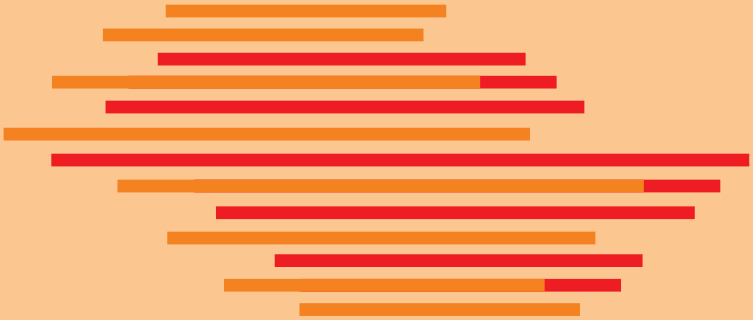
BOLETIM

Referências valiosas para você desenvolver o seu trabalho

ISSN 2237-4515



CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

MARÇO/ABRIL 2012

BOLETIM

Referências valiosas para você desenvolver o seu trabalho

CEPGE

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

www.pge.sp.gov.br - BOLETIM CEPGE, v. 36 - n. 2 - março/abril 2012

Sumário

Editorial

Editorial 5

Cursos e Eventos

Cursos do Centro de Estudos..... 7

Eventos do Centro de Estudos.. 7

Eventos em parceria com outras instituições 7

Peça e Julgado

Contestação em ação de contagem de tempo especial para aposentadoria por insalubridade da atividade e mandado de injunção 721 9

Doutrina

Limites objetivos da coisa julgada em mandado de segurança em matéria tributária 21

Parecer

SERVIDOR PÚBLICO. MÉDICO. CORPO CLÍNICO DO INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL – IAMSPE. Paciente testemunha de Jeová. Transfusão de sangue. Conduta médica. Disciplina traçada pelos Conselhos Federal e Regional de Medicina. Obediência aos princípios e normas deontológicas médicas traçada por estes órgãos de classe. 51

SERVIDOR PÚBLICO. MÉDICO. CORPO CLÍNICO DO INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL – IAMSPE. Conduta médica. Paciente testemunha de Jeová.

Recusa a receber transfusão de sangue. Possibilidade. Conflito de direitos fundamentais. Direito à vida em confronto com a liberdade religiosa. Necessidade de interpretação da Constituição Federal. 69

Ementário

Consultoria 107

Contencioso Geral 111

Contencioso Tributário-fiscal 113

Expediente

Procuradoria-Geral do Estado

Procurador-Geral do Estado
Elival da Silva Ramos

Procurador-Geral do Estado Adjunto
José Renato Ferreira Pires

Procuradora do Estado Chefe de Gabinete
Silvia Helena Furtado Martins

Subprocurador-Geral da Consultoria
Adalberto Robert Alves

Subprocurador-Geral do Estado da Área do Contencioso Geral
Fernando Franco

Subprocurador-Geral do Estado da Área do Contencioso Tributário-Fiscal
Eduardo José Fagundes

Corregedor-Geral
José Luiz Borges de Queiroz

Ouvidoria
Maria Rita Vaz de Arruda Corsini

Assessoria

Adriano Vidigal Martins, Alexandre Aboud, Ana Maria Oliveira Toledo Rinaldi, Bruno Maciel dos Santos, Carla Maria Rossa Elias Rosa, Cristina Margarete Wagner Mastrobuono, Daniel Smolentzov, Elizabete Matsushita, Eric Ronald Januario, Fabio Trabold Gastaldo, Flávia Della Coletta Depiné, Geraldo Alves de Carvalho, Guilherme Dario Russo Kohnen, Luciana Rita L. Saldanha Gasparini, Lucilia Aparecida dos Santos, Mara Regina Castilho Reinauer Ong, Márcia Aparecida de Andrade Freixo, Marcio Yukio Santana Kaziura, Maria Rita Vaz de Arruda Corsini, Renato Kenji Higa, Renato Peixoto Piedade Bicudo, Rosana Martins Kirschke, Sibele Ferrigno Poli Ide Alves, Telma de Freitas Fontes, Valéria Luchiari Magalhães, Vera Lucia Gonçalves Barbosa, Virgílio Bernardes Carbonieri, Yara Chucralla M. Blasi.

Conselho da PGE

Elival da Silva Ramos (Presidente), José Luiz Borges de Queiroz, Adalberto Robert Alves, Fernando Franco, Eduardo José Fagundes, Celso Alves de Resende Junior, Marcus Vinicius Armani Alves, José Ângelo Remédio Junior, Vanderlei Ferreira de Lima, Mirian Gonçalves Dilguerian, Marcelo Grandi Giroldo, Maria de Lourdes D'Arce Pinheiro, Vera Wolff Bava Moreira e Luciano Corrêa de Toledo.

Centro de Estudos

Procuradora do Estado Chefe
Mariângela Sarrubbo Fragata

Assessoria
Ana Sofia Schmidt de Oliveira, Camila Rocha Schwenck e Luiz Henrique Tamaki

Escola Superior da PGE

Diretora
Patrícia Ulson Pizarro Werner

Vice-diretora
Marily Diniz do Amaral Chaves

Comissão Editorial
Adriana Ruiz Vicentin, Alessandra Obara Soares da Silva, Camila Rocha Schwenck, Carla Pedroza Andrade, Cláudia Garcia Grion, Fernando César Gonçalves Pedrinho, Mara Regina Castilho Reinauer Ong, Maria Marcia Formoso Delsin, Patricia Ulson Pizarro Werner, Luiz Henrique Tamaki

Redação e Correspondência

Serviço de Divulgação do Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, Rua Maria Paula, 67 – 10º andar – CEP 01319-906 – São Paulo – SP – Brasil. Telefone: (11) 3130-9500.
Home Page: www.pge.sp.gov.br
E-mail: divulgacao_centrodeestudos_pge@sp.gov.br

Projeto, produção gráfica e impressão

Imprensa Oficial do Estado de São Paulo
Rua da Mooca, 1.921 – Mooca
03103-902 – São Paulo – SP – Brasil
sac 0800 01234 01
sac@imprensaoficial.com.br
livros@imprensaoficial.com.br
www.imprensaoficial.com.br

Tiragem: 900 exemplares

As colaborações poderão ser encaminhadas diretamente ao Serviço de Divulgação do Centro de Estudos. Os artigos jurídicos, pareceres e peças processuais somente serão publicados com a aprovação da Comissão Editorial, e as opiniões neles contidas são de exclusiva responsabilidade dos respectivos autores, não vinculando a Administração Pública.

Prezados Colegas,

O Boletim do Centro de Estudos é importante ferramenta de informação à disposição dos Procuradores do Estado de São Paulo. Cuida-se, sem dúvida, de meio simples e ágil de obter elementos para bem desempenhar nossa função diária.

Enquanto Conselheiro Eleito do Conselho Superior da Procuradoria Geral do Estado, biênio 2009/2010, tive a oportunidade de manifestar-me, por diversas vezes, acerca da relevância deste instrumento de trabalho dos Procuradores, insistindo, à época, que sua veiculação deveria ser feita exclusivamente por meio eletrônico em razão de minha costumeira preocupação com o meio ambiente.

A defesa do meio ambiente, tarefa constitucionalmente atribuída, dentre outros atores, ao Estado de São Paulo, é tema que se destaca na atuação da Procuradoria Geral do Estado.

Na Área da Consultoria, a Consultoria Jurídica da Secretaria de Estado do Meio Ambiente é peça fundamental para viabilizar as políticas públicas de defesa do meio ambiente paulista. Por meio da orientação jurídica exarada do mencionado órgão, o Governo Paulista encontra amparo constitucional e legal para implantar diversos programas essenciais para a manutenção e resgate da sadia qualidade de vida.

Já na Área do Contencioso Geral, são trinta e seis Procuradores do Estado, distribuídos pela Especializada da Capital (PPI) e pelas doze Procuradorias Regionais, vinculados diretamente à defesa do meio ambiente. No âmbito do Gabinete do Procurador Geral, há, na Subprocuradoria Geral da Área do Contencioso Geral, a Assessoria de Defesa do Meio Ambiente, atualmente sob minha responsabilidade, com o papel de orientar e unificar a atuação contenciosa da PGE nas ações que versam sobre matéria ambiental.

Sabe-se que o direito ambiental é multidisciplinar, envolvendo diversos ramos do conhecimento humano. Assim, para bem desempenhar seu papel no contencioso ambiental, o Procurador do Estado deve munir-se de crescente leque de informações, inclusive de conhecimentos de outras áreas da ciência, como a Biologia, a Geologia, a Geografia, a História e assim por diante.

Na necessária busca por conhecimento, o Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo desempenha papel da mais alta relevância ao disponibilizar, para os Procuradores com atuação na área ambiental, instrumentos capazes de auxiliá-los nessa tarefa.

Posso destacar o Curso de Especialização em Direito Ambiental de nossa Escola Superior, que preza por aulas teóricas e práticas de caráter multidisciplinar, trazendo aos alunos visão acadêmica, teórica e prática das questões ambientais.

Outro importante instrumento de troca de conhecimento foi a realização pelo Centro de Estudos do "I Encontro Ambiental da Região Sudeste", evento realizado nos dias 12 e 13 de abril deste ano, que contou com a presença das Procuradorias Gerais dos Estados da Região Sudeste. Na ocasião, travou-se importante e caloroso debate sobre as questões mais latentes e presentes na atuação ambiental de nossa Instituição.

Por fim, cabe destacar, como mencionado, o importante papel do Boletim do Centro de Estudos, com sua notória contribuição na rápida consulta de questões afetas ao cotidiano do Procurador do Estado.

Desejo boa leitura aos Colegas.

DANIEL SMOLENTZOV
Procurador do Estado – Assessoria de Defesa do Meio Ambiente
Subprocuradoria Geral da Área do Contencioso Geral

Cursos do Centro de Estudos

07.10.2011 a 09.03.2012 – 1º Curso de Aperfeiçoamento e Prática Forense para Estagiários da Procuradoria Judicial – 2011.

12 e 13.04 – 1º Encontro Ambiental da Região Sudeste.

16 e 23.04 – Ciclo de Debates sobre Arbitragem na Administração Pública.

20.04 – Curso sobre Contratos Administrativos para os Servidores da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo.

Eventos do Centro de Estudos

16.03 – II Encontro de Procuradores do Estado da Área da Consultoria Geral.

24.04 – Cerimônia de Entrega do Prêmio "O Estado em Juízo" – 2011.

Eventos em parceria com outras instituições

21.03 a 11.07 – Curso de Extensão "Contratos com a Administração Pública" em parceria com o Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS.

29 e 30.03 – I Encontro Latino-Americano de Advocacia de Estado – "Desafios da Advocacia Pública na América Latina", em parceria com a Advocacia Geral da União, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e a Procuradoria-Geral do Município de São Paulo.

03 e 04.04 – II Congresso Nacional de Gestão Pública em parceria com a LNG Organização de Eventos Ltda.

10 e 11.04 – VIII Fórum Brasileiro sobre as Agências Reguladoras – Regulação Econômica e Segurança Jurídica em parceria com o IBDP - Instituto Brasileiro de Direito Público.

16, 17 e 18.04 – 4º Congresso Brasileiro de Direito Constitucional em parceria com a ABCD – Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas.

19.04 – Seminário sobre Processo Judicial Tributário em parceria com a Dialética – Edições, Eventos e Cursos.

25,26 e 27.04 – II Fórum Brasileiro de Direito Disciplinário em parceria com a Fórum Cultural Organização de Eventos Ltda.

25 a 28.04 – X Congresso Internacional de Direito Constitucional em parceria com a EBEC - Escola Brasileira de Estudos Constitucionais.

EXMO(A). SR(A). DR(A). JUIZ DE DIREITO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL E CRIMINAL DA COMARCA DE PEDREGULHO.

N. DE ORDEM **411/11**
PROCEDIMENTO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL Nº **434.01.2011.002090.6**
AUTOR: **HELIO DONIZETE BERNARDES**
RÉU: **FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

O **ESTADO DE SÃO PAULO**, por intermédio do Procurador do Estado abaixo assinado, vem respeitosamente perante Vossa Excelência, nos autos do processo em epígrafe, apresentar **CONTESTAÇÃO**[1] à petição inicial, nos termos das razões de fato e de direito a seguir articuladas.

A presente ação de conhecimento tem por objetivo que esse E. Juízo de Direito supra a mora legislativa no tocante à regulamentação do art. 40, § 4º, da Constituição da República - determinando-se a aplicação ao caso do quanto disposto no art. 57 da Lei Federal n. 8.213/91 - e, por conseguinte, obrigue a Fazenda Estadual a averbar e apostilar o tempo de serviço público prestado pelo autor em atividade insalubre para efeito de futura aposentadoria voluntária especial. O autor, na fundamentação de seu pedido, invocou o julgamento procedido pelo Supremo Tribunal Federal no MI n. 721 e a decisão prolatada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo nos autos do MI n. 168.151-0/5-00.

Como se procurará demonstrar ao longo desta peça, o presente processo deve ser extinto sem resolução do mérito em face da manifesta **carência da ação**.

A Constituição Federal veda, expressamente, "a adoção de requisitos e de critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria" aos servidores submetidos ao RPPS, "ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores: I - portadores de deficiência; II - que exerçam atividades de risco; III - cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física".

1 Esta contestação foi produzida, em grande parte, com base nos Pareceres PA ns. 34/10 (de 11.03.2010) e 153/10 (de 22.10.10) prolatados pelo Procurador do Estado Dr. Elival da Silva Ramos, que atualmente se encontra no exercício do cargo de Procurador-Geral do Estado de São Paulo.

Dispõe, por sua vez, a Lei Federal 9.717/98:

"Art. 5º. Os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal não poderão conceder benefícios distintos dos previstos no Regime Geral de Previdência Social, de que trata a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, salvo disposição em contrário da Constituição Federal.

Parágrafo único. Fica vedada a concessão de aposentadoria especial, nos termos do § 4º do art. 40 da Constituição Federal, até que lei complementar federal discipline a matéria*." (Destaquei)*

I - Julgamento do Mandado de Injunção n. 721 pelo Supremo Tribunal Federal

Como cediço, a decisão tomada pelo STF no Mandado de Injunção n. 721/DF não projetou efeitos *erga omnes* (gerais). A coisa julgada material projetada pela decisão de tal ação mandamental não é, sob o prisma subjetivo, de caráter geral (*erga omnes*), beneficiando apenas e tão somente a impetrante.

Caso se tratasse de decisão com eficácia geral, caberia aos servidores por ela beneficiados (em tese, todos os servidores públicos sujeitos a regime previdenciário próprio e exercentes de atividade insalubre) ingressar com pedidos individualizados de aposentadoria especial pelo exercício de cargo público em condições insalubres, *em sede de execução de sentença*.

O v. acórdão prolatado no MI n. 721/DF, contudo, não deixou qualquer dúvida quanto à sua caracterização como decisão de caráter ***concreto***, com eficácia restrita às partes litigantes, bastando que se atente para esse pequeno excerto, extraído da ementa do julgado, relativamente ao balizamento das decisões emitidas em sede de mandado de injunção:

"**MANDADO DE INJUNÇÃO - DECISÃO - BALIZAS. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada**".

II - Julgamento do Mandado de Injunção n. 168.151-0/5-00 pelo Tribunal de Justiça de São Paulo

Algo diverso realmente se passou na decisão proferida pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, ao julgar o Mandado de Injunção n. 168.151-0/5-00, por meio do qual servidora da Universidade Estadual Paulista - UNESP buscou obter, judicialmente, o reconhecimento do direito à contagem de tempo de serviço prestado em condições insalubres, objetivando futura aposentadoria especial, nos termos do art. 40, § 4°, inciso III, da CF. Transcrevem-se trechos do voto vencedor, proferido pelo Desembargador-relator Dr. Mathias Coltro, a

indicar que o TJ.SP, inequivocamente, pretendeu conferir eficácia *erga omnes* à decisão concessiva da injunção:

> *"De conseguinte, razoável pretender-se conferir, também às decisões em sede de mandado de injunção, efeitos erga omnes.*
>
> *(...)*
>
> *Assim, razoável a adoção de efeitos erga omnes, mesmo porque, consoante o afirmado pelo Min. Gilmar Mendes nos autos do MI 670/DF, a solução alvitrada por essa posição não desborda da vontade hipotética do legislador, na medida em que se cuida de adotar provisoriamente, para o âmbito de aposentadoria e contagem de tempo para tal benefÍcio, as regras previstas na Lei n. 8.213/91".*

Mais do que dos fundamentos determinantes do v. acórdão, é de seu dispositivo que se extrai, translúcida, a mencionada eficácia geral:

> *"ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferir a seguinte decisão: 'DETERMINARAM O APENSAMENTO DOS PROCESSOS: 168.151-0, 168.143-0, 168.144-0, 168.146-0 E 168.152-0 PARA JULGAMENTO CONJUNTO. POR MAIORIA DE VOTOS, CONCEDERAM O MANDADO DE INJUNÇÃO PARA TODOS OS SERVIDORES ESTADUAIS', de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão".*

OTJ.SP concedeu os mandados de injunção identificados no dispositivo do citado v. acórdão com eficácia subjetiva geral, assegurando o direito à aposentadoria voluntária especial aos servidores estaduais exercentes de atividades insalubres através do suprimento da lacuna normativa mediante a aplicação das regras concernentes ao Regime Geral de Previdência Social (Lei 8.213/91, art. 57). Ou seja, referida decisão teve por desiderato viabilizar, em concreto, a todos os servidores estaduais que desempenham atividades nocivas à saúde ou à integridade física a aposentadoria voluntária sob requisitos e critérios diferenciados.

III - Ação rescisória proposta pelo Estado de São Paulo contra esse acórdão prolatado nos autos do MI 168.151-0/5-00 e apensos

Ocorre, entretanto, que o Estado de São Paulo ajuizou ação rescisória contra o referido acórdão - dotado de eficácia *erga omnes* - prolatado pelo TJ.SP nos autos do Mandado de Injunção 168.151-0/5 (e apensos).

E, por decisão de 6 de setembro deste ano (***vide*** documentos anexos), o Desembargador-relator do Órgão Especial, Dr. Corrêa Vianna, deferiu o pedido de tutela antecipada formulado pelo Estado, de maneira que se encontram atualmente suspensos os efeitos da mencionada decisão (acórdão rescindendo prolatado nos autos do MI 168.151-0/5 e demais apensos).

São fundamentos da ação rescisória proposta: **(1)** violação à literal disposição dos arts. 472 ("A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros"), 128 ("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 iniciativa da parte"), 459 e 460 ("É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado"), todos do Código de Processo Civil; e **(2)** acórdão prolatado por órgão jurisdicional absolutamente incompetente (art. 485, II, do CPC).

Sem dúvida, ao contrário dos instrumentos de controle de constitucionalidade objetivo ou concentrado, o mandado de injunção tem viés ***subjetivo***, ou seja, é instrumento de controle constitucional difuso. As lições do Professor José Afonso da Silva são bastante esclarecedoras a propósito:

> *"[O mandado de injunção] constitui remédio ou ação constitucional posto à disposição de quem se considere titular de qualquer daqueles direitos, liberdades ou prerrogativas inviáveis por falta de norma regulamentadora exigida ou suposta pela Constituição.*
>
> *(...)*
>
> *Os pressupostos do remédio são: (a) a falta de norma regulamentadora do direito, liberdade ou prerrogativa reclamada; (b) ser o impetrante beneficiário direto do direito, liberdade ou prerrogativa que postula em juízo. O interesse de agir, mediante mandado de injunção, decorre da titularidade do bem reclamado, para que a sentença que o confira tenha direta utilidade para o demandante.*
>
> *(...)*
>
> *É aí que entra a função do mandado de injunção: fazer com que a norma constitucional seja aplicada em favor do impetrante, independentemente de regulamentação, e exatamente porque não foi regulamentada.*
>
> *(...)*
>
> *O mandado de injunção tem, portanto, por finalidade realizar concretamente em favor do impetrante o direito, liberdade ou prerrogativa, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o seu exercício. Não visa obter a regulamentação prevista na norma constitucional. Não é função do mandado de injunção pedir a expedição da norma regulamentadora, pois ele não é sucedâneo da ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º).*
>
> *(...)*

Enfim, o conteúdo da decisão consiste na outorga direta do direito reclamado. O impetrante age na busca direta do direito constitucional em seu favor, independentemente da regulamentação. Por isso é que dissemos que ele precisa ter interesse direto no resultado do julgamento. Compete ao Juiz definir as condições para a satisfação direta do direito reclamado e determiná-la imperativamente"[2].

Como se verifica, a decisão judicial proferida em mandado de injunção "faz lei" entre as partes do processo, sujeitando-se sua coisa julgada à natural condição resolutiva incidente nesse tipo de ação constitucional, qual seja, a edição do ato legislativo regulamentador.

No julgamento do Mandado de Injunção n. 721, acima aludido, o Ministro-relator Dr. Marco Aurélio é extremamente didático quanto à natureza e função desse remédio constitucional:

"A natureza da citada ação constitucional – mandado de injunção -, procedente a causa de pedir versada na inicial, leva o pronunciamento a ganhar contornos mandamentais, a ganhar eficácia maior, a ponto de viabilizar, consideradas as balizas subjetivas da impetração*, o exercício do direito (...)*

Cabe ao Supremo, porque autorizado pela Carta da República a fazê-lo, estabelecer para o caso concreto e de forma temporária, até a vinda da lei complementar prevista, as balizas do exercício do direito assegurado constitucionalmente.

(...) tem natureza mandamental e não simplesmente declaratória, no sentido da inércia legislativa. Revela-se próprio, ao processo subjetivo *e não ao objetivo, descabendo confundi-lo com ação direta de inconstitucionalidade por omissão, cujo rol de legitimados é estrito e está na Carta da República.*

(...)

Em síntese, ao agir, o Judiciário não lança na ordem jurídica, preceito abstrato. Não, o que se tem, em termos de prestação jurisdicional, é a viabilização, no caso concreto, do exercício do direito (...) O pronunciamento judicial faz lei entre as partes, como qualquer pronunciamento em processo subjetivo, ficando, até mesmo, sujeito a uma condição resolutiva, ou seja, ao suprimento da lacuna regulamentadora por quem de direito, Poder Legislativo*"*[3].

Assim, conclui-se que cabe ao STF, por expressa autorização constitucional, estabelecer para o caso concreto e de forma temporária (condicional) as balizas

2 *Curso de direito constitucional positivo*, 33ª edição, Malheiros Editores, 2010, p.448/452. Grifei.

3 Supremo Tribunal Federal, Plenário, julgamento de 30.08.2007, votação unânime.

do exercício do direito assegurado constitucionalmente, quando do julgamento do *mandado de injunção*.

E daí se nota o outro vício do v. acórdão (prolatado pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo) objeto da ação rescisória ajuizada pelo Estado: efetivamente foi prolatado por órgão jurisdicional absolutamente incompetente.

Com efeito, a teor da alínea "q" do inciso I do art. 102 da Constituição Federal, compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar originariamente:

> *"o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal".*

Ora, como se percebe facilmente pela análise da Carta da República, compete *unicamente* à União a edição das leis complementares aludidas no § 4° de seu art. 40. Conforme bem asseverou o Procurador-Geral do Estado de São Paulo Dr. Elival da Silva Ramos no citado Parecer PA 34/10:

> *"Em meu entender essas leis devem ser editadas pela União, não apenas pelo histórico do dispositivo, que tem origem no disposto no art. 103 da Constituição anterior (67/69), como pelo fato de que a referência genérica a lei complementar no texto constitucional costuma ser indicativa de competência legislativa da União. Nesse sentido, as leis complementares de outros níveis federativos, quando contempladas pelo Constituinte Federal, recebem a indicação expressa de que se cuida de competência legislativa descentralizada (v.g., o disposto no art. 25, § 3º, da CF). Esse entendimento, aliás, foi referendado pelo legislador ordinário federal, que, nos termos do art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 9.717/98, vedou 'a concessão de aposentadoria especial, nos termos do § 4º do art. 40 da Constituição Federal, até que a lei complementar federal discipline a matéria' (parágrafo acrescentado pela MP nº 2.817-13, de 24/08/01)".*

Tem-se, portanto, que não é de competência do Estado de São Paulo editar a lei complementar (reclamada pelo art. 40, § 4º, da Constituição Federal) cuja ausência ensejou a impetração do mandado de injunção do qual se originou o v. acórdão ora objeto de ação rescisória.

O legislador em mora é, portanto, o da *União* (Congresso Nacional e Presidência da República), de maneira que, nos termos da supratranscrita disposição constitucional, competiria exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal julgar os mandados de injunção em tela (ns. 168.151-0/5 e apensos), sendo o Tribunal de Justiça Paulista absolutamente incompetente para tanto.

A respeito da competência para apreciação de mandado de injunção sobre essa questão (lacuna normativa referente ao § 4º do art. 40 da CF), assim se pronunciou o Ministro-relator Marco Aurélio nos autos do citado MI 721:

"Tratando-se de ato omissivo de autoridade ou órgão submetidos à jurisdição do Supremo, a este cabe processar e julgar originariamente o mandado de injunção. É o que decorre do teor da alínea "q" do inciso I do art. 102 da Constituição Federal: (...)".

O Tribunal de Justiça Paulista é competente para processar e julgar apenas os mandados de injunção relativos à *"inexistência de norma regulamentadora estadual ou municipal, de qualquer dos Poderes"* (art. 74, inciso V, da Constituição do Estado de São Paulo).

IV - Ausência de interesse processual – inadequação da via (ação ordinária de conhecimento) eleita. Necessidade de impetração de mandado de injunção perante o STF

A denominada aposentadoria especial do servidor público, prevista no art. 40, § 4º, *in fine*, da Constituição Federal foi veiculada por norma constitucional de eficácia limitada e de natureza preceptiva, dependendo da edição de legislação integrativa, na forma das leis complementares federais referidas no dispositivo indicado, para gerar todos os efeitos a que se predispõe.

Como é sabido, as leis complementares que permitiriam a aposentação de determinados servidores em condições, mormente de tempo de serviço, diferenciadas em relação aos demais, ainda não foram editadas.

Por conseguinte, tal aposentadoria especial não pode, presentemente, ser deferida na esfera administrativa, à míngua da fixação pelo legislador infraconstitucional de requisitos e critérios menos exigentes do que os estipulados para a aposentadoria comum.

Tanto assim é que os servidores públicos têm se valido do instituto do mandado de injunção, impetrado perante o Supremo Tribunal Federal, para a fruição do benefício, na medida em que, a partir do julgamento do Mandado de Injunção n. 721/DF, passou a Suprema Corte a admitir que a procedência desse tipo de ação mandamental importaria no suprimento judicial da providência normativa faltante para o caso concreto.

