree** if he willfully and maliciously ... kills, maims or disfigures any *zoo animal* in captivity.

[C]ommits a **misdemeanor of the first degree** if he willfully and maliciously ... kills, maims, mutilates, tortures or disfigures any *dog or cat*, whether belonging to himself or otherwise.

Id. (emphasis added). The same act has three levels of punishment depending not upon the species of animal or even the market value of the animal, but upon the category of animal – pet, zoo animal, or general other category. This is not rational from the perspective of the animals. It only makes sense in the context of what is politically important/acceptable within human legislatures.

A. A Card Game

To help visualize what has happened and what might happen in the future consider the granting and using of legal rights as a multi layered card game. Legal rights are represented by cards. Without possessing cards you cannot play and cards have different values. Further, just because someone has cards, does not mean the cards will be well played. The government is the dealer of the cards, deciding both who gets the cards and what values the cards represent. One unusual aspect of The Rights Game is that those with cards can vote to direct the dealer to either give them more cards, or take away cards already given out, or most importantly, to give cards to individuals who previously had no cards. (One complexity that we will not deal with here is that as we have three levels of government: federal, state and local. So, cards can be received from at least three different dealers.) In this game there is no limit to the number of players who can hold cards, or play cards, or number of cards that might be created. A critical aspect of this game is that cards can and often must be played by other than the original possessor of the card. Parents might hold and play cards allocated to their children, and with the right legal document, e.g. a power of attorney, hold and play the cards allocated to their parents. Of course the government (legislature) can deal itself cards for playing. Not every card that the government seeks to distribute is a lawful card, as the courts have the power to force the dealer to collect and destroy cards if the courts find that the government was without authorization, under the rule book of the Constitution, to create the particular card. Well, that is enough to suggest the context for the following, more focused discussion, about animals in particular.

Animals, under the theory of this article, have the capacity to be a player, a holder of cards. Two possible cards are: the right to be free from pain (FFP) inflicted by the intentional acts of a human and the right to receive food adequate for a healthy life (Food). For the animals of New York these cards were initially distributed by the New York legislature under the previously described New York anti-cruelty law.³⁴ Perhaps the value for the cards was low, but they were cards nevertheless. Humans also have FFP cards, but adult humans do not have the Food card held by animals and children. The government itself does not possess either a FFP or a food card.

Now, what makes this game interesting and complex is that the cards come in three colors, with the color denoting not who can hold a card, but who can play a card. The colors are red, blue and green. Red cards can be played only by government players (prosecutors), blue cards can be played by human players

34. *See supra notes and accompanying text.*

and green cards can be played by non-human animals (by attorneys appointed to represent particular animals). Consider the FFP cards held by humans. It comes in two colors. The red FFP card has to be given to a government player (a prosecutor) who will decide whether to play it by bringing criminal charges against the actor. Or, harmed humans may use the blue card to play themselves (as plaintiffs) in a civil law suit. The vast majority of the cards held by animals today are red and are created by in the criminal anti-cruelty laws of a state. They have legal rights but cannot assert /play the cards themselves. Rather, the government has to be willing to reach over and take the animals' card and play it on their behalf. So those animals that possess red FFP cards are dependent upon the government player/prosecutors. Sometimes they do, sometimes they do not. That the government does not play a card does not mean that an animal does not possess a card.

B. Card Characteristics

To give some descriptive characterization to the cards, consider the red cards as representing weak legal rights, in that they can be played only by government entities. Blue cards are strong legal rights and can be played by humans or some non-governmental group of humans (perhaps humane societies). They are stronger in the sense that legal action for protection of animal interests may be carried out by private parties even in the absence of action by the government. Green cards represent preferred legal rights and can be played by animals directly.³⁵ This third category is what is traditionally considered the fullest realization of a legal right, but this is too narrow of a view. In the broader sense of the word, a legal right exists when a court is willing and able to consider a specific interest of a particular being.

1. Red cards – Weak Legal Rights

Under the Michigan anti-cruelty laws a number of red cards have been given to many of the animals within the state:

- Not to be tortured
- Not to be killed without just cause³⁶
- To be provided with food, water & shelter
- To be provided with veterinary care³⁷

35. Do not confuse this right with the practical procedural issues of how the right would be asserted.

36. MICH. COMP. LAWS ANN. § 750.50(b) (West, Westlaw current through P.A. 2008) (“(2) a person shall not do any of the following without just cause: (a) Knowingly kill, torture, mutilate, maim, or disfigure an animal.”).

37. *Id.* § 750.50.

But, not all domestic animals in Michigan receive these red cards. For example often farm animals are specifically exempted from the state law if the action is a standard agricultural practice. In Michigan, for unexplained reasons, zoo animals do not receive the red cards requiring proper care but do get the red cards for being free from torture. Wild animals in Michigan receive the red cards for FFP but not the Food card. For perhaps understandable reasons animal pests, such as rats, do not receive the red cards as well, depending on the context of where the rat lives. Under the Michigan law these red cards are, by the statutory definition of “animal”, limited to vertebrate animals, so if an individual decides to torture a jellyfish or a zebra mussel, they have no cards for anyone to play. It is also true that farm animals do not receive any red cards from the Michigan law or indeed from federal government under the federal Animal Welfare Act. Chickens commercially raised in the United States have nowhere near the number of red cards that a pet cat receives, if indeed the chicken has any.³⁸

2. Blue Cards – Strong Legal Rights

Blue card examples are represented by both some of the oldest cases filed by the ASPCA (American Society for the Prevention of Cruelty to Animals in New York) and a 21st Century case filed by the Animal Legal Defense Fund in the state of North Carolina. After the adoption of the 1867 Animal Act the ASPCA, as a private organization, was authorized by the statute to file criminal prosecutions in the local courts for violations of that law alone.³⁹ They would prosecute the case without the necessity of the state prosecutor being part of the process.⁴⁰ (Of course the State of New York could prosecute if it chose to do so.) For animals in New York City at the time, these animals had both a red and blue copy of the FFP card. This was a good thing as it is doubtful that the red card would ever have been played. Today the blue FFP cards have been withdrawn, as criminal prosecution has been brought back to being solely a government responsibility (red card).

38. This disparity of legal rights arises more from the reality that the cats have high social visibility with humans and therefore more political capital, rather than any inherent value cats have over chickens.

39. Section 8 of the 1867 New York Anti-Cruelty Law states:

Section 8. Any agent of the American Society for the Prevention of Cruelty to Animals, upon being designated thereto by the sheriff of any county in this state, may, within such county, make arrests and bring before any court or magistrate thereof, having jurisdiction, offenders found violating the provisions of this act, and all fines imposed and collected in such county, under the provisions of this act, shall inure to said society, in aid of the benevolent objects for which it was incorporated.

N.Y. REV. STAT. §§ 375.2-9 (1867). Thus the ASPCA had the power to arrest, to prosecute and to receive any fines imposed – an amazing exercise of legal power by one private group.

40. In 1889 the ASPCA prosecuted 949 cases in the Courts. *ASPCA, supra note 17*, at 17.

As a present day example of a blue card (strong legal right) consider a state law that allow private citizens or organizations to file civil actions for the benefit of animals. Existing criminal law anti-cruelty provisions can constitute the standards for such civil cases. A North Carolina statute allows civil enforcement of anti-cruelty provisions.⁴¹ The case of ALDF v. Woodley is representative of this type of action.⁴² ALDF filed suit to remove over 300 dogs from the defendants' home because of the adverse conditions in which the animals were living.⁴³ The Court ordered all the animals removed from the Woodley's and title was transferred to ALDF who found homes for almost all the animals. ALDF's trial court win was upheld on appeal.⁴⁴ After the civil case was filed, criminal charges were also filed against the owners for some of the animals (the red card of these animals) and the defendants were found guilty in the criminal case. Without the blue card having been played first by ALDF along with its attendant publicity, it is doubtful that the government would have played the red card on behalf of the animals. A second civil suit against a different defendant was filed by ALDF in 2007 and a settlement was reached without opinion which provided appropriate care for the animals.⁴⁵

The N.C. statute is an excellent example of a strong legal right that is both conceptually important and powerful. The focus of the factual inquiry and the

41. N.C. GEN. STAT. ANN. § 19A-2 (West, Westlaw current through end of 2008 Reg. Sess.) (“It shall be the purpose of this Article to provide a civil remedy for the protection and humane treatment of animals in addition to any criminal remedies that are available.”). This is discussed in detail in a law review article, William Reppy Jr., *Citizen Standing To Enforce Anti-Cruelty Laws By Obtaining Injunctions: The North Carolina Experience*, 11 *Animal L.* 39 (2005).

42. *Animal Legal Defense Fund v. Woodley*, 640 S.E.2d 777 (N.C. Ct. App. 2007).

43. On December 23, 2004, plaintiff filed a complaint against defendants seeking preliminary and permanent injunctions under North Carolina's Civil Remedy for Protection of Animals statute, N.C. GEN. STAT. ANN. § 19A-1 (West, Westlaw current through end of 2008 Reg. Sess.). Plaintiff alleged that defendants abused and neglected a large number of dogs (as well as some birds) in their possession. In this case, Barbara and Robert Woodley (defendants) appeal from an injunction forfeiting all the defendants' rights in the animals and an order granting temporary custody of the animals to the Animal Legal Defense Fund.

44. On appeal, defendants argue that Section 19A is unconstitutional in that it purports to grant standing to persons who have suffered no injury, and that it violates Article IV, Section 13 of the N.C. Constitution by granting standing through a statute. The court held that “Article IV, Section 13 ... merely ‘abolished the distinction between actions at law and suits in equity’ ... rather than placing limitations on the legislature's ability to create actions by statute,” contrary to defendants' interpretation. *Animal Legal Defense Fund*, *supra* note 43, at 779 (quoting *Reynolds v. Reynolds*, 182 S.E. 341, 369 (1935)).

45. See Pleadings, *Animal Legal Defense Fund v. Conyers*, No. 07CVD17739 (N.C. 2007), available at <http://www.animallaw.info/pleadings/pbusnconyers.htm>. Plaintiffs sought preliminary and permanent injunctions pursuant to N.C. GEN. STAT. §§ 19A-1 - 19A-4 against Defendant Janie Conyers, who was found to have 106 animals living in her house under deplorable conditions. Plaintiffs also moved for an order pursuant to N.C. GEN. STAT. § 19A-4 terminating all possessory interests in the animals seized and awarding custody and possessory rights to the ALDF. Most of the animals suffer from severe chronic oral and skin conditions due to neglect. See *Animal Legal Defense Fund, Animal Legal Defense Fund Sues to Rescue 100+ dogs from Real Life House of Horrors in Raleigh*, Oct. 31, 2007, <http://www.aldf.org/article.php?id=468>.

core of a court's decision will be upon not the plaintiff human organization, but upon the animals in question. With a modest number of words in one section of a statute, the state brought to bear a new set of resources for the benefit of the animals. As the plaintiff organization will receive no financial benefit for bringing the case, the exercise of the power will occur only when private individuals are willing to invest resources to help animals. Indeed, the Woodley case cited above cost ALDF significant amounts of money both in attorney fees and housing cost for hundreds of animals over the months that the case was winding through the courts. Finally, the statute is powerful as the inquiry is specifically focused on the conditions of the animals and who should have ownership and responsibility for them. The remedy is focused upon protecting the interests of the animals in question. It is doubtful that the local government had the resources to take on a case involving such a large number of animals even if it had the will to do so. For the immediate future, this is the strongest and quickest path for the realization of animal rights in our legal system.

3. Green Cards – Preferred Legal Rights

Preferred legal rights exist when the animal or animals in question are the plaintiffs of the suit. In the above example, with only a small modification of the statute N.C. could allow enforcement by the animals themselves. The language “or domestic animal” could easily be added to the authorizing section. If the state did so, then the domestic animals of the state would receive a green card right to add to the existing red and blue cards and the statute would represent a preferred legal right for animals.

As animals are not able to initiate a law suit personally or understand legal proceeding generally, the first step in the application of a preferred legal right will be the appointment of a legal guardian who can represent the animal or animals in the legal arena. This is not conceptually impossible and in fact has already occurred several times within the United States. A chimpanzee has had a guardian appointed for purposes of the animal's interests in a trust,⁴⁶ a dog has had a guardian appointed for purposes of placement,⁴⁷ and the fifty Michael Vick pit bulls were

46. Order Appointing Guardian Ad Litem, In re Fla. Chimpanzee Care Trust, No. CP-02-1333-IY (Prob. Div. Palm Beach County Cir. Ct., Apr. 1, 2002) (on file with author). (“It is hereby ordered: 1. C.S. is appointed as guardian ad litem to represent the interests of the beneficiaries of the Trust in all future matters involving the Trust; and 2. C.S.’s reasonable fees for serving as guardian ad litem for the Trust beneficiaries shall be paid from the assets of the trust.”).

47. Order Appointing Guardian Ad Litem, In re Estate of Ronald W. Callan Jr., No. D-2252 (Shelby County Prob. Ct., Mar. 20, 2007) (on file with author). (“It is therefore Ordered Adjudged and Decreed that: 2. The Guardian Ad Litem owes a duty to this Honorable Court to impartially investigate and to determine the facts

placed under the guardianship of an attorney.⁴⁸ The threshold for appointment of a guardian is dependent upon state law, but generally is allowed for children if (1) there is a prima facie showing of need within the legal system and (2) the party asking for the guardianship is capable of representing the animal or group of animals.⁴⁹ To expand the present system to include animals on a limited basis would not be difficult. This is primarily a procedural issue that is well within the existing capacity of our court system.

Examples of green cards are more limited. The primary example deals with human created trusts for the care of animals, usually their pets. The drafters of the Uniform Trust Law addressed this issue in the late 1990's with the drafting of Section 408 of the Model Law. Under this section a trust for the care of an animal is specifically allowed along with the authorization for courts to appoint someone to enforce the trust.⁵⁰ Parallel language has also been made part of the Uniform Probate Law.⁵¹ Thus a pet has become a legally relevant being, one

to the Court. The Guardian Ad Litem is not an advocate for the dog, but has the duty to determine what is best for the dog's welfare.”).

48. Second Order as to Disposition and Appointing Guardian/Special Master, U.S. v. Approximately 53 Pit Bull Dogs, No. 3:07-CV397 (E.D. Va. Oct. 15, 2007), *available at* http://www.animallaw.info/pleadings/pb_pdf/pbusvick_order_appointing_guardian.pdf (“1. Rebecca J. Huss is hereby appointed as guardian/special master to consider appropriate options for a final disposition of the remaining 48 pitbull dogs previously forfeited to the United States. 2. Professor Huss shall have the following powers and duties to fulfill her obligations: (a) Consider available disposition and placement options as she deems appropriate for the final disposition of the remaining dogs.”); Motion for Second Order as to Disposition and Appointing Guardian/Special Master, U.S. v. Approximately 53 Pit Bull Dogs, No. 3:07-CV397 (E.D. Va. Oct. 15, 2007), *available at* http://www.animallaw.info/pleadings/pb_pdf/pbusvick_motion_to_appoint_guardian.pdf.
49. For examples of statutes providing for appointments of guardians for children, see: ALASKA STAT. § 13.26.055 (Westlaw current through 2008 2d Reg. & 4th Spec. Sess. of 25th Legis.) (“The court may appoint as guardian any adult whose appointment would be in the best interests of the minor...”); WIS. STAT. ANN. § 48.977 (West, Westlaw current through 2008 2d Reg. & 4th SP. Sess. of 25th Legis.) (Appointment is allowed when a child is judged to be “in need of protection or services...”); MICH. COMP. LAWS ANN. § 700.5212 (West, Westlaw current through P.A. 2008) (“The court may appoint as guardian a person whose appointment serves the minor’s welfare...”). See generally Peter Mosanyi, Comment, *A Survey of State Guardianship Statutes: One Concept, Many Applications*, 18 J. Am. Acad. Matrim. Law. 253 (2002).
50. *Unif. Trust Code § 408 (amended 2005)*.
Trust for Care of Animal:
(a) A trust may be created to provide for the care of an animal alive during the settlor's lifetime. The trust terminates upon the death of the animal or, if the trust was created to provide for the care of more than one animal alive during the settlor's lifetime, upon the death of the last surviving animal.
(b) A trust authorized by this section may be enforced by a person appointed in the terms of the trust or, if no person is so appointed, by a person appointed by the court. A person having an interest in the welfare of the animal may request the court to appoint a person to enforce the trust or to remove a person appointed.
Id.
51. ARIZ. REV. STAT. ANN. § 14-2907 (Westlaw current through end of 48th Legis. 2d Reg. Sess. 2008).
Honorary trusts; trusts for pets; conditions
B. A trust for the care of a designated domestic or pet animal is valid. The trust terminates when no living animal is covered by the trust. A governing instrument shall be liberally construed to bring the transfer

who has equitable title in the income and assets of a trust. This is a limited legal personhood, but goes beyond animal welfare concerns to actually provide a legal right for animals. The result of these provisions is that the animal is the beneficiary of the trust, and if issues arise then the trustee could be sued by the animal, by a court appointed attorney, to enforce the provisions of the trust.

C. Playing Your Hand – the Balancing of Interests

As in most card games, to play a card does not mean that you will win the hand. It depends on the cards held by the other players. If an animal control officer has to use force to capture a dog, thus inflicting pain, the government may play the dog's FFP card. In turn the animal control officer may play his "use of reasonable force" card that he received when he took on the job of dog catcher. A jury will decide which card is stronger under the criminal law standard of beyond a reasonable doubt.⁵² If the same force was used by a neighbor then the dog's card will win, unless the human could play the "self defense" card.

If a young man decides he wants to smell burning flesh and therefore sets his neighbor's dog on fire, the government can play the animal's red FFP card in every state and will most likely win the hand by obtaining a guilty plea, as the young man holds no cards justifying such action. (His particular interest, to smell burning flesh, is not judged by society to be appropriate if the animal is alive, and may indeed be an interest judged adverse to other social values.) Note that this is a different card than the dog's owner's property ownership cards, which might be played against the young man in a civil action to collect for damages to his property. However, if a researcher at Big University decides to burn the skin of a dog in order to do research on the recovery process of burned skin, the outcome

within this subsection, to presume against the merely precatory or honorary nature of the disposition and to carry out the general intent of the transferor. Extrinsic evidence is admissible in determining the transferor's intent.

Id.

52. *State v. Wrobel*, 207 A.2d 280 (Conn. Cir. Ct. 1964). Dog warden of East Hartford had been found guilty of cruelty to animal because of the violence used as he sought to round up dogs for taking to the shelter. Conviction was overturned on appeal.

What is cruelty under one set of circumstances may not be cruelty in another. The issue of justification, we believe, was treated too abruptly. It was left to the jury to determine whether the defendant was justified in doing what he did. Further, explication, it appears, was needed, pointing to the extent and limits of the defendant's duty and authority as dog warden: that in performing his duty he may not only resort to force, beating, injuring or killing a roaming dog but may be required to do so; that the application of such force, although it may appear to be cruel to bystanders, who are under no responsibility to act, may be the practicable and reasonable means to accomplish the capture and impounding of the offending dog, and therefore not within the statutory meaning of cruelty.

Id. at 284-85.

will likely be very different. If the government seeks to play the FFP card here, the researcher has a powerful “go free” card because of the outright exemption for infliction of pain in scientific research. It is not even a matter of seeing which card has more value: at the present time the researcher’s card simply trumps the animal’s FFP card, regardless of the value of the dog’s card.