É certo, ainda, que o Supremo Tribunal Federal vem prestigiando, enquanto critério supridor da omissão legislativa, aquele pretendido pelo demandante neste feito, qual seja, a aplicação da norma pertinente do regime previdenciário comum (art. 57 da Lei Federal n. 8.213/91). Mas o faz no contexto do instituto do mandado de injunção, que tem por objetivo, precisamente, tornar aplicáveis, de imediato e nos limites de um caso concreto, normas constitucionais de eficácia limitada e de natureza preceptiva, indicando, *a contrario sensu,* a inviabilidade de serem os direitos subjetivos em questão postulados e atendidos na esfera administrativa ou através de outras ações judiciais que não o mandado de injunção impetrado perante o Supremo Tribunal Federal.

Como visto, no âmbito do mandado de injunção realmente compete ao Supremo Tribunal Federal *definir as condições para a satisfação direta do direito reclamado e determiná-la imperativamente*.

Ora, como o direito reclamado (contagem de tempo de serviço público prestado em atividade insalubre para aposentadoria especial) não foi abstratamente disciplinado e regulamentado por legislação infraconstitucional, não há qualquer viabilidade jurídica em postulá-lo e vê-lo atendido por meio de ação ordinária (e a ser julgada originariamente por Juízo de Direito de primeiro grau da Justiça Estadual).

Isso porque tal instrumento processual é inadequado para o fim almejado (não há interesse processual, portanto), assim como o Juízo de Direito de primeiro grau da Justiça Estadual é absolutamente incompetente para suprir jurisdicionalmente a lacuna normativa e determinar a satisfação do direito. Como sobejamente visto, apenas e tão somente o Supremo Tribunal Federal - e no âmbito do específico instrumento processual conhecido como mandado de injunção - pode apreciar (e determinar a satisfação, se o caso) o direito reclamado nestes autos.

Importante, nesse passo, destacar as enormes *diferenças* que existem entre a coisa julgada material proveniente das ações ordinárias em relação à derivada dos julgamentos de mandados de injunção. Como preleciona Rodrigo Mazzei[4], "(...) a *transitoriedade* da decisão do mandado de injunção está ligada umbilicalmente à *função* exercida pelo Judiciário, que jamais pode tomar para si em definitivo a *função* do Legislativo, situação que iria ocorrer caso a coisa julgada do *writ* prevalecesse para manter ao impetrante uma situação de privilégio, não prevista na própria lei que motivou aquele preenchimento precário no passado. (...) Aceitar que a decisão do mandado de injunção é *transitória*, não formando coisa julgada imutável, sendo absorvida completamente após a edição da normatização faltante, é fundamental, haja vista que demonstra o real alcance da figura no ordenamento jurídico nacional".

Portanto, em sendo aceito que o direito em questão (contagem de tempo de serviço público prestado em atividades insalubres para aposentadoria *especial*, não obstante a ausência de regulamentação da norma constitucional de eficácia limitada constante do art. 40, § 4º, inciso III, da CR) seja discutido e decidido na seara das ações ordinárias ou mesmo no âmbito de mandados de segurança, aí, sim, teríamos verdadeira violação ao princípio da isonomia.

Com efeito, aqueles que utilizaram o instrumento correto (mandado de injunção) e tiveram o direito atendido (de acordo com o suprimento normativo definido pelo Supremo Tribunal Federal - no caso, aplicação do art. 57 da Lei Federal n. 8.213/91), a qualquer momento poderão ter sua situação jurídica *al-*

4 *In Ações constitucionais*, organizador Fredie Didier Jr., 5ª edição, Editora Jus Podivm, , 2011, p. 268-269.

terada pela superveniência de regulamentação legislativa[5] em condições diversas dos critérios empregados pela Corte Excelsa para a excepcional e transitória satisfação do direito constitucional reclamado. Já, os autores das ações ordinárias e dos mandados de segurança, ficarão *imunes* à legislação infraconstitucional superveniente por força da coisa julgada material ordinária (...) *Data maxima venia*, isso é completamente injusto e inadmissível, não podendo ser tolerado pelo Poder Judiciário sob qualquer pretexto.

É inquestionável, destarte, a carência da ação *in casu* em face da manifesta ausência de interesse de agir pela utilização de instrumento processual inadequado para a satisfação do direito reclamado.

Por outro lado e apenas para fim de argumentação, ainda que não tivessem sido suspensos os efeitos do v. acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça no Mandado de Injunção n. 168.151-0/5-00 (e outros apensos), persistiria a ausência de interesse processual, desta feita por força da *desnecessidade* da tutela almejada neste feito. Isso porque bastaria então ao demandante (interessado em obter a contagem do tempo de serviço que prestou em condições de insalubridade para, com base nessa contagem, requerer, oportunamente, aposentadoria voluntária especial) ingressar, por meio de advogado, nos autos do referido MI n. 168.151-0/5-00 e apensos, com *pedido (executório) de cumprimento de obrigação de fazer*.

V - Conclusão

Ante o exposto, aguarda-se a extinção do presente feito sem apreciação do mérito, reconhecendo-se a manifesta carência da ação por força da ausência de interesse processual.

Requer-se, ainda, a juntada dos inclusos documentos e a produção de todos os demais meios de prova não vedados pelo ordenamento jurídico vigente.

Nesses termos,
Pede deferimento.
Franca, 24.11.2011.

THIAGO PUCCI BEGO
Procurador do Estado
OAB/SP nº 153.530

5 A propósito, de ver-se que, em relação à regulamentação do § 4º do art. 40 da CF, a Presidência da República já encaminhou ao Poder Legislativo dois projetos de lei complementar (PLPs 554 e 555, ambos de 2010).

SENTENÇA

Juizado Especial Civil da Comarca de Pedregulho

Data de disponibilização: 30/01/2012 – Órgão Judicial: DJSP – CADERNO 4 JUDICIAL 1ª INSTÂNCIA INTERIOR. / Juizado Especial Cível

434.01.2011.002090-6/000000-000 – n. ordem 411/2011 – Outros Feitos não Especificados – ACÃO DE OBRIGACAO DE FAZER c.c. PEDIDO DE TUTELA – HELIO DONIZETE BERNARDES X FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO – Vistos. Helio Donizete Bernardes propôs acao de obrigação de fazer, com pedido de tutela antecipada, em face de Fazenda Pública do Estado de São Paulo. O relatório e dispensado por lei. Decido. O pedido e improcedente. Pretende a averbação e apostilamento do tempo de serviço prestado em atividade insalubre, buscando aplicação da Lei n. 8.213/91. Tudo isto para fins de aposentadoria. Ocorre, porém, que o autor é servidor público, não se aplicando a ele a Lei n. 8.213/91 neste caso específico. O art. 40, § 4°, da Constituição Federal veda adocçã de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos servidores públicos. Excepciona, contudo, algumas hipóteses, dentre elas atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física (inciso III), porem, condiciona tudo à edição de lei complementar sobre o tema. A norma constitucional é de eficácia contida, portanto. Se a aposentadoria especial não pode ser concedida, em virtude da eficácia limitada da norma constitucional, não ha razão alguma para a averbação e apostilamento desejados pelo autor. Não se desconhece a existência de mandado de injunção que acolhe a tese do autor, porém, como leciona Hely Lopes Meirelles, "não poderá a Justiça legislar pelo Congresso Nacional, mesmo porque a Constituição manteve a independência dos Poderes (art. 2°). Em vista disso, o Judiciário decidirá o mandado de injunção, ordenando a autoridade impetrada que tome as providências cabíveis, fixando-lhe um prazo, se necessário. Essa decisão não fará coisa julgada 'erga omnes', mas apenas 'inter partes'. Somente a norma regulamentadora, expedida pela autoridade impetrada, terá aquele efeito, cessando, com isso, a competência do Judiciário" (in *Mandado de segurança, ação popular, ação civil publica, mandado de injunção, 'habeas data'*, 18ª edição, atualizada por Arnoldo Wald, Editora Malheiros, p. 208). Sendo assim, caberá ao próprio autor impetrar o mandado de injunção que o favoreça. O mandado de injunção n. 168.152-0/0-00, que tramitou junto ao Órgao Especial do TJ/SP, e que tinha concessão de efeito 'erga omnes' a favorecer o autor, teve tal efeito suspenso por decisão liminar concedida em ação rescisória (processo n. 0139212-56.2011.8.26.0000), decisão esta da lavra do Relator Correa Viana

(fls. 108). A Lei Federal n. 9.717/98, que trata de regras gerais de organização e funcionamento de regimes próprios de previdência para servidores públicos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, também veda a aposentadoria especial, nos termos do art. 40, § 4°, da CF, ate que lei complementar federal disponha sobre a matéria (art. 5°, parágrafo único). Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTE o pedido deduzido. Sem custas e honorários advocatícios nesta fase. PRIC Pedregulho, 20 de janeiro de 2012.

Luiz Gustavo Giuntini de Rezende
Juiz de Direito

Limites objetivos da coisa julgada em mandado de segurança em matéria tributária

Objective limits of the thing judged in mandamus in substance tax

RAFAEL DE OLIVEIRA RODRIGUES[1]

A extensão objetiva da coisa julgada da decisão prolatada em sede de mandado de segurança que trata de matéria tributária é tema que demanda, inexoravelmente, prévia reflexão sobre três áreas do conhecimento jurídico: Primeiramente, como não pode deixar de ser, há que se estudar os temas afetos ao direito processual civil, tais como o instituto da coisa julgada e o mandado de segurança. A par deles, cumpre considerar a análise sobre a relação jurídica, bem como sobre a norma jurídica e o fenômeno de sua incidência. Por fim, mister transpor os conhecimentos hauridos da Teoria Geral do Direito para o Direito Tributário, de forma a deter atenção à relação jurídica tributária. O presente estudo perquire interface entre todos esses conceitos, a fim de buscar os lindes de tutela jurisdicional, dentro do delimitado âmbito do "mandamus", a regrar relação jurídica especifica, de Direito Tributário.

The objective extension of the res judicata in tax mandamus is a subject which requires, inexorably, previous reflection on three fields of legal knowledge: Firstly, undoubtedly, it is required to study the subjects linked to Civil Procedural Law, such as the institute of the res judicata and the mandamus. Along with them, it is necessary

1 Procurador do Estado de São Paulo, lotado na Procuradoria Fiscal, especialista em Direito Processual Civil pela PUC/SP, especialista em Direito Tributário pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, Juiz do Tribunal de Impostos e Taxas da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo.

to consider the analysis on the legal relation, the legal norm and its effects. Finally, it is necessary to transpose the extracted knowledge of the Legal Theory to Tax Law, in order to understand the tax law relation. The present study makes an interface among all such concepts, pursuing the legal development of the mandamus judicial protection on Tax Law.

Palavras-chave: relação jurídica tributária, mandado de segurança, limites da coisa julgada.

Key words: legal relationship tax, mandamus, limits of the considered thing.

I. INTROITO

O mandado de segurança e a coisa julgada são dois institutos que surgem sob o manto protetor da Constituição Federal, haja vista a importância que têm para o sistema jurídico.

O mandado de segurança é instrumento processual posto à disposição das pessoas para extirpar ato ou justo receio de sua perpetração, em casos de ilegalidade ou abuso de poder praticado por autoridade pública que vulnere direito líquido e certo.

De outra parte, a coisa julgada é qualidade da decisão que se impõe para garantir a estabilidade das relações sociais. Por ela, tem-se a segurança de que uma resposta conferida pelo Estado, por intermédio do Poder Judiciário, não será objeto de nova controvérsia, e, por decorrência, de nova deliberação.

Na seara tributária, os dois instrumentos de gênese constitucional mostram-se de importância singular.

É comum, nesse campo, a impetração de mandado de segurança para que se reconheça a ilegitimidade da incidência tributária para, com isso, ver-se livre do recolhimento de determinado tributo.

Igualmente comum é a busca para estender os efeitos dessa decisão em casos futuros, de iguais características, justificando-se a prática, por se tratar a relação jurídica tributária de vínculo de natureza continuativa.

Em vista da tese que dá azo à prática acima narrada, faz-se imprescindível ao estudioso do direito analisar todos os elementos que a compõem, de forma a verificar se esta se coaduna com a técnica jurídica.

Assim, faz-se necessário tecer considerações sobre a coisa julgada, bem como sobre o mandado de segurança, seja ele preventivo ou repressivo, além de aprofundar o estudo concernente ao verdadeiro conceito de relação jurídica continuativa, para que se afira se a relação jurídica tributária tem essa característica.

Após a análise de cada parte, com seu respectivo conceito e extensão, será possível construir tese com robustez suficiente para assentar entendi-

mento definitivo sobre qual é a extensão objetiva da coisa julgada em sede de mandado de segurança em matéria tributária. É o que se perquire com o presente trabalho.

II. RELAÇÃO JURÍDICA

1. Delineamentos doutrinários

Seguindo linha de que se devem depurar os conceitos, de forma a deles extrair o seu genuíno sentido, para que se possa, em ato contínuo, construir, com robustez, uma tese científica, há que se tecer algumas ponderações acerca do sentido doutrinário do que se entende por relação jurídica.

É com o pano de fundo da teoria da norma jurídica que a dogmática se debruça sobre o problema da relação jurídica.

Segundo se depreende dessa dogmática, a norma jurídica reconhece a existência de relações sociais, que lhe são precedentes, e, diante delas, confere diversas situações jurídicas ou nos termos da obra do professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior, papéis[2], regrando, e, por conseguinte, organizando as relações sociais para a mantença da paz social, principal desiderato da norma jurídica.

Assim, a norma jurídica apreende esses comportamentos existentes entre as relações sociais a fim de melhor regrá-los.

Nessa ordem de ideias, restando clara a principal função da norma jurídica (regrar comportamentos), cumpre considerar o seu aspecto dinâmico, ou seja, a maneira pela qual incide nesses comportamentos, bem como a consequência de sua incidência no mundo dos fatos.

Para tanto, será preciso trazer à colação a distinção entre norma de conduta e norma de competência.

É na lição de Paulo de Barros Carvalho que se encontra, com minudência, a distinção entre norma de comportamento e norma de competência. Esta norma, formalmente idêntica à anterior, tem como seu objeto regrar a elaboração das normas de comportamento, como se fosse uma autorização, para que um ente possa estabelecer parâmetros de condutas no meio social[3].

Por outro lado, as normas de comportamento, produzidas pelos sujeitos delegados pelas normas de competência, efetivamente, imiscuem-se no seio social de forma a estabelecer limites de conduta, a fim de se alcançar a paz social.

Pois bem, devidamente estabelecida a diferenciação, cumpre retomar o aspecto dinâmico de incidência da norma jurídica.

---

2 FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 6ª edição. São Paulo: Atlas. 2008, p. 137

3 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 1ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 68.

Nesse sentido, a norma de conduta, produzida nos termos e limites da norma de competência, é dotada de legitimidade e cogência para, diante de determinado acontecimento havido no mundo fenomênico e por ela previsto, empregar-lhe uma consequência, qual seja, o nascimento de um vínculo jurídico dotado das características que lhe aprouverem, sempre com o fito de regrar determinado comportamento social. É o surgimento da relação jurídica.

Mais uma vez, imperioso trazer à colação a obra de Paulo de Barros Carvalho, que expõe, com profundidade, a tese acima aventada:

> *Se a norma jurídica de Direito é a proposição deôntica mediante a qual se imputa uma consequência a um antecedente ou suposto, procuraremos demonstrar que toda consequência normativa é a instalação de uma relação jurídica, o que equivale a dizer que o Direito enlaça à ocorrência do fato hipoteticamente descrito, o surgimento de um vínculo jurídico entre pessoas.*
>
> *Pelo que ficou dito no capítulo anterior, é licito concluir-se que a norma jurídica é o "logos" capaz de representar a disciplina do comportamento humano, assim como a proposição de estrutura categórica e, portanto, não normativa, é o "logos" que representa as situações jurídicas, como também estabelece conceitos e atribui qualidades.*
>
> *Ora, a disciplina do comportamento humano, na convivência social, é obtida mediante a criação de direitos subjetivos e deveres jurídicos que a eles correspondem, podendo dizer-se que há perfeita correlação entre cada direito e cada dever. Esses direitos e seus correlatos deveres têm um único veículo: a relação jurídica. Não é possível conceber-se a criação de um direito subjetivo fora ou independentemente do vínculo abstrato que cria de maneira concomitante seu correlato dever jurídico, sendo certo que tais direitos e deveres haverão de efetivar-se de modo coativo para que possam receber a qualificação de jurídicos.*
>
> *Bem, se a ordem social é alcançada mediante a estatuição de deveres e correlativos direitos, se tais deveres e direitos têm como exclusivo veículo a relação jurídica e se é correto afirmar-se que disposições de caráter normativo é que criam os direitos e deveres, é imperativo lógico reconhecer que toda norma jurídica cria, como consequência imputada ao acontecimento do suposto, uma relação jurídica segundo a qual o sujeito ativo, titular de um direito subjetivo, pode exigir do sujeito passivo o cumprimento de um dever jurídico.*

Extrai-se da obra do professor Paulo de Barros Carvalho justamente que a relação jurídica é a consequência da incidência de uma norma jurídica, e que esse procedimento só se deflagra após a realização do fato no mundo das relações sociais.

Seguindo na matéria, Tércio Sampaio Ferraz Júnior sustenta que o objeto da relação jurídica não se restringe só na correlação direito subjetivo-dever jurídico, mas sim na existência de um plexo de situações jurídicas, a depender da intenção da norma jurídica.

Segundo o festejado professor:

A análise das relações mostra-nos que há certa simplificação infundada quando se toma, como protótipo de relação jurídica, a que se estabelece entre direitos e deveres. Em verdade, pelo visto, a expressão direito subjetivo não é pura e simplesmente um correlato dever, mas abarca um conjunto de modalidades relacionais. Por exemplo, o direito (subjetivo) de propriedade inclui relações de faculdade, liberdade, imunidade, capacidade, competência e seus correlatos. Entende-se, assim, porque dissemos que a noção de direito subjetivo serve ao jurista para operar relações, isto é, descrever, de uma forma sintética, relações reguladas por normas[4].

Dentro desse plexo de ideias, Alfredo Augusto Becker, baseado na premissa acima apontada de que a relação jurídica pode ter conteúdos diferenciados do paradigma direito subjetivo – dever jurídico, apresenta interessante estudo sobre os graus de vinculação de determinada relação jurídica, consoante se infere de excerto a seguir colacionado:

A relação jurídica pode ser de conteúdo mínimo (direito e dever) ou de conteúdo médio (direito, pretensão e dever, obrigação) ou de conteúdo máximo (direito, pretensão, coação e dever, obrigação, sujeição).

Na relação jurídica de conteúdo mínimo (direito e dever), o sujeito ativo e o sujeito passivo estão vinculados (ligados) juridicamente um ao outro, tendo aquele o direito à prestação e este o dever de prestá-la. Mas ter o direito a prestação, ainda não é poder exigi-la (pretensão). Por sua vez, a existência da exigibilidade (momento estático: existência da pretensão) distingue-se do exercício desta exigibilidade (momento dinâmico: exercício da pretensão).

Na relação jurídica de conteúdo médio (direito, pretensão e correlativos dever, obrigação), a exigibilidade da prestação (existência da pretensão) e o exercício da exigibilidade (o exercício da pretensão), ainda não são o poder coagir alguém a realizar a prestação (coação) e nem o exercício da coação.

Se uma pessoa (o sujeito ativo) tem o direito a uma prestação e pode exigi-la e a exige (exerce a pretensão), ainda assim, a prestação pode não se realizar: ou porque o sujeito passivo ignora a incidência da regra jurídica (desconhece a lei ou a interpreta erroneamente) ou porque ignora a exigibilidade ou porque não quer (ato de vontade). Então, se a eficácia jurídica foi integral (relação jurídica de conteúdo máximo: direito, pretensão, coação e correlativos), ao sujeito ativo ainda resta um último recurso: ele pode coagir (coação) e coage (exerce a coação) o sujeito passivo a realizar a prestação. Note-se que somente pela coação

4 Idem, Ibidem, p. 137

se obtém a realização da prestação (a satisfação do direito), independentemente da vontade do sujeito passivo ou de sua ignorância[5].

Denota-se da obra do professor Alfredo Augusto Becker que, com a incidência da norma jurídica ao acontecimento havido no mundo dos fenômenos sociais, a relação jurídica que surge é dotada de força que lhe é ínsita. É a coercibilidade.

Diante dessa premissa, qual seja, de que a coercibilidade é elemento inerente a toda a relação jurídica, o saudoso tributarista desenvolve estudo sobre os graus de força ou de coercibilidade.

Nesse passo, para fins de construção da tese objeto do presente estudo, é imperioso o estudo do professor Augusto Becker, já que não é qualquer relação jurídica que pode ser amparada pelo Poder Judiciário, na hipótese de seu descumprimento. Faz-se necessário analisar, preambularmente, o nível de coercibilidade, para só então se verificar o interesse de agir e de se obter uma tutela estatal.

Por fim, dentro da tônica já apontada neste trabalho de aferir, tal como faz o cientista, que diante do objeto de estudo, extrai dele todos os seus elementos, e minudencia cada um deles, para viabilizar o entendimento do que seja o todo, cumpre nessa fase do trabalho deixar assentados esses conceitos sobre relação jurídica, para, no momento oportuno, fazer uma exegese conjunta de todos eles, a fim de se atingir uma conclusão juridicamente sustentável.

2. Relação jurídica tributária

Em vista da ideia retrofixada de que a relação jurídica é consectário último da apreensão normativa de acontecimento extraído das relações intersubjetivas, tem-se que a relação de natureza jurídica tributária sempre advém de um fato imponível (que na esfera tributária sempre é um fenômeno presuntivo de riqueza), devidamente tipificado na norma jurídica tributária.

Assim sendo, a atendo-se a atenção no fato imponível, denota-se que este pode ser de duas ordens: ou o fato presuntivo de riqueza tipificado na norma jurídica é instantâneo, ou seja, emerge, surte efeitos e se finda, em um mesmo momento, ou o fato social nasce e se estende no tempo.

No primeiro caso, com o acontecimento no mundo fenomênico, imediatamente incide a norma de caráter jurídico tributário, por força de sua cogência e coercibilidade, dando, em razão disso, azo ao surgimento de uma relação jurídica tributária. Nessa situação, a relação jurídica tributária será imediata, em vista de seu substrato fático.

---

5 BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 4ª edição. São Paulo: Noeses, 2007, p. 365.

É o caso, por exemplo, da norma jurídica que tributa a transmissão de bens. Esse acontecimento é haurido no tempo de modo imediato. Com ele, deflagra-se o procedimento de incidência da norma jurídica tributária e, em decorrência, o surgimento de uma relação jurídica de natureza tributária.

De outro lado, em hipóteses em que o fato imponível se protrai no tempo, a coercibilidade normativa se dirige àquele fato enquanto ele persistir. Em consequência, o vínculo se estende, enquanto presentes seus substratos de fato e de direito. Nesses casos, tem-se a relação jurídica tributária continuativa.

Tem-se, como exemplo, a contribuição para custeio da Seguridade Social pelo empregado ou empregador. Enquanto o contrato de trabalho se mantiver hígido, a norma jurídica tributária incidirá e fará com que surja uma relação jurídica tributária. Dessa forma, enquanto permanecer o substrato empírico de incidência da norma jurídica, a relação jurídica se estenderá.

Enfim, ante as considerações acima, antes de se catalogar a relação tributária como liame de natureza continuativa, deve o operador do direito debruçar-se sobre os fatos imponíveis, de forma a aferir se são imediatos ou não.

É a partir daí que se desenvolve o raciocínio.

III. MANDADO DE SEGURANÇA

1. Noções introdutórias

Ação civil de natureza eminentemente constitucional destinada à proteção de liberdades públicas, o mandado de segurança foi introduzido no ordenamento pátrio pela Constituição Federal de 1934.

Antes, doutrina e jurisprudência tinham certa dificuldade em impugnar atos praticados pelo Poder Público, já que tinham de manejar outros instrumentos não destinados especificamente para tal desiderato.

Assim, inicialmente, como forma de discutir a legitimidade de atos praticados pelo Estado que despojava servidores públicos de seus cargos, a doutrina assentava a possibilidade do manejo das ações possessórias, haja vista o raciocínio, despendido à época, de que os cargos públicos eram passíveis de apropriação, logo, amparados por tutela possessória em casos de esbulho ou de turbação.

De outra parte, sustentou-se, também, a possibilidade de estender o uso do *Habeas Corpus* não só para afastar atos públicos que atentassem contra direito de locomoção, mas a todo e qualquer direito. Assim, qualquer ato do Poder Público que incorresse em ofensa a qualquer direito fundamental estaria amparado pelo *Habeas Corpus*. Convencionou-se caracterizar essa tese como Teoria brasileira do *Habeas Corpus*.

Enfim, denota-se pelas teses acima que o ordenamento era carente de um meio específico para impugnar atos estatais que tivessem o condão de lesar ou ameaçar direitos e garantias fundamentais.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1934 introduziu norma regradora do mandado de segurança no artigo 113, nº 33.

A partir dessa previsão, as Constituições Federais que se seguiram mantiveram o instituto, que se consagrou como instrumento garantidor da mantença da compatibilidade vertical dos atos estatais com a Constituição e com as leis.

2. Natureza Jurídica

Hodiernamente, o mandado de segurança está previsto na Constituição de 1988, em seu artigo 5º, LXIX. No plano infraconstitucional, a matéria está regrada atualmente pela Lei nº 12.016 de 7 de agosto de 2009.

Pois bem, imperioso, para fins do presente trabalho, é que não houve alteração da lei no que cinge ao desiderato do mandado de segurança, qual seja, o de amparar direito líquido e certo sempre que houver VIOLAÇÃO ou JUSTO RECEIO de sua ocorrência.

Dessa feita, a doutrina de modo uniforme convencionou classificar o mandado de segurança conforme a tutela que perquire: Se a busca for pela reparação de uma violação já perpetrada, o mandado de segurança tem natureza repressiva. Ao contrário, se houver justo receio da prática de ato que importe em violação de direito líquido e certo, o mandado de segurança terá natureza preventiva.

Essa distinção é importante para que verifiquemos, no caso, qual a extensão da controvérsia, e, além disso, qual a resposta jurisdicional buscada, para fins de se aferirem os lindes objetivos que a coisa julgada terá no caso.

Nesse sentido, Cássio Scarpinella Bueno, com a precisão que o caracteriza, sustenta a necessidade de estabelecer os limites da controvérsia em mandado de segurança, até como forma de garantia de defesa da autoridade que perpetrou o suposto ato coator.