A 2008 Supreme Court case, *Winter v. NRDC*,⁵³ provides an excellent example of a blue card legal balancing process between the interests of a set of animals and society’s interest in military preparedness. In this case the plaintiffs had obtained a preliminary injunction to stop the Navy from using high levels of sonar signals during open ocean training because of the risk of harm to whales and other mammals who are particularly sensitive to that range of sound. Under the National Environmental Policy Act (NEPA), and the requirement that government agencies do an Environmental Impact Statement (EIS) before engaging in particular projects or actions,⁵⁴ the possibility of injury or death to groups of animals must be considered before the action is taken. This is a weak blue card which is held by the whales and dolphins. Under NEPA citizen suits may be filed to assert the blue card of the animals in question, and in this case the NRDC and others chose to do so.⁵⁵ At the lower level, the courts gave sufficient weight to the blue card of the whales to support a preliminary injunction, telling the Navy it could not proceed with the training exercise until the plaintiff’s claim about the lack of an EIS by the Navy could be heard by the courts.⁵⁶

53. *Winter v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 129 S.Ct. 365 (2008).

54. As described by the Court:

The National Environmental Policy Act of 1969 (NEPA), 83 Stat. 852, requires federal agencies “to the fullest extent possible” to prepare an environmental impact statement (EIS) for “every . . . major Federal actio[n] significantly affecting the quality of the human environment.” 42 U. S. C. §4332(2)(C) (2000 ed.). An agency is not required to prepare a full EIS if it determines—based on a shorter environmental assessment (EA)—that the proposed action will not have a significant impact on the environment. 40 CFR §§1508.9(a), 1508.13 (2007).

Id. at 372.

55. The Supreme Court explained the plaintiffs’ allegations of harm as follows:

They contend that MFA sonar can cause much more serious injuries to marine mammals than the Navy acknowledges, including permanent hearing loss, decompression sickness, and major behavioral disruptions. According to the plaintiffs, several mass strandings of marine mammals (outside of SOCAL) have been “associated” with the use of active sonar. They argue that certain species of marine mammals—such as beaked whales—are uniquely susceptible to injury from active sonar; these injuries would not necessarily be detected by the Navy, given that beaked whales are “very deep divers” that spend little time at the surface. *Id.* at 371.

56. As stated by the Supreme Court:

The Court of Appeals further determined that plaintiffs had carried their burden of establishing a “possibility” of irreparable injury. Even under the Navy’s own figures, the court concluded, the training exercises would cause 564 physical injuries to marine mammals, as well as 170,000 disturbances of marine mammals’ behavior. *Id.*, at 696. Lastly, the Court of Appeals held that the balance of hardships and consideration of the public interest weighed in favor of the plaintiffs.

The Supreme Court reversed this position, striking the injunction and telling the Navy they could proceed with the training without concern for the whales or dolphins. The weighing process was clearly stated by the majority:

While we do not question the seriousness of these interests, we conclude that the balance of equities and consideration of the overall public interest in this case tip strongly in favor of the Navy. For the plaintiffs, the most serious possible injury would be harm to an unknown number of the marine mammals that they study and observe. In contrast, forcing the Navy to deploy an inadequately trained antisubmarine force jeopardizes the safety of the fleet. Active sonar is the only reliable technology for detecting and tracking enemy diesel-electric submarines, and the President—the Commander in Chief—has determined that training with active sonar is “essential to national security.” Pet. App. 232a.⁵⁷

Thus, the animals had an interest worthy of considering, but the weight of their interests was not sufficient to overcome the military need of the state.⁵⁸ Two of the Justices⁵⁹ and others would have struck a different balance.⁶⁰ Note that the Supreme Court did not suggest what units of measurement should be used to do this balancing of interests, yet seemed very sure of the ultimate weight assigned to each side. This is reflective of the difficulty in predicting the outcome of any particular conflict involving animal interests. It is often difficult to predict in advance just how a court will weigh either the interests of the animals in question or the value of the human enterprise that is at issue.

As the above suggest, animals presently have modest levels of legal rights in our system. These rights arise out of the factual reality that they, as living beings, have interests. This is what separates animals from other personal property. They have and can hold cards in The Rights Game. Previous writers have not considered this reality in a systematic way. The following is offered to help bring some structure to the consideration of what legal rights might and should be granted to animals.

Id. at 374.

57. *Id.* at 378.

58. The court had to speak in terms of the plaintiffs' interest, as they have standing under NEPA and the whales do not. While it is certainly true that under our concepts of standing the humans have a cognizable interest in watching the whales, the plaintiffs are also surrogates for the interests of the whales. The Lujan based “harm” of the humans in this case opens the door for the court to consider the real physical harm that the whales themselves would undergo when subjected to high intensity burst of sonar.

59. Justice Ginsburg and Justice Souter dissented. Justice Ginsburg wrote: I would hold that, in imposing manageable measures to mitigate harm until completion of the EIS, the District Court conscientiously balanced the equities and did not abuse its discretion. *Id.* at 387.

60. Editorial, *Sonar Over Whales*, **N.Y. Times**, Nov. 17, 2008, available at http://www.nytimes.com/2008/11/15/opinion/15sat3.html?_r=1&scp=1&sq=whales%2C+navy+sonar+&st=nyt.

IV. LEGAL CHARACTERISTICS OF LIVING PROPERTY

As mentioned initially, this analysis assumes that animals will remain in some form of property status. This is not to suggest that wild animals do not deserve or are somehow not capable of holding legal rights.⁶¹ Under states' anti-cruelty statutes, the protections provided animals do not depend upon their status of being wild or domestic. However, this article addresses only the domestic animals and leaves for another day an article about legal rights for animals outside the realm of property law.

In the following, the word "ownership" will be used to describe the general relationship between humans and owned animals. This word is offensive to a number of individuals who believe the use of the word implies an attitude suggesting a superior human status with total control over the animal. Some suggest the term "guardian" be used instead.⁶² But, the concept of ownership as applied to an animal can be either beneficial, as when the relationship is respectful, or detrimental when the relationship is oppressive. For this paper, the traditional word will be used in a more neutral and limited connotation. The owner of an animal is that human, or entity, who has responsibility for the animal in the context of the limited human and animal rights that will be set out below. Now we turn to consideration of the new, fourth category of property, living property.

A. Who Is within this New Category? A Sweeping Definition Thereafter Limited

1. *Living Beings*

There have been a number of attempts to define the relevant group of animals for purposes of ethical or legal discussion. Most attempts at definitions are on a comparative basis relative to human characteristics. For example, it might be argued that legal rights should be extended to those animals who are conscious,

61. Over a generation ago one article argued for the legal rights of whales: Sudhir K. Chopra, *Whales: Toward a Developing Right of Survival as Part of an Ecosystem*, 17 *DENV. J. INT'L L. & POL'Y* 255 (1989). As discussed *supra* notes __, the U.S. Supreme Court weighed the interests of whales to be free from the negative effects of sonic booms. Additionally, the Great Apes Project seeks to establish the legal rights for the great apes. See Great Ape Project: Declaration on Great Apes, <http://www.greatapeproject.org/declaration.php> (last visited Mar. 2, 2009). Also see Lee P. Breakenridge, *Can Fish Own Water?: Envisioning Nonhuman Property in Ecosystems*, 20 *J. LAND USE & ENVTL. L.* 293 (2005) (discussing the need to modify property law concepts in the face of the complexities of managing nature resource ecology).

62. This movement for change has realized some success with the change of terms to "guardian" occurring in 20 cities and the state of Rhode Island. Diane Sullivan & Holly Vietzke, *An Animal Is Not An iPod*, 4 *J. Animal L.* 41, 44-45 (2008).

or self-aware, or have language, or use tools, or feel pain.⁶³ This author seeks a different, more fundamental, starting point of analysis. There is a more compelling characteristic common to all, that of being alive. Moral and ethical concerns should start with all beings who have self interests, meaning those who are driven to live a life by the encoding of their DNA. The various species specific capacities, such as consciousness or self awareness, of groups of animals will be important for deciding which rights an animal might deserve. However, consideration of capacities is not necessary for initial consideration of admission into the new category of living property. Thus the word “living” is initially as broad as the surface of the Earth.

The first limitation of the word living is of course the word property. Beings must be a human’s property to be within the relevant group. That is, they have to be knowingly possessed by a human with an intention to exclude others. That a living being lives upon or crosses over the real property/land of a human does not constitute possession of that living being for this purpose. Wild beings within natural ecosystems are not personal property. While governments assert the right to control access to wild animals they do not have possessory rights, ownership of wild animals.⁶⁴ The state does not possess these animals, has little control over them and little responsibility for their well-being, at least at the present. While wild animals have the same sort of interests as domestic animals and therefore a basis for legal rights, the legal context for acknowledging them will require a different analysis than is provided in this article. For example, the concepts of living space and duty of care have to be different when the animals are not possessed by humans.

2. Practical Limitations

Now there must be excluded from our consideration a large set of living being for practical purposes. For the time being, the plant kingdom must be set aside in the consideration of legal rights. Plants certainly are living beings, but we simply do not know how to think about plants at this point in time.⁶⁵ They do not seem to have a central nervous system and do not seem to feel pain in the

63. New information suggests that magpies may join the elite list of self aware animals, when they showed self recognition while looking in mirrors. Bruce Bower, *Magpies check themselves out: reactions to mirror image*, *Sci. News*, Sept. 13, 2008, at 10.

64. See generally Favre & Borchelt, *supra* note 16, at 36-43.

65. In one of the earliest articles on this issue, one scholar suggested that plants, as part of an ecosystem, deserve special legal standing. See Christopher Stone, *Should Trees Have Standing? Toward Legal Rights for Natural Objects* 45 *S. Cal. L. Rev.* 450 (1972).

way that animals do. As a result, they do not trigger the bridge of compassion that exists with animals with whom we have the shared experience of pain. Humans certainly do own them, use them, possess them, create new ones and kill them on a regular basis, both intentionally and unintentionally. But the world is complex enough when just dealing with animals and resources are limited in both the political world and legal world. Most humans have just not given sufficient thought to plants to propose general legal principles beyond that of protection of plants as endangered species.⁶⁶ However, some initial thoughts about plants and human ethical duties have been pursued by a Swiss Committee.⁶⁷

Even if we limit our consideration to animals, some additional limitations will be necessary. While most insects, worms and other small animals are not the property of humans and therefore not part of this discussion, some humans choose to possess the most amazing array of animals. To keep the discussion focused upon those that have the most complex needs and for whom we can do the most, a further limitation will be useful. Many states initially defined protected animals with the full sweep of the biological definition of the word “animal”,⁶⁸ but the application of the definition, as reflected in the cases filed at the time, was mostly limited to mammals. More recently, as violations of these laws has become felony violations; the legal definition of animal has been redrawn at the line of

66. This protection seems to arise more out of concern for saving the diversity of the ecosystem than ethical concern for the plants themselves. Under the U.S. Endangered Species Act, plants which are found to be either endangered or threatened receive protection from human destruction. 16 U.S.C.A. § 1538(a) (West, Westlaw current through P.L. 111-4 approved Feb. 11, 2009).

67. Consider the following:

In April of 2008, the Swiss Confederation convened the Federal Ethics Committee on Non-Human Biotechnology (ECNH) to ponder the issue of plants' rights. Philosophers, geneticists, lawyers and theologians came together to contemplate the "moral consideration of plants for their own sake." In citing the commonalities of plants and animals at the molecular and cellular levels, those assembled determined that plants have inherent worth and their own interests, thus, deserve protection. The Committee ruled that plants, like other living organisms, should be considered as part of the "moral community," as they are living beings able to experience good and bad effects on their survival. Some panelists expressed the belief that plants actually have feelings. The philosophy of plant life devised by participants was published in a report entitled, "The Dignity of Living Beings With Regard to Plants: Moral Consideration of Plants for Their Own Sake."

Janet Levy, *People for the Ethical Treatment of Plants and Rivers*, AM. THINKER, Dec. 8, 2008, http://www.americanthinker.com/2008/12/people_for_the_ethical_treatme.html. For the Committee's Report, see FEDERAL ETHICS COMMITTEE ON NON-HUMAN BIOTECHNOLOGY (ECNH), THE DIGNITY OF LIVING BEINGS WITH REGARD TO PLANTS (2008), available at <http://www.ekah.admin.ch/fileadmin/ekah-dateien/dokumentation/publikationen/e-Broschure-Wurde-Pflanze-2008.pdf>.

68. For example: "[E]very dumb creature," CAL. PENAL CODE § 599b (West 2009), added to the code in 1905; "Any living creature," MISS. CODE ANN. § 97-41-1 (1930), *invalidated by* Davis v. State, 806 So.2d 1098 (Miss. 2001), a 1930 code based on N.Y.'s 1867 law; and "[E]very living creature except members of the human race," MINN. STAT. § 343.20(2) (2009), added pre-1900.

vertebrate animals.⁶⁹ Likewise, the following discussion of a new property status will be extended only to vertebrate animals. Non-vertebrate animals, who are the property of humans, will be governed by the traditional rules of property. Again, in the future this line could be redrawn. As science provides more information, the legislatures will have to adopt new provisions. This is not to suggest that invertebrate animals are not worthy of ethical concern, as they do have individual interests, even if they might sit more lightly on the scale of our moral concerns.

3. Individualism

Our legal system may grant rights or restrict benefits to large groups of individuals, but our primary legal dispute mechanisms presumes that individuals will step forward before agencies or courts. These individuals have names that provide identification. The world of nonhuman animals contains some animals that have been given names and therefore can be uniquely identified, but many, if not most, are nameless property. For example, the pet dog may be Rough Smith, but the ten leghorn chickens in the backyard are nameless and indeed almost impossible to uniquely identify with the human eye.

For an animal to have a human designated name suggests a level of human concern, recognition and interaction which separates them from the unnamed living property. These animals may be easier to consider within the legal system (politically and practically). Categories of named property, i.e. pets, may receive some legal rights before other categories, i.e. lab animals. Remember, progress will be piecemeal.

As a brief aside, the naming of individual animals who are not human property may be an effective mechanism by which specific animals could be granted access to legal personhood.⁷⁰ Tigers in India are being given identification cards.⁷¹ The chimpanzees named by Jane Goodall⁷² or the named, identifiable mountain

69. See, e.g., VA. CODE ANN. §3.2-6500 (West, Westlaw current through end of 2008 Sp. Sess. II & 2009 Reg. Sess. cc. 2 & 3) (“[A]ny nonhuman vertebrate species except fish”; substantial revisions of cruelty laws in 1990’s); See also MICH. COMP. LAWS ANN. § 750.50(1)(b) (West., Westlaw current through P.A. 2008) (“Vertebrates other than a human being”).

70. For an insightful discussion of the consequence of seeing animals as individuals, see Joseph Vining, *The Mystery of the Individual in Modern Law*, 52 VILL. L. REV. 1 (2007).

71. In January of 2008 it was announced that the Tigers of India would be given individual identification cards. See Apinya Wipatayotin, *Tigers get own ID cards*, BANGKOK POST, Jan. 16, 2009, available at <http://www.bangkokpost.com/news/local/9807/tigers-get-own-id-cards>.

72. Jane Goodall, *The Chimpanzees of Gombe: Patterns of Behavior* (1986).

gorillas' of Rwanda have the individuality that humans are comfortable with and could be acknowledged within a legal system.⁷³

The remaining difficulty is how to identify potential plaintiff animals that are nameless. Dispute resolution and assertion of legal rights are often heavily fact dependent and therefore dispute resolution should be limited in the legal world to where the facts for groups of living property are first discoverable, and second, approximately the same in a given fact pattern. This can be accomplished by group identification. For example, the pigs on Jones Farm or the bison on the Flying K Ranch may be considered a group for the protection of the law and allow the assertion of legal rights on behalf of these living property. This presumes that the nature of the right asserted and the remedy sought does not require consideration of specific individuals.⁷⁴

In summary, the term “living property” shall refer to vertebrate animals who are property and shall be identified by either specific name or by group reference.

B. What are Animal Interests?

1. Identification of Interests

The creation of this new category of property is based upon the reality that these beings, like human beings, have individual interests worthy of our consideration, both within the world of personal morals and ethics, and the world of law. It is therefore important to consider in more detail just what is contemplated by the concept of “interests”.

As a starting point, some of the behaviors that most, but not necessarily all, animals engage in and that demonstrate the scope of their interests includes:

- fighting for continued life
- finding and consuming food daily
- socialization with others (usually of same species)

73. There are 18 family groups of mountain gorillas that have been studied to the point that they are readily identifiable by their “noseprints” as opposed to the human fingerprint. The International Gorilla Conservation Programme has information pertaining to these gorillas, as well as family albums showing the pictures of 7 readily identifiable mountain gorilla families of Rwanda. The pictures show each gorilla along with its name. See International Gorilla Conservation Programme, Mountain gorillas, http://www.igcp.org/gorillas/gorillas_mountain.htm (last visited Mar. 2, 2009).

74. This analysis parallels that done for organizational standing. For a general discussion of human standing in the traditional animal law context, see *David S. Favre, Animal Law: WELFARE, INTERESTS, AND RIGHTS* ch. 9 (2008).

- mating
- caring for young
- sleeping habits
- accessing sunlight (or not)
- exercising their inherent mental capacities
- moving about in their physical environment

As noted previously Roscoe Pound starts his five volume analysis of jurisprudence with the proposition that human interests exist and that the resolution of conflicting or competing interests is a primary function of the legal system.⁷⁵ This article urges the same approach for the non-human animals. The concept of animal interests needs to be considered in relation to three fundamental questions. Do animals have interests? (Definitional.) Can humans be confident enough about understanding these interests to articulate them within the legal system? (Matter of science.) And finally, do they deserve to be acknowledged within the legal system? (Personal moral beliefs in a political system.)

That living property has interests is not a matter of philosophy or debate, it is a matter of fact that is derived from the existence and nature of the DNA⁷⁶ that creates each individual being on Earth (pardon this brief foray into the realm of science). Inherent in the nature of the DNA molecule is the fact that it self-replicates. The DNA that is found in living beings are special groups of self-replicating molecules that have evolved increasingly complex packages that help assure the replication of the next generation of DNA molecules.⁷⁷ The package protects the DNA from environmental harm, seeks out optimal conditions for creating the next generation and may actually shelter and support the next generation of DNA until they have the best chance to survive on their own. Some packages learned to breathe

75. See Pound, *supra* note 8, at 17 (“Conflicts or competition between interests arise because of the competition of individuals with each other, the competition of groups or associations or societies of men with each other, and the competition of individuals with such groups or associations or societies in the endeavor to satisfy human claims and wants and desires.”).

76. For this article, the consequences of DNA are the start point of analysis. Where DNA came from or how it evolved is not necessary to discuss. A discussion of the nature of DNA is fundamental to any course on biology, and therefore part of many text books. See C.R. Calladine & Horace R. Drew, *Understanding DNA: The Molecule & How it Works* (1992); Karl Drlica, *Understanding DNA and Gene Cloning: A Guide for the Curious* (4th ed. 2004).

77. See RICHARD DAWKINS, *THE SELFISH GENE* (1976).

We are survival machine, but ‘we’ does not mean just people. It embraces all animals, plants, bacteria, and viruses.... We are all survival machines for the same kind of replicator –molecules called DNA- but there are many different ways of making a living in the world, and the replicators have built a vast range of machines to exploit them.