Para o mencionado doutrinador, a lide se limita ao suposto ato apontado como coator, e sua compatibilidade vertical com o regramento jurídico, como podemos extrair de excerto de sua obra:

> *Importante ter presente, destarte, a individualização do ato que se pretende questionar pelo mandado de segurança dentro da esfera administrativa, até para que a identificação da autoridade coatora seja a mais escorreita possível e também para que o exercício do direito de defesa possa ser regularmente exercido. Sim porque a identificação correta dos contornos do ato coator e de seus desvios do padrão de legalidade corresponde à causa de pedir do mandado de segurança*[6].

Já no que concerne ao mandado de segurança preventivo, há que se demonstrar, na causa de pedir, por parte do impetrante, não só a incompatibilidade *in abstracto* do

6 BUENO, Cássio Scarpinella. *Mandado de Segurança.* São Paulo: Saraiva, 2007, p. 29

ato com o ordenamento (abstratamente, já que o ato ainda não foi perpetrado), bem como o justo receio de sua prática. É da soma desses dois requisitos que se configura a *causa petendi* em mandado de segurança preventivo e é nesse limite que deve se circunscrever o magistrado ao conferir tutela jurisdicional ao caso a ele conferido.

De uma forma ou de outra, tendo em vista a estreiteza do mandado de segurança, é curial a delimitação dos contornos da lide mandamental, considerando, para tanto, a compatibilidade do ato perpetrado com o ordenamento para justificar a possível violação a direito líquido e certo ou, ainda, a patente possibilidade da Administração Pública praticar determinado ato, de forma a deflagrar a via do mandado de segurança.

Assim, no esteio dos ensinamentos do professor Cassio Scarpinella Bueno, acima fixado, cumpre ao impetrante individualizar o ato (praticado ou a se praticar). A partir dessa individualização, será possível se aferir a *causa petendi* do *mandamus* e, por conseguinte, a tutela que se perquire perante o Estado-Juiz.

Com as considerações acima, a coisa julgada que se sucede em sede de mandado de segurança ganha contornos mais objetivos.

IV. COISA JULGADA

1. Considerações iniciais

Um ponto de relevo e que merece uma atenção mais detida a fim de viabilizar uma conclusão com maior consistência em relação ao tema principal da presente monografia é o instituto da coisa julgada.

A par das substanciosas discussões doutrinárias acerca da natureza jurídica da coisa julgada, ou seja, se esta é um efeito da decisão, se é uma qualidade dos efeitos da decisão, ou ainda, se se trata de uma situação jurídica do conteúdo da decisão, cumpre estabelecer o elemento comum, que permeia todas as teses acerca do candente tema, e que lhe define em sua inteireza, qual seja, a imutabilidade.

A coisa julgada se relaciona à imutabilidade, seja dos efeitos da decisão, seja da própria decisão, conforme a doutrina que se perfilhe, e por isso, na impossibilidade de se discutir novamente matéria já levada à deliberação pelo Poder Judiciário, dentro do mesmo processo (coisa julgada formal) ou fora dele (coisa julgada material).

O escopo da mantença desse instituto no ordenamento é a garantia de valor muito caro à Constituição e, por conseguinte, a todo o sistema jurídico do País, que é a segurança nas relações pessoais.

Com a sua presença, o sistema proporciona às pessoas a confiança de que após a deliberação do Estado sobre a aplicação do direito a determinado caso concreto, resta impossibilitada nova deliberação a respeito daquele conflito.

2. Limites objetivos da coisa julgada

Pois bem, devidamente definido e explicitado o seu pressuposto de existência, cumpre estabelecer seus parâmetros objetivos de incidência, ou seja, curial fincar os limites de imutabilidade de que goza a tutela jurisdicional.

Nesse tema, o Código de Processo Civil, ainda que de forma atécnica[7], delimitou a coisa julgada. A norma que trata do tema se encontra no artigo 469 do Código de Processo Civil.

Ora, diante da premissa já trazida à colação de que o escopo do processo judicial é a perquirição de tutela estatal que resolva, com grau de definitividade, uma crise existente entre pessoas (seja uma crise de certeza ou de adimplemento, dentre outras), a fim de que se concretize valor constitucionalmente estimado que é a segurança jurídica, fim último necessário à convivência harmoniosa em sociedade, o artigo 469 do Código de Processo Civil, sem embargo da ausência de técnica afirmada pela boa doutrina, é importante porque assegura que todas as questões pelas quais perpassa o órgão jurisdicional para perpetrar ato final que dá solução ao conflito de interesses não estão abrangidas pela imutabilidade de que goza a coisa julgada.

Nas percucientes palavras de Cândido Dinamarco:

> *Evitar conflitos práticos do julgado é o resultado que se coaduna com o escopo pacificador da própria jurisdição, a qual não se exerce para fixar teses jurídicas nem para a descoberta da verdade dos fatos como um objetivo em si próprio. O que importa é pacificar pessoas e eliminar seus conflitos mediante a definição de direitos, obrigações e comportamentos a adotar, sem deixar resíduos da insegurança jurídica que instabiliza relações; a descoberta da verdade mediante a instrução e cognição realizadas no processo, é mero instrumento para a busca da justiça nas decisões. Existe um eixo imaginário que liga o pedido posto na demanda inicial e a parte dispositiva da sentença, de modo que o autor pede determinada providência em relação a determinado bem da vida e o juiz lhe responde concedendo ou denegando essa providência É nessa resposta e não nas razões adotadas pelo juiz para responder, que reside a fórmula de convivência a ser observada pelos sujeitos envolvidos no conflito*[8].

No sentido da importante lição acima assentada, a garantia da imutabilidade não se estende às razões da decisão, mas tão somente a ela mesma, que resolve a crise existente entre os litigantes e para garantir a permanência da paz social, inviabilize que qualquer das partes, deduza nova pretensão junto ao Poder Judiciário suscitando fatos oriundos daquela lide anteriormente aforada e já definitivamente decidida.

---

7 Idem, Ibidem, p. 313.

8 Idem, Ibidem, p. 314

Limites objetivos da coisa julgada e relações jurídicas continuativas

Devidamente fixadas as ideias de que o ordenamento, a fim de preservar o valor segurança das relações jurídicas, confere imutabilidade e, por conseguinte, estabilidade, às tutelas jurisdicionais e estritamente à parte em que decidem a lide e não aos fundamentos que o órgão julgador se utilizou para tanto, é preciso inserir essas conclusões diante de uma situação fática diferenciada.

Está-se a tratar nessa etapa dos estudos, da coisa julgada e sua relação com as relações jurídicas de natureza continuativa.

Nas relações jurídicas de natureza continuativa, o vínculo entre as partes não se esgota de forma instantânea. Em razão da permanência de circunstâncias de fato e de direito, o vínculo perdura, se protrai no tempo.

Diante dessa peculiaridade, a tutela jurisdicional que normalmente regularia fatos passados e presentes incide "pro futuro", a fim de regular acontecimentos dali em diante.

Consigne-se que a tutela jurisdicional é jungida a uma relação jurídica de direito material. A partir desta, o Estado-Juiz delibera, de modo a determinar a forma de sua existência, eliminando, assim, a crise existente (lide). Nos casos em que a relação jurídica de direito material se prolonga no tempo, a regra geral de que a tutela jurisdicional estabelece a forma da relação jurídica de direito material ganha novos contornos, já que exige que, assim como a relação de direito material, a decisão judicial e seus efeitos também se prolonguem de forma a acompanhar a relação material.

Com a competência que lhe é peculiar, Fredie Didier assim trata a matéria:

> *Normalmente, não são admitidas as chamadas "sentenças futuras", aquelas que regram situações ainda não consumadas (futuras). Isso porque, diante de uma situação ainda não concretizada, faltaria interesse processual da parte para desencadear a prestação jurisdicional.*
>
> *Excepcionam, contudo, aquelas sentenças que recaiam sobre situações futuras que estejam vinculadas a situações presentes. É o caso das sentenças que disciplinam relações jurídicas continuativas que têm por objeto obrigações homogêneas de trato sucessivo – também chamadas por alguns, como visto em capítulo anterior, de sentenças determinativas ou dispositivas. Nada mais são que sentenças que versam sobre relação jurídica que se projeta no tempo, que não é instantânea, normalmente envolvendo prestações periódicas*[9].

A matéria foi erigida a texto de lei, pelo artigo 471 do Código de Processo Civil. Extrai-se, da leitura específica do artigo 471, I, do Código de Processo Civil o pressuposto para o prolongamento, no tempo, da coisa julgada, a fim de agasa-

9 DIDIER JR., Fredie, *Curso de Direito Processual Civil*. Volume 2. 4ª edição. Salvador: Podivm. 2009, p. 432.

lhar fatos originados "pro futuro", qual seja, que sejam mantidos os substratos de fato e de direito que embasaram a decisão proferida.

Na esteira de todo o exposto, Cândido Dinamarco, com singular clareza, leciona a matéria, de forma a restar indene de dúvidas o que se entende por relação jurídica continuativa e os efeitos da tutela jurisdicional em casos desse jaez:

> *Ordinariamente é inadmissível o julgamento sobre obrigações futuras, ou ainda, inexigíveis, carecendo de ação por falta de interesse-necessidade aquele que viesse a juízo com uma pretensão a obter condenação a satisfazê-las. A lei todavia, fundada em razões pragmáticas de aceleração da tutela jurisdicional, abre caminho para que sejam objeto de julgamento e possível condenação certas obrigações futuras que de algum modo estejam entrelaçadas com obrigações existentes e exigíveis no presente. Isso acontece quando de uma só relação jurídica emanam obrigações já vencidas e outras vincendas, onde a experiência comum mostra ao legislador que o inadimplemento das parcelas vencidas é indicador razoavelmente confiável de que, no futuro, o obrigado continuará inadimplente. É o que acontece, entre outros casos, em relação aos alimentos devidos entre familiares*[10].

Assente-se a premissa veiculada pelo professor Dinamarco, qual seja, que o vínculo que une os sujeitos (relação jurídica) é uno, abrangendo um sem-número de obrigações, passadas, presentes e futuras, que seguem o mesmo regramento, tendo em vista a unidade fática e jurídica que as permeia. A despeito dessa consideração, consigne-se que a assertiva será de especial valia mais à frente, quando se tecerão maiores comentários sobre o que é relação jurídica.

De outro lado, a fim de antecipar a problematização do tema tratado no presente estudo, o Ministro Teori Albino Zavascki, em seu voto proferido no Agravo Regimental em Recurso Especial nº 703.526, de relatoria originária do Ministro Francisco Falcão, cita trecho de sua obra, asseverando existir uma definição um pouco diferente de relação jurídica continuativa:

Segundo o festejado Ministro:

> *Na verdade, as relações sucessivas compõem-se de uma série de relações instantâneas homogêneas, que, pela sua reiteração e homogeneidade, podem receber tratamento jurídico conjunto ou tutela jurisdicional coletiva. No geral dos casos, as relações sucessivas pressupõem e dependem de uma situação jurídica mais ampla, ou de determinado status jurídico dos seus figurantes, nos quais se inserem, compondo-lhes a configuração*[11].

Dessa forma, para o Ministro Teori Albino Zavascki, o que ocorre é o tratamento unitário de um plexo de relações jurídicas dotadas de características

10 Idem, Ibidem, p. 311.

11 ZAVASCKI, Teori Albino, *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, p. 81-101.

comuns, independentemente de se tratar de relações jurídicas que se formarão após a tutela jurisdicional.

De toda forma, a ponderação inserta na obra do Ministro Teori Zavascki deve ser considerada relevante para este trabalho, até porque a premissa adotada foi acolhida por toda a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça para firmar posição acerca da coisa julgada nas relações continuativas.

Nessa fase do trabalho, deve-se ressaltar que a coisa julgada nas relações jurídicas que se protraem no tempo, na forma prevista no preceito normativo inserido no artigo 471, I, do Código de Processo Civil, está plasmada da cláusula "*rebus sic stantibus*", ou seja, mantém-se, enquanto subsistir o arcabouço fático e jurídico existente à época da resposta jurisdicional na solução da lide.

3. Limites objetivos da coisa julgada e a Súmula 239 do Supremo Tribunal Federal

Outro item que merece detida consideração para a formação de um racional convencimento no final desta monografia é a candente e densa discussão encetada pelo Supremo Tribunal Federal que culminou no verbete sumular nº 239 daquela Corte, assim ementado: "Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores".

O precedente do Supremo Tribunal Federal que firmou o entendimento da Corte é o Agravo de Petição nº 11.227, de relatoria do Ministro Castro Nunes.

Ressalte-se, preambularmente, a importância dessa súmula e desse aresto, porquanto se trata de discussão sobre coisa julgada em matéria fiscal, em que o raciocínio feito muito influencia a discussão travada no presente estudo.

Nesse sentido, depreende-se do julgado exatamente a mesma concepção que se busca firmar com a presente monografia, muito embora o precedente fora travado em sede de execução fiscal, onde se deliberou que uma tutela jurisdicional devidamente transitada em julgado que determina a intributabilidade em determinado exercício fiscal não obsta a cobrança por executivo fiscal no exercício seguinte, razão pela qual, inclusive, fez com que o Ministro Castro Nunes tenha desacolhido os embargos opostos pela Fazenda Nacional.

Assentou-se, no caso, o exato raciocínio de que a coisa julgada se delimita pelos termos da declaração, ou na lição de Marinoni, pela resposta dada pelo Poder Judiciário em razão da demanda aforada.

Todavia, sem embargo das especificidades das situações, extrai-se do julgado o ensinamento que se encaixa perfeitamente com a discussão ora travada: Os limites da decisão, e por consequência, da coisa julgada se circunscrevem aos lindes da demanda trazida pelo autor.

Para subsidiar a conclusão acima, o relator se pauta em doutrina estrangeira e veicula trecho da obra de Reneletti, conforme se denota do seguinte trecho do aresto:

E o lançamento poderá ser renovado não obstante o julgado que tenha anulado o do ato do exercício anterior. Daí dizer-se com o mesmo Reneletti, que o julgado sobre um dado accertamento não têm eficácia em relação ais exercícios seguintes, porque, diz ele, cada accertamento é autônomo e independente – Ogni accertamento tributário costituisce um tutto a sê a la tassa aplicata in ogni esercizio forma una entità giurídica por sè stante distinta da quella degli anni precedenti: secchè Il giuridico sulla tassazione di um dato non spiega efficacia sulla idêntica controvérsia per um anno tributário, poichè La legge attribuisce ad ogne accertamento della tassa um carattere autônomo e indipendente (Oreste Ranelletti, La Guarentigia della Giustizia nella Pubblica Amministrazione, n° 354, nota)

Ainda na esteira das razões esposadas pelo Ministro Castro Nunes, amparadas por doutrina estrangeira:

Mirbach – Rheinfeld esclarece igualmente que, no tocante aos lançamentos, os efeitos da coisa julgada se restringem ao que foi objeto do litígio – chaque assiette prise a part constitue em soi um acte administratif isole, qui est independant dês decisions anterieures, encore que relatives à la même affaire (Precis de Droit Financier, página 212)

Por fim, e a conclusão é nodal para corroborar o pensamento esposado nesse estudo. Afirma o ministro Castro Nunes:

O que possível dizer, sem sair, aliás, dos princípios que governam a coisa julgada é que esta se terá de limitar aos têrmos da controvérsia. Se o objeto da questão é um dado lançamento que se houve por nulo em certo exercício, claro que a renovação do lançamento no exercício seguinte não estará obstada pelo julgado. É a lição dos expositores acima citados.

Assim, dos excertos colacionados pode-se extrair a ideia-*mater* pela qual se desenvolve toda a linha de argumentação do trabalho, ou seja, em matéria fiscal, assim como qualquer outra discussão, a coisa julgada não extravasa os lindes trazidos pelas partes. Se o objeto da controvérsia é a impugnação de um dado ato do Poder Público, não há que se considerar possível, pelas razões expendidas pelo magistrado, resolver atos futuros do Poder Público, ainda que por força da sua homogeneidade.

Infere-se, pois, que a tese que ora se desenvolve suscita debate há décadas, tendo em vista que a própria Suprema Corte já deliberou a respeito em julgado proferido em 1944 e publicado no Diário da Justiça de 10 de fevereiro de 1945.

4. Limites objetivos da coisa julgada em mandado de segurança que trata de matéria tributária

A matéria tratada neste capítulo demanda sólida compreensão de todas as premissas fixadas nos capítulos anteriores.

Apenas com a apreensão dos conceitos esposados anteriormente, será possível analisar se doutrina e jurisprudência, que se debruçaram sobre a matéria, levaram em consideração todos os elementos necessários para se galgar ilação juridicamente sustentável.

Enfim, em sucinta recapitulação, o presente estudo se inicia com abordagem sobre o conceito extraído da Teoria Geral do Direito sobre relação jurídica. Procurou-se estabelecer sua origem e suas principais características.

Em seguida, demandaram-se considerações relacionadas ao regime jurídico do mandado de segurança, notadamente no que concerne a sua causa de pedir, quer se trate de mandado de segurança repressivo, quer se trate de sua natureza preventiva.

Por fim, foram trazidas ao texto do presente trabalho explanações relativas à coisa julgada, de forma a analisar de maneira mais detida seu conceito, propósito e, especialmente, seus limites objetivos.

Pois bem, diante das considerações acima expendidas, é momento de verificar doutrina e jurisprudência atuais em relação à matéria.

Destaca-se, de inicio, o entendimento que vem predominando na 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça.

Para o Ministro Teori Albino Zavascki, que apresentou voto-vista já em 2004, no Recurso Especial n° 599.764/GO, de relatoria do Ministro Luiz Fux e que repetiu seu convencimento no voto que abriu divergência no Agravo Regimental no Recurso Especial n° 703.526/MG, de relatoria originária do Ministro Francisco Falcão, caso o magistrado reconheça a ilegitimidade de determinado tributo, em sede de mandado de segurança, a decisão gera efeitos extraprocessualmente, já que a decisão prolatada faz coisa julgada material, garantindo ao impetrante o direito de prescindir do manejo de novo "*mandamus*" caso novo fato gerador de idênticas características venha supervenientemente a surgir.

Para tanto, o Ministro se pauta pela seguinte premissa:

> *Considerada a sua relação com as circunstâncias temporais do fato gerador, podem-se classificar as relações jurídicas em três espécies: as instantâneas, as permanentes e as sucessivas. Instantânea é a relação jurídica decorrente de fato gerador que se esgota imediatamente, num momento determinado, sem continuidade no tempo, ou que, embora resulte de fato temporalmente desdobrado, só atrai a incidência da norma quando estiver inteiramente formado. (...) Define-se permanente (ou duradoura) a relação jurídica que nasce de um suporte de incidência consistente em fato ou situação que se prolonga no tempo. (...) Finalmente, há uma terceira espécie de relação jurídica, a sucessiva, nascida de fatos geradores instantâneos que, todavia, se repetem no tempo de maneira uniforme e continuada. Os exemplos mais comuns vêm do campo tributário: a obrigação do comerciante de pagar imposto sobre circulação de mercadorias, ou do empresário de recolher a contribuição para a seguridade social sobre folha de salários ou sobre o seu faturamento.*
>
> *Na verdade, as relações sucessivas compõem-se de uma série de relações instantâneas homogêneas, que, pela sua reiteração e homogeneidade, podem receber tratamento jurídico*

conjunto ou tutela jurisdicional coletiva. No geral dos casos, as relações sucessivas pressupõem e dependem de uma situação jurídica mais ampla, ou de determinado status jurídico dos seus figurantes, nos quais se inserem, compondo-lhes a configuração.

(...)

Todavia, conforme antes de demonstrou, há certas relações jurídicas sucessivas que nascem de um suporte fático complexo, formado por um fato gerador instantâneo, inserido numa relação jurídica permanente. Ora, nesses casos, pode ocorrer que a controvérsia decidida pela sentença tenha por origem não o fato gerador instantâneo, mas a situação jurídica de caráter permanente na qual ele se encontra inserido, e que também compõe o suporte desencadeador do fenômeno de incidência. É sabido que tal situação, por seu caráter duradouro, está apta a perdurar no tempo, podendo persistir quando, no futuro, houver a repetição de outros fatos geradores instantâneos, semelhantes ao examinado na sentença. Nestes casos, admite-se a eficácia vinculante da sentença também em relação aos eventos recorrentes. Isso porque o juízo de certeza sobre a situação jurídica concreta decorreu, na verdade, de juízo de certeza sobre a situação jurídica mais ampla, de caráter duradouro, componente, ainda que mediata, do fenômeno de incidência.

Dessa maneira, estabelecida a base de sustentação de sua tese, para se incorporar à decisão, questões afetas à motivação do afastamento da incidência da norma jurídico-tributária de imputação, aduz, ainda, o Ministro Teori Zavascki que, por se tratar de uma relação jurídica continuativa, os efeitos dessa decisão que afasta a aplicação da norma de tributação permanecem hígidos enquanto se mantiverem presentes os substratos de fato e de direito que deram azo à tutela jurisdicional.

Nesse sentido, colaciona-se novo excerto do voto acima aludido:

Estabelecido que a sentença, nos casos assinalados, irradia eficácia vinculante também para o futuro, surge a questão de saber qual é o termo ad quem de tal eficácia. A solução é esta e vem de longe: a sentença tem eficácia enquanto se mantiverem inalterados o direito e o suporte fático sobre os quais estabeleceu o juízo de certeza.

(...)

Daí afirmar-se que a força rebus sic stantibus, a significar que ela atua enquanto se mantiverem íntegras as situações de fato e de direito existentes quando da prolação da sentença. Alterada a situação de fato (muda o suporte fático, mantendo-se o estado da norma) ou de direito (muda o estado da norma, mantendo-se o estado de fato), ou dos dois, a sentença deixa de ter a força de lei entre as partes, que até então mantinha.

A par dessas considerações, a professora Cleide Previtalli Cais também sustenta a possibilidade de se estender a coisa julgada haurida de mandado de segurança para as operações futuras. A autora baseia sua tese na premissa de que a

relação jurídica tributária normalmente é caracterizada por ser "continuativa no tempo". E diante dessa peculiaridade, os efeitos da decisão devem se estender enquanto perdurar a situação de fato e de direito que permearam a decisão. Segue trecho de sua obra:

> *Ora, em matéria tributária as exigências costumam ter natureza continuativa no tempo.*
>
> *(...)*
>
> *A questão deve ser resolvida pela análise dos efeitos da coisa julgada da sentença proferida em mandado de segurança que envolva relação jurídica tributária continuativa, uma vez que, em se tratando de relação jurídica que envolva um fato certo e determinado, que não produz efeitos futuros, a sentença não apresenta dificuldades, devendo ser cumprida quer seja concedida quer seja denegada a ordem requerida.*
>
> *Muito embora a sentença proferida em mandado de segurança, que enfrente relação jurídica tributária de natureza continuativa, tenha carga declaratória, como ademais, toda sentença tem, cabe indagar se nessa hipótese a sentença seria normativa, vale dizer, se a sentença alcançaria hipóteses idênticas a acontecer no futuro.*
>
> *A resposta há de ser pela negativa, impondo-se definir corretamente os limites do pedido e da sentença sobre o mesmo proferida.*

Continua, ainda, a professora Cleide a sustentar sua tese, conforme se infere da citação *infra*:

> *A relação jurídica tributária não tem um fato gerador único, cuja satisfação esgota-se pelo imediato cumprimento, mas produz uma cadeia periódica de fatos geradores, todos decorrentes da mesma norma jurídica.*
>
> *A resposta que entendemos objetiva e conclusiva sobre o assunto é dada por Eduardo Arruda Alvim, que, salientando ser imprescindível identificar o que seja uma relação jurídica tributária continuativa para verificar quais as consequências disso, afirma que "pode-se entender por continuativa a relação tributária que seja uma, projetando-se, contudo, para o futuro" (grifamos). Essa, com efeito, a pedra de toque do problema. Deveras, em uma relação tributária continuativa, como a que sucede entre Fisco e o contribuinte de ICMS (existe até um cadastro próprio dos contribuintes desse tributo, a confirmar o quanto se diz), é possível que o contribuinte, v.g., impetre mandado de segurança contra a autoridade fiscal estadual, objetivando que esta se abstenha de exigir-lhe agora e para adiante o tributo até que seja editada lei que o permita, porque a exigência fiscal, tal como está sendo feita, não tem o indispensável supedâneo legal (CF/88, art. 150, I). Trânsita em julgado, a sentença concessiva da ordem pleiteada projetará a coisa julgada inegavelmente efeitos para o futuro. Toda vez que configurar-se uma situação de fato (fato imponível, na terminologia de*

Geraldo Ataliba) que devesse ensejar, segundo o entender do Fisco, a incidência do ICMS, esta estava obstada pela sentença concessiva da ordem até que seja sanada a ilegalidade.

Diante dessa colocação, a questão deixa de constituir um problema, porque, na verdade, não está configurada exigência futura quando se trata de relação jurídica tributária continuativa, mas, isto sim, a exigência de uma espécie tributária que projeta seus efeitos para o futuro, nos contornos delineados pela lei que a instituiu, fixando vencimentos que se darão no futuro.

Por fim, assevera a professora Cleide que:

O exposto demonstra que o efeito declaratório está contido em toda a sentença. O que não se pode deixar de considerar é a consequência desse efeito, em especial na sentença que julga o mandado de segurança impetrado para a discussão de matéria tributária fundada em relação jurídica continuativa.

(...)

Concluindo, em se tratando de relação jurídica continuativa, o efeito declaratório da sentença se projeta aos futuros vencimentos de determinada espécie tributária, impedindo sua exigência nos termos em que veiculada[12].

Verifica-se, ainda na doutrina, James Marins que também sustenta a extensão dos efeitos da coisa julgada em sede de mandado de segurança em matéria tributária para o futuro, enquanto presentes idênticas situações de fato e de direito que circundavam a decisão proferida. No entanto, os argumentos esposados pelo mestre são diferentes e, por isso, merecem atenção detida.

Extrai-se da substanciosa obra do professor, com esteio nos ensinamentos de Pontes de Miranda, que a sentença concessiva de mandado de segurança, conquanto de natureza predominantemente mandamental, tem ínsita carga declaratória, do direito controvertido. Nesse sentido, essa carga declaratória, da decisão transitada em julgado, tem o condão de obstar a ação da Fazenda Pública na hipótese do surgimento de fatos imponíveis futuros de características idênticas.

Para que se proporcione uma discussão com maior riqueza de detalhes, colacione-se parte da tese do eminente tributarista:

Em casos como o figurado, que são muito comuns em matéria tributária, é perfeitamente lícita a assimilação do regime da coisa julgada da ação declaratória. Se o pedido é declaratório, a sentença que conceder o mandado de segurança deve se igualmente declaratória até porque, sabemos, a sentença não pode desviar-se dos limites do pedido.