Id. at 23.

oxygen, others to run toward or away from others. Some can see the world with color, others smell the world around them. Many DNA packages have developed the capacity to feel pain and some have a capacity for self-awareness or consciousness. These specific packages of DNA, which we see as the animals around us, have evolved over the millions of years under the rules of natural selection. Rocks and cars have no DNA, do not have a capacity to self-replicate and therefore have no interests deserving our attention.

DNA beings desire to live, will fight to live, and will kill other DNA beings in order to live. To say that a living being has interests is to simply acknowledge that each individual has been endowed by their DNA with a package of skills and capabilities which may be expected to be exercised by the individual in pursuing his or her life. A primary interest of a bat is that it be in darkness during the day, while the turtle will seek out the sun to raise his body temperature and become fully functional. Having evolved within the family of mammals, it is easy to see how some of our primary interests or skills are shared with other mammals. For example, the desire of a mother to care for her young is shared with most mammals, be they sheep, whales or rabbits.

The list set out above is of course just suggestive of what is important to beings. To the extent that we are comfortable in describing and protecting the interests of humans then we should also be comfortable in understanding at least the basic interests of mammals and perhaps other animals. Our scientific knowledge of other beings seems to grow exponentially each decade. It is not critical to know all the interests of all animals before we proceed to acknowledge the critical interests of some of the animals.⁷⁸ Change in the legal system is inherently incremental, in part because information comes to us incrementally. As suggested above, our

78. For example, there has been a tentative recognition of the interests of our genetic cousins, the chimpanzee, in continued life.

In 2000 Congress passed the Chimpanzee Health Improvement, Maintenance, and Protection Act. 42 U.S.C. 287a -3a. The issue before Congress was what should be done for or with the thousand plus long living chimpanzees that have been part of the U.S. federal research system for many years but are no longer needed or wanted for research. A special committee of the National Research Council looked into the issue and found that continued lab housing for chimpanzees to be expensive, particularly when the animal was no longer actively part of research. The financially cheapest alternative would be to euthanize the unneeded animals. However, this option was rejected by the Committee, and ultimately by Congress as well. The option suggested by the Research Committee and adopted by Congress was the creation of retirement sanctuaries that would be operated, and partly supported by, Congress and non-profit private organizations. David S. Favre, *Judicial Recognition of the Interests of Animals-A New Tort*, 2005 *Mich. St. L. Rev.* 333, 348 (2005). See also CHIMPANZEE HEALTH IMPROVEMENT, MAINTENANCE AND PROTECTION ACT, S. REP. NO. 106-494, at 3 (2000) (“The CHIMP Act is designed to provide a cost-effective and humane solution to the problem of surplus chimpanzees in research.”). As of the beginning of 2009 while over 1100 chimps remain in research facilities, over 100 are retired at Chimp Haven. See Chimp Haven: Our History, <http://www.chimphaven.org/about-history.cfm> (last visited Feb. 13, 2008).

society has indeed already started down that path; it is now time to acknowledge the reality and to deal with the issues in a more systemic way.

There is one interest which others suggest is a paramount interest of animals which is not on the list above – that of personal liberty of movement. Assuming that liberty for animals is defined as the ability to self-direct individual movement without the restraint of humans or their fences, then clearly this is not possible in the world of living property, where possession is critical and restraint is presumed.⁷⁹ Nor would it be proper to consider children to have a right of liberty. However, it can be suggested that wildlife do possess a right of personal liberty so long as they can exist in their natural habitat.

The personal observations of this author suggests that while providing a livable space is important to an animal, full liberty of movement is not. Consider sheep. The author of this article has had the privilege of helping raise Icelandic sheep for over five years. The sheep like to be with other sheep, they like to wander to look for food. Without fences they would undoubtedly go off our land to see what is in the next field. But if they do so then I cannot protect them from the risk of the broader world and I cannot protect the rest of the world from the risk of a 220 pound ram. After a number of years of observation I believe that the vast majority of their interests can be fully realized within our fences and that their inability to wander at will is fully offset by the protection they receive from negative consequences to themselves and others arising out of unrestrained movement. This does not mean that it would be appropriate to keep them in a 5 x 5 pen in the barn, as this would frustrate most of their other interests, their quality of life.⁸⁰

2. Which Interests

Having established that animals have interests and that animal interests can and have previously been acknowledged in the legal system, then a remaining

79. This discussion distinguishes the need of living beings for living space from the concept of liberty for the individual. Requirements of personal liberty are not part of the realm of living property. One path to animal rights suggested by others would be a legal action based upon habeas corpus. Thus, a zoo or research laboratory might be sued in the name of possessed chimpanzee to free her from a place as a legal person with freedom of personal liberty. Under the principles of this article the chimpanzee could not complain about the fact of ownership and therefore possession, but could well complain that her interests in appropriate living conditions (space) have been violated.

80. Likewise, to give the author's dogs, 100 pound Great Pyrenees, total personal liberty would put the dogs at risk, cars at risk and others at risk. Again, it is a judgment matter as the benefit of their total freedom does not seem to be as important as the protections of restrains for the realization of other interests, such as a freedom from pain and suffering. Cats of course are another matter. Cats often have full liberty, but the negative risk of liberty to them and to others is much less than with the dogs or sheep. Other cat owners weigh the balance of protection versus freedom differently. Perhaps the risk of harm to other small animals, mice and birds weights heavy in the balance, restricting the cat's liberty.

question is which interests ought to be protected within the legal system.⁸¹ The quick answer to the question of which interests is: those interests that can garner sufficient political support for the passage of new laws. The likelihood is that different species will have different sets of interests acknowledged within the legal system. Again, this will be the result of the political reality of incremental legal change.⁸²

As with humans, not all animal interests will deserve the attention of the legal system.⁸³ For example, humans have an interest in receiving correct, true information. Therefore it is generally considered a wrong to make a false statement to another human (false statements to pets may not fall under this proposition). While all mothers have an interest in not being lied to by their children, it is not illegal to lie to your mother. Imagine the clogging of the courts if such was the law and imagine the difficulty of determining just what the truth might be. How could the damages flowing from the false statement to your mother be calculated, what remedies could be provided? However, when it comes to lying in a context of providing information the government needs, then laws have been adopted. It is illegal to lie on your tax return, and it is perjury to lie in a court proceeding. Thus, as it is that not all human interests are within the legal system, so it will be with animal interests. Dogs may have an interest in getting treats every day, but that does not seem fundamental to a dog's well-being and therefore will not rise to the level of a legal right.

As an example of how new information creates a political reweighing of conflicting interests consider the issue of smoking cigarettes. Some humans have a high interest in smoking cigarettes, other have a high interest in not being subjected to inhaling cigarette smoke. Initially, the freedom of individual action outweighed the complaints about breathing the smoke of others. This conflict was brought into the legal system only after there were scientific facts that suggested

-
81. In the first part of the CRIBBET & JOHNSON hornbook on property law they start with an animal reference. They begin by acknowledging that a dog has a possessory interest in certain personal property, such a bone, which other animals and even humans must give a certain amount of respect. But, as they point out, the protection of the bone by brute force and cunning does not rise to a property right; that is, the law does not at the moment acknowledge the dog's interest in possessing the bone. See *John E. Cribbet & Corwin W. Johnson, Principles of the Law of Property* 4 (3d ed. 1989). But there is no conceptual reason it could not.
82. Contrast the retirement system contemplated by federal law for chimpanzee, *supra* note __, with the status of rats or mice also used in experiments. Not only do the rats not have a retirement system, but they are specifically excluded from the protection of the Animal Welfare Act. 7 U.S.C.A. § 2132(g) (West, Westlaw current through P.L. 111-4 approved Feb. 11, 2009).
83. For an example of the parallel nature of human interest and that of a human's pet and how they could result in parallel legal rights in the world of torts, see Favre, *supra* note 79, at 333.

the harm of cigarette smoke to others.⁸⁴ Increasingly over time legislatures have given more weight to those seeking to remain free from the risk than to the freedom of individuals to engage in risky conduct.⁸⁵ The law has imposed bans on smoking in many places.⁸⁶ However, the law has not made it illegal in an individual's home, as a greater public policy of non interference in a person's residence has trumping power for this issue, for the time being.⁸⁷

Choosing which animal interests the legal system should deal with is a judgment call.⁸⁸ The same matrix of questions has to be asked. Do we understand the interests in question (science information)? Is the interest in conflict with the interests of humans or the government? Can the legal system provide a useful remedy with the resources available? Do other public policies trump the animal's interests? As almost no human interest is absolute, neither shall any animal interests be absolute. The critical interest of dogs and cats to reproduce themselves has been significantly interfered with by laws mandating their sterilization because of the public policy concerns about pet over population. On the other hand, a fair argument can be made that complex animals such as chimpanzees who spend decades of their lives in single cages in laboratories are experiencing such a significant interference with any quality of life, that those conditions can not be justified by any possible benefit to humans and therefore should be illegal.⁸⁹

Allowing that some animal interests will be asserted within the legal system, it is now time to consider the outline of what this might mean within the world of property law.

V. INITIAL SCOPE FOR THE RULES OF LIVING PROPERTY

The basic principles of property law will be modified in three basic categories in order to provide legal protection for the interests of living property. First,

84. See Amanda Bosky, Comment, *Ashes To Ashes: Secondhand Smoke Meets A Timely Death In Illinois*, 39 *Loy. U. Chi. L.J.* 847, 851 (2008) ("The main reason for the sharp downward turn in the prevalence of smoking is simple—knowledge."). See generally Robert Kagan & David Vogel, *The Politics of Smoking Regulation: Canada, France, the United States*, in *SMOKING POLICY: LAW, POLICY, AND CULTURE* 22-48 (Robert Rabin & Stephen Sugarman eds., 1993).

85. Bosky, *supra* note 85, at 851-65.

86. See time line of events in *REGULATING TOBACCO* 17-19 (Robert Rabin & Stephen Sugarman eds., 2001).

87. New information pushes the legal and public policy debate forward. A 2009 report wants to suggest a new level of concern for smoking issues. See Roni Caryn Rabin, *A New Cigarette Hazard: 'Third-Hand Smoke'* *N.Y. Times*, Jan. 2, 2009, available at http://www.nytimes.com/2009/01/03/health/research/03smoke.html?_r=1&em.

88. For some discussion of quality of life for animals, see generally *Temple Grandin & Catherine Johnson, Animals Make Us Human: Creating the Best Life for Animals* (2009).

89. See David Favre, *Laboratory Animal Act: A Legislative Proposal*, 3 *Pace Envtl. L. Rev.* 123 (1986).

the rights of owners will have to be limited to some degree to accommodate some of the interests that their property asserts against them. One area of impact in particular will be the ability of owners to realize economic value from their animals. What you can do with lumps of coal will be different from what you can do with animals. Second, humans who are not animal owners will have new duties toward living property that they do not have toward non-living property. As juristic persons, remedies for tort wrongs inflicted upon animals will be able to run to the benefit of the harmed animal. Finally, the living property will hold certain rights themselves.

There is no mathematical formula for deciding these questions. It is inherently a balancing of the interests of the animals with that of the humans. And given how intertwined the lives and products of animals are with humans this is not an easy or abstract task. This balancing can and will occur at a number of locations within our legal system including: the legislature, administrative agencies, and the courts. Deciding how much weight to give to an interest is a social and therefore political judgment. What can be expected is that the weight given to animal interests has been and will continue to increase.

A. Rights of Human Owners

1. Original Title

Animals enter the property system in two primary ways. First, they are removed from the wild by humans who kill or capture them.⁹⁰ Second, they are born to mothers who are already within the property system. Under the traditional common law rule title to a wild animal is secured by obtaining possession of the animal.⁹¹ The other traditional rule for animals is that ownership of a new born will follow the ownership of the mother.⁹² The creation of a living property category does not require a change in these rules as the public policies supporting the rules are still relevant. They represent simple, enforceable rules that do not normally require a court's intervention.

90. It will be possible in the future to amend the rules of property so that certain categories of animals, such as primates and whales, are simply not available for capture, for becoming property. At the moment the taking of some animals from the wild is limited under endangered species act protections. To go another step further, primates and whales in their natural habitat could be declared legally incapable of becoming property by capture or killing, regardless of their endangered species status. Human laws can decide to exclude species from the realm of property law.

91. The rule of *Pierson v. Post*, 3 Cai. 175 (N.Y. Sup. Ct. 1805), shall remain as a base point of analysis. Chasing the fox is not enough certainly, dominion and control of the fox is the trigger awarding title to the fox or other wild animals. *Favre & Borchelt*, *supra* note 16, at 26-27.

92. *Favre & Borchelt*, *supra* note 16, at 25-26.

In addition to the time honored, natural way of bi-sexual reproduction, today humans are able to manipulate DNA in an assortment of ways. First, there is the process of cloning which allows for non-sexual reproduction, by using just one set of DNA to create the next generation.⁹³ Ownership of these off-springs will be in those humans who own the source of the DNA, unless modified by contract. The second major category is that of transgenic creation.⁹⁴ In this case DNA from different sources or perhaps DNA sequences created by humans in a lab are joined together to create beings that did not exist before. Ownership of these beings will be awarded to the creator of the being. Assuming this new being is capable of bi-sexual reproduction, the traditional rule of ownership following the mother will govern subsequent generations of the new being.

2. *Transfer of Title*

Assuming an animal is property, then a key property right for the owner is the ability to transfer title to another. Under this topic are issues such as: how should title be transferred and are there any limits on who can hold the title of an animal? One underlying factor in the rules of property is that ownership rules often reflect the social desire for economic efficiency so that owners of property may best realize the economic value of their property. With the creation of the category of living property, non-economic values will play a more dominant role; in some circumstances this will make economic efficiency less dominant in the rule making.

The primary methods of voluntary transfer of title for personal property are by sale, gift, or inheritance. Involuntary transfers of title include foreclosure on a lien, court order and the government exercise of eminent domain. As a general rule these methods will remain in place. To the extent that animal ownership is based upon the owner's desire to realize economic value, then the right to sell (and the right to buy) is a most important legal right, be it a racehorse or a chicken. To the

93. For a discussion of some of the policy concerns that arise with cloning, see Adrienne N. Calhoun Cash, *Invasion of the Clones: Animal Cloning and the Potential Implications on the Future of Human Cloning and Cloning Legislation in the United State, the United Kingdom and Internationally*, 82 *U. Det. Mercy L. Rev.* 349 (2005). In the expensive world of cloning your pet dog (\$150,000+ at one lab), it is a commercial enterprise where ownership of the new dog belongs to the person who provides the old dog's DNA and pays for the procedure. See Eric Konigsberg, *Beloved Pets Everlasting?*, *N.Y. Times*, Jan. 1, 2009, at D1, available at <http://www.nytimes.com/2009/01/01/garden/01clones.html?pagewanted=1&em>

94. The GloFish may well have been the first commercial product of transgenic engineering. See GloFish Fluorescent Fish FAQ, <http://www.glofish.com/faq.asp> (last visited Mar. 2, 2009). See generally Andrew B. Perzigian, *Genetic Engineering and Animal Rights: The Legal Terrain and Ethical Underpinnings Animal Legal and Historical Center*, 2005, <http://www.animallaw.info/articles/ddusgeneticengin.htm#IIA>.

extent that society wishes to give emphasis to other values that animals represent to society and individuals, then the right to sell might be limited. For example, a law could be passed which precludes the sale of cats.⁹⁵ Ownership transfer could be limited to gift, inheritance and adoption, (defined as a not-for-profit transfer of an animal with the individual or group facilitating the adoption seeking a good placement for the animal). This would eliminate the profit motive as a reason to keep cats and lessen the possibilities of the creation of economic breeding in adverse conditions (kitten mills). A number of organizations presently carry out the process of animal adoption. However, there are few laws in place to standardize this process by defining who is qualified to do so, or what is the property status of an adopted animal post adoption. These are important issues for future articles.

Another possibility of change could occur for high dollar value animals. If a racehorse or a show dog sells for a five figure amount, the animal should get some credit for his own high market value. The law could provide that for animal sales of over \$10,000 per animal, that 10% of the sales price be set aside in trust for the animal's well being.

Remembering that the primary general public policy consideration for living property is that the interests of the animal should be taken into account, it will be appropriate to consider the reality that not all humans or corporations are appropriate owners. Some do not have the interests or ability to take care of their property, which is an obligation for any owner of living property. One possibility for the legal system would be to consider giving the state or designated organizations the right to challenge a transfer of title when it is not in the best interest of the animal being transferred. For example if a person dies and leaves six horses to an unemployed 22 year-old, with no resources to care for the horses, then, unless that person willingly transfers the horses to another person, capable of providing care, the law should force divestment of title. The horses should not have to wait until they are in health distress before the issue of ownership is addressed.

Another possible limitation that the law could adopt would preclude corporations from owning animals. There is an argument that when an animal, particularly a commercial farm animal, is owned by an individual or a human family, then there is the best opportunity for the care of the animal. But, the millionth pig owned by a global corporation is of no particular concern to the corporation. The need of humans for food, a corporation's need for profit, and the needs of 1,000,000 pigs

95. The U.S. Congress in 2008 almost finished the passage of a law that would have outlawed the sale of chimpanzee. See H.R. REP. NO. 110-2964 (2008). See also Joshua Rhett Miller, *Chimpanzee Attack Revives Calls for Federal Primate Law*, FOX NEWS, Feb. 18, 2009, <http://www.foxnews.com/story/0,2933,495787,00.html>.

for quality life may not be capable of being balanced out.⁹⁶ One possible approach would be to limit the number of animals that any artificial person could own.

3. Use of Property

Inherent in the proposition of keeping animals as living property is the consequence that their owners will use them. The use may be relatively benign, as with a companion cat who shares an apartment with the human owner; or perhaps the sheep who is required to give up her wool every year. Then there are the horses who are required to carry their owners in return for bed and board. Less benign uses are faced by the mice who spend their short lives in laboratory cages or the chickens who give up their lives for human food or the dog that is used in dog fighting ventures.

Many advocates of legal rights for animals seek to eliminate any use of animals by humans. They believe that no chicken should be used for food, no mice in the lab, no horse in a corral and perhaps not even a cat in an apartment.⁹⁷ While an individual may have a personal philosophy about the use of animals, and conform their lives in accordance with that philosophy, the non-use of animals is not now the social perspective that informs our legal system. An alternative to the ban on the use animals by humans might be that only specifically, legislatively allowed uses of animals would be permitted. But the number and complexities of human uses of animals is so large that this is impractical. The world we find ourselves in requires us to work the other way. Human use of animals is presumed acceptable until and unless it has been forbidden by the law. This is how the law has developed in our common law system for the past almost 1000 years and there is no real likelihood of changing this approach in the near term.

96. While legislatures seem unwilling to balance the corporate interest of profit and pig welfare by the adoption of protective legislation, more recently the adoption of law by voter referendum has shifted the law toward the welfare of the pigs. In the Fall of 2008 the California voters adopted Prop 2 which outlawed the keeping of chicken, veal calves and pigs in small confinement areas, although the implementation date is put off until 2015. "With the adoption of Prop 2 Californians voted resoundingly to free about 20 million egg-laying hens of tiny cages." Carla Hall & Jerry Hirsch, *Prop. 2 unlikely to hike egg prices*, L.A. TIMES, Nov. 6, 2008, at C-1.