12 CAIS, Cleide Previtalli, *O processo tributário*. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006, p.359-362.

Os reflexos desta distinção vão ser sentidos também em se tratando de mandado de segurança preventivo ou mandado de segurança corretivo. O mandado de segurança preventivo comporta muito melhor este caráter declaratório, assumindo, o mandado de segurança corretivo, um efeito mais restrito. Nele, a declaração de inconstitucionalidade tem efeitos precipuamente sobre o ato que se pretende corrigir, sobre o ato cuja suspensão de eficácia tenha sido objeto do mandado de segurança. No mandado de segurança preventivo, ao contrário, por não existir um ato especifico, pretende-se o acautelamento de toda e qualquer atitude que provavelmente venha a interferir na esfera jurídica do contribuinte, com base em alguma inconstitucionalidade ou ilegalidade. A sentença em mandado de segurança preventivo tem um efeito declaratório inequívoco, e esta decisão se projeta não só para o exercício fiscal da impetração mas para todos os exercícios subsequentes, de modo a garantir que a esfera jurídica do contribuinte, em virtude da declaração e do comando mandamental permaneça resguardada da atuação do Fisco, enquanto permanecem iguais as mesmas condições de fato e de direito que embasaram a concessão da segurança. Note-se a diferença em relação ao mandado de segurança corretivo. No caso do emprego do mandado de segurança corretivo, o comando decorrente da sentença teve por objetivo paralisar a eficácia de um determinado e específico ato. Nestas condições, o pedido não se comunica a outros possíveis atos - mesmo que iguais – e, portanto, os efeitos da sentença são igualmente limitados no tempo e no espaço para um determinado exercício fiscal.

Os efeitos para o futuro da sentença preventiva têm natureza exclusivamente declaratória do direito controvertido, garantindo, assim, o efeito da coisa julgada[13].

Pois bem, pode-se inferir de todos os excertos consignados neste capítulo que tanto a doutrina quanto a jurisprudência tratam do tema de forma detida e com a mais absoluta competência.

Denotam-se das substanciosas obras a técnica e o conhecimento, que são peculiares a todos os mestres citados.

Entretanto, como já se teve a oportunidade de assentar, é de Paulo de Barros Carvalho a lição de que o operador do direito, assim como um cientista, deve, a fim de aferir o verdadeiro conteúdo do objeto de estudo, extrair dele todos os elementos que o compõem, e como se portasse um microscópio, os analisasse de maneira detalhada, em cada uma de suas respectivas faces. Só assim, o operador do direito poderia chegar a uma conclusão fundamentada dos temas que lhe são afetos.

Nessa senda, cumpre, preliminarmente, extrair do trecho do voto-vista do Ministro Teori Albino Zavascki as premissas que pautam seu pensamento, a fim de verificar se os argumentos expendidos são tecnicamente sustentáveis.

De inicio, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça parte da assertiva de que existem três espécies de relações jurídicas: as instantâneas, as permanentes e

13 MARINS, James. *Direito processual tributário brasileiro (administrativo e judicial)*. 4ª edição. Dialética: São Paulo. 2005, p. 516-518.

as sucessivas ou continuativas. Na primeira delas, o fato gerador nasce e se esgota imediatamente; as permanentes nascem de um suporte fático, que se protrai no tempo; e por último as sucessivas, que surgem de fatos geradores instantâneos, que se repetem no tempo de maneira uniforme e, dada a sua homogeneidade, podem receber tratamento jurídico conjunto ou tutela jurisdicional coletiva.

Sem embargo dos sólidos conhecimentos do Ministro, que, a par do mister de magistrado, figura no cenário jurídico também como jurista, em vista dos valorosos ensinamentos que profere em sua rica obra literária, seu pensamento parte de premissa equivocada.

Ora, na parte do estudo em que se tratou da relação jurídica, concluiu-se que a relação jurídica é o consectário de uma norma jurídica que por sua vez apreende fato haurido do mundo das relações sociais. Essa é a dinâmica de formação de uma relação jurídica. Logo, não há falar em relação jurídica sem antes ter havido acontecimento extraído das relações intersubjetivas.

Dessa maneira, a classificação proposta pelo Ministro Teori Albino Zavascki é acertada no que afirma existir relação jurídica instantânea quando aquele fato, havido no mundo das relações sociais, é instantâneo e relações jurídicas de natureza permanente quando o acontecimento social é dotado de uma natureza que se prolonga no tempo.

Porém, com a devida *venia*, não há como sustentar a classificação de relação jurídica que considera, ainda que pela homogeneidade das características, fatos futuros, que ainda não se verificaram. A tese desafia a ordem dinâmica de formação da relação jurídica, logo, padece de vício em sua base.

Assim sendo, não é possível se tratar como único fenômeno vários fatos geradores que se sucedem na linha do tempo, ainda que as características que lhes são ínsitas, bem como o substrato jurídico que os transformarão em relação jurídica, sejam as mesmas.

Por isso, essa classificação trinária trazida pelo Ministro não encontra respaldo na técnica jurídica, que comporta apenas classificação dualista, qual seja, a que permite a existência de espécie de relação jurídica que surge de fatos instantâneos e outra advinda de fatos que se prolongam no tempo, ou seja, que o substrato fático segue uma linha no tempo, dotada de características constantes, que não se modificam. Em razão da linha de continuidade que é peculiar para essa espécie, faz-se interessante catalogar essa espécie como relação jurídica de trato sucessivo ou relação jurídica continuativa.

Pois bem, seguindo em detida análise a tese do Ministro, este, demonstrando o profundo conhecimento e poder de articulação, ao considerar como um só fenômeno haurido do mundo das relações sociais os fatos geradores passados, presentes e futuros, consegue justificar que a decisão judicial que reconhece a existência desses fatos passados e presentes e aplica a eles o correspondente substrato jurídico, também versa sobre situações dotadas de mesmas características ainda não ocorridas.

Assim, resta assentada a tese de que a coisa julgada, que qualifica a decisão proferida, influi e tem o condão de regrar situações jurídicas que ainda estão por vir.

Mas conforme já ressaltado, ainda que bem articulado o pensamento do Ministro Teori Zavascki, não há como considerar uma unidade, um plexo de situações fáticas autônomas entre si, ainda que dotadas de características homogêneas.

E mais, tendo em vista tratar-se de situações fáticas distintas, autônomas e futuras, não podem ser levadas à deliberação ao Poder Judiciário.

Isto porque, como é cediço, conquanto a relação jurídica processual não seja consectário natural da relação jurídica de direito material, já que o direito ao processo se exerce independentemente da existência de direito material, permanece entre essas duas uma forte relação. Esse vínculo existente pressupõe, e a despeito da clareza da matéria não se pode deixar de consignar, que a relação jurídica de direito processual não prescinde da relação jurídica de direito material.

Ao fim da relação jurídica processual, exsurge o ato derradeiro, a sentença, que se imiscui na relação jurídica material a fim de eliminar a crise existente.

Em vista desta exposição e depurados os conceitos e institutos presentes na Teoria do Direito, podemos verificar que o Ministro Teori Zavascki construiu uma linha argumentativa voltada justamente para não incorrer no óbice de discutir fato ainda não vertido em uma relação jurídica, pois não ocorrido.

Contudo, a base da argumentação, a despeito da elaboração habilidosa criada pelo Ministro, que só espelha o conhecimento de que dispõe o mestre, desvirtua o conceito de relação jurídica, criando uma ficção não admitida no sistema jurídico.

A par das considerações acima, cumpre, nessa etapa, verificar as ponderações encetadas pela professora Cleide Previtalli Cais.

Assim como fez o Ministro Teori Zavascki, segundo sustenta a mestra, a relação jurídica tributária caracteriza-se por um feixe de fatos geradores que se sucedem no tempo, originados de uma mesma norma jurídica. Daí, para a autora, a natureza continuativa da relação jurídica.

Porém, conforme se teve oportunidade de sustentar, a dinâmica de formação da relação jurídica não admite a existência desta sem a prévia realização de um acontecimento ocorrido no mundo das relações sociais, estabelecido e descrito na norma jurídica.

Dessa maneira, de início, fica consignado, sem embargo do brilhantismo da ilustre professora, a inconsistência da tese.

Por oportuno, aponte-se que a própria doutrinadora se ampara na obra de Eduardo Arruda Alvim, que com precisão técnica aduz que "pode-se entender por continuativa a relação jurídica que seja una, projetando-se, contudo, para o futuro"[14].

14 ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Mandado de segurança no direito tributário*. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1998.

Note-se que o autor jamais considerou que uma cadeia de fatos geradores hauridos das relações intersubjetivas, quando captadas pelas previsões normativas, dá azo a uma relação jurídica única, por ficção.

Segundo se depreende da obra do mencionado jurista, a relação jurídica continuativa é calcada numa relação de fato, que em si se projeta na linha do tempo, e por isso, quando apreendida pela previsão normativa, dá origem a uma relação jurídica una, derivada de um substrato fático único, ainda que não imediato.

Com a devida *venia*, também não assiste razão à jurista, quando assevera, no específico caso do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços, que a inscrição do contribuinte, junto à autoridade fiscal, faz denotar a continuidade da relação, caracterizada pela reiterada ocorrência de fatos geradores.

Ora, com esteio na melhor doutrina, ainda que se considerasse esse vínculo entre Fisco e contribuinte, ainda assim não se pode considerá-lo para fins de conferir à relação tributária a pecha de continuativa. Isso porque esse vínculo nada tem a ver com o liame que nasce pela ocorrência do fato gerador. Parte da doutrina, inclusive, discute se essa ligação tem mesmo natureza tributária, ou se se trata de um vínculo de natureza meramente administrativa, mas que foi nominado de obrigação tributária, pelo Código Tributário Nacional, para reforçá-lo e, por isso, conferir maior coercibilidade à obrigação tributária.

Assim, não há que se confundir uma relação com a outra. Os seus pressupostos fáticos são diferentes e o fato de existir a inscrição do contribuinte junto ao Fisco não é suficiente para se concluir que está formada a relação jurídica tributária de trato continuado.

Por isso, a sentença concessiva em mandado de segurança, quando não se tratar de relação jurídica, cujo pressuposto fático se prolonga no tempo, em linha de continuidade, não tem o condão de produzir os efeitos para o futuro, ao contrário do que sustenta a professora Cleide.

Por fim, uma última consideração em relação à tese da mestra. Segundo se depreende de excerto extraído da sua obra, a sentença é dotada de um efeito declaratório, que se reverbera e encampa, inclusive, os fatos geradores futuros (na obra da jurista, se infere que ela nomina esses fatos futuros como "vencimentos" futuros).

Por vez mais, na esteira da robustez do conhecimento jurídico do Ministro Teori Zavascki, denota-se um raciocínio muito bem articulado, mas que, como visto, é pautado por uma premissa que merece reparos.

No mesmo sentido do que já foi veiculado, a relação jurídica processual está limitada (ou melhor delimitada) pela relação jurídica de direito material. Assim, se não há falar em relação jurídica de direito material, haja vista a não existência de seus pressupostos fáticos, também não pode a relação de direito processual ingressar nessa seara.

Assim sendo, a declaração feita pela tutela jurisdicional está jungida aos fatos jurídicos já ocorridos ou em andamento. Só terá, afirme-se, projeção para o futu-

ro se a relação de direito material (no caso, a relação jurídica de direito tributário) tiver como pressuposto fático um acontecimento que se estende no tempo.

Em casos como esse último, nos termos do artigo 471, I, do Código de Processo Civil, a coisa julgada manter-se-á, enquanto presentes seu substrato fático e de direito.

Ao lado das considerações acima feitas em relação à importante obra da professora Cleide Previtalli Cais, cumpre, nesta etapa, refletir sobre o trecho da lição de James Marins, que suscita um debate de tema muito importante para o deslinde desse trabalho.

Conforme já assentado, James Marins, com apoio em Pontes de Miranda, afirma que a classificação quinária das tutelas jurisdicionais indica apenas e tão somente a carga que prevalece nas decisões.

Com acerto, assevera que, conquanto prevaleça uma carga, pode-se da tutela jurisdicional extrair outras, que se apresentam em menor intensidade.

No específico caso das sentenças em sede de mandado de segurança, afirma prevalecer a natureza mandamental, mas, não obstante, encontra-se nela plasmada uma carga declaratória, de acertamento, de resolução da lide posta ao conhecimento do Poder Judiciário.

Pois bem, a tese sustentada, até aqui, é perfeita. Não merece reparos.

Contudo, o que suscita discussão vem a seguir.

Segundo se extrai da obra do citado professor, essa força declaratória da sentença em sede de mandado de segurança se apresenta de modo diferenciado, em vista da natureza dessa ação.

No caso da impetração repressiva ou corretiva, tendo em vista que a lide circunda sobre a ilegalidade ou abuso de poder ínsito a determinado ato perpetrado pelo Poder Publico, a carga declaratória, em casos desse tipo, deve cingir-se ao ato.

Dessa maneira, a sentença que sobrevier à impetração conferirá uma resposta ao ato perpetrado, quando plasmado de ilegalidade ou abuso de poder, declarando sua ilegalidade (face declaratória da decisão) e determinando que o Poder Público pratique o ato de forma que não vulnere direito do impetrante.

Todavia, segundo o citado tributarista, no caso de impetração preventiva, tendo em vista a inexistência de ato praticado pelo Poder Publico, a carga declaratória da decisão se prolonga para o futuro, impedindo que, caso se configure uma situação fática que daria ensejo à prática de ato pelo Poder Público, este fique impedido de proceder a qualquer providência.

No que cinge aos argumentos esposados em relação à impetração repressiva, nada há que se reparar. A precisão da argumentação bem demonstra a competência do mestre.

Entretanto, não se pode deixar passar ao largo as considerações feitas em relação à impetração preventiva.

Antes disso, o tema demanda algumas afirmações preliminares.

Nunca se tiveram dúvidas da possibilidade da impetração em face de justo receito da prática de determinado ato que vulnere direitos constitucionalmente garantidos.

O grande problema, na prática, é que permanece linha muito tênue que divide a impetração preventiva, garantia constitucional, e a impetração contra lei em tese, vedada pelo ordenamento, inclusive com edição de súmula, pelo Supremo Tribunal Federal, que remonta a 1963 (Súmula 266).

Para bem separar as duas espécies de impetração, oportuno se valer dos estudos feitos atinentes à relação jurídica.

Em outra oportunidade, restou assentado que a relação jurídica é proveniente de um fenômeno de incidência de uma norma sobre determinado acontecimento haurido das relações intersubjetivas.

Afirmou-se, igualmente, que, a depender da espécie da relação social, podemos catalogar a relação jurídica como instantânea (quando o acontecimento se dá de forma imediata, esgotando-se no átimo de segundo que surgiu) ou continuativa (o fato ocorrido no mundo fenomênico se protrai no tempo).

Asseverou-se, também, que a relação de direito processual é jungida e delimitada pela relação de direito material (no caso, de natureza tributária).

Por fim, sustentou-se que a resposta jurisdicional, como consectário lógico de uma relação delimitada pela relação jurídica material, deve limitar-se a ela.

Diante dessas considerações, é possível desenvolver um raciocínio que contesta a tese defendida pelo professor James Marins.

Ora, a impetração preventiva, ainda que não discutisse qualquer ato "*in concreto*", deve delimitar sua causa de pedir em uma específica e comprovada (de forma inclusive pré-constituída) situação fática que demanda um justo receio da prática de um ato, por parte do Poder Publico.

Isso porque só uma situação fática ocorrida ou em andamento deflagra o procedimento para o nascimento da relação jurídica de direito material (tributária) controvertida.

Assim sendo, para as situações jurídicas futuras não se encontra presente nenhuma relação jurídica de direito material (tributário). A demanda se restringe apenas a uma discussão sobre os pressupostos de direito, o que, como é cediço, é vedado pelo ordenamento, pelo óbice da Sumula 266 do Supremo Tribunal Federal.

E mais, caso a sentença veicule norma jurídica individual sobre fatos futuros, que sequer ocorreram, ganha indiscutivelmente *status* de sentença normativa, o que é vedado pelo ordenamento.

Destarte, a partir de todos esses apontamentos apresentados que se contrapõem à posição da doutrina, cumpre, nessa fase, construir uma tese, com sustentabilidade, acerca dos efeitos da decisão em mandado de segurança que trata de matéria tributária.

Para tanto, é preciso mais uma vez consignar que a relação jurídica processual (independentemente de que procedimento se utilize), está jungida à relação jurídica de direito material. Logo, um mandado de segurança em matéria tributária deve abarcar somente uma relação de direito tributário já instalada.

E, como exaustivamente ressaltado, uma relação jurídica já existente denota que o acontecimento no mundo fenomênico ocorreu ou está ocorrendo (dependendo da qualidade desse fato social, a relação jurídica será de natureza imediata ou continuativa).

Assim, afirme-se, por vez mais, que a causa de pedir (ou seja, o substrato fático e jurídico), que motiva a instalação da relação processual, fica delimitado aos acontecimentos já verificados bem como à norma jurídica que, ao captá-lo, tem o condão de vertê-lo em uma relação de direito material que, no caso em estudo, tem natureza tributária.

A partir desse conceito, o eventual impetrante de um mandado de segurança deve cingir sua controvérsia nesses limites, sob pena de subverter seu objetivo, conferindo-lhe eficácia normativa, conforme já ressaltado.

Consequentemente, a sentença, que é o ato perquirido pela impetrante ao instar o Estado-Juiz, deve se restringir à controvérsia, por apego ao principio da adstrição ou correlação.

Dessa maneira, a resposta estatal deve abarcar apenas as relações fáticas e jurídicas existentes à época da decisão. Caso a decisão extrapole esses limites bem definidos, denotar-se-á que se subverteu o seu propósito, que é apreender uma situação fática ocorrida e, num exercício de intelectualidade, aferir a norma aplicável, sua extensão e sentido, e aplicá-la, de forma a solver a controvérsia posta ao seu julgamento, para ganhar *status* de regra jurídica, a incidir sobre acontecimentos futuros, o que a doutrina convencionou chamar de sentença normativa.

Convém, como fez James Marins, distinguir a causa de pedir de uma impetração preventiva da outra, de natureza repressiva.

No mandado de segurança repressivo, a causa de pedir é identificada com maior facilidade, já que a controvérsia cinge-se ao ato perpetrado por autoridade pública que vulnere direito líquido e certo, em razão de ilegalidade ou abuso de poder.

Assim, o pressuposto fático é aferido sem grandes dificuldades, já que cumpre ao impetrante tão somente demonstrar a existência fática do ato praticado e discorrer sobre a ilegalidade que este incorreu para restar preenchidos os requisitos à concessão da segurança repressiva.

Porém, de outra parte, é necessário que se tracem limites objetivos à impetração preventiva, sob pena de não se converter em discussão sem substrato fático, que culmina em uma impetração contra lei em tese e origina uma sentença que, por regrar fatos futuros, ganha características de sentença normativa.

Nesse sentido, conquanto não se trate de controvérsia relativa a um ato concretamente praticado, deve o impetrante narrar a existência de um acontecimento

havido e que deflagre, por incidência de uma norma jurídica, a formação de uma relação, ainda que de grau de coercibilidade mínimo, nos termos da obra de Alfredo Augusto Becker, mas suficiente a demandar amparo jurisdicional em sede de mandado de segurança.

Não é facultado ao impetrante e nem é permitido ao Estado-Juiz considerar situações fáticas futuras, que sequer deram azo ao nascimento de uma relação jurídica. Nesses casos, a relação de direito processual não há em que se debruçar para uma conclusão, que, repita-se, não é permitido que se prolate decisão judicial a nortear uma relação jurídica ainda a se formar.

Em vista disso, em casos de impetração preventiva, deve o autor narrar a existência de um acontecimento e, em razão dele, demonstrar que existe um justo receio de que o Poder Público, por intermédio de suas autoridades, pratique ato que vulnere direito.

Essa a causa de pedir de um mandado de segurança preventivo e, por conseguinte, é sobre ela que deve o magistrado se centrar para proferir sua sentença.

Em vista desse limite atribuído à deliberação, a imutabilidade da decisão proferida se restringe à efetiva decisão, ou seja, ao dispositivo da sentença que, conforme já salientado, está delimitado à causa de pedir da demanda, que, conforme detalhadamente aduzido, tem delimitação estabelecida pela boa técnica jurídica.

Destarte, a carga declaratória da decisão proferida em sede de mandado de segurança, que, reafirme-se, não se contesta a existência, assim como a eficácia mandamental da tutela, está limitada aos estritos lindes do dispositivo da decisão.

Logo, não assiste razão à tese que sustenta que a fundamentação da decisão, quando declara a existência de eventual direito da parte (no caso de matéria tributária, eventual alegação de inconstitucionalidade de lei), ganha a qualidade de imutabilidade e extrapola os lindes do processo, em razão da existência da coisa julgada material.

Destarte, a extensão objetiva da coisa julgada em sede de mandado de segurança demanda, primeiramente, o estabelecimento das premissas básicas, a fixação dos conceitos extraídos da Teoria Geral do Direito e, após, a sistematização das ideias de forma a extrair dos elementos conceituais que compõem a máxima precisão terminológica, a fim de construir uma tese com robustez e sustentabilidade.

V. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em razão de toda a exposição feita, é possível depreender, de uma análise detalhada dos diversos elementos que compõem a matéria, uma linha conclusiva que almeja estabelecer parâmetros mais bem delineados à decisão proferida em sede de mandado de segurança, seja ele preventivo ou repressivo. Para tanto, cumpre assentar, de forma concludente, as premissas que se deve percorrer, para uma ideia final sobre a matéria, conforme se infere a seguir:

Cumpre, como premissa básica, assentar que, para a dinâmica de formação de uma relação jurídica, é imprescindível a ocorrência de um acontecimento, extraído do mundo das relações sociais, que o direito, por intermédio de uma norma jurídica, apreende e regra, dando ensejo, em razão disso, ao surgimento de uma relação jurídica.

Nessa ordem de ideias, a depender das características das relações intersubjetivas, a relação jurídica pode ter natureza instantânea ou ainda continuativa.

É instantânea se o fato havido no mundo dos fenômenos sociais exsurge, gera efeitos e se exaure no mesmo momento.

Ao contrário, se o acontecimento social se prolonga no tempo, a força de incidência, também conhecida por coercibilidade, de que é dotada a norma jurídica também se protrai. Tendo em vista esse elastecimento, tanto do substrato fático (por força da natureza ou por vontade do homem) quanto da incidência da norma (que mantém sua coercibilidade enquanto presente o fato que a deflagra), a relação jurídica permanece. Diante dessa sucessão na linha do tempo, quer do substrato fático, quer do jurídico, pode-se nominar essa espécie de relação jurídica continuativa.

A par dessas considerações, é premissa também que tutela jurisdicional, por apego ao principio da adstrição deve cingir-se ao pedido formulado pela parte que insta o Estado-Juiz. Este por sua vez é decorrência lógica da causa de pedir e, em razão disso, deve manter uma linha de coerência.

Nesse diapasão, para que seja possível verificar os limites da tutela, cumpre preliminarmente um estudo sobre os limites da causa de pedir.

No que toca ao mandado de segurança, é possível se depreender que a causa de pedir, ainda que presente de modo diverso, a depender da espécie de impetração, repressiva ou preventiva, é identificável e possui, a depender dessa espécie, limites diversos.

Para a impetração repressiva, a causa de pedir deve limitar-se à alegação da existência de um ato, perpetrado por autoridade pública, que, eivado de ilegalidade e abuso de poder, vulnere direito líquido e certo do impetrante.

Ao contrário, a causa de pedir em sede de impetração preventiva deve cingir-se à alegação da existência de determinado acontecimento haurido do mundo das relações intersubjetivas, que ocorreu, ou ainda ocorre, a demonstrar a existência de uma relação jurídica de direito material já instalada e amparável por uma tutela jurisdicional, em vista do justo receio da prática de determinado ato por autoridade pública que interfira em direito líquido e certo do impetrante.

Por fim, a tutela jurisdicional que vai encerrar a relação jurídica processual (ao menos encerrar uma fase dessa relação, nos termos da conjuntura mais atual de nosso sistema processual) que se desenvolve sob o estreito rito do mandado de segurança, deve se ater à causa de pedir que, conforme assentado, tem seus limites estritamente traçados.

Ademais, não se pode aduzir que a eficácia declaratória dos efeitos da decisão mandamental extrapola os lindes do dispositivo, de forma a tornar imutável a fundamentação utilizada para a prolação da decisão.

É certo que a doutrina afirma que, a despeito da tutela jurisdicional ser dotada de uma carga predominante, é permeada por outras cargas, que se apresentam em menor intensidade.

É ainda cediço que a carga declaratória é elemento comum em todas as espécies de tutela jurisdicional. Nesse sentido, a sentença proferida em sede de mandado de segurança não destoa desse raciocínio.

Contudo, assim como a força predominante no mandado de segurança (eficácia mandamental) deve se restringir aos limites do pedido - pois, por linha de sucessão, é delimitado pela causa de pedir - a carga declaratória do *mandamus* também sofre essa delimitação.

Portanto, o que se utilizou para justificar a prolação da sentença, ou seja, os motivos de fato e de direito manejados não ingressam no núcleo de imutabilidade da decisão. Sendo assim, eventual declaração feita em sede de motivação não faz parte dos limites objetivos da coisa julgada.

Transpondo esse raciocínio ao direito tributário, bem como ao mandado de segurança que trata dessa matéria, é preciso verificar, de início, se a relação jurídica tributária provém de relação fática imediata ou continuada.

Se o fato imponível ocorre, produz efeitos e se esgota imediatamente, como é, por exemplo, a transmissão de bens por ato "*inter vivos*", a relação jurídica tributária que se sucede tem natureza imediata.

Nos casos em que a relação jurídica tributária tem natureza imediata, a impetração que traz à consideração do Poder Judiciário eventual ilegalidade ou abuso de poder deve veicular, apenas e tão somente, os fatos e o substrato jurídico que se verificam até o momento da impetração, cingindo o magistrado ao julgamento dos fatos e do direito existente até o momento de prolação da sentença.

Caso esse se imiscua em relação jurídica futura, pautada em acontecimentos verificados no mundo das relações intersubjetivas ainda não ocorridos, a sentença ganha *status* de sentença normativa, já que terá o condão de normatizar "*in abstrato*" condutas que lhes serão supervenientes, subvertendo, pois, sua principal característica, que é introduzir, no sistema jurídico, norma individual e concreta.

Por oportuno, aponte-se o cuidado que se demanda do operador do direito em casos de impetração preventiva, a fim de não se esbarrar no óbice da impetração contra lei em tese e nem com a superveniência de sentença de caráter normativo.

Em casos de mandado de segurança preventivo, a causa de pedir deve se reportar a relação jurídica de direito material já instalada. Assim, cumpre ao impetrante veicular, apenas e tão somente, fatos imponíveis ocorridos ou ainda em andamento.

Consequência disso, a tutela jurisdicional, como norma individual e CONCRETA (ou seja, circunscrita aos fatos já existentes), deve se ater a esses aconte-

cimentos e, em razão deles e da norma jurídica posta no ordenamento, obstar a perpetração de eventual ato que venha a tolher direito líquido e certo do autor.

Todavia, caso a relação jurídica tributária nasça de fato imponível que se sucede na linha temporal, a causa de pedir e, por decorrência lógica, o pedido e a tutela ulterior, podem e devem tratar daquela relação, enquanto persistir a situação de fato e de direito que der azo àquela relação.

Dessa forma, se existe relação jurídica tributária entre o empregado e a União, para fins de custeio da seguridade social, enquanto presente o substrato fático, qual seja, a existência de vinculo empregatício, permanece hígida a relação jurídica, em vista da coercibilidade da lei que institui a exação. Resta, dessa forma, claramente caracterizada a relação tributária como continuativa.

Assim, eventual mandado de segurança que trata dessa matéria pode e deve abarcar, quer em sua causa de pedir, pedido e ainda a tutela jurisdicional, a relação em sua unicidade.

Em razão disso, o conteúdo da decisão proferida permanecerá incólume, enquanto presentes a base fática e a jurídica que justificaram a impetração. É a força do artigo 471, I, do Código de Processo Civil.

Por todo o exposto, não é possível generalizar a relação jurídica tributária como de natureza continuativa. É preciso, de início, análise do fato imponível, e diante de suas características, depreender-se se está diante de relação tributária imediata ou continuativa.

Em seguida, e por fim, ao introduzir essa relação à estreita via mandamental, é necessário esforço do operador para compatibilizá-la à relação processual, de forma a extrair desta os exatos limites que deverão pautar a relação tributária.

VI. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Mandado de segurança no direito tributário*. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 6ª edição. São Paulo: Malheiros. 2009.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário.* 4ª edição. São Paulo: Noeses, 2007.

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. Tradução Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes. 2008.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Mandado de segurança.* São Paulo: Saraiva, 2007.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 1985.

_____. *Teoria da Norma Tributária*. 5ª edição. São Paulo: Quartier Latin. 2009.

CINTRA, Antonio Carlos de Araujo, *et. al.Teoria Geral do Processo*. 25ª edição. São Paulo: Malheiros. 2009.

DIDIER JR., Fredie, *Curso de Direito Processual Civil*. Volume 2. 4ª edição. Salvador: Podivm. 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de Direito Processual Civil*. volume III. 2ª edição. São Paulo: Malheiros. 2002.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 6ª edição. São Paulo: Atlas. 2008.

JARACH, Dino. *Fato Imponível*. Tradução Dejalma de Campos. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Curso de Processo Civil – Processo de Conhecimento*. Volume 2. 6ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINS, James. *Direito Processual Tributário Brasileiro (Administrativo e Judicial)*. 4ª edição. São Paulo: Dialética. 2005.

MENEZES VIGLIAR, José Marcelo. Código de Processo Civil Interpretado. Antonio Carlos Marcato (org.). São Paulo: Atlas, 2004.

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito.* 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.

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

PROCESSO: IAMSPE N. 11215/2010 (GDOC N. 16847-190733/2011)
PARECER: 108/2011
INTERESSADO: INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL – IAMSPE
ASSUNTO: TRANSFUSÃO DE HEMODERIVADOS EM PACIENTE TESTEMUNHA DE JEOVÁ

EMENTA:
SERVIDOR PÚBLICO. MÉDICO. CORPO CLÍNICO DO INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL - IAMSPE. Paciente testemunha de Jeová. Transfusão de sangue. Conduta médica. Disciplina traçada pelos Conselhos Federal e Regional de Medicina. Obediência aos princípios e normas da deontologia médica traçada por estes órgãos de classe.

1. O Coordenador da Unidade Crítica de Pacientes Cirúrgicos relatou à Superintendência do Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual - IAMSPE, que um paciente testemunha de Jeová internado no Hospital do Servidor Público, à época *"em estado grave com iminente risco de morte"*, necessitava de transfusão de hemoderivados para a realização de hemodiálise (fls. 2/3). A este relatório, anexou cópia de formulário padrão com *"Instruções e Procuração para Tratamento de Saúde"* assinado pelo referido paciente, por meio da qual afirmou sua crença religiosa e estipulou que *"não aceito NENHUMA TRANSFUSÃO de sangue* total, *glóbulos vermelhos, glóbulos brancos, plaquetas ou plasma em nenhuma circunstância, mesmo que os profissionais de saúde opinem que isso seja necessário para a manutenção da minha vida"* (fl. 4). Seu procurador nomeado autorizou a realização de hemodiálise e, na mesma oportunidade, reiterou que *"nenhuma transfusão de sangue deve ser usada"* (fl. 5 - destaque do original).

2. Juntou-se aos autos, ainda, cópia da orientação traçada pelo Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo sobre o tema[1] - que evoluiu da determinação para a ação do médico mesmo em sentido contrario à recusa do paciente ao tratamento, quando em iminente risco de morte, para maior liberda-

1 Consulta nº 8.102/94 (fl. 6), Consulta nº 14.607/88 (fls. 7/8), Consulta nº 19.123/94 (fl. 9), Consulta nº 27.278/96 (fls. 11/12), Consulta nº 29.299/96 (fls. 13/14), Consulta nº 41.191/99 (fl. 15), Consulta nº 41.848/96 (fls. 16/17).

de da conduta médica visando à preservação da vontade do paciente, mesmo em caso de iminente risco de morte — e de dois acórdãos prolatados pelo Tribunal de Justiça deste Estado versando a matéria ora em análise[2], os quais afirmam a prevalência do direito à vida sobre o direito à crença religiosa, permitindo ao médico a realização de transfusão de sangue em pacientes testemunhas de Jeová, mesmo com a resistência deste em submeter-se a tal tratamento.

3. A matéria, então, foi submetida pela Superintendência à análise da Consultoria Jurídica do IAMSPE, formulando-se três questões: *"1. Em pacientes com crença religiosa que manifestem o desejo de não serem submetidos à transfusão de produtos hemoderivados, a equipe médica pode ser responsabilizada caso proceda com a intervenção para salvar a vida do paciente? Que cautelas devem ser tomadas para minimizar a possibilidade de questionamentos judiciais ou em âmbito do Tribunal de Ética do CREMESP para resguardar os profissionais e a Instituição? 2. Em caso de respeitar sua autonomia de vontade mesmo em situações de grave risco de morte, o profissional poderá ser responsabilizado por omissão? Que cautelas devem ser tomadas para minimizar a possibilidade de questionamentos judiciais ou em âmbito do Tribunal de Ética do CREMESP para resguardar os profissionais e a Instituição? 3. Caso a equipe médica deseje realizar procedimentos na hipótese do item 'I'* supra, há a necessidade/obrigatoriedade de a Instituição previamente obter autorização judicial?".

3. O Parecer CJ/IAMSPE n. 684/2010 (fls. 29/45) ressaltou que *"conflitam os princípios do direito à vida e do direito à liberdade religiosa (art. 5º)"*, e que, atualmente, a tendência dos Tribunais é de alteração do entendimento *"de que o direito à vida é absoluto e indisponível"* e, em caso de risco de morte, *"o médico, após esgotar as medidas alternativas à transfusão de sangue, tem o dever ético-profissional e legal de realizá-la, mesmo contra a vontade do paciente"*[3], passando a aceitar *"o direito à liberdade religiosa, com decisões que, em se tratando de paciente maior de idade, que decida de forma válida, há possibilidade de recusa de transfusão de sangue, mesmo diante de risco de vida"*[4].

---

2 Apelação Cível com revisão nº 442.163-4/1-00, 8ª Câm. Direito Privado, Rel. Des. Caetano Lagastra, j. 13/06/2007 (fls. 18/21), Apelação Cível nº 132.720-4/9-00, 5ª Câm. Direito Privado, Rel. Des. Bóris Kauffmann, j. 26/06/2003 (fls. 22/25 e 87/90).

3 A parecerista refere os acórdãos que dão sustentação a este entendimento: HC nº 184.642/5, 9ª Câm., Rel. Des. Marrey Neto, j. 30/08/1989, e Apelação Cível nº 123.430-4/4-00, 3ª Câm. Direito Privado, Rel. Des. Flávio Pinheiro, j. 18/06/2002.

4 A parecerista lista os acórdãos que propugnam a tese mais moderna: AI nº 70032799041, 12ª Câm. Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, j. 12/03/2010, AI nº 22.395/2006, 5ª Câm. Cível do Tribunal de Justiça do Mato Grosso, Rel. Des. Sebastião de Almeida, AI nº 1.0701.07.191519-6/001, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Rel. Des. Alberto Vilas Boas, publ. 04/09/2001.

Além disso, consignou que *"nenhum direito é absoluto, nem mesmo o direito à vida"* e, havendo ampla tutela, pela Constituição Federal, da liberdade religiosa (arts. 5º, IV, VI, VII, VIII, 19, 1, 143, § 1º, 150, 210, § 1º, e 226, § 2º), sendo invioláveis a intimidade e a vida privada dos cidadãos (art. 5º, X, da CF), bem como a matéria estar consolidada no direito comparado, no sentido *"de que um paciente maior e capaz e estando no gozo de suas faculdades mentais pode recusar e optar por realizar tratamento médico, mesmo ciente do risco que impõe a sua vida"*, posição, aliás, adotada por Luís Roberto Barroso em estudo elaborado para responder à consulta feita pela Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro e publicado em 05/04/2010[5], concluiu que, *"antes de impor uma transfusão ao paciente, os médicos e os tribunais devem serenamente analisar os riscos das transfusões e o impacto emocional advindo do desrespeito à intimidade e à dignidade do cidadão"*, reconhecendo-se a vontade do paciente que a manifesta *"de forma válida, livre, inequívoca e informada sobre os riscos"*, como relatado no caso posto nos presentes autos. Caso contrário, paciente que não goza da capacidade de autodeterminar-se - entendeu o parecer que *"deve-se realizar a transfusão de sangue, quando for a única alternativa de salvar sua vida"*. Quanto a pacientes menores de idade, afirmou que *"não há qualquer controvérsia no mundo jurídico: sempre que necessário, o sangue deve ser ministrado ao menor, independentemente da vontade dos pais, cabendo ao Poder Judiciário substituí-la e autorizar o tratamento médico"*. Nessa linha de pensamento, finalizou, *verbis:*

> *"a) No caso de paciente maior, é possível a recusa da transfusão de sangue, mesmo que exista risco de vida, desde que o paciente assim decida de forma válida, informada, livre e consciente. Neste caso, o médico e sua equipe devem: al) esgotar as terapias alternativas; a2) se ainda assim, permanecer a necessidade de transfusão e estiver presente o risco de vida, devem informar os riscos ao paciente ou seu representante legal; a3) permanecendo a recusa da transfusão de forma válida (...), deverão se acautelar com prontuário médico constando todas as circunstâncias, documentos firmados com o paciente e inclusive com termo de isenção de responsabilidade em face da decisão do paciente, o que não poderá lhe gerar qualquer responsabilização civil, criminal ou ética.*
>
> *Se mesmo contra a vontade do paciente que decida de forma válida, livre, consciente e informada, o médico deseje realizar a transfusão de sangue, deve obter autorização judicial para se resguardar. Observo que esta conduta é contrária ao entendimento esposado neste opinativo jurídico.*

5 Cópia deste estudo, intitulado *Legitimidade da Recusa de Transfusão de Sangue por Testemunhas de Jeová, Dignidade Humana, Liberdade Religiosa e Escolhas Existenciais*, foi encartada pela parecerista às fls. 46/86 dos autos.

No caso do médico entender que a falta de transfusão contrarie sua consciência poderá se afastar do caso, desde que informe o paciente ou seu representante legal e assegure a continuidade do tratamento.

No caso de menores de idade ou pacientes que não estejam no gozo de sua capacidade, o médico e sua equipe, após esgotadas todas as alternativas à transfusão de sangue, poderão realizá-la em caso de haver risco de vida. "

4. Juntadas cópias do parecer elaborado por Luís Roberto Barroso (fls. 46/86) e de julgados prolatados no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo[6], a Chefia da Consultoria Jurídica do IAMSPE aprovou o Parecer CJ n. 684/2010, com ressalvas, para afirmar que, no caso de paciente testemunha de Jeová, maior e capaz, que haja manifestado livremente a sua vontade pessoal, antes do procedimento, não transferível a procurador, de não receber transfusão de sangue, o médico poderá ceder à solicitação do paciente. No entanto, se o paciente for menor ou incapaz e estiver em risco de vida ou grave lesão e seu representante legal não autorizar a transfusão de sangue, entendeu ser *"necessário ingressar com Medida Judicial, a fim de obter suprimento de consentimento para a realização do aludido procedimento médico. No caso de paciente maior e capaz, se surgir dúvida no que tange à validade do consentimento, recomendo que se obtenha autorização judicial para a transfusão de sangue. Caso não haja tempo hábil para ingressar com medida judicial, de suprimento ou autorização, o médico deverá optar pela transfusão de sangue"*. Ao final, acolhendo proposta do parecer aprovado, alegando *"se tratar de questão polêmica e que envolve direito à vida e à liberdade de crença e, em consequência, o princípio da dignidade humana"*, propôs o encaminhamento dos autos à análise desta Procuradoria Administrativa (fls. 101/102).

5. Com estes dados, o processo vem a esta Especializada, conforme determinação do Subprocurador Geral do Estado - Área da Consultoria Geral (fl. 103), juntando-se, na oportunidade, cópia do acórdão prolatado pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no bojo do Recurso Ordinário em HC n. 7.785-SP (fls. 104/114), valendo notar, desde já, que o mesmo não se coaduna com a matéria aqui tratada, pois cuida de ação penal movida contra médico Testemunha de Jeová que impediu a transfusão de sangue em paciente adepta da mesma seita religiosa e que, de resto, não adentrou no mérito da questão de fundo ora versada.

É o relatório. Opino.

---

6 Apelação Cível nº 132.720-4/9-00, 5ª Câm. Direito Privado, Rel. Des. Bóris Kauffinann, j. 26/06/2003(fls. 87/90) e HC nº 253.458-3/1 (fls. 91/100).

6. A resposta delineada pelo precedente Parecer CJ n. 684/2010, elaborado pela Consultoria Jurídica do IAMSPE, abordando a questão sob vários pontos de vista - teológico, jurídico, ético-profíssional etc. -, demonstra a extensa e antiga controvérsia a respeito da atividade médica e da preservação da *dignidade da pessoa humana*[7], quando esta se defronta com a peculiaridade do atendimento de paciente testemunha de Jeová, que recusa transfusão de sangue em seu tratamento de saúde, mesmo em caso de iminente risco de morte.

7. No entanto, como a consulta enfrentada nestes autos envolve o tipo de conduta que o médico servidor público deve empreender nestes casos, de forma que a sua prática médica diuturna seja resguardada e, longe de mimmizar a importância que o tema desperta em múltiplas frentes de pensamento, mas se evitando a redundância, a resposta, entendo, deve orientar-se e circunscrever-se a este aspecto ético-profissional, para tranquilizar e juridicizar a conduta do médico como agente público especializado, vivificando direito fundamental de

---

7 Reputado por Gilmar Mendes Ferreira *"como um dos princípios - desde logo considerado de valor pré-constituinte e de hierarquia supraconstitucional — em que se fundamenta a República Federativa do Brasil, nos termos do art. Iº da Carta Política de J988"*. No entanto, considera que *"não existem princípios absolutos, sujeitos que estão, em sua totalidade, a juízos de ponderação — em cada situação hermenêutica - com outros bens ou valores dotados de igual hierarquia constitucional. A propósito, lembremos que Alexy, por exemplo, sustenta a relatividade desse valor, a partir da tese de que, diante do enunciado do art. iº 1, da Lei Fundamental de Bonn, tem-se a impressão de que a dignidade da pessoa configura um valor absoluto, mas o que ocorre, em verdade, é que essa norma é tratada em parte como regra e, em parte, como princípio. E mais, prossegue esse autor, em relação ao que nela é princípio, existe um amplo grupo de condições de precedência, assim como um elevado grau de segurança no sentido de que, presentes tais condições, ela prevalece sobre as normas contrapostas; já com respeito à regra que ali se contém, diz-no o mesmo Alexy que não cabe indagar em abstrato se ela precede ou não a outras normas, mas tão somente se, numa dada situação concreta, ela foi violada, resposta que ele mesmo considera difícil porque, diante da imprecisão da norma da dignidade humana, existe um amplo espectro de soluções igualmente razoáveis para essa indagação. Por isso, em palavras do próprio Alexy, o principio da Dignidade da pessoa comporta graus de realização, e o fato de que, sob determinadas condições, com um alto grau de certeza, preceda a todos os outros princípios, isso não lhe confere caráter absoluto, significando apenas que quase não existem razões jurídico-constitucionais que não se deixem comover para uma relação de preferência em favor da dignidade da pessoa sob determinadas condições. (...) Em suma, tanto numa hipótese quanto na outra, não se discute o valor da dignidade humana em si mesmo - até porque, sob esse aspecto, ele parece imune a questionamentos -, mas tão somente se, em determinadas situações, ele foi ou não respeitado, caso em que, se a resposta for negativa, legitima-se a precedência da norma ou da conduta impugnadas em nome desse princípio fundamental..."* (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2008, págs. 150/151)

cunho universal[8] e socioambiental[9] de preservação da saúde, que deve a todos ser assegurado pelo Estado[10].

Assim, a atuação do médico, em âmbito nacional, é comandada pelo Conselho Federal de Medicina e pelos Conselhos Regionais de Medicina[11], nos termos que lhes foram atribuídos pela Resolução CFM n. 1.753/2004, que aprovou o seu Regimento Interno, conforme expressa o art. 2º, *verbis:*

> *"Art. 2° - O Conselho Federal de Medicina e os Conselhos Regionais de Medicina, hierarquicamente constituídos, são os órgãos supervisores da ética profissional em toda a República e, ao mesmo tempo, julgadores[12] e disciplinadores da classe médica, cabendo-lhes zelar e trabalhar – por todos os meios ao seu alcance - pelo perfeito desempenho ético da Medicina e pelo prestigio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente".*

8. Nesse passo, exercendo sua competência[13], o Conselho Federal de Medicina expediu a Resolução CFM n. 1.931/2009, aprovando o Código de Ética

---

8 *"I) Direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (artigo 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve zelar, de maneira responsável, o poder público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir aos cidadãos, inclusive aqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico hospitalar. 2) O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atenção no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional."* (AgRg no RE n° 271.286-8, Rel. Min. Celso de Mello, DJU, *24,11.2000).*

9 *"Os direitos fundamentais que, antes, buscavam proteger reivindicações comuns a todos os homens, passaram a, igualmente, proteger seres humanos que se singularizam pela influência de certas situações específicas em que apanhados. Alguns indivíduos, por conta de certas peculiaridades, tornam-se merecedores de atenção especial, exigida pelo princípio do respeito à dignidade humana. Dai a consagração de direitos especiais aos enfermos, aos deficientes, às crianças, aos idosos... O homem não é mais visto em abstrato, mas na concretude das suas diversas maneiras de ser e de estar na sociedade."* (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p.. 254).

10 Arts. 6º e 196 da Constituição Federal; art. 2° da Lei n° 8.080, de 19/09/1990.

11 Arts. 2º, 5º, *h, e 15, V e d, da Lei federal n° 3.268, de 13/09/1957.*

12 Conforme o Código de Processo Ético-Profissional - aprovado pela Resolução CFM n° 1.897/2009, publicada no DOU, edição de 06/05/2009: *"Art. 2° - A competência para apreciar e julgar infrações éticas será atribuída ao Conselho Regional de Medicina onde o médico estiver inscrito, ao tempo do fato punível ou de sua ocorrência".*

13 Art. 10 da Resolução CFM n° 1.753/04: *"Ao Conselho Federal de Medicina compete: (...) Ill - promover alterações ao Código de Ética Médica e ao Código de Processo Etico-Profissional, após ouvir o Conselho Pleno Nacional; (...) XX expedir resoluções normatizadoras ou fiscalizadoras do exercício profissional dos médicos e pessoas jurídicas cuja atividade básica seja a Medicina; XXI - definir o ato médico;".*

Médica[14], que *"contém as normas que devem ser seguidas pelos médicos no exercício de sua profissão*[15]" para, dentre outros objetivos, buscar *"melhor relacionamento com o paciente e a garantia de maior autonomia à sua vontade*[16] consignando, em seu Capítulo I, seus princípios fundamentais, *verbis:*

> *"I - A Medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade e será exercida sem discriminação de nenhuma natureza.*
>
> *II - O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional.*
>
> *(...)*
>
> *IV – Ao médico cabe zelar e trabalhar pelo perfeito desempenho ético da Medicina, bem como pelo prestígio e bom conceito da profissão.*
>
> *(...)*
>
> *VI - O médico guardará absoluto respeito pelo ser humano e atuará sempre em seu benefício. Jamais utilizará seus conhecimentos para causar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade.*
>
> *VII - O médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando a recusa possa trazer danos à saúde do paciente.*
>
> *VIII - O médico não pode, em nenhuma circunstância ou sob nenhum pretexto, renunciar à sua liberdade profissional, nem permitir quaisquer restrições ou imposições que possam prejudicar a eficiência e a correção de seu trabalho.*

14 Em vigor a partir de 13/04/2010.

15 Item I, do Preâmbulo.

16 Terceiro Considerando da Resolução CFM nº 1931/09; no mesmo sentido, o teor do art. 7º, III, da Lei federal nº 8.080/1990: "Art. 7º - As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: (...) 111 - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral".

(...)

XIX - O médico se responsabilizará, em caráter pessoal e nunca presumido, pelos seus atos profissionais, resultantes de relação particular de confiança e executados com diligência, competência e prudência.

(...)

XXI - No processo de tomada de decisões profissionais, de acordo com seus ditames de consciência e as previsões legais, o médico aceitará as escolhas de seus pacientes, relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos por eles expressos, desde que adequadas ao caso e cientificamente reconhecidas".

9. Estes princípios norteadores da profissão médica encontram-se refletidos nas vedações expressas pelo Código de Ética Médica quanto a este tema, *verbis*:

"Capítulo IV - Direitos Humanos

E vedado ao médico:

Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, ***salvo em caso de risco iminente de morte.***

Art. 23 - Tratar o ser humano sem civilidade ou consideração, desrespeitar sua dignidade ou discriminá-lo de qualquer forma ou sob qualquer pretexto.

Art. 24 - Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo.

(...)

Capítulo V - Relação com pacientes e familiares

Art. 31 - Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, ***salvo em caso de iminente risco de morte.***

Art. 32 - Deixar de usar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente". (g.n.)

10. Logo, quando o profissional médico detectar que o paciente sob seus cuidados se encontra em iminente risco de morte, deverá agir conforme as regras disciplinadoras da profissão médica, delineada na Resolução CFM n. 1.021/80, expedida pelo Conselho Federal de Medicina ao aprovar o Parecer prolatado no Proc. CFM n. 21/80[17] que, considerou, inclusive e especificamente, *"o caso de paciente que, por motivos diversos, inclusive os de ordem religiosa, recusam a transfusão de sangue"*, fixando *"interpretação autêntica dos dispositivos deontológicos referentes a recusa em permitir a transfusão de sangue, em casos de iminente perigo de vida", verbis*:

> *"O problema criado, para o médico, pela recusa dos adeptos da Testemunha de Jeová em permitir a transfusão sanguínea, deverá ser encarada sob duas circunstâncias:*
>
> *- A transfusão de sangue teria precisa indicação e seria a terapêutica mais rápida e segura para a melhora ou cura do paciente.*
>
> *Não haveria, contudo, qualquer perigo imediato para a vida do paciente se ela deixasse de ser praticada.*
>
> *Nessas condições, deveria o médico atender o pedido de seu paciente, abstendo-se de realizar a transfusão de sangue.*
>
> *Não poderá o médico proceder de modo contrário, pois tal lhe é vedado pelo disposto no art. 32, letra f, do Código de Ética Médica:*
>
> *Não é permitido ao médico:*
>
> *f) exercer sua autoridade de maneira a limitar o direito do paciente resolver sobre sua pessoa e seu bem-estar'.*
>
> *- O paciente se encontra em iminente perigo de vida e a transfusão de sangue é a terapêutica indispensável para salvá-lo.*
>
> *Em tais condições, não deverá o médico deixar de praticá-la apesar da oposição do paciente ou de seus responsáveis em permiti-la.*
>
> *O médico deverá sempre orientar sua conduta profissional pelas determinações de seu Código.*

17 Parecer elaborado pelo Dr. Telmo Reis Ferreira, lastreado no então vigente Código de Ética Médica de 1965 - DOU *de 11/01/1965 e na CF/67, mas que ainda é referência da classe médica para nortear a conduta do profissional.*

*No caso, o Código de Ética Médica*18 *assim prescreve: 'Artigo 1o - A medicina é uma profissão que tem por fim cuidar da saúde do homem, sem preocupações de ordem religiosa'.*

(...)

Artigo 30 - O alvo de toda a atenção do médico é o doente, em benefício do qual deverá agir com o máximo de zelo e melhor de sua capacidade profissional.

Artigo 19 - O médico, salvo o caso de 'iminente perigo de vida', não praticará intervenção cirúrgica sem o prévio consentimento tácito ou explícito do paciente e, tratando-se de menor incapaz, de seu representante legal'.

Por outro lado, ao praticar a transfusão de sangue, na circunstância em causa, não estará o médico violando o direito do paciente.

Realmente, a Constituição Federal determina em seu art. 153, § 2° que 'ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei '.

Aquele que violar esse direito cairá nas sanções do Código Penal quando este trata dos crimes contra a liberdade pessoal e em seu art. 146 preconiza:

'Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda'.

Contudo, o próprio Código Penal no § 3o desse mesmo art. 146, declara:

'Não se compreendem na disposição deste artigo: I — a intervenção médica ou cirúrgica sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida'.

A recusa do paciente em receber a transfusão sanguínea, salvadora de sua vida, poderia, ainda, ser encarada como suicídio. Nesse caso, o médico, ao aplicar a transfusão, não estaria violando a liberdade pessoal, pois o mesmo § 3º do art. 146, agora no inciso II, dispõe que não se compreende, também, nas determinações deste artigo: 'a coação exercida pela impedir o suicídio'. CONCLUSÃO

Em caso de haver recusa em permitir a transfusão de sangue, o médico, obedecendo a seu Código de Ética Médica, deverá observar a seguinte conduta:

18 '*Código de Ética Médica de 1965 - DOU *de 11/01/1965 e na CF/67.*

1º - Se não houver iminente perigo de vida, o médico respeitará a vontade do paciente ou de seus responsáveis. 2° - Se houver iminente perigo de vida, o médico praticará a transfusão de sangue, independentemente de consentimento do paciente ou de seus responsáveis".