97. See Gary Francione, *Animals-Property or Persons?*, in ANIMAL RIGHTS: CURRENT DEBATES AND NEW DIRECTIONS 134 (Cass Sunstein & Martha Nussbaum eds., 2004). Professor Francione is one vocal member of the abolitionist perspective.

And if the treatment of animals as resources cannot be justified, then we should abolish the institutionalized exploitation of animals. We should care for domestic animals presently alive, but we should bring no more into existence.

Id. This debate is international in scope. See Heron Jose Santana Gordilho, *Animal Abolicionismo* (2008) (written in Portuguese and published in Brazil).

Ultimately, what is an acceptable use of an animal, of living property, is a political decision that balances any number of factors during the legislative process. As a result, prohibitions will arrive sporadically, by species, by fact situation. The majority of Americans have already decided, over the objection of many individual citizens, that dogs cannot be used for dog fighting ventures. No state seeks to control the conditions of dogs used in fighting or the fighting process itself, their use in fighting is entirely banned. This use is so disfavored that in many states to use a dog in this manner is a felony. Likewise, our society, but not others, has decided that killing dogs for the use of their fur is unacceptable.⁹⁸ But it apparently remains acceptable in the United States to raise and kill mink solely for their fur.

Society can decide that the use of primates in scientific research is not justified without reaching the question of whether the use of rats is justified. Like New Zealand and Spain, a law can be adopted that implements a ban on that use of primates in laboratories. Likewise, it is possible to judge that the keeping of primates as pets should not be allowed without a decision about the keeping of snakes.

Besides the issue of which use, there is the key point of which branch of government will be expected to adopt these new views, the legislature or the courts. As it is common law property concepts that are at issue, there is the possibility that court opinions, rather than legislative enactments will acknowledge these new legal rights for animals. The option of using the courts to create legal rights for animals is not to be discounted but will not be pursued in this article.⁹⁹

There is a second aspect to the issue of use. Even if the end use of an animal is permitted by the law, or rather, not prohibited by the law, society can still have objections to the conditions under which an animal is being kept for the use. This aspect is the focus of the traditional cruelty laws and has been part of the legal system since the New York laws of the 1860's. Thus the chicken and mouse may not be able to object to their end use, but may be able to object to their living

98. In 1999 Virginia adopted the following provision:

It is unlawful for any person to sell a garment containing the hide, fur, or pelt which he knows to be that of a domestic dog or cat. A violation of this section shall be punishable by a fine of not more than \$10,000. VA. CODE ANN. § 3.2-6589 (West, Westlaw current through end of 2008 Sp. Sess. II & 2009 Reg. Sess. cc. 2 & 3). This is also the federal law. See 19 U.S.C.A. § 1308 (West, Westlaw current through P.L. 111-4 approved Feb. 11, 2009).

99. See Steve M. Wise, *Rattling the Cage: Toward Legal Rights for Animals* (2002). In Brazil one case sought to establish legal rights for animals by filing a *habeas corpus* action for a chimpanzee, but unfortunately the chimpanzee died before a decision could be rendered. See *In re Suica*, Correio da Bahia, No. 833085-3/2005, Sept. 28, 2005, (Brazil) available at <http://www.animallaw.info/nonus/cases/cabrsuicaeng2005.htm>.

conditions. Again, it is up to the legislature to provide the definitions of what conditions may or may not be acceptable to society.

The present anti-cruelty laws are but a first step in this process of defining acceptable use. As such they are a guide to the present day social perspective about acceptable living conditions for animals, but these laws are still limited in nature and subject to extensive exemptions. The exemptions in particular need to be reexamined. It is no longer clear why agricultural corporations or zoos should be exempt from laws that prohibit general cruelty against animals or the duty to provide care.¹⁰⁰ It is time to face up to the living conditions endured by industrial agricultural animals and decide as a society not what is most profitable for corporations, but what are acceptable living conditions for animals that will become human food.¹⁰¹ This article cannot seek to answer that complex question but will suggest that under the concept of living property, commercial ownership of animals will be allowed only when the interests of the animals are given considerably more weight than is presently the case in industrial agriculture.¹⁰²

B. Duties of Owners

A key characteristic that distinguishes living property from other forms of property is that there can be a legal duty toward living property that will be enforced by courts. While some duties of non-interference will be imposed upon non-owners, this is more in the realm of tort law, not to be considered in this article. In the world of property law the duty toward the animal by the owner is of both a positive and negative nature. As already suggested by some of the comprehensive state anti-cruelty laws, it is both a duty of not imposing harm as well as a duty of providing care.

While many of the existing laws focus upon the physical well being of the animals, there is a lack of legal focus on the mental well-being of animals. The primary exception to this statement is the poorly implemented requirement of the federal Animal Welfare Act that institutions holding primates must provide living conditions that promote the primate's mental well-being. This issue needs to be considered in the context of both specific places and species. For example, animals

100. MICH. COMP LAWS § 750.50(11)(d), (f) (2008).

101. California in 2008 made a judgment by ballot initiative when Proposition 2 was passed. The provision outlaws common industrial confinement practices involving pig, chickens and veal. *See, supra* note 97.

102. For a discussion on the difficulties of animal welfare laws being effective, see Mariann Sullivan & David Wolfson, *The Regulation of Common Farm Practices*, in ANIMAL LAW AND THE COURTS: A READER 78-131 (Taimie L. Bryant, Rebecca Huss & David Cassuto eds., 2008).

confined in zoos usually have significant limits on the space available and a duty of mental enrichment should be required as compensation for the space limitation. In addition, specific species may have such complex minds that they should not be caged or caged only if the owners can provide sufficient mental stimulation. These are issues of science and judgment.

This article cannot propose the full extent of the owner's duty; rather, it seeks to establish that there is a duty, and that this duty is owed to the animal. The reader can envision more of the colors and contours of this new paradigm if a duty toward an animal is viewed in the light of the legal duty of parents to their child. This is particularly easy when the animal is a pet, as many pets are treated as a child in a family. Good parents understand and provide for the needs of the child, even though the child does not assert these needs or may even assert needs that are in fact counter to their long term best interests. (For example, the child wants unlimited computer time and the dog wants unlimited treats and both want to play in the street.) The judgment of the parents has to be accepted as presumptively lawful, but there are limits after which the government will seek to intervene to protect the interests of the child (red card legal rights). So might the government, or private individuals authorized by the state, be allowed to intervene to protect the interests of animals (red and blue cards).

It might be noted that there is not a heading in this paper about the duties of the animals toward humans. This arises, in part, out of a practical perspective that animals may have difficulty in understanding human interests. Just as the law imposes no duty upon human infants who do not yet understand external obligations or choices of action, it would also be inappropriate to require actions of animals that they cannot understand. One clear exception to the general statement arises in the case of dangerous dogs. Under many dangerous dog laws, after some semblance of due process, dogs can and are sentenced to death for violations of the statute obligations imposed upon them to not harm humans.¹⁰³

C. Rights of Animals

At a primary level, this article asserts the legal principle that living property has the capacity to hold legal rights. As will be discussed below, two primary consequences flow from this capacity. First, to some degree their interests have to be part of the legal consideration of any conflict of which they are a part. Second, remedies for breaches of rights have to flow directly to those who were

103. For dangerous dog law discussion, see generally *Favre, supra note 75, at 180-93*.

harmed.¹⁰⁴ As many of the most important potential legal rights for animals will deal with living conditions, the availability of injunctive relief to prohibit certain conditions and the right to have ownership transferred will be more important to their rights than money awards, but financial awards may well be appropriate in certain circumstances. This article does not suggest that there should be a magical point in time at which all animals (as defined above) will receive all the legal rights suggested below. Rather, this section suggests a broad frame of reference by which to understand and organize present and future legal rights. This article is like the picture on the front of the jigsaw puzzle box. Seeing the picture does not predict when, if ever, all the pieces inside will come together, but having the picture will aid in the process. Particular legal rights will arrive by the legislature or by court opinions, as pieces of the puzzle. The puzzle itself may remain unfinished for quite a while, but it is time to begin the assembly enterprise.

1. Standing

Standing for red card and blue card animal legal rights does not require a mention of the concept of standing as the government or private human will have to deal with the standing issue.¹⁰⁵ But if a preferred, green card, right is being asserted then the standing of the animal is an issue. While standing is often discussed as an independent procedural issue, in fact it is tied very closely to the existence of a legal right. If a statute was adopted which said: “any animal being held in conditions which violate the state anti-cruelty law may bring an action to contest his/her ownership and possession,” then inherent in the language is the granting of standing to any animal who seeks to exercise the legislatively created right. In a 2004 9th Cir. case, again dealing with whales, the court said as much:

It is obvious that an animal cannot function as a plaintiff in the same manner as a juridically competent human being. But we see no reason why Article III prevents Congress from authorizing a suit in the name of an animal, any more than it prevents suits brought in the name of artificial persons such as corporations,

104. Stephen I. Burr, *Toward Legal Rights for Animals*, 4 *Envtl. Aff.* 205 (1975).

The Nature of a Legal Right- In a society such as ours, where formal inter-human and human-governmental relationships are controlled by laws, the amount of protection one receives is a function of the legal rights one holds. Fundamentally, a legal right involves the assurance by society that when another person acts inconsistently with a right that you hold, an authoritative public body will give some amount of consideration to your protest.

Id.

105. For a discussion of standing in the environmental law context, see generally Andrew Long, *Standing & Consensus: Globalism in Massachusetts v. EPA*, 23 *J. Envtl. L. & Litig.* 73 (2008), and Roger W. Findley & Daniel A. Farber, *Environmental Law* 1-26 (7th ed. 2008).

partnerships or trusts, and even ships, or of juridically incompetent persons such as infants, juveniles, and mental incompetents.¹⁰⁶

Identifying the plaintiff might be more difficult in some animal law contexts.

Lawsuits normally require specific plaintiffs in part because of the need to develop a set of facts that will frame the legal issues of a case. For living property, there are two varieties of legal personalities that may be a plaintiff: the individual and the group. As discussed above, if the animal in question has a name then she has the capacity of individual legal personality, of having cases filed in his or her individual name. If an animal is unnamed he or she can only be part of a group personality, by geographic location or species or some combination of the two. Thus, the green card right suggested in the prior paragraph might be exercised by Thomas “the cat” Hopkins, or Hopkin’s Rabbits, or the Rabbits of 245 Elm Street. In all cases the plaintiffs will be specific animals around which a set of facts can be developed.

While states or the federal government could articulate the existence of “limited legal personality” for living property in a general procedural statute, it is not a prerequisite to standing. Any time a law acknowledges a preferred (green card) legal right for an animal or group of animals, inherent in doing so is the awarding of limited legal personality to exercise the legal right in their own name.

2. A Few Rights

Within this new property status animals have the right to:

1. Not be held for or put to prohibited uses.
2. Not to be harmed.
3. To be cared for.
4. To have living space.
5. To be properly owned.
6. To own property.
7. To enter into contracts.
8. To file tort claims.

106. *Cetacean Community v. Bush*, 386 F.3d 1169 (9th Cir. 2004). For a general discussion of human standing in the traditional animal law context, see *Favre*, *supra* note 75, at 326-29.

This list has been derived from the pondering of the author. It is not the definitive list for all time, but a starting list to initiate further discussion. A prior effort on behalf of agricultural animals resulted in a list referred to as the “five freedoms”.¹⁰⁷ While many of the concerns within those five freedoms are also found within the above list, the proposed list is not a derivation of that list and is meant to have much broader application.

An example of each of the above should help understand possible scope of each right.

1. *Not be held for or put to prohibited uses.* Prohibited uses will become a longer list as society becomes more protective of animal interests. An initial list might include: animals used against animals in blood sports, horsemeat for human consumption, great apes for research, pigeons for target practice, elephants in zoos or snakes as pets.

The list of prohibited uses can be developed by using the general principle that a use should not constitute a significant interference with the well-being of the animals involved. For example, a fair case can be made that the use of greyhound dogs at the race track is detrimental to almost all the dogs within the industry, without any significant advantage to humans.¹⁰⁸ The human interest in gambling can be satisfied hundreds of other ways; there is no need for thousands of dogs to suffer for the realization of that human interest. Therefore, legislative prohibitions on the racing of dogs could easily be adopted. On the other hand the keeping of dogs for breed shows might be judged as to not interfere with the significant interests of the dogs. But perhaps a full study of dogs in breed shows and all the dogs bred with the hope of entering breed shows should be done with an eye toward the overall quality of life for the broader set of dogs, not just the winners. Horse racing is harder to judge as a full enterprise. Clearly, some horses in the industry are treated very well, but the quality of life for all of the horses

107. The five freedoms are: Freedom from fear and distress, Freedom from hunger and thirst, Freedom from discomfort, Freedom from pain, injury and disease, and the Freedom to express normal behavior. For fuller discussion, see *Favre, supra* note 75, at 287-324. See generally, Farm Animal Welfare Council, <http://www.fawc.org.uk/freedoms.htm> (last visited Mar. 2, 2009).

108. See Michael Atkinson & Kevin Young, *Greyhound Racing and Sports-Related Violence*, in *BETWEEN THE SPECIES* 213, 214 (Arnold Arluke & Clinton Sanders eds., 2009).

Nearly 30,000 young greyhounds are killed in North America every year when they are no longer able to win or place. Approximately 5000 to 7000 farm puppies are culled annually and more simply “go missing” without being registered to an owner.
Id.

bred to be racers is not so clear. Additionally, there are risks of drugs and injuries which even successful horse must face.¹⁰⁹

Another possible measure of whether a particular use is acceptable is whether the animal has to be kept in a cage for the human to use the animal. If long term cage confinement is required, then perhaps the use should be prohibited. So confinement of animals in zoo's and research facilities should be examined in light of the degree to which the confinement interferes with the interests of the animal in the cage versus the benefits to be received by such confinement, in light of other research alternatives available.¹¹⁰

2. *Not to be harmed.* The right to not be harmed, to not experience pain and suffering, is the oldest and most obvious of legal rights for some animals. The original New York law made it a crime: "if any person shall . . . torture, torment, deprive of necessary sustenance, or unnecessarily or cruelly beat, or needlessly mutilate or kill."¹¹¹ Torture, by definition is unacceptable infliction of pain and suffering, also the use of poison is often a flat prohibition.¹¹² Notice that the prohibitions against pain, suffering and death are usually qualified by the terms such as unjustified or unnecessary. This means that the legislature has recognized that a balancing of the interests of the animals against the interests of the humans will have to be judged by the jury or judge to determine what is acceptable within their society.¹¹³

Sometimes a social consensus can become a political consensus and a specific act becomes illegal. Thus, some states prohibit the docking of tails and the cutting of ears, while it is a jury question in others.¹¹⁴ It will be better for the animals if more social consensus could be stated by the legislature in the form of prohibitions.

109. See Cynthia F. Hodges, *That's the Breaks: Trainer Responsibility for Racehorse Breakdowns in New York*, *Animal Legal and Historical Center*, 2008, <http://www.animallaw.info/articles/ddusracehorsetrainer.htm>.

110. First there must be a definition of a cage: an enclosure that significantly limits the mobility and life experience of an animal put into the confined space of the enclosure. The cage under the AWA for chimpanzee is 5 x 5 x 7 feet. See 9 C.F.R. § 3.80 (2009). This is very unacceptable for a primate, but ten mice could well live a full life within this space.

111. N.Y. REV. STAT. § 375.1 (1867).

112. See MICH. COMP. LAWS ANN. § 750.50b(2) (West, Westlaw current through P.A. 2008) ("who willfully and maliciously and without just cause or excuse administers poison to an animal, or exposes an animal to any poisonous substance.") But in the exemptions, the killing of rats and other pest is exempted. See *id.* § 750.50b(8)(c).

113. *People v. Voelker*, 658 N.Y.S.2d 180 (N.Y. Crim. Ct. Kings County 1997). The defendant was found guilty of charges stemming from a videotaped incident wherein defendant cut off the heads of three live conscious iguanas and allegedly cooked and consumed the animals. However the tape of the incident was broadcast by Manhattan Neighborhood Network in a show entitled "Sick and Wrong." While eating the iguanas might have been a justified reason for their death, making a tape for showing the public was not.

114. An example of the legislature drawing the line can be found in N.Y. AGRIC. & MKTS. LAW § 365 (McKinney, Westlaw current through L.2009, c. 2) states:

Going to a criminal jury trial is a significant hardship on one individual when the judgment about the appropriateness of the conduct, like docking a tail, will not be understood until the jury gives its verdict under terms as such as “unnecessary”.

In this category, it is not the creation of the right which is underdeveloped, but the human activities statutorily exempted from the general prohibitions that need to be addressed. To give blanket exemptions to zoos and agricultural activities does not seem appropriate. In theory a Michigan zoo keeper has no legal duty to provide care to his animals. This means that if an animal starved to death, no criminal charges could be filed. There is no public policy argument to justify this result. Another sweeping exemption is often given to agricultural animals.¹¹⁵

3. *To be cared for.* There are many state and some federal laws dealing with the issue of care. The providing of water and food is obvious, and was part of the New York 1867 law. Today’s duty of care laws can be much more expansive¹¹⁶ but society has not yet made a full consideration of the tradeoffs between care for animals, the financial costs of care to human owners, and the judgment of animal life with pain versus death.¹¹⁷ The law does not address the social needs of many animals. Herd animals like sheep and cows clearly prefer being with others of the same species and having even a friendly human owner is not a substitute for a companion of the same species; yet, requirements of companionship are not presently part of the law. At a broader level, we have not yet had a discussion about a duty to provide for the mental well-being of animals. For example, if an

1. Whoever clips or cuts off or causes or procures another to clip or cut off the whole or any part of an ear of any dog unless an anaesthetic shall have been given to the dog and the operation performed by a licensed veterinarian, is guilty of a misdemeanor.

Id.

In Indiana there is not a specific statute to deal with the issue and the state had to prosecute claiming a violation of the prohibition against ‘torture’. *Elisea v. State*, 777 N.E.2d 46 (Ind. Ct. App. 2002). The defendant was convicted of cruelty to animals and practicing veterinary medicine without a license after cropping several puppies’ ears with a pair of office scissors while under no anesthesia. The court held that the evidence supported conviction for cruelty under the definition of torture. *Also see* Amy L. Broughton, *Cropping and Docking: A Discussion of the Controversy and the Role of Law in Preventing Unnecessary Cosmetic Surgery on Dogs*, *Animal Legal and Historical Center*, 2003, <http://www.animallaw.info/articles/dduscroppingdocking.htm>.

115. “(7) This section does not prohibit the lawful killing of livestock or a customary animal husbandry or farming practice involving livestock.” MICH. COMP. LAWS ANN. § 750.50(b)(7) (West, Westlaw current through P.A. 2008). In most states there has never been a court case to determine the scope of the term “customary farming practices.”

116. *See* MICH. COMP. LAWS ANN §750.50(1)(a) (West, Westlaw current through P.A.2008) (“‘Adequate care’ means the provision of sufficient food, water, shelter, sanitary conditions, exercise, and veterinary medical attention in order to maintain an animal in a state of good health.”).

117. For a full discussion of some of the difficulties contained in this simple phrase, see David Favre, *The Duty of Owners to Provide Veterinary Medical Care to Animals*, in *ANIMAL LAW AND THE COURTS: A READER* 132-66 (Taimie L. Bryant, Rebecca Huss & David Cassuto eds., 2008).

infant animal has a supporting mother, for how long should the infant stay with the mother? The well-being of the infant animal, not profit maximization of the owner should be the dominant factor in such a decision.