11. No âmbito do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, a orientação é a mesma traçada pelo Conselho Federal de Medicina - *vide Consulta n. 14.607/88, encartada às fls. 7/8 -, parecendo que as demais Consultas indicadas neste processo não se distanciam da orientação propugnada, apesar da reiteração constante de que, atualmente, deve-se procurar, sempre que possível e não ocasionar risco de morte, atender a vontade do paciente que tenha sido livremente declarada, inclusive por haver expressa disposição legal asseverando que é direito dos usuários dos serviços de saúde no Estado de São Paulo "consentir ou recusar, de forma livre, voluntária e esclarecida, com adequada informação, procedimentos diagnósticos ou terapêuticos a serem nele realizados",* a teor do contido no art. 2°, VII, da Lei estadual n. 10.241, de 17 de março de 1999. Ademais, esta mesma norma garante aos usuários de saúde, *"durante as consultas, internações, procedimentos diagnósticos e terapêuticos e na satisfação de suas necessidades fisiológicas: (...)* d) o respeito aos seus valores éticos e culturais", conforme inciso XIV, do seu art. 2º, valendo notar que a lei não se refere, expressamente, ao aspecto religioso do procedimento médico, por tratar-se de questão de foro íntimo do ser humano.

12. Ademais, o caso posto nos autos não indica tratar-se de Medicina Paliativa[19], mas de efetiva necessidade de atendimento médico do paciente, em iminente risco de morte. Por isso, no dizer do Parecer CRMPR 2001/2008, *verbis*:

"O cuidado médico é um continuum que pode ir da cura completa, de um lado, ao alívio de sintomas, do outro.

E importante ter em mente, claramente, o objetivo do tratamento em quaisquer possibilidades terapêuticas: cirurgia, quimioterapia, radioterapia e/ou tratamento clínico. E, optando-se pela conduta adequada, ter em mente:

- perspectiva biológica do paciente;

- objetivos terapêuticos e benefícios de cada tratamento;

- efeitos adversos do tratamento;

- a não necessidade de prolongar o processo de morte" (Parecer CRMPR n. 2001/2008, emitido no Proc. Consulta n. 139/2008 pela Cons. Ewalda Von Rosen

19 Definida por Jacira Caracik de Camargo Andrade, Chefe do Centro de Terapia da Dor e Medicina Paliativa do Hospital Amaram Carvalho de Jaú, como "aquela cujo principal objetivo é promover o conforto para o paciente nos seus últimos dias". Segundo ela, "O herói dos tratamentos heroicos não é o médico, senão o paciente, e seu heroísmo só aparece quando fracassam todos os remédios disponíveis. A muitos pacientes é imposto este heroísmo involuntário, quando se sentem obrigados a consumir 'tratamentos' contra a morte, líquida e certa, até o último instante".

Seeling Stahlke, aprovado em Reunião Plenária n. 2.098, de 20/10/2008, do Conselho Regional de Medicina do Paraná)

13. Por isso, o profissional médico deve portar-se segundo as normas inerentes à sua profissão, valorando sempre o respeito à dignidade humana que, no pensamento de Ingo Sarlet, citado por Gilmar Ferreira Mendes, ressalta *"que sendo todas as pessoas iguais em dignidade (embora não se portem de modo igualmente digno) e existindo, portanto, dever de respeito recíproco (de cada pessoa) da dignidade alheia (para além do dever de respeito e proteção do Poder Público e da sociedade), poder-se-á imaginar a hipótese de conflito direto entre as dignidades de pessoas diversas, impondo - também nestes casos - o estabelecimento de uma concordância prática (ou harmonização), que necessariamente implica a hierarquização ou a ponderação dos bens em rota conflitiva, neste caso, do mesmo bem (dignidade) concretamente atribuído a dois ou mais titulares. Numa palavra, se bem entendemos, a dignidade da pessoa humana, porque sobreposta a todos os bens, valores ou princípios constitucionais, em nenhuma hipótese é suscetível de confrontar-se com eles, mas tão somente consigo mesma, naqueles casos-limite em que dois ou mais indivíduos - ontologicamente dotados de igual dignidade - entrem em conflitos capazes de causar lesões mútuas a esse valor supremo".*[20]

14. Nesse sentido, pode-se afirmar, genericamente, que qualquer tipo de atividade profissional, e não só o exercício da Medicina, está sujeita à eventualidade de ser questionada perante o Poder Judiciário. O que importa é que a conduta do profissional médico seja regida pelos princípios éticos ditados pela entidade que detém competência para a fiscalização da Medicina, agindo com dedicação, prudência, diligência e perícia em todo o decorrer do atendimento ao paciente.

Em lúcido artigo intitulado *Responsabilidade civil do Estado pela atividade médica,* o Desembargador Jaime Ramos, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, afirma, enfaticamente, que *"não cabe indenização quando presente o erro meramente técnico, sem qualquer ilicitude, ou quando, não obstante haja sido empregado procedimento sabidamente errôneo, não houve qualquer prejuízo ao paciente que pode ter sofrido incômodo, mas não dano indenizável. Também não cabe reparação quando o médico procede corretamente sem o consentimento expresso ou tácito do paciente ou de familiares, seja em emergência ou em situação normal, sem que disso haja qualquer dano. Igualmente, não se pode obrigar o Estado a indenizar paciente ou familiares simplesmente por transfusão de sangue não autorizada em virtude de convicção religiosa, ante a prevalência do direito indeclinável de proteção à vida (TJSP, Ap. 123.430-4/4-00, Rei. Des. Flávio Pinheiro, em 7.5.2002)*[21]*".*

---

20 Op. cit., p. 152.

21 PEREIRA, Hélio do Valle e ENZWEILER, Romano José (Coord.). *Curso de Direito Médico,* São Pauto, Editora Conceito Editorial, 2011, p. 145/146 -g.n.

15. Analisando o novo Código de Ética Médica trazido a lume pela Resolução CFM n. 1931/2009, Ylmar Corrêa Neto ressalta, *verbis*:

> *"Nosso novo Código (...) mantém um resquício paternalista, ou da era do médico de Siegler*[22]*, ao limitar a autonomia do eficaz. Preocupações com o uso perverso da autonomia no mundo contemporâneo, democrático, multicultural, plural, encontro de estranhos morais, onde religiões clamam por autonomia da pessoa para, através de punições ao paciente e seus familiares, tanto terrenas como celestiais (ou melhor dizendo, infernais), imporem dogmas letais; onde indústrias de medicamentos, em campanhas publicitárias com informações manipuladas, clamam por autonomia do paciente em optar por medicamentos caros de biossegurança incerta, levaram os representantes dos médicos brasileiros a votar, após ampla discussão, contra a proposta da autonomia ilimitada. Neste aspecto nosso novo Código permanece pré-kantiano, assim como nosso Código Penal, que no § 3o do art. 146 exclui do crime de constrangimento ilegal 'a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida'.*
>
> *A substituição da expressão 'risco de vida' por 'risco de morte' (arts. 22, 265 e 31) foi muito mais que a adoção de uma forma menos conflituosa gramaticalmente, mas a reafirmação da vocação da medicina brasileira para o combate pela vida, considerando o risco de perdê-la um limite para a autonomia do paciente. Autonomia que, exceto in extremis, deve ser preservada através do consentimento livre do paciente sobre procedimentos a serem realizados após esclarecimentos sobre a natureza, riscos, benefícios e eventuais opções (arts. 22, 24, 26, 27, 28, 31 e 42)"*[23].

Respondida está, portanto, a primeira questão.

No caso de *"situações de grave risco de morte"*, conforme indica a segunda questão, não há dúvida de que o médico deverá realizar a transfusão de sangue, pois esta é a orientação traçada pelo Conselho Federal de Medicina. Como se disse, é impossível prever se o médico será ou não processado judicialmente ou perante o seu órgão de classe, mas portando-se da forma prescrita pelo mesmo,

---

22 Esclarece o mencionado professor que *"Siegler identificou três eras consecutivas na história de relação médico-paciente. Uma primeira, paternalista, ou era do médico, que durou, segundo esse autor, do século IV a.C. até 1965; uma segunda, autonomista, ou era do paciente, que a substituiu; e uma terceira, em implantação, burocratizada, ou era do contribuinte. Esta última se caracteriza por contenção de gastos e considerações sobre a eficiência e a conveniência no nível institucional das decisões médicas, baseadas principalmente em razões econômicas e necessidades sociais, subordinando os desejos dos médicos aos desejos dos administradores e burocrata"* (op. cit., p. 298).

23 CORREA NETO, Ylmar. *Aquém e além do novo Código de Ética Médica Brasileiro: a evolução da codificação da moral médica,* artigo publicado in PEREIRA, Hélio do Valle e ENZWEILER, Romano José (Coord.). *Curso de Direito Médico,* Sao Paulo, Ed. Conceito Editorial, 2011, p. 301/302 - g.n.

além de conduzir-se com eficiência, competência, prudência e atentamente, dificilmente será arguido pelo ato médico[24] que praticou, pois somente o erro inescusável da atividade médica[25], faz surgir a responsabilidade civil[26]/[27].

---

24 Art. 1º da Resolução CFM n. 1.627/2001: *"Art. 1º - Definir o ato profissional de médico como todo procedimento técnico-profissional praticado por médico legalmente habilitado e dirigido para: I — a promoção da saúde e prevenção da ocorrência de enfermidades ou profilaxia (prevenção primária); II — a prevenção da evolução das enfermidades ou execução de procedimentos diagnósticos ou terapêuticos (prevenção secundária); III — a prevenção da invalidez ou reabilitação dos enfermos (prevenção terciária) "*

25 *"O conceito de atividade médica deve ser mais amplo do que o de ato médico. Atos médicos são os que decorrem dos procedimentos atribuídos por lei aos médicos e regulamentados pelo Conselho Federal de Medicina. Por atividade médica se entenda toda a ação ou o serviço empreendido na busca da manutenção, da proteção e da restauração da saúde da população, bem como na prevenção contra doenças. Envolve não apenas os atos dos médicos, em si, em suas variadas especialidades, mas também os de outros profissionais, dependentes ou não, incluindo os serviços prestados em hospitais, clinicas e consultórios, por enfermeiros, instrumentistas, nutricionistas, fisioterapeutas, fonoaudiólogos (...); enfim, todos aqueles que lidam ou têm o dever de lidar com os pacientes, que a vastíssima amplitude da evolução profissional e tecnológica aplicável à área da saúde dispensa maior especificação."* {RAMOS, Jaime. *Responsabilidade Civil do Estado pela atividade médica,* artigo publicado in PEREIRA, Hélio do Valle e ENZWEILER, Romano José (Coord.). *Curso de Direito Médico,* Sao Paulo, Editora Conceito Editorial, 2011,p. 142/143).

26 *"O fundamento legal para a imposição da responsabilidade civil ao médico é o art. 951 do Código Civil de 2002, de onde se pode retirar os requisitos indispensáveis para a configuração do dever de indenizar: a) a presença de um ato omissivo ou comissivo culposo; b) o dano e c) o nexo causal entre o dano e o comportamento culposo. Está a se falar, então, na responsabilidade civil contratual. Não se ignore, contudo, que a responsabilidade civil do médico pode decorrer, também, da prática de um ato ilícito, a partir da construção da noção de responsabilidade extracontratual, também dita aquiliana."* (MACHADO, Jânio de Souza. *O Dano Moral nas Ações de Responsabilidade Civil Médica,* artigo publicado in PEREIRA, Hélio do Valle e ENZWEILER, Romano José (Coord.). *Curso de Direito Médico,* São Paulo, Editora Conceito Editorial, 2011, p. 230).

27 *"A responsabilidade civil do médico, na qualidade de profissional liberal, em face do disposto no art. 14, parágrafo 4°, do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8078/90), será apurada mediante verificação de culpa, regra, aliás, aplicável a todos os demais profissionais liberais, cujo elenco está relacionado no anexo do art. 577 da Consolidação das Leis Trabalhistas. Na esfera penal, o Código Penal, no art. 18, dispõe: 'Diz-se o crime: II -... culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia', e no art. 135, pune a omissão de socorro. E no Código Civil, art. 951: aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho. E vai além, pois trouxe uma disciplina específica na qual se pode amparar o Juiz ao examinar as perspectivas postas nos múltiplos processos relativos a erros médicos."* (MELLO FILHO, Jonas de. *Erro médico,* artigo publicado in PEREIRA, Hélio do Valle e ENZWEILER, Romano José (Coord.). *Curso de Direito Médico,* São Paulo, Editora Conceito Editorial, 2011, p. 333). Em outro artigo desta mesma obra, intitulado *Aspectos processuais das ações de responsabilidade médica,* enfatiza Hélio do Valle Pereira que, *"no caso de estabelecimentos públicos podem ter legitimidade* [passiva] *tanto o médico que atue em nome do Estado (se houver agido culposamente) quanto a entidade pública (que está exposta a regime objetivo: art. 37, § 6ª, da CF)"* (p. 396).

Quanto à terceira questão, havendo fundado receio de que haverá impedimento real por parte do paciente, de seu representante legal ou de membro de sua família, para o pleno exercício da atividade médica, agudizando o risco de morte do paciente, a intervenção do Poder Judiciário é aconselhável, como forma de salvaguardar a conduta médica adotada, tendo-se sempre em mente que, se encontrando o paciente em iminente risco de morte, a transfusão de sangue deve ser realizada quando se fizer imprescindível para o tratamento.

16. Finalmente, invocando-se a competência do Conselho Federal de Medicina e, também, nesta unidade federativa, do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, entende-se de todo recomendável que as questões formuladas às fls. 26/27 sejam encaminhadas ao órgão fiscalizador da atividade médica, para abordar especificamente as matérias debatidas, atualizando, se assim entender necessário, a orientação a toda a classe médica, seja pública ou privada.

À consideração superior.
São Paulo, 26 de agosto de 2011.

MARIA FÁTIMA GAJEKI
Procuradora do Estado
(OAB/SP 74.843)

RESOLUÇÃO CFM n. 1.021/80

O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, usando da atribuição que lhe confere a Lei n. 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto n. 44.045, de 19 de julho de 1958, e CONSIDERANDO o disposto no art. 153, § 2º da Constituição Federal; no art. 146 e seu § 3º, inciso I e II do Código Penal; e nos arts. 1º, 30 e 49 do Código de Ética Médica;

CONSIDERANDO o caso de paciente que, por motivos diversos, inclusive os de ordem religiosa, recusam a transfusão de sangue;

CONSIDERANDO finalmente o decidido em sessão plenária deste Conselho realizada no dia 26 de setembro de 1980,

RESOLVE:

Adotar os fundamentos do anexo PARECER, como interpretação autêntica dos dispositivos deontológicos referentes a recusa em permitir a transfusão de sangue, em casos de iminente perigo de vida.

Rio de Janeiro, 26 de setembro de 1980.

GUARACIABA QUARESMA GAMA
Presidente em Exercício
JOSÉ LUIZ GUIMARÃES SANTOS
Secretário-Geral

Publicada no D.O.U. (Seção I - Parte II) de 22/10/80 PARECER PROC. CFM n. 21/80

O problema criado, para o médico, pela recusa dos adeptos da Testemunha de Jeová em permitir a transfusão sangüínea, deverá ser encarada sob duas circunstâncias:

1- A transfusão de sangue teria precisa indicação e seria a terapêutica mais rápida e segura para a melhora ou cura do paciente.

Não haveria, contudo, qualquer perigo imediato para a vida do paciente se ela deixasse de ser praticada.

Nessas condições, deveria o médico atender o pedido de seu paciente, abstendo-se de realizar a transfusão de sangue.

Não poderá o médico proceder de modo contrário, pois tal lhe é vedado pelo disposto no art. 32, letra f, *do Código de Ética Médica:*

"Não é permitido ao médico:

f) exercer sua autoridade de maneira a limitar o direito do paciente resolver sobre sua pessoa e seu bem-estar".

2 - O paciente se encontra em iminente perigo de vida e a transfusão de sangue é a terapêutica indispensável para salvá-lo.

Em tais condições, não deverá o médico deixar de praticá-la apesar da oposição do paciente ou de seus responsáveis em permiti-la.

O médico deverá sempre orientar sua conduta profissional pelas determinações de seu Código.

No caso, o Código de Ética Médica assim prescreve:

"Art. 1o - A medicina é uma profissão que tem por fim cuidar da saúde do homem, sem preocupações de ordem religiosa...".

"Art. 30 - O alvo de toda a atenção do médico é o doente, em benefício do qual deverá agir com o máximo de zelo e melhor de sua capacidade profissional."

"Art. 19 - 0 médico, salvo o caso de 'iminente perigo de vida', não praticará intervenção cirúrgica sem o prévio consentimento tácito ou explícito do paciente e, tratando-se de menor incapaz, de seu representante legal." Por outro lado, ao praticar a transfusão de sangue, na circunstância em causa, não estará o médico violando o direito do paciente.

Realmente, a Constituição Federal determina em seu art. 153, § 2º, que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei".

Aquele que violar esse direito cairá nas sanções do Código Penal quando este trata dos crimes contra a liberdade pessoal e em seu art. 146 preconiza: "Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda".

Contudo, o próprio Código Penal, no § 3º desse mesmo art. 146, declara:

"Não se compreendem na disposição deste artigo:

I - a intervenção médica ou cirúrgica sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida".

A recusa do paciente em receber a transfusão sanguínea, salvadora de sua vida, poderia, ainda, ser encarada como suicídio. Nesse caso, o médico, ao aplicar a transfusão, não estaria violando a liberdade pessoal, pois o mesmo § 3º do art. 146, agora no inciso II, dispõe que não se compreende, também, nas determinações deste artigo: "a coação exercida para impedir o suicídio".

CONCLUSÃO

Em caso de haver recusa em permitir a transfusão de sangue, o médico, obedecendo a seu Código de Ética Médica, deverá observar a seguinte conduta:

1º - Se não houver iminente perigo de vida, o médico respeitará a vontade do paciente ou de seus responsáveis.

2º - Se houver iminente perigo de vida, o médico praticará a transfusão de sangue, independentemente de consentimento do paciente ou de seus responsáveis.

Dr. TELMO REIS FERREIRA
Relator

PROCESSO: Protocolo IAMSPE 11.215/2010 (PGE 16847-190733/2011)
INTERESSADO: IAMSPE
PARECER: PAn. 108/2011

Tendo em vista que a matéria de fundo tratada no Parecer PA n. 108/2011 envolve o direito à vida em confronto com a liberdade de crença religiosa e considerando que a matéria é alvo de divergência doutrinária e jurisprudencial, na forma apontada pela instrução dos autos, entendo conveniente que se colha outra opinião sobre o tema.

Assim, encaminhem-se os autos para análise e manifestação do Dr. Marcos Nusdeo.

São Paulo, 12 de setembro de 2011.

DORA MARIA DE OLIVEIRA RAMOS
Procuradora do Estado
Chefe Substituta da Procuradoria Administrativa
OAB/SP 78.260

PROCESSO: IAMSPE N. 11215/2010 (GDOC N. 16847-190733/2011)
PARECER: PA N. 128/2011
INTERESSADO: INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL - IAMSPE
ASSUNTO: TRANSFUSÃO DE HEMODERIVADOS EM PACIENTE TESTEMUNHA DE JEOVÁ

EMENTA: SERVIDOR PÚBLICO. MÉDICO. CORPO CLÍNICO DO INSTITUTO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA AO SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL - IAMSPE. Conduta médica. Paciente Testemunha de Jeová. Recusa a receber transfusão de sangue. Possibilidade. Conflito de Direitos Fundamentais. Direito à vida em confronto com a liberdade religiosa. Necessidade de Interpretação da Constituição Federal.

1. Trata-se de processo oriundo do Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual (IAMSPE) que foi autuado como "CONSULTA JURÍDICA: TRANSFUSÃO DE HEMODERIVADOS EM PACIENTE TESTEMUNHA DE JEOVÁ", encaminhado a esta Especializada e distribuído à Procuradora do Estado Dra. Marisa Fátima Gaieski que prolatou o Parecer PA n. 108/2011 (As. 115/131). Esse Parecer, em bem lançado relatório, assim se manifestou:

"1. O Coordenador da Unidade Crítica de Pacientes Cirúrgicos relatou à Superintendência do Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual - IAMSPE, que um paciente testemunha de Jeová internado no Hospital do Servidor Público, à época *"em estado grave com iminente risco de morte"*, necessitava de transfusão de hemoderivados para a realização de hemodiálise (fls. 2/3). A este relatório, anexou cópia de formulário padrão com *"Instruções e Procuração para Tratamento de Saúde"* assinado pelo referido paciente, por meio da qual afirmou sua crença religiosa e estipulou que *"não aceito NENHUMA TRANSFUSÃO de sangue total, glóbulos vermelhos, glóbulos brancos, plaquetas ou plasma em nenhuma circunstância, mesmo que os profissionais de saúde opinem que isso seja necessário para a manutenção da minha vida"* (fl. 4). Seu procurador nomeado autorizou a realização de hemodiálise e, na mesma oportunidade, reiterou que *"nenhuma transfusão de sangue deve ser usada"* (fl. 5 - destaque do original).

2. Juntou-se aos autos, ainda, cópia da orientação traçada pelo Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo sobre o tema[1] que evoluiu da determinação para a ação do médico mesmo em sentido contrário à recusa do paciente

1 Consulta n. 8.102/94 (fl. 6), Consulta n. 14.607/88 (fls. 7/8), Consulta n. 19.123/94 (fl. 9), Consulta n. 27.278/96 (fls. 11/12), Consulta n. 29.299/96 (fls. 13/14), Consulta n. 41.191/99 (fl. 15), Consulta n. 41.848/96 (fls. 16/17).

ao tratamento, quando em iminente risco de morte, para maior liberdade da conduta médica visando à preservação da vontade do paciente, mesmo em caso de iminente risco de morte - e de dois acórdãos prolatados pelo Tribunal de Justiça deste Estado versando a matéria ora em análise[2], os quais afirmam a prevalência do direito à vida sobre o direito à crença religiosa, permitindo ao médico a realização de transfusão de sangue em pacientes testemunhas de Jeová, mesmo com a resistência deste em submeter-se a tal tratamento.

A matéria, então, foi submetida pela Superintendência à análise da Consultoria Jurídica do IAMSPE, formulando-se três questões: *"1. Em pacientes com crença religiosa que manifestem o desejo de não serem submetidos à transfusão de produtos hemoderivados, a equipe médica pode ser responsabilizada caso proceda com a intervenção para salvar a vida do paciente? Que cautelas devem ser tomadas para minimizar a possibilidade de questionamentos judiciais ou em âmbito do Tribunal de Ética do CREMESP para resguardar os profissionais e a Instituição? 2. Em caso de respeitar sua autonomia de vontade mesmo em situações de grave risco de morte, o profissional poderá ser responsabilizado por omissão? Que cautelas devem ser tomadas para minimizar a possibilidade de questionamentos judiciais ou em âmbito do Tribunal de Ética do CREMESP para resguardar os profissionais e a Instituição? 3. Caso a equipe médica deseje realizar procedimentos na hipótese do item '1'* supra, há a necessidade/obrigatoriedade de a Instituição previamente obter autorização judicial?".

3. O Parecer CJ/IAMSPE n. 684/2010 (fls. 29/45) ressaltou que *"conflitam os princípios do direito à vida e do direito à liberdade religiosa (art. 5°)"*, e que, atualmente, a tendência dos Tribunais é de alteração do entendimento *"de que o direito à vida é absoluto e indisponível"* e, em caso de risco de morte, *"o médico, após esgotar as medidas alternativas à transfusão de sangue, tem o dever ético-profissional e legal de realizá-la, mesmo contra a vontade do paciente"*[3], passando a aceitar *"o direito à liberdade religiosa, com decisões que, em se tratando de paciente maior de idade, que decida de forma válida, há possibilidade de recusa de transfusão de sangue, mesmo diante de risco de vida"*[4].

---

2 Apelação Cível com revisão n. 442.163-4/1-00, 8ª Câm. Direito Privado, Rel. Des. Caetano Lagastra, j. 13/06/2007 (fls. 18/21), Apelação Cível n. 132.720-4/9-00, 5ª Câm. Direito Privado, Rel. Des. Bóris Kauffmann, j. 26/06/2003 (fls. 22/25 e 87/90).

3 A parecerista refere os acórdãos que dão sustentação a este entendimento: HC n. 184.642/5, 9ª Câm., Rel. Des. Marrey Neto, j. 30/08/1989 e Apelação Cível n. 123.430-4/4-00, 3ª Câm. Direito Privado, Rel. Des. Flávio Pinheiro, j. 18/06/2002.

4 A parecerista lista os acórdãos que propugnam a tese mais moderna: AI n. 70032799041, 12ª Câm. Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, j. 12/03/2010, AI n. 22.395/2006, 5ª Câm. Cível do Tribunal de Justiça do Mato Grosso, Rel. Des. Sebastião de Almeida, AI n. 1.0701.07.191519-6/001, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Rel. Des. Alberto Vilas Boas, publ. 04/09/2001.

Além disso, consignou que *"nenhum direito é absoluto, nem mesmo o direito à vida"* e, havendo ampla tutela, pela Constituição Federal, da liberdade religiosa (arts. 5º, IV, VI, VII, VIII, 19, 1, 143, § 1º, 150, 210, § 1º, e 226, § 2º), sendo invioláveis a intimidade e a vida privada dos cidadãos (art. 5º, X, da CF), bem como a matéria estar consolidada no direito comparado, no sentido *"de que um paciente maior e capaz e estando no gozo de suas faculdades mentais pode recusar e optar por realizar tratamento médico, mesmo ciente do risco que impõe a sua vida"*, posição, aliás, adotada por Luís Roberto Barroso em estudo elaborado para responder à consulta feita pela Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro e publicado em 05/04/2010[5], concluiu que, *"antes de impor uma transfusão ao paciente, os médicos e os tribunais devem serenamente analisar os riscos das transfusões e o impacto emocional advindo do desrespeito à intimidade e à dignidade do cidadão"*, reconhecendo-se a vontade do paciente que a manifesta *"de forma válida, livre, inequívoca e informada sobre os riscos"*, como relatado no caso posto nos presentes autos. Caso contrário - paciente que não goza da capacidade de autodeterminar-se - entendeu o parecer que *"deve-se realizar a transfusão de sangue, quando for a única alternativa de salvar sua vida"*. Quanto a pacientes menores de idade, afirmou que *"não há qualquer controvérsia no mundo jurídico: sempre que necessário, o sangue deve ser ministrado ao menor, independentemente da vontade dos pais, cabendo ao Poder Judiciário substituí-la e autorizar o tratamento médico"*. Nessa linha de pensamento, finalizou, *verbis*:

> *"a) No caso de paciente maior, é possível a recusa da transfusão de sangue, mesmo que exista risco de vida, desde que o paciente assim decida de forma válida, informada, livre e consciente. Neste caso, o médico e sua equipe devem: a1) esgotar as terapias alternativas; a2) se ainda assim, permanecer a necessidade de transfusão e estiver presente o risco de vida, devem informar os riscos ao paciente ou seu representante legal; ai) permanecendo a recusa da transfusão de forma válida (...), deverão se acautelar com prontuário médico constando todas as circunstâncias, documentos firmados com o paciente e inclusive com termo de isenção de responsabilidade em face da decisão do paciente, o que não poderá lhe gerar qualquer responsabilização civil, criminal ou ética.*
>
> *Se mesmo contra a vontade do paciente que decida de forma válida, livre, consciente e informada, o médico deseje realizar a transfusão de sangue, deve obter autorização judicial para se resguardar. Observo que esta conduta é contrária ao entendimento esposado neste opinativo jurídico.*
>
> *No caso do médico entender que a falta de transfusão contrarie sua consciência poderá se afastar do caso, desde que informe o paciente ou seu representante legal e assegure a continuidade do tratamento.*

5 Cópia deste estudo, intitulado *Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová, dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais,* foi encartada pela parecerista às fls. 46/86 dos autos.

No caso de menores de idade ou paciente que não estejam no gozo de sua capacidade, o médico e sua equipe, após esgotadas todas as alternativas à transfusão de sangue, poderão realizá-la em caso de haver risco de vida".

4. Juntadas cópias do parecer elaborado por Luís Roberto Barroso (fls. 46/86) e de julgados prolatados no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo[6], a Chefia da Consultoria Jurídica do IAMSPE aprovou o Parecer CJ n. 684/2010, com ressalvas, para afirmar que, no caso de paciente testemunha de Jeová, maior e capaz, que haja manifestado livremente a sua vontade pessoal, antes do procedimento, não transferível a procurador, de não receber transfusão de sangue, o médico poderá ceder à solicitação do paciente. No entanto, se o paciente for menor ou incapaz e estiver em risco de vida ou grave lesão e seu representante legal não autorizar a transfusão de sangue, entendeu ser *"necessário ingressar com Medida Judicial, a fim de obter suprimento de consentimento para a realização do aludido procedimento médico. No caso de paciente maior e capaz, se surgir dúvida no que tange à validade do consentimento, recomendo que se obtenha autorização judicial para a transfusão de sangue. Caso não haja tempo hábil para ingressar com medida judicial, de suprimento ou autorização, o médico deverá optar pela transfusão de sangue"*. Ao final, acolhendo proposta do parecer aprovado, alegando *"se tratar de questão polêmica e que envolve direito à vida e à liberdade de crença e, em consequência, o princípio da dignidade humana"*, propôs o encaminhamento dos autos à análise desta Procuradoria Administrativa (fls. 101/102).

5. Com estes dados, o processo vem a esta Especializada, conforme determinação do Subprocurador-Geral do Estado - Área da Consultoria Geral (fl. 103), juntando-se, na oportunidade, cópia do acórdão prolatado pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no bojo do Recurso Ordinário em HC n. 7.785-SP (fls. 104/114), valendo notar, desde já, que o mesmo não se coaduna com a matéria aqui tratada, pois cuida de ação penal movida contra médico Testemunha de Jeová que impediu a transfusão de sangue em paciente adepta da mesma seita religiosa e que, de resto, não adentrou no mérito da questão de fundo ora versada" (fls. 115/120).

2. Adoto, inicialmente, esse relatório que bem sintetizou as questões envolvidas no processo, bem como as manifestações precedentes até o seu encaminhamento a esta Especializada.

3. O já mencionado Parecer PA n. 108/2011, dentre outros pontos, destacou que: a) a questão em discussão é bastante polêmica e sobre ela existe "extensa e antiga controvérsia" (fls. 120); b) a consulta deve ser enfrentada sob o ponto de vista da ética médica e das normas editadas pelos órgãos que dela cuidam, com

6 Apelação Cível n. 132.720-4/9-00, 5ª Câm. Direito Privado, Rel. Des. Bóris Kauffmann, j. 26/06/2003 {fls. 87/90) e HC n. 253.458-3/1 (fls. 91/100).

vistas a "tranquilizar e juridicizar a conduta do médico como agente público especializado" (fls. 121); c) "o Conselho Federal de Medicina expediu a Resolução CFM n. 1.931/2009, aprovando o Código de Ética Médica, que contém as normas que devem ser seguidas pelos médicos no exercício de sua profissão" (fls. 122); d) dentre as normas previstas pelo Código, existe expressa disposição sobre situações que envolvem risco de morte[7] (fls. 122/123); e) assim, quando o profissional médico concluir encontrar-se o paciente sob seus cuidados em eminente risco de morte deverá agir de acordo com as citadas normas (fls. 124); f) há Parecer específico no âmbito do Conselho Federal de Medicina disciplinando esse procedimento[8] (fls. 124); g) essa mesma solução foi dada pelo Conselho Regional de Medicina ao responder consulta sobre o tema[9] (fls. 125/126); h) há lei estadual sobre essa questão - Lei n. 10.241/99 (fls. 126); i) para solução da questão, o elemento essencial deve ser o profissional médico seguir os princípios éticos ditados pela entidade que detém competência para a fiscalização da medicina (fls. 127); j) essa solução foi chancelada em acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo[10] (fls. 128).

---

7 O Parecer PA n. 108/2011 transcreveu as normas em questão. Nesse sentido, confira-se: *"Capítulo IV— Direitos Humanos - É vedado ao médico:*
Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, ***salvo em caso de risco iminente de morte****.*
Art. 23 - Tratar o ser humano sem civilidade ou consideração, desrespeitar sua dignidade ou discriminà-lo de qualquer forma ou sob qualquer pretexto.
Art. 24 - Deixar de garantir ao paciente o exercido do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo (...) Capítulo V - Relação com pacientes e familiares.
Art. 31 - Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnosticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.
Art. 32 - Deixar de usar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente" (fls. 123, grifos no original).

8 Segundo o Parecer PA n. 108/2011, trata-se de Parecer prolatado no Processo CFM n. 21/80, portanto na vigência da Constituição Federal de 1967, mas que ainda é referência da classe médica por nortear a conduta do profissional médico (fls. 124, nota de rodapé n. 17). O Parecer PA n. 108/2011 transcreveu as conclusões desse Parecer. Confira-se: *"CONCLUSÃO - Em caso de haver recusa em permitir a transfusão de sangue, o médico, obedecendo a seu Código de Ética Médica, deverá observar a seguinte conduta: I º - Se não houver iminente perigo de vida, o médico respeitará a vontade do paciente ou de seus responsáveis; .2ª - Se houver iminente perigo de vida, o médico praticará a transfusão de sangue, independentemente de consentimento do paciente ou de seus responsáveis" (fls. 125, cópia de fls. 132/4).*

9 Consulta n. 14.607/88 cuja cópia está juntada às fls. 7/8 deste expediente.

10 O Parecer PA n. 108/2011 mencionou expressamente o acórdão proferido na apelação cível 123.4304/4-00 do Tribunal de Justiça, relator o Des. Flávio Pinheiro. Vale a pena transcrever parte do trecho mencionado. *"****Igualmente, não se pode obrigar o Estado a indenizar paciente ou familiares simplesmente por transfusão de sangue não autorizada em virtude de convicção religiosa ante a prevalência do direito indeclinável de proteção à vida*** *(TJSP, Ap. 123.430-4/4-00, Rel. Des. Flávio Pinheiro, em 7.5.2002)" (conf. fls. 128,* grifos no original).

4. Em consequência, em breve resumo, concluiu o Parecer que: a) o profissional médico deve sempre seguir as normas do Conselho Federal de Medicina; b) em caso de "situações de grave risco de morte", não há dúvida de que o médico deverá realizar a transfusão de sangue; c) havendo fundado receio de que haverá impedimento real por parte do paciente, de seu representante legal ou de membro de sua família, para o pleno exercício da atividade médica, é aconselhável a intervenção do Poder Judiciário.

5. Após a prolação do Parecer PA n. 108/2011, os autos foram encaminhados à Chefia Substituta desta Especializada para sua devida aprovação.

6. A Senhora Procuradora do Estado Chefe Substituta desta Especializada manifestou entendimento de que a matéria de fundo tratada no referido Parecer PA envolveria o direito à vida em confronto com a liberdade de crença religiosa, alvo de controvérsia doutrinária e jurisprudencial, pelo que conveniente colher-se outra opinião sobre o tema (fls. 135).

É o relatório. Passo a opinar.

7. Conforme se depreende da consulta formulada e das manifestações precedentes, há dúvida sobre como devem proceder os profissionais dos órgãos públicos estaduais, especialmente os médicos, nos casos em que o paciente, maior de idade, por convicção religiosa, se recusa a receber transfusão de sangue, ocorrendo risco de morte. A consulta se desdobra para que seja analisada hipótese de o paciente ser menor de idade e seus pais ou responsáveis se manifestem, em razão da mesma crença religiosa, no sentido de nele não se fazer transfusão de sangue passando o menor também a correr risco de morte.

8. Tal dúvida tem pertinência, eis que, segundo relatado, as pessoas adeptas da religião "Testemunhas de Jeová" se recusam, quase sempre, a receber transfusão de sangue, conduta essa que, muitas vezes, as coloca em risco de morte. Assim, diante dessa situação, a questão assumiria duas dimensões distintas: a) qual a conduta a ser adotada no Estado de São Paulo quando essa situação vier a ocorrer; b) quais as consequências para os médicos responsáveis, os quais, pelo teor da consulta (fls. 20/21), temem ser responsabilizados, seja em âmbito ético perante seu órgão fiscalizador, seja ainda em âmbito civil e/ou criminal, se não cumprirem as normas regulamentares sobre a matéria.

9. O tema é polêmico e reveste-se de suma gravidade, justificando nova análise no âmbito desta Especializada.

10. Como já ressaltado no próprio Parecer PA n. 108/2011 e reiterado na manifestação de fls. 135 da Senhora Chefe Substituta desta Especializada, a questão envolve a necessidade de compatibilizar dois direitos previstos na Constituição Federal em situação de conflito entre eles. Tal se dá na medida em que a Constituição Federal consagra, igualmente, como direitos fundamentais, tanto o direito à vida quanto o direito à liberdade, especificamente, no caso, o direito à liberdade religiosa.

11. Assim, a questão a ser enfrentada é como solucionar esse "conflito entre direitos fundamentais", eis que ambos foram previstos na Constituição Federal.

12. Cabe, inicialmente, consignar o alto nível das peças opinativas que instruem o presente processo, as quais analisaram a matéria de modo absolutamente completo com vistas a solucionar as questões supracolocadas. Nesse sentido, todas as manifestações jurídicas existentes neste processo (o Parecer CJ/IAMSPE n. 684/2010[11] - fls. 29/45; o Parecer do Excelentíssimo Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Professor Luís Roberto Barroso, conhecido constitucionalista pátrio - fls. 46/86; a manifestação da Procuradora do Estado Respondendo pela Chefia da CJ do IAMSPE de fls. 101/102 e o Parecer PA n. 108/2011 - fls. 115/131) trataram a matéria com extremo cuidado e rigor, procurando dar, cada qual com excelentes argumentos, a melhor solução para o caso concreto.

13. Antes de responder as questões suscitadas, parece ser conveniente verificar os termos em que a Constituição Federal proclamou os direitos envolvidos nessa consulta e o princípio da dignidade da pessoa humana. Tal análise será feita de modo bastante sumário, por não ser objeto deste Parecer a analise desses direitos em si, nem todas as consequências deles decorrentes, mas simplesmente responder especificamente às dúvidas suscitadas.

14. Com efeito, o princípio da dignidade da pessoa humana consta da Constituição Federal como um dos fundamentos da República[12]. Analisando esse princípio, assim se manifestou o Professor Luís Roberto Barroso no Parecer de fls. 46/86:

> "8. A dignidade da pessoa humana tornou-se, ao final da Segunda Guerra Mundial, um dos grandes consensos éticos do mundo ocidental. Ela é mencionada em incontáveis documentos internacionais, em Constituições, leis e decisões judiciais. Na Constituição

11 Parecerista a Dra. Adriana Haddad Uzum.

12 **Constituição Federal - "Artigo 1º. A** República Federativa do Brasil, formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: ... III - a dignidade da pessoa humana...".

brasileira, a dignidade da pessoa humana vem inscrita como um dos *fundamentos* da República (art. 1o, III). Funciona, assim, como fator de legitimação das ações estatais e vetor de interpretação da legislação em geral. Tais considerações não minimizam a circunstância de que se trata de uma ideia polissêmica, que funciona, de certa maneira, como um espelho: cada um nela projeta a sua própria imagem de dignidade. E, muito embora não seja possível nem desejável reduzi-la a um conceito fechado e plenamente determinado, não se pode escapar da necessidade de lhe atribuir sentidos mínimos. Onde não há consenso, impõem-se escolhas justificadas e convenções terminológicas.

9. Na sua expressão mais essencial, a dignidade exige que toda pessoa seja tratada como um fim em si mesma, consoante uma das enunciações do imperativo categórico kantiano. A vida de qualquer ser humano tem uma valia intrínseca. Ninguém existe no mundo para atender os propósitos de outra pessoa ou para servir a metas coletivas da sociedade. O valor ou princípio da dignidade humana veda, precisamente, essa instrumentalização ou funcionalização de qualquer indivíduo. Outra expressão da dignidade humana é a responsabilidade de cada um por sua própria vida, pela determinação de seus valores e objetivos. Como regra geral, as decisões cruciais na vida de uma pessoa não devem ser impostas por uma vontade externa a ela. No mundo contemporâneo, a dignidade humana tornou-se o centro axiológico dos sistemas jurídicos, fonte dos direitos materialmente fundamentais.

10. De fato, no plano dos direitos individuais, ela se expressa na *autonomia privada,* que decorre da liberdade e da igualdade das pessoas. Integram o conteúdo da dignidade a autodeterminação individual e o direito ao igual respeito e consideração. As pessoas têm o direito de eleger seus projetos existenciais e de não sofrer discriminações em razão de sua identidade e de suas escolhas. No plano dos direitos políticos, ela se traduz em *autonomia pública,* no direito de participação no processo democrático. Entendida a democracia como uma parceria de todos em um projeto de autogoverno, cada pessoa tem o direito de participar politicamente e de influenciar o processo de tomada de decisões, não apenas do ponto de vista eleitoral, mas também através do debate público e da organização social. Por fim, a dignidade está subjacente aos direitos sociais materialmente fundamentais, que correspondem ao mínimo existencial. Todo indivíduo tem direito a prestações e utilidades imprescindíveis à sua existência física e moral, cuja satisfação é pré-condição para o próprio exercício da autonomia privada e pública.

11. Assim, sem prejuízo das muitas variações existentes sobre o tema, identifica-se um consenso razoável no sentido de se considerar a dignidade humana o fundamento e a justificação última dos direitos fundamentais. A preservação e promoção desses direitos têm uma dimensão individual e outra social. A dimensão individual está ligada ao sujeito do direito, seus comportamentos e suas escolhas. A dimensão social envolve a atuação do Estado e de suas instituições na concretização do direito de cada um e, em certos casos, de intervenção para que comportamentos individuais

não interfiram com direitos próprios, de outros ou de todos. A intervenção estatal, portanto, pode ser: (i) de oferta de utilidades que satisfaçam a dignidade; (ii) de restrição a condutas individuais que violem a dignidade do próprio agente; e (iii) de restrição a condutas individuais para que não violem a dignidade de outros ou determinados valores comunitários. As dimensões individual e social da atuação fundada na dignidade humana são também referidas, respectivamente, pelas designações de dignidade como autonomia e como heteronomia" (Parecer, fls. 53/55[13]).

15. Já os direitos à vida e à liberdade foram tratados no *caput do art. 5º da Constituição Federal como "direitos fundamentais invioláveis"*[14]*. Analisando especificamente o direito à vida, assim se manifestou mesmo o Professor Luís Roberto Barroso no mencionado Parecer:*

"30. Conquanto não seja absoluto, nem tampouco hierarquicamente superior, é razoável sustentar que o direito à vida tem um peso abstrato maior, desfrutando de uma posição preferencial dentro do sistema constitucional. E isso não apenas pela valia do seu conteúdo intrínseco, mas também por ser pré-condição para a própria dignidade e para o exercício dos demais direitos fundamentais. Como consequência, inverte-se aqui a proposição assentada em relação aos direitos em geral: o direito à vida é, *prima facie,* indisponível, não sendo o ato de vontade do titular - o consentimento - causa suficiente para sua flexibilização. Nesse caso, o direito geral de liberdade cede o passo, preterido pela legítima imposição da dignidade como heteronomia, pelos deveres de proteção do Estado em relação ao próprio titular do direito e mesmo em relação a terceiros, que não estarão exonerados de responsabilidade penal ainda que tenha havido renúncia do direito à vida pela vítima" (Parecer, fls. 6615).

16. Já a liberdade de consciência e crença, categoria onde se inserem as convicções religiosas, também está constitucionalmente protegida, nos termos do art. 5º, VI[16], da Constituição Federal. Sobre esse assunto, o mencionado Parecer assim se posicionou.

"37. De tudo isso se extrai que a ordem jurídica brasileira não é hostil ao fenômeno religioso. Muito ao revés: embora rejeite a criação de religiões oficiais ou a subvenção

13 Transcrição do Parecer, sem as notas de rodapé.

14 **Constituição Federal - "Artigo 5º.** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade **do** direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes."

15 Transcrição do Parecer, sem as notas de rodapé.

16 **Constituição Federal - "Artigo 5º** ... VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias;"

de credos pelo Erário, a Constituição tutela amplamente a liberdade religiosa e traça inúmeras relações entre o Estado e as religiões por meio de medidas como a previsão de assistência religiosa, de ensino religioso nas escolas públicas e de colaborações de interesse público, além da possibilidade de alegar escusa de consciência para se eximir de obrigação imposta a todos. Nesse sentido, o Estado brasileiro adota a *laicidade,* mas não prega o *laicismo* - compreendido como a defesa da ignorância ou da hostilidade em relação ao elemento religioso. A ordem constitucional reconhece a religião como uma dimensão relevante da vida das pessoas, quer sejam crentes, quer ateias ou agnósticas. Afinal, submeter um crente a práticas contrárias a sua religião é tão invasivo quanto determinar a um ateu que se ajuste a padrões religiosos. Em qualquer dos casos haverá a imposição externa de valores existenciais e a consequente violação da dignidade como autonomia.

38. Em conclusão: a liberdade religiosa é um direito fundamental, que integra o universo de escolhas existenciais básicas de uma pessoa, funcionando como expressão nuclear da dignidade humana. O Poder Público, como consequência, não pode impor uma religião nem impedir o exercício de qualquer delas, salvo para proteger valores da comunidade e os direitos fundamentais das demais pessoas. A pergunta que resta responder é a seguinte: pode o Estado proteger um indivíduo em face de si próprio, para impedir que o exercício de sua liberdade religiosa lhe cause dano irreversível ou fatal? Este é um caso-limite que contrapõe o paternalismo à autonomia individual. A indagação não comporta resposta juridicamente simples nem moralmente barata."

(Parecer, fls. 71/72[17])

17. Feita essa breve análise sobre o conteúdo dos dispositivos constitucionais em questão, parece fora de dúvida que a Constituição Federal consagrou tanto o princípio da dignidade humana quanto os direitos à vida e à liberdade religiosa. Assim, a situação em exame está a configurar uma contraposição de direitos fundamentais, pelo que, para solucioná-la, será necessária interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais a eles pertinentes.

18. Antes de iniciar essa análise, indispensável fazer duas advertências.

19. A primeira consiste em reconhecer que a solução da questão suscitada na consulta e a resposta a ela (afirmativa ou negativa), como já frisado, não é tarefa fácil nem simples e envolverá certa dose de subjetividade. Com isso, quer-se consignar que, em tese, a situação poderia admitir duas soluções a depender do foco da ponderação de direitos a ser feita. Nesse sentido, constata-se que o Parecer prolatado pelo ilustre constitucionalista Luís Roberto Barroso e o pela Consultoria Jurídica do

17 Transição do Parecer, sem as notas de rodapé.

IAMSPE concluíram ser legítima a recusa de tratamento que envolva a transfusão de sangue, por parte das testemunhas de Jeová, em caso de risco de morte, enquanto o Parecer PA n. 108/2011 optou por dar ao caso solução diversa[18].

20. Já a segunda advertência consiste em reconhecer que a solução a ser dada deve abranger apenas a situação ora em exame, não sendo hábil a produzir efeitos gerais para outros casos onde as circunstâncias não sejam idênticas. Com isso, quer-se consignar que a ponderação de direitos fundamentais é algo extremamente complexo e que apenas deve ser feita, caso a caso, dentro de situações que envolvam conflito entre esses direitos.

21. Assim, a questão em exame visa, em última análise, a enfrentar possível colisão de normas constitucionais. A situação é, todavia, bastante singular, por essa possível colisão de normas constitucionais referir-se a dois direitos do mesmo titular, ou seja, não se está contrapondo direitos de pessoas diversas, mas o exercício de dois direitos, aparentemente antagônicos, pelo mesmo titular.

22. Passa-se inicialmente a analisar o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos elementos essenciais desse conflito. Ao que parece, tal princípio, previsto expressamente na Constituição Federal, tem sido reconhecido como fundamental e indispensável para análise de qualquer tema constitucional.

23. Nesse sentido, cabe ressaltar recentíssima decisão proferida pelo Colendo Supremo Tribunal Federal na ADIN 4277 e na ADPF 132[19] sobre o sentido de "família", constante do art. 226[20] da Constituição Federal.

---

18 O Parecer proferido pela CJ/IAMSPE, ao analisar a jurisprudência sobre a questão, afirmou e demonstrou não haver decisões judiciais uniformes. Confiram-se os itens 9 e 10 daquele Parecer (fls. 32/36). O próprio Parecer prolatado pelo Professor Luís Roberto Barroso também mencionou divergência de opiniões no âmbito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Nesse sentido, confira-se o item 2 do Parecer (fls. 48/49).

19 A Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 foram julgadas em conjunto, nos dias 04 e 05 de maio de 2011 e versavam sobre a possibilidade de se reconhecer as uniões homoafetivas dentro do conceito de "família". Os acórdãos foram publicados em 14/10/2011, conforme sitio eletrônico do Supremo Tribunal Federal.

20 Constituição Federa] - "Artigo 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. **§ 1º** - O casamento é civil e gratuita a celebração. § **2º** - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § **3º** - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.§ **4º** - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. **§ 5º** - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. § **6º** - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. *(parágrafo com redação dada pela Emenda Constitucional n. 66, de 2010)* § 7° - Fundado nos

24. Face à importância das decisões, sobretudo pela forma como foi utilizado o princípio da dignidade da pessoa humana para o deslinde do feito, conveniente transcrever algumas das manifestações dos eminentes Ministros que delas participaram.

> "34. Óbvio que, nessa altaneira posição de direito fundamental e bem de personalidade, a preferência sexual se põe como direta emanação do princípio da 'dignidade da pessoa humana' (inciso III do art. 1o da CF) e assim poderoso fator de afirmação e elevação pessoal."
>
> (voto do Ministro Carlos Britto, fls. 638 - grifos nossos)
>
> "3. A garantia institucional da família, insculpida no art. 226, caput, da Constituição da República, pressupõe a existência de relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os membros, bem como a existência de um projeto coletivo permanente e duradouro de vida em comum e a identidade de uns perante os outros e cada um deles perante a sociedade.
>
> 4. A união homoafetiva se enquadra no conceito constitucionalmente adequado de família.
>
> 5. O art. 226, § 3°, da Constituição deve ser interpretado em conjunto com os princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana - em sua vertente da proteção da autonomia individual - e da segurança jurídica, de modo a conferir guarida às uniões homoafetivas nos mesmos termos que a confere às uniões estáveis heterossexuais."
>
> (voto do Ministro Luiz Fux, fls. 660/661 - grifos nossos)
>
> "Esse se concebe sob o pálio de Constituição que firma os seus pilares normativos no princípio da dignidade da pessoa humana, que impõe a tolerância e a convivência harmônica de todos, com integral respeito às livres escolhas das pessoas." (voto da Ministra Carmen Lúcia, fls. 699 - grifos nossos)
>
> "Ora, embora essa relação não se caracterize como união estável, penso que se está diante de outra forma de entidade familiar, um quarto gênero, não previsto no rol encartado no art. 226 da Carta Magna, a qual pode ser deduzida a partir de uma leitura sistemática do texto constitucional e, sobretudo, diante da necessidade de dar-se concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da preservação da intimidade e da não discriminação por orientação sexual aplicáveis às situações sob análise."
>
> (voto do Ministro Ricardo Lewandowski, fls. 713 - grifos nossos)

---

princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. § 8ª - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações."

"O reconhecimento dos direitos das pessoas que mantêm relações homoafetivas decorre, a meu sentir, do acolhimento no nosso sistema jurídico do postulado ou da ideia de reconhecimento, uma emanação do princípio da dignidade humana, tema sobre a qual vem se debruçando toda uma linhagem de ilustres autores nacionais e estrangeiros."

(voto do Ministro Joaquim Barbosa, fls. 725 - grifos nossos)

"Claro que isso não nos impede de identificar esse direito no nosso sistema, a partir, sobretudo, do direito à liberdade e em concordância com outros princípios constitucionais.

Nesse sentido, é possível destacar, dentre outros: os fundamentos da cidadania e da dignidade da pessoa humana (art. 1o, II e III); os objetivos fundamentais de se construir uma sociedade livre, justa e solidária e de se promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3o, I e IV); a prevalência dos direitos humanos (art. 4o, II); a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantida a inviolabilidade do direito à liberdade e à igualdade (art. 5o, caput);..." (voto do Ministro Gilmar Mendes, fls. 779 - grifos nossos)

"A solução, de qualquer sorte, independe do legislador, porquanto decorre diretamente dos direitos fundamentais, em especial do direito à dignidade da pessoa humana, sob a diretriz do art. 226 e parágrafos da Carta de República de 1988, no que permitiu a reformulação do conceito de família."

(voto do Ministro Marco Aurélio, fls. 813 - grifos nossos)

"Extraio do núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana a obrigação de reconhecimento das uniões homoafetivas. Inexiste vedação constitucional à aplicação do regime da união estável a essas uniões, não se podendo vislumbrar silêncio eloquente em virtude da redação do § 3º do art. 226. Há, isso sim, a obrigação constitucional de não discriminação e do respeito à dignidade humana, às diferenças, à liberdade de orientação sexual, o que impõe o tratamento equânime entre homossexuais e heterossexuais."