4. *To have living space.* This right is very important to focus upon as it is the substitute for the human right of personal liberty. As property, animals will be within the possession and control of owners. As such, they cannot have the personal liberty that wild animals have. But, an owner has the duty to provide adequate space for any living property that is possessed. While some laws presently address the need for shelter as part of the duty to provide care criminal provisions, shelter is only part of the issue. While this can be tied to mental well-being, it deserves consideration by itself. If we are to respect and consider the interests of animals, the space provided for the exercise of their inherent capabilities is critical. For example, the Detroit Zoo moved their chimpanzees out of their prison cells sized rooms of the primate house, clearly unacceptable, to a four-acre exhibit which can be judged as acceptable.¹¹⁸ Now the chimpanzees have the opportunity for complex group interaction and can choose to be in private or public spaces.

As an extreme example, consider the 2003 case in which an individual was found to have a 425 pound Bengal-Siberian tiger, an alligator, another tiger with cubs, rabbits and a tarantula in his apartment. The owner said his “interest” was in trying to create a Garden of Eden. Authorities removed the animals, but the news article does not say under which law. Many states have outlawed the personal possession of animals such as tigers and lions believing¹¹⁹ that regardless of the interests, motivations, of individual humans, neither the animals nor human neighbors should assume the risk of such arrangements.

5. *To be properly owned.* While violation of the first four rights can be remedied without removing an animal from his or her owner, there is a point of adverse effects on an animal at which the capacity of the owner comes into question. While it is possible to conceive of removal of ownership simply as a remedy for a violation of the listed animal rights, acceptance of responsibility toward living property is so fundamental to this new paradigm as to require it be stated as a

118. Personal observation of Primate House by author before it was closed in 1982. But in 1989 a new exhibit opened at the zoo:

A new 4-acre, \$7.5 million facility that comes as close to a natural chimpanzee environment as possible given the constraints of an urban **zoo** in a northern latitude.

Tom Hundley, *Zoo Display Lets Chimpanzees Be Themselves*, *Chi. Trib.*, Dec. 13, 1989, at 5.

119. See Alan Feuer & Jason George, *Police Subdue a Tiger in Harlem Apartment*, *N.Y. Times*, Oct. 5, 2003, available at <http://www.nytimes.com/2003/10/05/nyregion/05MAUL.html?ex=1234328400&en=556301f1396bad66&ei=5070>.

stand-alone right. Any owned animal has the right to expect his or her owner to have the capability and willingness to provide the level of care and space which the particular animal needs.

This issue can arise in either civil law or criminal law context. While the law should continue to presume that humans can own animals, upon a showing of a particular human not being able to do so, the law should not hesitate to step in and transfer ownership away from the incapable to the capable and enjoin future ownership of animals. This will be done without compensation to the owner, with non-compensation being in effect a civil fine for failure to provide the necessary living conditions. An extreme fact pattern that raises this issue is seen in the cases of animal hoarding. The previously described NC case is but one example.¹²⁰

While new statutes might be adopted to more specifically define the duties of an owner, the existing anti-cruelty laws usually constitute a workable set of standards that could be used in a civil lawsuit. It will not be a defense for an owner that possession of an animal was given to another person, as the duty created by this right cannot be delegated. A red card version of this right already exists in Illinois which authorized the removal of animals from their owners for failure to prove the required care.¹²¹ The previously discussed N.C. law would support a removal action as either a red card or blue card. The Illinois statute does not require criminal charges to be filed prior to the state taking action. Many states at the moment allow removal of the animal from its owner only in conjunction with a criminal law proceeding.

120. *See supra* note and accompanying text. The North Carolina statute provides:

If the court finds by a preponderance of the evidence that even if a permanent injunction were issued there would exist a substantial risk that the animal would be subjected to further cruelty if returned to the possession of the defendant, the court may terminate the defendant's ownership and right of possession of the animal and transfer ownership and right of possession to the plaintiff or other appropriate successor owner. For good cause shown, the court may also enjoin the defendant from acquiring new animals for a specified period of time or limit the number of animals the defendant may own or possess during a specified period of time.

N.C. GEN. STAT. ANN. § 19A-4 (West, Westlaw current through end of 2008 Reg. Sess.).

121. *See* 510 ILL. COMP. STAT. ANN. 70/12 (West, Westlaw current through P.A. 95-1037 of 2008 Reg. Sess. & P.A. 96-001 of 2009 Reg. Sess.).

Impounding animals; notice of impoundment:

(a) When an approved humane investigator, a Department investigator or a veterinarian finds that a violation of this Act has rendered an animal in such a condition that no remedy or corrective action by the owner is possible, the Department must impound or order the impoundment of the animal. If the violator fails or refuses to take corrective action necessary for compliance with Section 11 of this Act, the Department may impound the animal Any expense incurred in the impoundment shall become a lien on the animals.

Id.

A specific context in which the issue of who is an appropriate owner of an animal is that of a divorce proceeding in which the husband and wife have a dispute as to who should have title and possession of the pet. In this case, prior ownership is not as important as is the right of the animal to have a caring owner. Thus, when a court makes a decision about a pet, the primary factor should be: what is in the best interest of the animal?¹²²

6. *To own property.* The legal rights discussed above deal with the life conditions and the well-being of the animal. Legal rights 6, 7 & 8 acknowledge the new legal personality that comes with being the new category of property, living property. To be living property is to have the legal capacity to own other property. The primary property contemplated is financial property, money and assets, but it could also include personal property, intellectual property and real property (as equitable owners¹²³). This right has already been acknowledged in the world of trust.¹²⁴ This concept of property owning property would not be extended to traditional personal property such as cars or tables.

One possible application of this idea arises when contemplating compensation to animals for their labors. An owner does not have to pay an animal for the lawful use of their animals, room and board and quality of life being compensation. But, any time that money comes to the owner because of the presence or efforts of the animal, then the animal should have an equitable interests in at least some portion of the money which he or she helped generate. Consider the racehorse that wins a \$100,000 prize. While the efforts of the owner and trainer clearly were important, without the efforts of the horse the money would not have been won. Our historical acceptance of the labor theory of property supports the proposition that some money be set aside for the benefit of the horse.

Another example of the application of the concept that animals can own property arises if property creation is considered. If humans can create new works of art that receive the protection of copyright laws, so should the original works of animals. Elephants and chimpanzees are capable of creating purposeful art. As the creative artist, they should have intellectual property rights just as humans might have.¹²⁵ Their owners may well be their agents for purposes of interacting with

122. See Lauren Magnotti, Note, *Pawing Open the Courthouse Door: Why Animals' Interests Should Matter When Courts Grant Standing*, 80 *St. John's L. Rev.* 455 (2006).

123. How an animal might be equitably self-owned is set out in David Favre, *Equitable Self-Ownership for Animals*, 50 *Duke L.J.* 473 (2000).

124. See *supra* notes 51-52 and accompanying text.

125. This possibility is given extensive consideration in a law review article entitled Dane E. Johnson, *Statute of Anne-imals: Should Copyright Protect Sentient Nonhuman Creators?* 15 *Animal L.* 15 (2008). The

the human world. But, as with children, the fact that animals do not understand the rules of copyright does not justify the owners being the sole beneficiary of creative work of their animals.

As an animal is not likely to understand the concepts of title and ownership, and may not make good decisions about the investment and use of their money or other property,¹²⁶ then it should be treated as money made by underaged human children. When a child earns or is awarded money over some level then adult humans, usually his or her parents, set aside the money to use for the benefit of the child. This may be a formal or informal trust. Likewise, an animal can have a formal or informal trust of which the animal is the beneficiary. This would make the animal the equitable owner of the property in the trust.¹²⁷

7. *To enter into contracts.* There are two general types of contracts that involve animals. The first is the transfer of the animal to another who will care for the animal. This will usually require the owner to pay the keeper (a bailment). For example, 1000 head of cattle might be owned by Smith but are transferred to the Flying J for 18 months at \$5 per head per month. The second type of contract is when the owner provides the animal for a service and the owner is paid by the contracting party for the service. This may or may not involve the transfer of possession. It can be a bear with a part in a movie or a horse who spends a few weeks on a ranch for breeding purposes. For the first type of contract, a primary concern is that the physical transfer to a new location does not violate any of the animal's rights.

In the second type of contract, while an animal does not have the capacity to enter into a contract independent of the owner of the animal, any animal that is the subject of a contract has an equitable interest in the contract, taking something of the role of a third party beneficiary or equitable interests in the contract. The presumption is that the owner will have the interests of the animal in balance anytime the owner enters into a contract for the transfer or services of the animal. If a contract on its face violates any of the legal rights of the animal that is the subject of the contract, the contract is void on its face as contrary to public policy. Additionally, a void contract constitutes prima facie evidence of the unfitness of the owners who entered into the contract.

author proposes "an equitable title concept of copyright ownership shared between animals and the human organizations to which they may be connected." *Id.* at 18.

126. But then again the same could be said about any number of adult humans.

127. For a detailed consideration of how the concept of equitable ownership can be considered for animals, see Favre, *supra* note 79.

If an animal is a part of the contract as in the second fact pattern then some of the benefits of the contract should run to the animal's benefit. If possession of a panda is being transferred by contract for a summer exhibit at a zoo, and the owner of the panda is to receive \$100,000 for the transfer and temporary possession (bailment) by a zoo, then the panda should be considered a party to the contract. The zoo would have to provide for all the rights of the panda. Presumably the panda will not agree to the contract if it is contrary to her safety and well-being and there is insufficient compensation for the dislocations of her life. Likewise, those humans who provide the animals that play major roles in the entertainment industry will be required to acknowledge the interests of the animals in question and some of the benefits of the contract should flow directly to these animals.

8. *To make tort claims.* Animals should have the right to sue humans who violate their primary interests. If a human injures an animal then perhaps in at least the egregious cases the animal should have a green card preferred legal right to sue the wrong-doer. To beat a chimpanzee with a club is no different to the chimpanzee than as it was done to a human child. Such a beating is a wrong to the primary interests of chimpanzee. The law should be open to animals who seek injunctive relief for ongoing harms, but damages should also be available where appropriate. In a prior article this topic was explored in more detail, where the tort of "significant interference with fundamental interest" was proposed, so it will not be expanded upon in this article.¹²⁸

VI. CONCLUSION

As developed in this article the proposition that animals can possess legal rights is already supported by the reality of events within our legal system. Animals already have a modest variety of legal rights within the categories of weak (red), strong (blue) and preferred (green) rights. To make a more coherent package of all the animal related public policy issues, it will be useful to acknowledge the existence of a fourth category of property, living property. Once separated out from other property, then a focus of consideration will support a new list of legal rights for at least some of these animals. This article has suggested both what some of the rights might be and how traditional rules of property law might be modified to accommodate the presence of this new category.

128. *See Favre, supra* note 79. The reader should recognize that this article predates the present article by five years and therefore some of the concepts in that article might well be modified today by the subsequent thinking reflected in the present article.

At this point in history, the non-human animals of our Earth are not our brothers, our equals, but like our children¹²⁹ who have interests of their own that deserve to be nurtured and protected from human harm, both in the consideration of ethical acts and the laws that we humans implement on their behalf.

129. As an example of how this attitude shift is all ready occurring, consider the Michigan case in which a dog owner knowingly allowed his dog to starve to death, by abandoning the house in which the dog was living. The statement of the judge at trial was “an animal, in this court’s opinion, is no different that a child. He murdered this animal.” Amber Hunt, *St. Clair Shores man gets jail time for starving dog to death*, *Detroit Free Press*, July 18, 2007.

DISSERTAÇÕES DEFENDIDAS (1980-2010.1)

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
01	Antônio Carlos Araújo de Oliveira	Da Contribuição da Previdência Social no Direito Brasileiro	Washington Luiz da Trindade	22/08/1980
02	Antônio Ezequiel da Silva	Penhorabilidade dos Bens da Empresa Pública	Orlando Gomes	22/08/1980
03	Edvaldo Pereira de Brito	O Desenvolvimento Econômico e os Sistemas Tributários e Fiscal	Orlando Gomes	22/08/1980
04	Elsior Moreira Alves	O Direito Econômico no Estado Novo – 1937-1945	Nelson Sousa Sampaio	22/08/1980
05	Geraldo Sobral Ferreira	Diretor, Sociedade Anônima – Relação Jurídica	Orlando Gomes	22/08/1980
06	Hermano Augusto Palmeira Machado	A Propriedade Agrária	Orlando Gomes	22/08/1980
07	João Oliveira Maia	Avaliação Crítica do Fato Gerador	José Joaquim Calmon de Passos	22/08/1980
08	Jonhson Barbosa Nogueira	A Interpretação Econômica do Direito Tributário	Sylvio Santos Faria	22/08/1980
09	José Castro Meira	Consequências Cíveis do Ilícito Penal	Adhemar Raymundo da Silva	22/08/1980
10	Paulo Roberto Bastos Furtado	Juízo Arbitral	José Joaquim Calmon de Passos	22/08/1980
11	Pedro Manso Cabral	A Lei do Divórcio e o Novo Regime Legal de Bens no Brasil	Orlando Gomes	22/08/1980
12	Rogério Ataíde Caldas Pinto	Empresa – Aspectos Econômicos e Jurídicos	José Martins Catharino	22/08/1980
13	Ruy Santos Tourinho	Natureza Jurídica do Protesto Cambial	João de Mattos Antunes Varela	22/08/1980
14	Arx da Costa Tourinho	As Normas Constitucionais da Ordem Econômica e Seus Efeitos Jurídicos	Nelson de Souza Sampaio	22/10/1980
15	Maria Elisabeth Tude Junqueira Ayres	Jurisdição Trabalhista	José Joaquim Calmon de Passos	28/08/1981
16	Francisco Wildo Lacerda Dantas	Usufruto da Empresa	Hermano Machado	30/11/1984
17	José Carlos Murtinho Nobre Gomes	O Contrato de Know-how e a Transferência de Tecnologia.	Pedro Manso Cabral	30/11/1984
18	Silvia Campos França Conhin	Aspectos Jurídicos dos Grupos de Sociedade	Orlando Gomes	30/11/1984
19	Luiz Augusto de Carvalho Viana de Castro	O Direito Tributário, o Estado de Direito e o Desenvolvimento Nacional	Sylvio Santos Faria	29/03/1985
20	Sérgio Sanches Ferreira	O Contrato Factoring – uma Solução para as Pequenas e Médias Empresas do Brasil	Geraldo Sobral Ferreira	20/12/1985
21	Rita de Cássia Simões Moreira Santos	O Bem Jurídico Imagem e sua Utilização	Washington Luiz da Trindade	28/05/1988
22	Marcus Vinícius Americano da Costa	Grupo Empresário no Direito do Trabalho	Luiz de Pinho Pedreira da Silva	05/08/1988
23	Ninaldo Aleluia Costa	Justiça Agrária para o Brasil	Orlando Gomes	05/08/1988
24	Olindo Herculano de Menezes	Retificação de Área	Hermano Machado	27/10/1989

*. Da dissertação nº 1 à 25 não houve banca examinadora, apenas um parecer.

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
25	Wilson Alves de Souza	Terras Devolutas como Outro Tipo de Propriedade	Pedro Manso Cabral	22/12/1989
26	Adroaldo Leão	A Responsabilidade Civil dos Administradores de Empresa	Orlando Gomes, Pedro Manso Cabral, Geraldo Sobral Ferreira	18/10/1991
27	Edmundo Cordeiro de Almeida	Direito e Desenvolvimento	Hermano Machado, Sylvio Santos Faria, Nelson de Souza Sampaio	18/10/1991
28	Nilza Rocha de Figueiredo	O Contrato de Aprendizagem	Hermano Machado, Washington Trindade, Luiz de Pinho P. Silva	18/10/1991
29	Douracy Soares	O Módulo Rural e a Propriedade Familiar	Washington Luiz da Trindade, Angelina Nobre Rolim, Hermano Machado	27/12/1991
30	Jorge Luiz da Silva Machado	Considerações Jurídicas e Seus Fundamentos Sócio-Econômico em Torno da Problemática do Uso do Solo Urbano.	Geraldo Sobral, Washington Trindade, Hermano Machado	27/12/1991
31	Maria da Conceição Ferreira do A. Duarte	Alguns Aspectos Fiscais do Direito Contábil	Antonio Maron Agle, Pedro Manso Cabral, Edvaldo Pereira de Brito	27/12/1991
32	Mirian de Almeida Souza	A Política Legislativa do Consumidor a Luz do Direito Comparado	Luiz de Pinho P. da Silva, Pedro Manso Cabral, Josaph Ramos Marinho	27/12/1991
33	Sérgio Alexandre Meneses Habib	A Dogmática Penal e As Novas Formas de Criminalidade Geradas Pelo Desenvolvimento Econômico-Técnico-Científico.	José Candido de Carvalho Filho, George Frago Modesto, Adhemar Raymundo da Silva	27/12/1991
34	Ana Francisca Pinto de Souza	O Cartão de Crédito e a Proteção Contratual	Geraldo Sobral, José Abreu, Hermano Machado	14/02/1992
35	Gilberto Gomes da Silva	Sucessão de Empresa a Posição do Empregado e a Questão da Responsabilidade	Helio Brito, Washington Trindade, Geraldo Sobral Ferreira	21/10/1992
36	Pedro Henrique Lino de Souza	A Formação da Norma Econômica e os Grupos de Pressão	Edvaldo Brito, Helio Brito, Hermano Machado	17/12/1992
37	Perpétua Maria Vieira Figueiredo	As Atividades Rurais e suas Implicações Tributárias	Sylvio Farias, Washington Trindade, Hermano Machado	17/12/1992
38	José Antônio Pereira Portela	Uma Visão Interdisciplinar da Usucapião	Pedro Manso Cabral, Washington Luiz da Trindade, Hermano Machado	23/11/1994
39	Lélia Guimarães Carvalho Ribeiro	Natureza Jurídica do Aviso Prévio	Luiz de Pinho P. da Silva, Pedro Manso Cabral, Octavio Benno Magano	23/11/1994
40	Rubem Dário Peregrino Cunha	A Proteção Administrativa do Consumidor	Alice Gonzalez Borges, Pedro Manso Cabral, Hermano Machado	23/11/1994
41	Saulo José Casali Bahia	Sistema de Responsabilidade Civil do Estado por Ato Administrativo	José Joaquim Calmon de Passos Pedro Manso Cabral, Geraldo Sobral Ferreira	23/11/1994
42	Paulo Vasconcelos Jacobina	A Publicidade no Direito do Consumidor	Washington Luiz da Trindade, Pedro Manso Cabral, José Joaquim Calmon de Passos	10/05/1995
43	Cícero Virgulino da Silva Filho	Proteção Possessória a Importância das Objeções de Mérito como Direito de Defesa Nas Audiências Preliminares da Justificação	Pedro Manso Cabral, José Joaquim Calmon de Passos, Washington Luiz da Trindade	30/08/1995

Dissertações defendidas (1980-2010.1)

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
44	Deraldo Dias de Moraes Neto	Contrato de Franchising	Hermano Machado, Geraldo Sobral, Pedro Manso Cabral	01/09/1995
45	Jussara Maria Salgado Lobo	Perfil Jurídico da Propriedade Produtiva	Sylvio Farias, Jose Abreu, Hermano Machado	09/10/1995
46	Heron José de Santana	Responsabilidade Civil por Dano Moral ao Consumidor	Washington Trindade, Antonio Herman V. Benjamim Pedro Manso Cabral	01/07/1996
47	João Augusto de O. Pinto	A Respons. Civil do Est.-Fornecedor de Serviços Ante o Usuário-Consumidor	Antonio Carlos A. Oliveira, Luiz de Pinho P. da Silva, Edvaldo Brito	22/07/1996
48	Nilza Maria Costa dos Reis	Direito à Propria Imagem	Pedro Manso Cabral, José Abreu, Hermano Machado	05/09/1996
49	João Vargas Leal Júnior	O Contrato Bancário Frente Às Normas de Proteção ao Consumidor e Às Normas de Direito Econômico	Pedro Manso Cabral, Pedro Sampaio, Geraldo Sobral	14/05/1997
50	Nágila Maria Sales Brito	O Concubinato e Seus Efeitos Econômicos	Pedro Sampaio, Washington Trindade, Pedro Manso Cabral	03/06/1997
51	Adão de Assunção Duarte	A Expropriação em Razão do Plantio de Psicotrôpicos	Washington Trindade, George Modesto, Edvaldo Pereira de Brito	16/06/1997
52	Paulo Roberto Lyrio Pimenta	A Norma Constitucional Programática	Washington Trindade, Edvaldo Brito, Antonio Carlos A. de Oliveira	07/07/1997
53	José Diniz de Moraes	A Função Social da Propriedade e a Constituição Federal de 1988	Luiz de P. Pedreira, Pedro Manso Cabral, Hermano Machado	17/07/1997
54	Pedro Braga Filho	Desconsideração Desfavorável e Benéfica da Personalidade Jurídica	Nilza Reis, Pedro R. Bastos Furtado, Hermano Machado	26/03/1998
55	Carlos Alberto Araponga Dória	Icms – o Princípio da Não-Cumulatividade.	Hermano Machado, Saulo Casali Bahia, Sylvio Santos Farias	07/04/1998
56	Andremares dos Santos	Juiz: Senhor da Constituição? (o Retorno do Direito Pretoriano)	George Modesto, Odete Medauar, Edvaldo Pereira de Brito	12/06/1998
57	Durval Araújo Portela Filho	Comentários à Lei Nº 9.457, de 05.05.97, Que Altera a Lei de Sociedade por Ações, com Ênfase para o Direito de Recesso de Acionistas dos Dissidentes	Sylvio Farias, Jose Ronald F. de Lacerda, Geraldo Sobral Ferreira	24/07/1998
58	Kadja Maria Ribeiro Parente	O Direito das Ações Preferenciais Oriundas de Incentivos Fiscais na Sociedade Anônima	Geraldo Sobras Ferreira, Sylvio Farias, Jose Ronald F. de Lacerda	24/07/1998
59	Jairo Lins de Albuquerque Sento Sé	O Trabalho Escravo na Zona Rural do Brasil na Atualidade	Edvaldo Pereira de Brito, Maria Auxiliadora Minahim, Odete Medauar,	27/07/1998
60	Sérgio Novais Dias	Responsabilidade Civil do Advogado na Perda de uma Chance	Edvaldo Pereira de Brito, Geraldo Sobral, Odete Medauar,	27/07/1998

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
61	Ana Lúcia Berbert de Castro Fontes	Concessão de Serviço Público: a Revivescência de Um Instituto	Edvaldo Pereira de Brito, Maria Auxiliadora Minahim, Odete Medauar	23/11/1998
62	Roberto Cavalcanti Sampaio	Franchising: Reflexos Jurídicos Nas Relações das Partes	Nilza Reis, Washington Luiz da Trindade, Maria Magnolia L. Guerra	26/04/1999
63	Adhemar Bento Gomes Filho	Liberalização das Telecomunicações – o Direito Econômico na Transição para uma Nova Regulação de Mercado	Hermano Machado, Maria Auxiliadora Minahim, Odete Medauar	20/05/1999
64	Dirley da Cunha Júnior	A Defesa do Meio Ambiente na Ordem Econômica	Maria Auxiliadora Minahim, Paulo Bessa Antunes, Wilson Alves de Souza	24/09/1999
65	Vera Maria Veigand	A Concessão de Direito Real de Uso	Hermano Machado, Johnson B. Nogueira, Nelson S. Junior	06/10/1999
66	Ricardo Cesar Mandarino Barreto	Idéias Sobre a Reforma Tributária	Hermano Machado, Denise Lucena Cavalcanti, Carlos Ayres Brito	23/11/1999
67	Antonio Augusto Brandão de Aras	A Causa e os Contratos	Washington Luiz da Trindade, Pedro Manso Cabral, Roberto Rosas	12/05/2000
68	Angélica de Mello Ferreira	A Flexibilização como Mecanismo Regulamentador do Direito do Trabalho	Washington Luiz da Trindade, Luiz de Pinho Pedreira, Antonio Carlos A.Oliveira	19/05/2000
69	José Gomes Brito	A Responsabilidade Penal das Pessoas Jurídicas por Crimes Praticados Contra o Meio Ambiente	Maria Auxiliadora Minahim Alessandra R. M. Prado, Paulo Queiroz	09/06/2000
70	Mario Jorge Philocreon de Castro Lima	Investigação Sobre a Natureza da Tributação da Propriedade Industrial no Brasil	Sylvio Santos Faria, Willis Santiago, Carlos Alberto Araponga Dória	13/06/2000
71	Celso Luiz Braga de Castro	Desvios de Conduta da Administração Pública	Hermano Machado, Germana de Oliveira Moraes, Menelick de Carvalho Netto	17/08/2000
72	Cláudio Alberto Gusmão Cunha	O Atual Regime Jurídico das Terras Indígenas	Washington Luiz da Trindade Pedro Manso Cabral, Saulo Casali Bahia	19/12/2000
73	Sebastião Borges de Albuquerque Mello	Sistema Jurídico, Códigos e Microsistemas – Crítica da Legislação Penal Especial	Maria Auxiliadora Minahim, Dirceu de Mello, Willis Santiago Guerra Filho	20/12/2000
74	Monica Neves Aguiar da Silva Castro	Honra, Imagem, Vida Privada e Intimidade, em Colisão com Outros Direitos	Washington Luiz da Trindade George F. Modesto, Maria Auxiliadora Minahim	01/02/2001
75	Yuri Carneiro Coelho	A Importância do Bem Jurídico-Penal no Estado Democrático de Direito: Fundamentos para a Determinação de Seu Conteúdo Material	Maria Auxiliadora Minahim, George F. Modesto, Luiz Regis Prado	24/10/2001
76	Robério Nunes dos Anjos Filho	A Prestação dos Serviços Não-Exclusivos na Reforma Administrativa	Maria Auxiliadora Minahim, Saulo Casali Bahia, Menelick de Carvalho Neto	30/11/2001
77	Bruno Espiñeira Lemos	A Emenda Constitucional Nº 30/2000: Vicissitudes do Instituto Precatório.	Washington Luiz da Trindade, Luiz de Pinho Pedreira, Paulo Queiroz	05/12/2001

Dissertações defendidas (1980-2010.1)

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
78	Marco Aurélio de Castro Júnior	O Direito da Informação e a Responsabilidade Civil de Hacker.	Saulo Casali Bahia, Geisa de Assis Rodrigues, Rodolfo Pamplona	06/12/2001
79	Claudio Cairo Gonçalves	O Contrato Administrativo em Face da Atual Concepção de Estado.	Edvaldo Pereira de Brito, Saulo Casali Bahia, Cicero Virgulino da S. Filho	17/12/2001
80	Francisco Bertino Bezerra de Carvalho	Poder Judiciário e Jurisdição no Mecosul: Conflitos Entre Normas Internacionais e Internas.	Edvaldo Pereira de Brito, Saulo Casali Bahia, Juliette Marie Robichez	18/12/2001
81	Cleonice de Souza Lima Santos	Do Usufruto: Origem, Elementos Essenciais, Instrumentalidade e Aplicação no Direito Atual	Washington Luiz da Trindade, Luiz de Pinho Pedreira, Rodolfo Pamplona	17/01/2002
82	Fredie Souza Didier Júnior	Admissibilidade do Recurso de Terceiro no Processo Civil Brasileiro	Geisa de Assis Rodrigues, Flávio Cheim Jorge, Jose Joaquim Calmon de Passos	28/01/2002
83	Milton Moreira de Oliveira	Medidas Coercitivas Patrimoniais, Efetividade e Celeridade da Tutela Trabalhista	Johnson Meira Santos, Washington Luiz da Trindade, Rodolfo Mário Pamplona Filho	08/04/2002
84	Selma Reiche Bacelar	Organismos Genericamente Modificados: Alimentos Transgênicos	Washington Trindade, Maria Auxiliadora Minahim, Juliette Robichez	22/04/2002
85	Cinzia Barreto de Carvalho	O Instituto da Conciliação em Matéria Trabalhista na Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, na Perspectiva de Um Mercado.	Washington Luiz da Trindade, Luiz de Pinho Pedreira, Rodolfo Mário Pamplona Filho	31/07/2002
86	Daniela Ferreira Marques	Tutela Jurídica da Livre Concorrência	Maria Auxiliadora Minahim Washington Luiz da Trindade Juliette Robichez	08/08/2002
87	Jayme Baleeiro Neto	As Organizações Sociais e o Controle dos Tribunais de Contas	Edivaldo Boaventura	23/08/2002
88	José Barroso Filho	Dano Ambiental: Sanção	Maria Auxiliadora Minahim Paulo R. L. Pimenta, Júlio César de S. Rocha	03/10/2002
89	Arthur de Oliveira Maia da Silva	Direitos Fundamentais, Planejamento e Discricionariedade: Proposta para o Enfrentamento Jurídico das Escolhas Trágicas	Edvaldo Pedreira de Brito, Saulo Casali Bahia, Manoel Jorge e Silva Neto	21/10/2002
90	Luiz Cláudio Magalhães Madeira	Cooperativa de Trabalho e a Possibilidade de Vínculo Empregatício	Washington Trindade, Cicero Virgulino da S. Filho, Jonhson Meira	25/10/2002
91	Luciano Dorea Martinez Carreiro	Limites Constitucionais ao Exercício da Autonomia Coletiva Sindical.	Washington Luiz da Trindade, Luiz de Pinho Pedreira, Rodolfo Pamplona Filho	22/11/2002
92	Ronald Olivar Amorim e Souza	Grêve & Lockout: Aspectos Jurídicos e Econômicos	Luiz de Pinho Pedreira, Jonhson Meira, Rodolfo Pamplona Filho	12/12/2002
93	Maria Paula Nogueira D'Ávila	Sindicalismo no Brasil no Contexto da Globalização: uma Proposta de Atuação Sindical Global	Washington Trindade, Juliette M. M. Robiche, Jonhson Meira	13/12/2002
94	César Faria Júnior	O Término do Processo Administrativo Fiscal como Condição da Ação Penal Nos Crime Contra a Ordem Tributária.	Maria Auxiliadora Minahim, Edvaldo Brito, Dirceu de Mello	16/12/2002
95	João Carlos Macêdo Monteiro	Natureza Jurídica das Relações Entre o Investidor e As Administradoras de Fundos de Investimento Financeiro	Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Edvaldo Pereira de Brito, Saulo José Casali Bahia	30/01/2003

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
96	Maria José Ramos Coelho Lins de A. Sento-Sé	A Imunidade Tributária do Livro Eletrônico	Saulo Casali Bahia, Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Manoel Jorge e Silva Neto	31/01/2003
97	Denise L. Fontes Alberto Leopoldo	A Atuação do Ministério Público na Jurisdição Penal e a Instrumentalidade Garantista	Maria Auxiliadora Minahim, Cláudio R. Brandão, Carlos Ayres de Brito	28/04/2003
98	Cecília Teixeira de Souza Oliveira	A Expressão da Extrafiscalização na Cofins	Saulo Casali Bahia, Paulo Roberto L. Pimenta, Ubirajara Coelho Neto	12/05/2003
99	Auristela Oliveira Reis	Os Direitos Humanos, o Direito Penal e o Direito Internacional	Saulo Casali Bahia, Maria Auxiliadora Minahim, André de Carvalho Ramos	16/05/2003
100	Ana Paula de Almeida Lima Leal	A Inversão do Ônus da Prova, à Luz da Ponderação de Interesses	Edvaldo Pedreira de Brito, Maria Auxiliadora Minahim, Manoel Jorge e Silva Neto	21/05/2003
101	Pompeu de Sousa Brasil	Blocos Econômicos: Aparelhamento Jurídico e Perspectiva no Âmbito do Mercosul	Saulo Casali Bahia, Edvaldo Pereira Brito, Ubirajara Coelho Neto	26/05/2003
102	Anna Guiomar Nascimento Macêdo Costa	A Validade Jurídica dos Contratos Eletrônicos	Saulo Casali Bahia, Washington Trindade, Rodolfo M. Pamplona Filho	28/05/2003
103	Itamar Jezler Campello	Uma Análise do Teorema de Coase Aplicado Às Transações dos Efeitos Jurídicos em Casos de Reparação de Danos	Pedro Soares Sampaio, Luiz de Pinho Pedreira, Mário Rodrigues Barbosa	02/06/2003
104	Pedro Lino de Carvalho Júnior	A Lesão Consumerista no Direito Brasileiro	Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Monica Aguiar Silva, Roxana Borges	16/12/2003
105	Ricardo Maurício Freire Soares	Hermenêutica, Linguagem e Princípios: Repensando a Interpretação do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor	Edvaldo Pereira de Brito, Saulo Casali Bahia, Juliette Marie Robichez	16/12/2003
106	Andréa Paula Matos Rodrigues de Miranda	A Boa-Fé Objetiva Nas Relações de Consumo	Saulo Casali Bahia, Edivaldo Boaventura, Rodolfo Pamplona Filho	18/12/2003
107	Reinaldo de Souza Couto Filho	A Impenhorabilidade do Bem de Família em Relação Às Dívidas Condominiais	George Fragoso Modesto, Washington Luiz da Trindade, Mario Rodrigues Barbosa	18/12/2003
108	Maria Elisa da Silva Villas-Bôas	Da Eutanásia ao Prolongamento Artificial: Aspectos Polêmicos da Disciplina Jurídico-Penal do Final de Vida.	Maria Auxiliadora Minahim, Vicente de Paula Barreto, Maria Theresa M. Pacheco	17/03/2004
109	Antonio Lima Farias	A Reforma Tributária em Face do Sistema Tributário Nacional no Estado Democrático de Direito.	Edvaldo Pereira de Brito, Paulo Lyrio Pimenta, Helena T. Torres	26/04/2004
110	Rafael Carrera Freitas	O Poder Normativo das Agencias Reguladoras: Um Mecanismo do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.	Maria Auxiliadora Minahim, Edvaldo de Pereira Brito, Dirley Victor da Cunha Júnior	10/05/2004
111	Rosana Noya Alves Weibel Kaufmann	Novas Perspectivas e Limites do Direito ao Nome: Identidade e Tecnologia	Monica Aguiar Neves, Edvaldo Brito, Camilo Coloni	24/05/2004
112	Eduardo Sodré	O Processo Cognitivo Nos Juizados Especiais Cíveis	Jonhson Meira, Geisa de Assis Rodrigues, Rodolfo Pamplona	11/06/2004

Dissertações defendidas (1980-2010.1)

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
113	João Marinho da Costa	A Propriedade e As Propriedades: Pesquisa da Aplicação da Tese de Salvatore Pugliatti – a Propriedade Sobre Bens Móveis e a Propriedade Sobre Bens Imóveis por Natureza (Propriedade do Solo)	Mario Rodrigues Barbosa, Hermano Machado, Jiliette Robiches	30/06/2004
114	Sidney Pessoa Madruga	Discriminação Positiva: Ações Afirmativas na Realidade Brasileira.	Edivaldo Boaventura, Manoel Jorge e Silva Neto, Kebengele Munanga	09/12/2004
115	Camila Lemos Azi	O Princípio da Equivalência Material das Prestações no Novo Código Civil	Mario Rodrigues Barbosa, Roxana Cardoso Borges, Rodolfo Pamplona Filho	16/12/2004
116	Antonio Oswaldo Scarpa	A Efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais Pelo Poder Judiciário	Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Manoel Jorge e Silva Neto, Marco Aurélio Greco	06/05/2005
117	Gamil Foppel El Hireche	Análise Criminológica das Organizações Criminosas: da Inexistência à Impossibilidade de Conceituação e suas Repercussões no Ordenamento Jurídico Pátrio.	Maria Auxiliadora Minahim, Cláudio R. Brandão, Juarez Cirino dos Santos	09/05/2005
118	Cláudio Mascarenhas Brandão	A Responsabilidade Objetiva do Empregador Decorrente do Acidente de Trabalho Nas Atividades de Risco Acentuado	Luiz de Pinho Pedreira, Rodolfo Pamplona, Jonhson Meira Santos	10/05/2005
119	Pedro Alexandre de Araújo	Experimentação Médica em Seres Humanos: Aspectos Éticos-Jurídicos	Mônica Aguiar, Maria Auxiliadora Minahim, Alessandra R. Mascarenhas	12/05/2005
120	Maria da Graça B. de Athayde de A Varela	Direito e Moradia: Dimensão Objetiva e Subjetiva	Edvaldo Brito, Luiz Alberto David Araújo, Dirley Cunha Júnior	31/05/2005
121	Leonardo Vieira Santos	Responsabilidade Civil Médico-Hospitalar e a Questão da Culpa no Direito Brasileiro	Monica Neves Aguiar, Rosângela Lunardelli Cavallazi, Rodolfo Pamplona	03/06/2005
122	Rosemília Dias da Silveira Tannus	Consentimento Informado: Paradigma Axiológico para Prática de Biomédicas.	Maria Auxiliadora Minahim, Rosângela Lunardelli Cavallazi, Mônica Aguiar	03/06/2005
123	Alvaro Emanuel de Oliveira Simões	No Processo do o Jus Postulandi das Partes Trabalho e sua Influência na Efetividade do Acesso à Justiça	Luiz de Pinho P. da Silva, Rodolfo Pamplona, Jonhson Meira	06/06/2005
124	Geisy Fiedra Rios P. de Almeida	Obrigação de Não Concorrência: Diretrizes para Aplicação no Âmbito Civil e Antitruste	Saulo Casali Bahia, Pedro Sampaio, João Grandino Rodas	25/07/2005
125	Leonardo Tochetto Pauperio	A Cidadania Mínima: Relação Jurídico-Constitucional da Extinção da Fome e do Alívio Voluntário da Dor	Maria Auxiliadora Minahim, George Fragozo Modesto, Lenio Luiz Streck	08/09/2005
126	Julio Cezar Lemos Travessa	O Reconhecimento Antecipado da Prescrição Penal Retroativa	Saulo Casali Bahia, Alessandra Rapassi, Paulo Queiroz	11/01/2006
127	Lizea Magnavita Maia	O Lado Oculto da Compreensão Jurídica: Um Estudo Sobre os Pressupostos Teóricos da Hermenêutica Filosófica e sua Influência na Interpretação dos Direitos Sociais.	Saulo Casali Bahia, Paulo Roberto Lyrio Pimenta, José Antonio Saja	26/01/2006
128	Nilson Roberto da Silva Gimenes	O Direito de Objeção de Consciência Às Transfusões de Sangue	Saulo Casali Bahia, Monica Aguiar Silva, Camilo Colani	03/02/2006

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
129	Clodoaldo Silva da Anunciação	Associações de Consumidores: uma Análise Crítica	Washington Luiz da Trindade, Johnson Meira Santos, Cicero Virgulino da Silva Filho	06/02/2006
130	Jaime Barreiros Neto	A Importância da Fidelidade Partidária para a Consolidação da Democracia Brasileira	Saulo Casali Bahia, Manoel Jorge e Silva Neto, José Joaquim Calmon de Passos	17/02/2006
131	Maurício Souza Sampaio	Representação Política e Institutos de Participação Direta	Saulo Casali Bahia, José Joaquim Calmon de Passos, Paulo Roberto Lyrio Pimenta	17/02/2006
132	Pedro Leonardo Summers Caymmi	As Concepções de Segurança Jurídica e suas Implicações na Delimitação da Tipicidade da Norma Tributária	Edvaldo Brito, Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Raimundo Juliano R. Feitosa	13/03/2006
133	Perpetua Leal Ivo Valadão	Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica de Direito Público – Proteção ao Direito Subjetivo do Meio Ambiente, Ecologicamente Equilibrado.	Maria Auxiliadora Minahim, Alessandra R. M. Prado, Solange Telles	12/05/2006
134	Sara de Almeida Borges	Relação Jurídico Constitucional dos Valores Antropológicos e dos Valores Ecológicos na CF\88.	Maria Auxiliadora Minahim, Alessandra R. M. Prado Solange Telles	12/05/2006
135	Pedro Pessoa Lepikson	A Inversão do Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor	Fredie Didier, Roxana Cardoso Borges, Luiz Edson Fachin	17/05/2006
136	Ivana Carla C. de Macedo Senna	O Dever de Informar na Relação Médico-Paciente – Reflexões Acerca da Humanização das Práticas Médica, Num Contexto Brasileiro à Luz da Bioética	Monica Neves Aguiar, Maria Auxiliadora Minahim, Maria de Fátima Freire de Sá	25/05/2006
137	Belmiro Vivaldo Santana Fernandes	O Dano Moral por Discriminação a Pessoas em Decorrencia de Orientação Sexual.	Monica Neves Aguiar, Maria Auxiliadora Minahim, Maria de Fatima Freire de Sa	25/05/2006
138	Erica Vericia de Oliveira Canuto	A Mutabilidade do Regime de Bens no Casamento	Monica Aguiar Neves, Rodolfo Mario Pamplona Filho, Camilo Coloni	30/05/2006
139	Maurício Dantas Góes e Góes	O Conselho Nacional de Justiça: a Função Jurisdicional e Seu Deficit de Legitimidade na Constituição Brasileira	Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Saulo Casali Bahia, Jose Joaquim Calmon de Passos	21/06/2006
140	Carlos Martheo C. Guanaes Gomes	As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado Brasileiro	Saulo Casali Bahia, Rodolfo Pamplona Filho, Júlio Rocha	30/06/2006
141	Ludmyla Franca	Entre o Nilismo e a Utopia: a Busca Pela Dignidade da Política em Um Diálogo com As Idéias de Hannah Arendt	Saulo Casali Bahia, José Joaquim Calmon de Passos, Rodolfo Mário Pamplona Filho	05/07/2006
142	Rodrigo Moraes	Os Direitos Morais do Autor: Repersonalizando o Direito Autoral	Edivaldo Boaventura, José Joaquim Calmon de Passos, Rodolfo Pamplona Filho	06/07/2006
143	Antonio Adonias Aguiar Bastos	Natureza Jurídica da Decisão Lastreada no Art.273,& 6º, do Cpc: Antecipação dos Efeitos da Tutela Jurídica Ou Resolução Parcial do Mérito ?	Rodolfo Pamplona Filho, José Joaquim Calmon de Passos, Edilton Meireles de Oliveira	19/07/2006
144	Jose Amando Júnior	Efeito Reflexo Cosntitucional: Estudo de Caso Sobre a Racionalidade e o Sistema Jurídico na Pós-Modernidade	Saulo Casali Bahia, Paulo Pimenta, Germano Schwartz	21/09/2006
145	Murilo Carvalho Sampaio Oliveira	Repensando o Princípio da Proteção na Contemporaneidade	Luiz de Pinho Pedreira, Rodolfo Pamplona Filho, Aldacy Rachid Coutinho	06/10/2006

Dissertações defendidas (1980-2010.1)

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
146	Soraya Santos Lopes	Dimensão Coletiva da Moradia: uma Proposta Dogmática Visando a Efetividade de suas Políticas Públicas.	Edvaldo Brito, Marília Muricy, Maria Lígia C. Mathias	13/11/2006
147	Lívia Maria e Sant'ana	Ações Afirmativas: Aplicação Às Políticas de Saúde para a População Negra	Edvaldo Brito, Heron José de Santana, Maria Lígia C. Mathias	13/11/2006
148	Joseane Suzart Lopes da Silva	Aumentos Abusivos das Mensalidades dos Planos de Saúde: Transgressão à Boa Fé e à Função Social do Contrato	Monica Neves Aguiar, Edvaldo Brito, Maria Lígia C. Mathias	14/11/2006
149	Antonio Carlos Paula de Oliveira	O Exercício Abusivo do Direito à Intimidade Pelo Empregado no Caso de Revista Pessoal	Jonhson Meira, Rodolfo Pamplona Filho, Nelson Manrich	16/11/2006
150	Wagner Mota Alves de Souza	A Teoria dos Atos Próprios: Esboço de uma Teoria do Comportamento Contraditório Aplicada ao Direito.	Washington Luiz Trindade, Rodolfo Pamplona Filho, Nelson Mannrich	16/11/2006
151	Rafael Menezes Trindade Barretto	Amicus Curiae e Democratização do Debate Constitucional.	Saulo Casali, Willis Santiago Guerra Filho, Gustavo Binenbojm,	26/01/2007
152	Rodrigo Bastos de Freitas	Direito dos Índios e Constituição: os Princípios da Autonomia e da Tutela-Proteção – História e Perspectivas	Saulo Casali, Heron José de Santana, Alexandre Tavessoni	09/02/2007
153	André Luiz Batista Neves	A Interpretação Conforme à Constituição e Seus Limites	Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Saulo José Casali Bahia, Daniel Sarmento	09/02/2007
154	Tarsis Barreto Oliveira	O Patenteamento de Seres Vivos e As Repercussões Jurídicas na Biotecnologia	Maria Auxiliadora Minahim, Washington Trindade, Rosângela Lunardelli	15/03/2007
155	Marialva de Castro Calabrich Schlusing	A Proteção do Mínimo Existencial no Plano Tributário e Algumas Considerações Sobre o Imposto de Renda da Pessoa Física	Edvaldo Brito, Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Betina Treiger Grupenmacher	19/03/2007
156	Iran Furtado de Souza Filho	O Contrato de Leasing e a Responsabilidade Subsidiária com Benefício de Ordem do Arrendante Pelos Danos Causados a Terceiros Pelo Arrendatário.	Washington Trindade, Edivaldo Boaventura, Alirio Fernando B. de Souza	26/03/2007
157	Roberto Levy Bastos Manatta	O Capital Social da Companhia: Instância da Complexidade	Edivaldo Boaventura, Washington Trindade, José Joaquim Calmon de Passos	27/03/2007
158	Renato Amoedo Nadier Rodrigues	Direitos dos Acionistas Minoritários	Alirio Fernando B. de Souza, Washington Trindade, Edivaldo Boaventura	02/04/2007
159	Robson Sant'Ana dos Santos	A Figura dos Administradores e sua Responsabilidade Face ao Artigo 135 do Código Tributário Nacional	Edvaldo Brito, Marciano Seabra Godoi, Dirley Cunha	23/04/2007
160	Cristiane de Araújo Góes Magalhães	Federalismo e Tributação: Certidões e Cadastros	Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Marciano Seabra Godoi, Dirley da Cunha Junior	23/04/2007
161	Laurício Alves Carvalho Pedrosa	A Responsabilidade Civil por Risco de Dano ao Meio Ambiente.	Roxana Borges, Washington Luis da Trindade, José Rubens Morato Leite	04/05/2007
162	Flavia da Fonseca Marimpietri	Pressupostos da Revisão dos Contratos de Consumo	Rodolfo M. Veiga Pamplona, Washington Luiz da Trindade, Maria Lígia Coelho Mathias	18/05/2007

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
163	Ana Beatriz Lisboa Pereira	Direito Fundamental a Execução da Decisão Judicial	Fredie Didier Júnior, Luis Guilherme Marinoni, Rodolfo M. Veiga Pamplona	25/05/2007
164	Kamila Assis de Abreu	Proteção Jurídica do Acesso à Biodiversidade Brasileira	Roxana Cardoso B. Borges, Heron José de Santana, Marcelo Dias Varella	04/06/2007
165	Alessandro Ribeiro Couto	As Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico e o Postulado da Proporcionalidade	Paulo Roberto Lyrio Pimenta, André Ramos Tavares, Dirley Cunha	06/06/2007
166	Fabio Periandro de A. Hirsch	Ofensa Reflexa à Constituição: Críticas e Propostas de Solução para a Jurisprudência Autodefesa do Supremo Tribunal Federal.	Dirley da Cunha Júnior, Fredie Didier Jr, André Ramos Tavares	06/06/2007
167	Michelle Crisitine Assis Couto	Existe um Direito de Ter Filho?	Mônica Neves Aguiar da Silva, Teresa Rodrigues Vieira, Maria Auxiliadora Minahim	08/06/2007
168	Alassana Valdez	Aplicabilidade das Normas de Tratados Internacionais no Direito Comercial: Caso da Ohada no Ordenamento Jurídico Guineense.	Saulo José Casali Bahia, Washington Luiz da Trindade, Ney de Barros Bello Filho	06/07/2007
169	Sílvia Lorena Villas Boas Souza	Os Créditos de Carbono no Âmbito do Protocolo de Quioto.	Saulo José Casali Bahia, Washington Luiz da Trindade, Ney de Barros Bello Filho	06/07/2007
170	Deivid Carvalho Lorenzo	Pesquisas Genéticas Comélulas – Tronco Embrionárias e a Personalidade Jurídica do Embrião Humano	Mônica Neves Aguiar, Maria Auxiliadora Minahim, Leocir Pessini	27/09/2007
171	Emmanuela Vilar Lins	As Dimensões da Vulnerabilidade Humana: como Condição, como Característica, como Princípio Bioético-Jurídico.	Mônica Neves Aguiar, Leocir Pessini, Maria Auxiliadora Minahim	27/09/2007
172	Patrícia da Costa Santana	A Ponderação na Colisão Entre os Princípios da Proteção das Manifestações Culturais Religiosas de Matriz Africana e o da Proteção aos Animais	Saulo José Casali Bahia, Andreas Joachim Krell, Heron José de Santana	28/09/2007
173	Renata Figueiredo Brandão	Vedação ao Tributo com Efeito de Confisco	Saulo José Casali Bahia Washington Luiz da Trindade, Ney de Barros Bello Filho	01/10/2007
174	João Alves de Almeida Neto	Consórcio de Empregadores no Ordenamento Brasileiro: Aplicabilidade e Disciplina de Direito Material no Âmbito Urbano	Rodolfo Mário V. Pamplona Filho, Nelson Mannrich, Washington Trindade	11/10/2007
175	Leandro Lopes Paraense	Redefinição da Propriedade como Direito Fundamental: da Propriedade Digna à Dignidade Proprietária	Washington Trindde, Nelson Mannrich, Rodolfo M. V. Pamplona Filho	11/10/2007
176	Paula Sarno Braga	Aplicação do Devido Processo Legal às Relações Jurídicas Particulares	Fredie Didier Jr., Ana Paula M. da Costa e Silva, Roxana Cardoso B. Borges	22/10/2007
177	Cristiano Miranda de Santana	Anencefalia e o Direito à Vida: Reflexões Sobre a ADPF N.º 54	Edvaldo Pereira de Brito, Fabiola Santos Albuquerque, Maria Auxiliadora Minahim	10/12/2007
178	Juvenal José Duarte Neto	Súmula Vinculante como Instrumento de Efetividade do Princípio à Igualdade e o Controle Difuso de Constitucionalidade	Dirley da Cunha Júnior, George Sarmento Lins Junior, Edvaldo Brito	20/12/2007

Dissertações defendidas (1980-2010.1)

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
179	César Cintra Fonseca	Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. Repensando a Dogmática Tradicional, na Sociedade de Riscos, para Garantia da Proteção Penal do Meio Ambiente	Alessandra Rapassi, Cláudio Alberto G. Guimarães, Maria Auxiliadora Minahim	21/12/2007
180	Sheila Maria da Graça Coitinho das Neves	Penas Restritivas de Direito – Alternativa de Punição Justa: uma Análise dos Fins das Penas Restritivas de Direitos à Luz da Teoria Dialética Unificadora da Claus Roxin	Maria Auxiliadora Minahim, Cláudio Alberto G. Guimarães, Alessandra Rapassi	22/12/2007
181	Kaline Ferreira Davi	A Dimensão Política da Administração Pública sob a Ótica de um Direito Administrativo Constitucionalizado	Celso Luiz Braga de Castro, Francisco de Q. B. Cavalcanti, Edvaldo Pereira de Brito	03/03/2008
182	Sérgio Neeser Nogueira Reis	Limitações Jurídicas os Pesquisas em Células-Tronco Embrionárias	Monica Neves Aguiar da Silva, Maria Auxiliadora Minahim, Teresa Rodrigues Vieira	17/03/2008
183	Carlos Frederico Guerra Andrade	Direito à Intimidade Genética na Relação de Emprego	Monica Neves Aguiar da Silva, Edilton Meileres, Teresa Rodrigues Vieira	17/03/2008
184	Atila Djawara Moreira Ferreira	Normas Constitucionais Programáticas na Ordem Jurídica Guineense	Saulo José Casali Bahia, Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Edivaldo Machado Boaventura	25/03/2008
185	Jailson de Souza Correa	Dano Moral Decorrente da Ofensa à Liberdade Religiosa dos Adeptos das Religiões de Matriz Africana	Saulo José Casali Bahia, Heron José de Santana, Hélio Silva Junior	28/03/2008
186	Ilzver de Matos Oliveira	O Discurso do Judiciário sobre as Ações Afirmativas para a População Negra na Bahia	Celso Luiz Braga de Castro, Heron José de Santana, Eunice Aparecida J. Prudente	28/03/2008
187	Irena Carneiro Martins	A Importância da Limitação da Responsabilidade de Sócios e Delimitação da Responsabilidade de Administradores para as Relações Econômicas no Ordenamento Brasileiro	Roxana Cardoso B. Borges, Washington Luiz da Trindade, Marcia Carla Pereira Ribeiro	31/03/2008
188	Geder Luiz Rocha Gomes	A Substituição da Pena Privativa de Liberdade: Legitimidade e Adequação das Alternativas Penais	Maria Auxiliadora Minahim, Alessandra Rapassi M. Prado, Cesar Roberto Bitencourt	31/03/2008
189	Salomão Resedá	A Aplicação do <i>Punitive Damage</i> nas Ações de Indenização Por Danos Morais no Ordenamento Jurídico Brasileiro	Rodolfo M. V. Pamplona Filho, Jonhson Meira Santos, Edivaldo Machado Boaventura	31/03/2008
190	João Glicério de Oliveira Filho	Fundamentos Jurídicos da Função Social da Empresa	Rodolfo M. V. Pamplona Filho, Jonhson Meira Santos, Edivaldo Machado Boaventura	31/03/2008
191	Bianca da Silva Alves	O Bem Jurídico-Penal Tutelado Pelo Crime de Utilização Ilegal de Células-Tronco Embrionárias Humanas (Art. 24 da Lei de Biossegurança)	Maria Auxiliadora Minahim, Alessandra Rapassi M. Prado, Cesar Roberto Bitencourt	31/03/2008
192	Priscila da Mata Cavalcante	O Sistema Internacional de Cooperação para o Desenvolvimento	Saulo José Casali Bahia, Washington Luiz da Trindade, André de Carvalho Ramos	03/04/2008
193	Eugênio de Souza Kruschewsky	Responsabilidade Civil e Células-Tronco	Roxana Cardoso B. Borges, Washington Luiz da Trindade, Eroulths Cortiano Junior	04/04/2008
194	Luciano Lima Figueiredo	A Função Social das Patentes de Medicamentos	Rodolfo M. V. Pamplona Filho, Jonhson Meira Santos, Edivaldo Boaventura	04/04/2008
195	Cláudio dos Passos Souza	Processo Administrativo Tributário: Possibilidade de Questionamento Judicial das Decisões Contrárias ao Estado	Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Celso Luiz Braga de Castro, Roberto Ferraz	14/04/2008

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
196	Erica Rusch	Ação Civil Pública de Responsabilidade por Danos Ambientais	Fredie Didier Junior, Roxana Cardoso B. Borges, Marcelo Abelha Rodrigues	15/04/2008
197	Miguel Calmon Teixeira Branco	Constitucionalismo Dirigente Brasileiro e a Pós-Modernidade: Resistência e Proteção do Estado Social enquanto Dimensão do Estado Democrático de Direito	Dirley da Cunha Júnior, Manoel Jorge e Silva Neto, André Ramos Tavares	17/04/2008
198	Adrienne Mônica Oliveria Souza	Auditorias Operacionais: Controle Substancial da Gestão Pública pelas Tribunais de Contas	Celso Luiz Braga de Castro, Heron José de Santana, André Ramos Tavares	17/04/2008
199	Valdir Ferreira de Oliveira Júnior	O Estado Constitucional Solidarista	Manoel Jorge e Silva Neto, Heron José de Santana, José C. Monteiro de Brito Filho	24/04/2008
200	Morgana Bellazzi de Oliveira Carvalho	Jurisdição no Estado do Bem Estar e do Desenvolvimento	Edvaldo Pereira de Brito, Maria Auxiliadora Minahim, Marcelo Campos Galuppo	05/05/2008
201	Manoel Carlos de Almeida Neto	O Controle de Constitucionalidade das Leis Municipais: à Luz da Jurisprudência do STJ	Edvaldo Pereira de Brito, Maria Auxiliadora Minahim, Marcelo Campos Galuppo	05/05/2008
202	Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar	Efeito Vinculante e Concretização do Direito	Edvaldo Pereira de Brito, Maria Auxiliadora Minahim, George Sarmento Lins Júnior	23/08/2008
203	Michelline Soares Bittencourt Trindade Luz	O Perfil das Ações Filiatórias à Luz da Era Dna	Roxana Cardoso B. Borges, Erouths Cortiano Júnior, Mônica Neves Aguiar	11/10/2008
204	Juliana Pinheiro Damasceno e Santos	Fundamentos Criminológicos e Repercussões Dogmáticas da Proteção Jurídica da Ordem Econômica nas Bases do Direito Penal Liberal: Uma Análise à Luz dos Crimes de Colarinho-Branco	Alessandra M. Rapassi, Washginton Luiz da Trindade, Cláudio Roberto C. Bezerra Brandão	14/11/2008
205	Flora Augusta Varela Aranha	Justiça Consensual e Meio Ambiente: Uma Análise à Luz do Termo de Ajustamento de Conduta	Heron J. de Santana Gordilho, Maria Elisabete P. dos Santos, Manoel Jorge e Silva Neto	27/11/2008
206	Alexandre Gentil Corte-Real de Araújo	O Fortalecimento dos Poderes Locais na República Democrática de Timor Leste (Uma Nova Interpretação da Constituição da Rdtl/2002)	Saulo José Casali Bahia, Edivaldo Boaventura, Maria Auxiliadora Minahim	12/12/2008
207	Laura Vasconcelos Neves da Silva	As relações de trabalho rural nas usinas de cana-de-açúcar	Luiz de Pinho Pedreira, Rodolfo Pamplona Filho, Sergio Torres Teixeira	09/01/2009
208	Ana Carolina Fernandes Mascarenhas	Autonomia Privada e Autocomposição Extrajudicial de conflitos	Rodolfo Pamplona Filho, Fredie Didier Jr, Daniel Francisco Mitidiero	30/01/2009
209	Daniel Nicory do Prado	Autos da Barca do Inferno: o discurso narrativo dos participantes da prisão em flagrante	Nelson Cerqueira, Maria Auxiliadora Minahim, Marcelo Campos Galuppo	06/03/2009
210	Roseli Rego Santos	O atual Regime Brasileiro de recuperação e falência como efetivação da função social da empresa	Washginton Luiz da Trindade, Rodolfo Pamplona Filho, Márcia Carla Pereira Ribeiro	16/03/2009
211	Elayne Leal de Oliveira	O direito Penal ambiental e a prestação de serviço à comunidade como instrumento de implementação do direito de acesso à água	Heron J. de Santana Gordilho, Alessandra Rapassi Prado, Andreas Krell	27/03/2009

Dissertações defendidas (1980-2010.1)

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
212	Nestor Nerton Fernandes Távora	Princípio da adequação e resolução antecipada do mérito do processo penal	Freddie Didier Jr., Dirley da Cunha Júnior, Gustavo H. Ivahy Badaró	31/03/2009
213	Roberto Lima Figueiredo	A conformação principiológica do direito convivencial e seus reflexos patrimoniais	Rodolfo Pamplona Filho, Washington Luiz da Trindade, Paulo Luiz Netto Lobo	03/04/2009
214	Urbano Félix Pugliese do Bomfim	Uma correção ao sentido do princípio da intervenção mínima no Direito Penal	Alessandra Rapassi, Maria Auxiliadora Minahim, Claudio Alberto Guimarães	08/04/2009
215	Thiago Batista Freitas	Análise ético-constitucional da utilização de embriões humanos em experimentos científicos	Mônica Neves Aguiar da Silva, Maria Auxiliadora Minahim, Maria Lígia Coelho Mathias.	13/04/2009
216	Maurício de Melo Teixeira Branco	Acesso ao crédito trabalhista como direito fundamental e a Lei brasileira de Falências e Recuperação de empresas	Rodolfo Pamplona Filho, Washington Luiz da Trindade, Sérgio Torres Teixeira	17/04/2009
217	Gustavo Cunha Prazeres	Responsabilidade civil do Estado por atos legislativos	Celso Luiz Braga de Castro, Dirley da Cunha Júnior, Francisco de Queiroz B. Cavalcanti	20/04/2009
218	Tangre Paranhos Leite Oliveira	Tensão entre o público e o privado: função social da propriedade na Avenida Paralela	Edvaldo Pereira de Brito, Maria Auxiliadora Minahim, Rosângela L. Cavallazzi	24/04/2009
219	Flávio Faça Daltro	Os motivos jurídico-econômicos da função social do contrato	Washington Luiz da Trindade, Rodolfo Pamplona Filho, Cristiana Menezes Castro	29/04/2009
220	Vinicius Cardona Franca	Aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas	Saulo Casali Bahia, Manoel Jorge e Silva Neto, George Sarmento Lins Júnior	15/05/2009
221	Bernardo Montalvão Varjão de Azevedo	O ato de decisão judicial: uma irracionalidade disfarçada	Nelson Cerqueira, Maria Auxiliadora Minahim, Jacinto N. de Miranda Coutinho	06/07/2009
222	Tercio Roberto Peixoto	A negociação coletiva e a extinção compulsória do contrato de trabalho	Edilton Meireles, Rodolfo Pamplona Filho, Sergio Torres Teixeira	21/08/2009
223	Matheus Ferreira Bezerra	A quebra da patente de medicamentos como instrumento de realização de direitos	Jonhson Meira Santos, Rodolfo Pamplona Filho, Maria Lígia Coelho Mathias	26/08/2009
224	Nadialice Francischini de Souza	O desmistificar da aplicação do princípio da vulnerabilidade	Washington Luiz da Trindade, Rodolfo Pamplona Filho, Edivaldo Machado Boaventura	28/08/2009
225	Vanessa Vieira Pessanha	O acesso à educação como requisito para efetivar o direito fundamental ao trabalho	Rodolfo Pamplona Filho, Washington Luiz da Trindade, Edivaldo Machado Boaventura	02/09/2009
226	Bernardo Silva de Lima	A arbitralidade de dano ambiental e o seu ressarcimento	Ana Paula Mota Costa e Silva, Freddie Didier Júnior, Carlos Alberto Carmona	03/09/2009
227	Taciana Palmeira Andrade	Doação de órgãos <i>post mortem</i> : a viabilidade de adoção pelo sistema brasileiro da escolha pelo doador do destinatário dos seus órgãos	Monica Neves Aguiar da Silva, Maria Auxiliadora Minahim, Valéria Silva Galdino Cardin	17/09/2009
228	Ana Maria Maciel Bittencout Passos	Direito à filiação e inseminação <i>post mortem</i> ; uma solução à luz do direito positivo brasileiro.	Monica Neves Aguiar da Silva, Maria Auxiliadora Minahim, Valéria Silva Galdino Cardin	17/09/2009

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
229	Adilson Cunha Silva	As tecnociências e o redimensionamento da responsabilidade civil	Roxana Cardoso B. Borges, Washington Luiz da Trindade, Roberto Freitas Filho	01/10/2009
230	Agenor de Souza Santos Sampaio Neto	Considerações sobre a despersonalização da pessoa jurídica e o estado atual da questão do Código de Defesa do Consumidor	Washington Luiz da Trindade, Paulo César Santos Bezerra, Jorge Aliomar B.Dantas	01/10/2009
231	Osmir Antonio Globekner	A saúde entre o público e o privado: a questão da equidade no acesso social aos recursos sanitários escassos	Dirley da Cunha Júnior, Maria Auxiliadora Minahim, George Sarmento Lins Júnior	02/10/2009
232	Thaís Bandeira Oliveira	Lavagem de capitalis (dis)funções político-criminais no seu combate	Dirley da Cunha Júnior, Ricardo Maurício F. Soares, George Sarmento Lins Júnior	02/10/2009
233	Fábio de Oliveira Cordeiro	Controle jurisdicional de políticas públicas como meio de realização dos direitos sociais	Dirley da Cunha Júnior, Ricardo Maurício F. Soares, George Sarmento Lins Júnior	02/10/2009
234	Edval Borges da Silva Segundo	Conteúdo e aplicabilidade do princípio do juiz natural	Edilton Meireles, Fredie Didier Júnior, Leonardo José C. da Cunha	08/10/2009
235	Matheus Barreto Gomes	Precedentes judiciais legitimação pelo procedimento	Edilton Meireles, Fredie Didier Júnior, Leonardo José C. da Cunha	08/10/2009
236	Marcos de Aguiar Villas Boas	<i>In dubio pro contribuinte</i>	Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Saulo José Casali Bahia, Eurico de Santi	09/10/2009
237	Fábio Roque da Silva Araújo	O princípio da proporcionalidade referido ao legislador penal	Alessandra Rapassi M. Prado, Maria Auxiliadora Minahim, Érika Mendes de Carvalho	28/10/2009
238	Fernanda Ravazzano Azevedo Lopes	O conceito não revelado e as funções não declaradas da ressociação: a resposta garantista à manipulação da linguagem	Alessandra Rapassi M. Prado, Maria Auxiliadora Minahim, Érika Mendes de Carvalho	28/10/2009
239	Claúdio Azevedo da Cruz Oliveira	Integração Sul-Americana (entre a efetivação dos direitos humanos e a construção de uma dinâmica comunitária)	Nelson Cerqueira, Saulo José Casali Bahia, André de Carvalho Ramos	14/11/2009
240	Ana Thereza Meireles Araújo	A delimitação dogmática do conceito de homem como sujeito de direito no regramento jurídico brasileiro	Rodolfo Pamplona Filho, Washington Luiz da Trindade, Maria Lígia Coelho Mathias	24/11/2009
241	Tagore Trajano de Almeida Silva	Animais em juízo	Heron José de S. Gordilho, Mônica Neves Aguiar da Silva, Fábio Correa S. de Oliveira	30/11/2009
242	Carmem Lúcia Costa Brotas	Patentes de células-tronco: uma abordagem jurídica e bioética	Mônica Neves Aguiar da Silva, Rodolfo Pamplona Filho, Vicente de Paulo Barreto	08/02/2010
243	Victor Insali	A proteção dos direitos e liberdades fundamentais na Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos	Saulo José Casali Bahia, Manoel Jorge e Silva Neto, Carlos Roberto Sanchez Milani	26/02/2010
244	Cláudia Albagli Nogueira	O papel do discurso jurídico no direito pós-positivista: breve análise de decisões do STF	Nelson Cerqueira, Ricardo Maurício F. Soares, Willis Santiago Guerra Filho	08/03/2010
245	Iuri Vasconcelos Barros de Brito	Responsabilidade civil do juiz por dano decorrente da atividade jurisdicional	Wilson Alves de Souza, Fredie Didier Júnior, Leonardo José C. da Cunha	24/03/2010

Dissertações defendidas (1980-2010.1)

Nº	MESTRANDO	DISSERTAÇÃO	BANCA EXAMINADORA* (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
246	Anderson George de Lima Casé	Impossibilidade de dano moral às pessoas jurídicas	Roxana C. Brasileiro Borges, Washington Luiz da Trindade, Paulo Roberto Ribeiro Nalin	16/04/2010
247	Maurício Requião de Sant'ana	Normas de textura aberta e interpretação: uma análise no adimplemento das obrigações	Roxana C. Brasileiro Borges, Fredie Didier Júnior, Paulo Roberto Ribeiro Nalin	16/04/2010
248	Sabrina Dourado França Andrade	Julgamento liminar de mérito nas demandas repetitivas	Wilson Alves de Souza, Fredie Didier Júnior, Leonardo José C. da Cunha	19/04/2010
249	Luciana Moura Araújo Cardoso Pontes	O direito do trabalho e sua função protetiva na contemporaneidade: da necessidade de (re)definição em face das novas relações de trabalho	Luiz de Pinho P. da Silva, Rodolfo Pamplona Filho, Flávia Moreira Guimarães Pessoa	19/04/2010
250	Elma Marília Vieira de Carvalho	Disciplina jurídica da cláusula de permanência nas relações trabalhistas	Luiz de Pinho P. da Silva, Rodolfo Pamplona Filho, Sérgio Torres Teixeira, Flávia M. Guimarães Pessoa	19/04/2010
251	Lise Nery Mota	Tutela específica dos direitos da personalidade	Fredie Didier Júnior, Mônica Neves Aguiar da Silva, Gisele Santos Fernandes Goes	23/04/2010
252	Rafael Santos de Oliveira	Aspectos processuais da exceção de contrato não cumprido	Fredie Didier Júnior, Rodolfo Pamplona Filho, Gisele Santos Fernandes Goes	23/04/2010
253	Valnei Mota Alves de Souza	Ação coletiva de desapropriação para fins de reforma agrária – instrumento concretizador dos direitos sociais do trabalhador rural	Dirley da Cunha Júnior, Washington Luiz da Trindade, George Sarmento Lins Junior	23/04/2010
254	Caê Matos Teixeira de Almeida	Direito a um serviço público judiciário adequado	Wilson Alves de Souza, Dirley da Cunha Júnior, George Sarmento Lins Junior	23/04/2010
255	Pedro Germano dos Anjos	Controle jurisdicional do orçamento – planejamento orçamentário e diálogo constitucional no cumprimento dos direitos fundamentais a prestações fáticas	Saulo José Casali Bahia, Manoel Jorge e Silva Neto, George Sarmento Lins Júnior	23/04/2010
256	Lucas Rego Silva Rodrigues	Participação e legitimidade do Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano: contribuições à luz do princípio do discurso da teoria do direito de Habermas	Nelson Cerqueira, Paulo César Santos Bezerra, Raymundo Juliano Feitosa	24/04/2010
257	Vicente da Cunha Passos Júnior	A tutela jurídica contra o superendividamento como aplicação do princípio da dignidade humana nas relações de crédito	Rodolfo Pamplona Filho, Washington Luiz da Trindade, Prof. Paulo Luiz Netto Lobo	30/04/2010

TESES DE DOUTORADO DEFENDIDAS

Nº	DOUTORANDO	TESE	BANCA EXAMINADORA (O primeiro nome é do Orientador)	DATA DA DEFESA
01	Flávia Moreira Guimarães Pessoa	Efetividade dos Direitos Fundamentais e o Trabalhador Autônomo Economicamente Dependente: uma Proposta de Tratamento Jurídico	Rodolfo Mário Pamplona Filho, Saulo José Casali Bahia, Luiz de Pinho Pedreira da Silva, Edivaldo Boaventura, Carlos Henrique Bezerra Leite	04/04/2008
02	Ricardo Maurício Freire Soares	O discurso Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: Uma Proposta de Concretização do Direito Justo no Pós-Positivismo Brasileiro	Edvaldo Pereira de Brito, Maria Auxiliadora Minahim, Dirley da Cunha Júnior, George Sarmento Lins Júnior, Fernando Dantas	23/08/2008
03	Johnson Barbosa Nogueira	Limitações Dogmáticas das Prestações Pecuniárias Devidas pelos Administrados em Razão de Serviços Públicos	Paulo Roberto L. Pimenta, Sacha Calmon N. Coelho, Souto Maior Borges, Washington Luiz da Trindade, Edvaldo Pereira de Brito	20/10/2008
04	Sebastian Borges de Albuquerque Mello	O Conceito Material de Culpabilidade – O Fundamento da Imposição da Pena a um Indivíduo Concreto em Face da Dignidade da Pessoa Humana	Maria Auxiliadora Minahim, Cláudio Roberto Brandão, Luiz Regis Prado, Érika Mendes de Carvalho, Alessandra M. Prado	22/10/2008
05	Marco Aurélio de Castro Júnior	Cidadania Robótica Personalidade Jurídica do Robô	Rodolfo M. V. Pamplona Filho, Saulo Casali Bahia, Heron José de Santana Gordilho, Aires José Rover, Luiz A. Magalhães Pontes	24/4/2009
06	Deraldo Dias de Moraes Neto	A questão da efetividade das políticas Públicas (extrafiscalidade de tributos e, cobrança da água na preservação dos recursos, hídricos no Estado, Democrático de Direito	Paulo Roberto Lyrio Pimenta, Heron José de Santana Gordilho, Dirley da Cunha Júnior, João B. Leopoldino da Fonseca, Raimundo Juliano Feitosa	30/04/2009
07	Maria Elisa Villas-Bôas Pinheiro de Lemos	Alocação de recursos em saúde: quando a realidade e os direitos fundamentais se chocam	Maria Auxiliadora Minahim, Mônica Neves Aguiar da Silva, Rodolfo M. V. Pamplona Filho, George Sarmento Lins Júnior, Paulo Antonio Carvalho Fortes	18/12/2009
08	Yuri Carneiro Coelho	As teorias da conduta no Direito Penal: O conceito de conduta e sua importância para um Direito Penal de garantia	Maria Auxiliadora Minahim, Alessandra Rapassi M. Prado, Nelson Cerqueira, Margarida de O. Cantarelli, Cláudio Roberto C. B. Brandão	03/05/2010
09	Francisco Bertino Bezerra De Carvalho	Jurisdição: Legitimação pela ação comunicativa com e para além de Habermas	Edvaldo Pereira de Brito, Maria Auxiliadora Minahim, Mônica Neves Aguiar da Silva, Daniel Tourinho Peres, Alexandre Sérgio da Rocha	03/05/2010

**REGRAS PARA PUBLICAÇÃO DE ARTIGOS
NA REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL
DA BAHIA – UFBA**

1. O trabalho encaminhado para publicação na Revista do Programa de Pós-Graduação de Direito da Universidade Federal da Bahia – UFBA deverá ser inédito. Uma vez publicado, considera-se licenciado para a Revista PPGD, podendo tão somente ser publicado em outros lugares, após autorização prévia e expressa do Editor da Revista, citada a publicação original como fonte.
2. O trabalho pode ser enviado pelo correio eletrônico, para os endereços ppgd_ufba@yahoo.com.br ou fredie@terra.com.br (no “Assunto”, fazer referência à Revista), ou por via postal, em arquivo gravado em CD, obrigatoriamente acompanhado de via impressa para a Faculdade de Direito – UFBA, Rua da Paz, s/nº, Graça, Salvador/BA (CEP 40.150-140) em atenção ao Conselho Editorial da Revista PPGD/UFBA.
3. O trabalho deverá ter até 30 laudas. Como fonte, usar o Times New Roman, corpo 12. Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 3,0 cm . O tamanho do papel deve ser A4.
4. O trabalho deverá ser precedido por uma folha na qual constarão: o título do trabalho, o nome e qualificação do autor (ou autores), endereço para correspondência, telefone, fax e e-mail, e autorização de publicação.
5. As referências bibliográficas deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/2000 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT): sobrenome do autor em letras maiúsculas; vírgula; nome do autor em letras minúsculas; ponto; título da obra em itálico; ponto; número da edição (a partir da segunda); ponto; local; dois pontos; editora (não usar a palavra editora); vírgula; ano da publicação; ponto.
6. Os trabalhos deverão ser precedidos por um breve Resumo (10 linhas no máximo), em português e em inglês, e de um Sumário.
7. Deverão ser destacadas as palavras-chave (em português e em inglês).

8. Todo destaque que se queira dar ao texto impresso deve ser feito com o uso de itálico. Citações de textos de outros autores deverão ser feitas entre aspas, sem o uso de itálico.
9. Como contrapartida pela licença de publicação dos trabalhos na Revista, o colaborador receberá 01 (um) exemplar do periódico em cujo número seu trabalho tenha sido publicado, não sendo prestada remuneração autoral.
10. O trabalho para publicação será selecionado pelo Editor da Revista. Após essa primeira seleção, o trabalho será submetido a uma dupla avaliação cega, feita por avaliadores externos avulsos. Os trabalhos não aprovados serão devolvidos aos seus autores, que poderão reenviá-los, desde que efetuadas as modificações necessárias.
11. O trabalho apresentado pelos professores e alunos do PPGD-UFBA deve estar relacionado ao grupo de pesquisa de que fazem parte. A relação entre o trabalho e o respectivo grupo de pesquisa deve ser referida em nota de rodapé, logo no início do texto.
12. O trabalho deve estar inserido em uma das linhas de pesquisa do PPGD-UFBA: a) Constituição, Estado e direitos fundamentais; b) Teoria do Processo e tutela dos direitos; c) Limites do discurso jurídico; d) Fundamentos do direito privado; e) Aspectos jurídicos da Bioética; f) Relações de trabalho na contemporaneidade.