(voto do Ministro Marco Aurélio, fls. 821 – grifos nossos)

"Nessa perspectiva, Senhor Presidente, entendo que a extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à dimensão que privilegia o sentido da inclusão decorrente da dimensão que privilegia o sentido da inclusão decorrente da própria Constituição da República (art. 1o, III, e art. 3o, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar."

(voto do Ministro Celso de Mello, fls. 844/5 - grifos nossos)

"Não se trata de numerus clausus. De modo que permite dizer que, tomando em consideração outros princípios da Constituição, como o princípio da dignidade, o princípio da igualdade, o princípio específico da não discriminação e outros, é lícito conceber, na interpretação de todas essas normas constitucionais, que, além daquelas explicitamente catalogadas na Constituição, haja outras entidades que podem ser tidas normativamente como familiares, tal como se dá no caso." (voto do Ministro Cezar Peluso, fls. 874 - grifos nossos)

25. Em consequência, após esses julgamentos, proferidos pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, consolidou-se, ao que tudo indica, a ideia de que o princípio da dignidade da pessoa humana é elemento definidor da essência e do sentido das demais normas constitucionais[21].

26. Nessas condições, fixada esta premissa, cabe verificar no caso em exame qual o bem jurídico que seria melhor atendido para fins de concretamente exercer-se, com a maior plenitude possível, o princípio da dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, o princípio da dignidade humana estará melhor atendido no caso, ora em análise, se a pessoa humana em questão - o adepto da religião Testemunha de Jeová - puder, se essa for sua real vontade, não receber sangue ou outros hemoderivados, ou se, ao contrário, para a concretização desse princípio ser necessário receber, mesmo contra sua vontade, esse sangue ou outros hemoderivados.

---

21 Cabe consignar que, segundo o Ministro Gilmar Mendes *"não existem princípios absolutos, sujeitos que estão, em sua totalidade, a juízos de ponderação - em cada situação hermenêutica - com outros bens ou valores dotados de igual hierarquia constitucional. A propósito, lembremos que Alexy, por exemplo, sustenta a relatividade desse valor, a partir da tese de que, diante do enunciado do art. 1° 1, da Lei Fundamental de Bonn, tem-se a impressão de que a dignidade da pessoa configura um valor absoluto, mas o que ocorre, em verdade, é que essa norma é tratada em parte como regra e, em parte, como princípio. E mais, prossegue esse autor, em relação ao que nela é princípio, existe um amplo grupo de condições de precedência, assim como um elevado grau de segurança no sentido de que, presentes tais condições, ela prevalece sobre as normas contrapostas; já com respeito à regra que ali se contém, diz-no o mesmo Alexy que não cabe indagar em abstrato se ela precede ou não a outras normas, mas tão somente se, numa dada situação concreta, ela foi violada, resposta que ele mesmo considera difícil porque, diante da imprecisão da norma da dignidade humana, existe um amplo espectro de soluções igualmente razoáveis para essa indagação. Por isso, em palavras do próprio Alexy,* ***o princípio da Dignidade da pessoa comporta graus de realização, e o fato de que, sob determinadas condições, com um alto grau de certeza, preceda a todos os outros princípios, isso não lhe confere caráter absoluto, significando apenas que quase não existem razões jurídico-constitucionais que não se deixem comover para uma relação de preferência em favor da dignidade da pessoa sob determinadas condições. (...) Em suma, tanto numa hipótese quanto na outra, não se discute o valor da dignidade humana em si mesmo - até porque, sob esse aspecto, ele parece imune a questionamentos -, mas tão somente se, em determinadas situações, ele foi ou não respeitado, caso em que, se a resposta for negativa, legitima-se a precedência da norma ou da conduta impugnadas em nome desse princípio fundamental..."*** (MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional,* São Paulo, Saraiva, 2008, págs. 150/151, grifos nossos)

27. Em consequência, cabe neste momento ao intérprete tentar enfocar se nesse caso concreto deve prevalecer a liberdade da pessoa humana de agir de acordo com sua vontade - e assumir as consequências de seus atos - ou se o Estado tem o dever de impor-lhe uma solução, por ela não desejada, mas que lhe garanta o direito à vida.

28. Em questões em que não existe o chamado "risco de morte", parece que a solução é mais simples, eis que é juridicamente possível pessoa que necessita da transfusão de sangue ou de outros hemoderivados recusar-se a receber essa transfusão. Tal situação se coloca dentro da esfera de liberdade, que todos possuem, de submeter-se, ou não, a tratamento de saúde. Isso ocorre - e até com frequência - quando pacientes procuram médicos e acabam por não seguir as prescrições deles recebidas.

29. A situação ganha contornos deontológicos extremos quando a transfusão de sangue ou de outro hemoderivado é, aparentemente, a única medida médica apta a salvar o paciente de morte certa. É nessa situação, ao que parece, que se encontra "a inviolabilidade do direito à vida", prevista na norma do *caput do art. 5º da Constituição Federal. Em outras palavras, aí caberia, sempre, aos médicos tomar todas as medidas para salvar a vida do paciente. Do ponto de vista da Administração, cabe ainda trazer à colação a norma do art. 196*[22] da Constituição Federal, que consagra ser a saúde direito de todos e dever do Estado. Assim, com base nessa norma, específica para o campo da saúde humana, poder-se-ia acrescentar novo argumento à discussão, no sentido de caber sempre ao Estado e seus agentes tudo fazer para salvar vidas[23].

30. Não obstante as colocações acima, é importante relembrar que, assim como o direito à vida, o direito à liberdade também se encontra previsto no *caput*

---

22 Constituição Federal - "Artigo 196 - A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido

23 *me* diante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação."

"*1) Direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve zelar, de maneira responsável, o poder público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. 2) O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atenção no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional."* (AgRg no RE n. 271.286-8, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 24.11.2000).

do art. 5º da Constituição Federal, de sorte que a ele também se aplica a qualificação de "inviolável". Portanto, rigorosamente, ambos os direitos possuem o mesmo grau de importância e ambos são, nos termos da Constituição Federal, "invioláveis".

31. Cabe, outrossim, ressalvar que, como bem ressaltado no Parecer proferido pela Consultoria Jurídica do IAMSPE, nenhum direito é absoluto[24].

32. Assim, não obstante a previsão expressa do direito à vida na Constituição Federal, há permissivo constitucional de condenação à pena de morte em caso de guerra. Há, ainda, a possibilidade de aborto no caso de gravidez resultante de crime de estupro ou quando há grave ameaça à vida da mãe. No que se refere ao direito à liberdade, há evidentes limitações, tanto as previstas em lei[25], quanto as decorrentes do próprio direito de terceiros.

33. Em suma, tais direitos não são absolutos. Todavia, como direitos fundamentais devem ser exercidos pelos seus titulares, com a maior plenitude possível. Em consequência, o que parece evidente quanto ao conteúdo do direito à vida é que cabe ao Estado tomar todas as medidas com vistas a fazer com que esse direito possa sempre ser exercido por todos e, assim, dentre outras medidas, punir as condutas que, de alguma forma, coloquem em risco esse direito[26]. Já no tocante ao direito à liberdade, o que se espera do Estado é a mesma postura, ou seja, que tome todas as medidas com vistas a fazer com que todos o exerçam, no grau mais elevado, e que puna as condutas que possam afetar a devida fruição desse direito.

34. Como já ressaltado, não sendo objetivo deste Parecer discorrer sobre o conteúdo dos direitos em comento, nem sobre sua amplitude, deixa-se de efetuar qualquer análise complementar, seja quanto ao direito à vida, seja ao direito à liberdade.

35. Assim, de se concluir que tanto um quanto outro são direitos fundamentais a serem exercidos por seus titulares nos limites permitidos pela ordem jurídica (Constituição ou leis), cabendo ao Estado assegurar condições para esse exercício.

---

24 Nesse sentido, confira-se o decidido no MS 23.452/RJ. Rel. o Ministro Celso de Mello: "Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto".

25 Constituição Federal - "Artigo 5º...II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;"

26 Nesse sentido, afirmou o Parecer de fls.46/86: "Diante disso, criminalizar atos que atentem contra a vida humana faz parte do receituário básico de qualquer sociedade civilizada. No caso brasileiro, pune-se não apenas o homicídio e o auxílio ou instigação ao suicídio, mas também o transplante de órgãos que resulte em morte certa do doador..." (Parecer, fls. 65, sem as notas de rodapé).

36. A questão a ser enfrentada é se o mesmo titular do direito à vida, dele pode dispor, em nome de sua liberdade de escolher caminhos, sendo que, dentro dessa liberdade, pode ser incluída a liberdade de crença religiosa e de agir de acordo com seus dogmas.

37. Afora o direito à preservação da vida, não parece existir qualquer norma que vede o exercício da liberdade religiosa em qualquer atividade lícita. Com isso, pretende-se afirmar que a legislação pode impor - e normalmente o fez - restrições à liberdade da pessoa de eventualmente praticar certos atos contra si mesmo, como o autoflagelo e a automutilação, ainda que de cunho religioso, ou seja, a prática de atos contra o próprio corpo, em nome de convicções religiosas.

38. Todavia, afora casos extremos, parece não caber ao Estado a tutela das liberdades de escolha dos titulares do direito à liberdade que podem, portanto, dele livremente dispor. Assim, lembra o professor Luís Roberto Barroso que o Estado não pode proibir alguém de prestar ajuda humanitária em região de guerra, ou de praticar esportes radicais, ainda que o risco seja elevado ao extremo, por se tratar de escolhas existenciais legítimas. Igualmente, o Estado não pode impedir uma mulher de engravidar pelo fato de ser portadora de alguma condição associada a elevado risco de morte na gestação[27]. Em suma, existe uma esfera íntima de decisão, cujo titular do direito à liberdade pode sempre empregar, sem que a Administração possa, legitimamente, a ela se opor.

39. No confronto dos direitos fundamentais em questão e buscando dar o melhor significado ao princípio da dignidade da pessoa humana, a solução da questão ora enfocada - a possibilidade de recusa do adepto da religião Testemunha de Jeová de receber sangue ou outro hemoderivado, mesmo correndo risco de morte[28] - parece pender para a prevalência do direito à liberdade.

40. Com efeito, trata-se de pessoas maiores de idade que possuem, pela Constituição, direito à liberdade de praticar todos os atos não vedados pela ordem jurídica em vigor.

41. Dentre as várias liberdades que a Constituição Federal consagra às pessoas é prevista a liberdade de crença religiosa, o que significa a liberdade de professar a crença religiosa livremente escolhida e seguir, se assim o desejar, os dogmas e preceitos dessa religião, desde que, também, não envolvam a prática de atos vedados pela ordem jurídica em vigor.

---

27 Conf. Parecer, fls. 67.

28 Não se discute neste Parecer qualquer ponto dessa assertiva, nem se emite qualquer juízo de valor sobre ela. Essa conduta foi descrita na consulta como existente, pelo menos, em vários casos e ela é analisada dentro dessa perspectiva, ainda que não se ateste que ela sempre ocorra.

42. Em última análise, a questão em discussão refere-se a exercício de direitos do próprio titular, ou seja, com sua conduta, ele não está prejudicando os direitos de qualquer outro ser humano.

43. Assim, o paciente em tratamento médico, titular de vários direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, dentre eles, o direito à liberdade religiosa e o direito à vida - e, dentro dele, o de receber do Estado todas as medidas necessárias à preservação de sua saúde, nos termos do art. 196 - poderá escolher quais desses direitos ele prefere exercitar, desde que sua conduta não afete direito de outrem.

44. Em outras palavras, o que está a ocorrer é que o paciente, titular do direito à vida e à liberdade e com direito de ter sua dignidade de pessoa humana sempre preservada, poderá, dentro da sua esfera de liberdade, aceitar, ou não, determinada prescrição médica. Dentro da esfera de sua liberdade, o paciente poderá optar, livremente, por: a) seguir rigorosamente as prescrições médicas recebidas; b) seguir apenas parcialmente as prescrições médicas recebidas - e assim, optar por não seguir uma ou algumas dessas prescrições; c) recusar totalmente as prescrições recebidas.

45. Em suma, o princípio da dignidade da pessoa humana, que deve nortear a atuação do intérprete, como recentemente reafirmado pelo Colendo Supremo Tribunal Federal nos julgamentos da ADIN 4277 e da ADPF 132, parece indicar que a decisão final sobre o conteúdo do direito à vida do paciente, maior de idade e plenamente capaz, deve ser por ele exercitada, da maneira que, livremente, entender ser a mais adequada, não cabendo ao Estado ou a seus agentes atuarem dentro dessa esfera.

46. Desnecessário consignar que o Estado e seus agentes deverão, sempre, fornecer ao paciente todas as informações necessárias ou convenientes ao tratamento, o que, no caso em exame, está a significar que devem sempre informar o paciente das consequências da recusa da transfusão. Além de prestar todas as informações, os médicos devem assegurar que a recusa foi dada, de modo livre e por paciente com totais condições de discernimento. Nesse sentido, a recusa deverá ser dada em condições de plena aptidão do paciente para manifestar sua vontade, excluídas todas as situações em que isso não ocorra[29].

---

29 O Parecer de fls. 46/86 buscou listar situações em que possa não existir essa aptidão para a recusa. Nesse sentido afirmou: "... o titular do direito deverá estar apto para manifestar sua vontade, o que exclui as pessoas em estados psíquicos alterados, seja por uma situação traumática, por adição a substâncias entorpecentes ou por estarem sob efeito de medicamentos que impeçam ou dificultem de forma significativa a cognição" (fls. 76). O Parecer também alertou que a decisão de recusar a transfusão deve "ser livre, fruto de uma escolha do titular, sem interferências indevidas, ... como induções, pressões ou ameaças" (fls. 77).

47. Esse ponto parece-me de fundamental importância, pois se, por um lado, se admite que o paciente possa optar entre receber, ou não, determinado tratamento médico, há, por outro, a obrigação dos agentes do Estado de informar, da maneira a mais clara e precisa possível, os riscos, os benefícios da transfusão de sangue e as possíveis consequências da eventual recusa em receber essa transfusão. Cabem, ainda, aos médicos avaliar se a recusa se deu com pleno conhecimento das suas consequências.

48. Assim, no caso em exame, o Estado e os médicos não têm o direito de efetuar compulsoriamente qualquer transfusão de sangue ou outro hemoderivado em paciente maior de idade que, livre e conscientemente, se recuse a recebê-la. Todavia, para que essa situação possa ocorrer, é necessário que o paciente manifeste, de forma válida e inequívoca, sua vontade, tendo plena ciência das consequências de seu ato e, sobretudo, do risco de morte.

49. A recusa em receber a transfusão deve ser livre, inequívoca, personalíssima, expressa e atual, de modo a não deixar qualquer dúvida sobre a ciência do risco de morte pelo paciente. Portanto, sendo personalíssima, deve ela ser efetivada apenas pelo próprio paciente, o que elimina a possibilidade de ser feita por outra pessoa (parente ou representante legal).

50. Essa orientação, baseada na observância do princípio da dignidade da pessoa humana e na adequada ponderação de valores, de modo a possibilitar o exercício dos direitos fundamentais pelos seus titulares, ao que parece, não passou despercebida pelo legislador estadual paulista que, em 1999, promulgou a Lei n. 10.241.

51. Essa lei prevê os direitos dos usuários dos serviços de saúde no Estado de São Paulo e dispôs, no art. 2°, VII, que:

> "Art. 2o - São direitos dos usuários dos serviços de saúde no Estado de São Paulo:
>
> (...)
>
> VII - consentir ou recusar, de forma livre, voluntária e esclarecida, com adequada informação, procedimentos diagnósticos ou terapêuticos a serem nele realizados;
>
> (...)"

52. Como se pode constatar, o Estado de São Paulo, no exercício da competência comum de que dispõe em matéria de saúde, nos termos do art. 23[30]

30 Constituição Federal - "Artigo 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; (...)".

da Constituição Federal, houve por bem disciplinar os direitos dos usuários dos serviços de saúde em seu território, tendo previsto, como um desses direitos, o de poder recusar, de forma livre, voluntária e esclarecida, eventual tratamento proposto pelo médico por ele responsável. Tal direito, como aqui concluído, não foi excepcionado nos casos em que estivesse em risco a vida do paciente.

53. A menção *supra não significa, por óbvio, interpretar o direito constitucional à luz do direito infraconstitucional, o que configuraria prática vedada segundo os mais elementares princípios de hermenêutica constitucional, mas apenas integrar o tema dentro de um harmonioso sistema jurídico, existente por indicação do próprio legislador constituinte.*

54. Caso o presente Parecer venha a ser aprovado pelas instâncias superiores da Procuradoria Geral do Estado, consigno que, para fins de se dar a devida publicidade às conclusões dele constantes, é conveniente a remessa dos autos à Secretaria da Saúde para analisar a conveniência de se editar Portaria específica sobre a questão.

55. Concluída essa análise no que se refere ao paciente maior de idade, parece conveniente fazer análise específica sobre pacientes menores de idade que eventualmente professem a mesma religião - Testemunha de Jeová - ou cujos pais ou responsáveis o façam.

56. Fixou-se a orientação de que a recusa em receber transfusão de sangue ou outro hemoderivado, em caso de risco de morte, apenas é válida se o paciente for plenamente capaz de tomar essa decisão de modo livre e plenamente informado das consequências, decisão essa que deve ser tomada pelo próprio paciente, não sendo suprível nem por parente, nem por representante legal.

57. No caso de paciente menor, não há possibilidade de se aceitar sua declaração, eis que, nos termos da legislação em vigor, a menoridade implica incapacidade de tomar decisões, sobretudo quando existe risco de morte. Assim, no caso de paciente menor, não há qualquer possibilidade de ser aplicada a solução acima construída.

58. Nesse sentido, merece integral acolhida a conclusão do Parecer CJ/IAMS-PE n. 684/2010 assim manifestada:

> "16. De outra parte, com relação a menores, não há qualquer controvérsia no mundo jurídico: sempre que necessário, o sangue deve ser ministrado ao menor, independentemente da vontade dos pais, cabendo ao Poder Judiciário substituí-la e autorizar o tratamento médico. Não se tem notícia de um precedente sequer que tenha decidido o contrário, havendo condenações de pais e de representantes da religião na esfera criminal por homicídio, quando atuaram de forma decisiva, a impedir a transfusão que salvaria a vida da criança ou adolescente que morreu" (fls. 41).

59. Tendo em vista que a consulta formulada, além de buscar orientação jurídica sobre a postura correta dos profissionais médicos do Estado de São Paulo em casos de recusa, por convicção religiosa, de transfusão de sangue com risco de morte do paciente, demanda, também, orientação sobre como se dar o devido respaldo para evitar aos médicos problemas de cunho ético, civil ou criminal, passa-se a tecer considerações a esse respeito.

60. De início, convém ressaltar que qualquer tipo de atividade profissional, e não somente o exercício da Medicina, está sujeito à eventualidade de ser questionado perante o Poder Judiciário. O que importa é que a conduta do profissional médico seja respaldada pela ordem jurídica, que ele tenha cumprido todos os seus deveres e agido com dedicação, prudência, diligência e perícia em todo o decorrer do atendimento.

61. O Parecer PA n. 108/2011 mencionou situações que merecem ser aqui trazidas à colação. Nesse sentido, asseverou:

> "Em lúcido artigo intitulado *Responsabilidade Civil do Estado pela atividade médica,* o Desembargador Jaime Ramos, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, afirma, enfaticamente, que *"não cabe indenização quando presente o erro meramente técnico, sem qualquer ilicitude, ou quando, não obstante haja sido empregado procedimento sabidamente errôneo, não houve qualquer prejuízo ao paciente que pode ter sofrido incômodo, mas não dano indenizável. Também não cabe reparação guando o médico procede corretamente sem o consentimento expresso ou tácito do paciente ou de familiares, seja em emergência ou em situação normal, sem que disso haja qualquer dano. Igualmente,* ***não se pode obrigar o Estado a indenizar paciente ou familiares simplesmente por transfusão de sangue não autorizada em virtude de convicção religiosa, ante a prevalência do direito indeclinável de proteção à vida*** *(TJSP, Ap. 123.430-4/4-00, Rel. Des. Flávio Pinheiro, em 7.5.2002)"* (fls. 127/128[31] - grifos no original)

62. As conclusões deste Parecer foram fixadas, como já realçado, na adequada ponderação de valores previstos na própria Constituição Federal, a possibilitar o correto exercício dos direitos fundamentais por ela estabelecidos e a exata prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, trata-se de interpretação que visou a dar concretude às normas constitucionais em vigor, não se podendo afirmar existir intenção de descumpri-las.

63. Em reforço, constate-se existir lei estadual prevendo a possibilidade do usuário do sistema de saúde "recusar de forma livre, voluntária e esclarecida, com adequada informação, procedimentos diagnósticos ou terapêuticos a serem

---

31 Transcrição do Parecer, sem as notas de rodapé.

nele realizados" (Lei n. 10.241/99, art. 2º, VII). Tal lei encontra-se em vigor, não havendo qualquer impugnação quanto à sua constitucionalidade.

64. Por outro lado, percebe-se que, no Parecer de fls. 46/86, houve a preocupação do ilustre parecerista em contextualizar a interpretação constitucional dada naquela peça opinativa com dispositivos da legislação infraconstitucional, sejam do Código Civil, sejam do Código Penal.

65. Como já frisado, referido Parecer foi bastante cuidadoso em fazer a análise da forma a mais ampla e adequada possível, sobretudo nessa questão de preservação dos profissionais médicos.

66. Em consequência, vale a pena trazer à colação os aspectos nele levantados quanto ao direito civil, de forma a tentar dar aos médicos a segurança que o tema está a exigir. Nesse sentido, confira-se:

"47. Embora não se dirijam especificamente à hipótese aqui analisada, há dois dispositivos do Código Civil que merecem ser considerados no presente estudo:

'Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

(...)

Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica'.

48. Na sua dicção literal, o art. 11 parece consagrar a tese de que os direitos da personalidade - entre os quais se incluem os direitos à vida e à integridade física - seriam insuscetíveis de qualquer limitação, inclusive voluntária. O dispositivo requer algum esforço hermenêutico, sob pena de incorrer em flagrante inconstitucionalidade, esvaziando os direitos que se destina a proteger, bem como a liberdade individual. Isso porque, como demonstrado, o exercício da autonomia pessoal envolve escolhas que, vistas por um observador externo, poderiam ser facilmente enquadradas no conceito de renúncia. Não é o caso de repisar os muitos exemplos que foram fornecidos. No momento, basta constatar que o excesso retórico do art. 11 deve ser harmonizado com o restante da ordem jurídica.

49. Em uma sociedade plural, é inevitável que os direitos da personalidade entrem em conflitos potenciais ou reais entre si, exigindo temperamentos e até a imposição de restrições recíprocas ou condicionadas. O ponto não é minimamente controverso, aceitando-se de forma pacífica, como já registrado, que não há direitos absolutos. Nesse sentido, um enunciado normativo que pretenda estabelecer a impossibilidade genérica de restrição aos direitos da personalidade, ainda que voluntária, acaba por evocar uma realidade não apenas contrafactual, mas também incompatível com o pluralismo con-

sagrado pela Constituição. A única leitura possível de tal dispositivo seria no sentido de entender que ele veda disposições caprichosas ou fúteis, sem prejuízo da possibilidade de que a convivência entre direitos distintos imponha escolhas e compromissos. De outra forma, o art. 11 será, mais do que inconstitucional, verdadeiramente inaplicável. Afinal, em um conflito entre direitos da personalidade, simplesmente não há como figurar uma solução em que ambos incidam sem qualquer temperamento.

O art. 15, por sua vez, não diz nada a respeito das situações em que a recusa de tratamento médico possa ocasionar ou agravar um risco para a vida do paciente. Ao contrário, ele permite a recusa de tratamento que seja, em si mesmo, arriscado. Veja-se que o dispositivo não faz nenhuma ressalva, não se cogitando da possibilidade de que o médico imponha o tratamento arriscado por considerar que a inação levaria à morte certa. Assim, o dispositivo não consagra a ideia de que a vida deva ser mantida a qualquer custo. Em vez disso, respeita a escolha pessoal, que pode ter se baseado na perspectiva de uma sobrevida ou mesmo no receio da perda da consciência e da autonomia moral. Nesse sentido, é até possível enxergar o dispositivo como - mais uma - confirmação de que o valor objetivo da vida humana não é tratado de forma absoluta na ordem jurídica brasileira, devendo ceder espaço diante de escolhas existenciais especialmente relevantes.

Essa leitura se compatibiliza com aquela que se acaba de fazer a respeito do art. 11, também do Código Civil: as recusas de tratamento - como eventuais restrições ou conformações de direitos fundamentais - são legítimas desde que não sejam caprichosas, *i.e.,* desde que haja um fundamento consistente associado ao exercício da capacidade de autodeterminação, derivada da dignidade como autonomia. Com isso, evita-se a funcionalização dos direitos, sem recair em um individualismo exagerado" (Parecer, fls. 79/80[32]).

67. O referido Parecer também se ocupou da questão criminal. Nesse sentido, também vale a pena trazer à colação os pontos a ele correspondentes. Assim, confira-se:

"52. O Código Penal também não traz nenhum dispositivo específico sobre a questão. A única menção próxima consta do art. 146, que criminaliza o constrangimento ilegal, mas ressalva a conduta do médico que realiza procedimento sem obter o consentimento do paciente em casos de iminente risco de vida. Como é fácil perceber, o artigo não trata como crime a conduta do médico que respeite a vontade do paciente. Nesse sentido, o máximo que se poderia extrair diretamente da disposição seria a inexistência de responsabilidade penal do médico em caso de imposição do tratamento.

53. Na verdade, porém, é perfeitamente possível dar ao referido artigo uma interpretação conforme a Constituição, limitando sua aplicação aos casos em que, havendo

32 Transcrição do Parecer, sem as notas de rodapé.

iminente risco de vida, não seja possível a obtenção do consentimento. Tal leitura se harmoniza com as conclusões obtidas no presente estudo, em que se assentou a necessidade de consentimento personalíssimo, livre e informado para a recusa de tratamento por motivação religiosa. No entanto, obedecidos esses requisitos, a manifestação da vontade deverá ser respeitada por força dos princípios constitucionais que incidem diretamente na hipótese. Por tais fundamentos, seria impossível qualificar a conduta do médico como homicídio ou omissão de socorro, ou ainda enquadrá-la em qualquer outro tipo em tese cogitável" (Parecer, fls. 80/81)[33].

68. Em face de todo o exposto, com base nos princípios constitucionais da liberdade, liberdade de crença religiosa e dignidade da pessoa humana, tal como afirmado no citado Parecer CJ/IAMSPE n. 684/2010, entendo: a) ser constitucionalmente possível a recusa por parte de paciente, maior de idade, plenamente capaz, por conta de convicção religiosa, de receber transfusão de sangue ou de qualquer outro hemoderivado, mesmo correndo risco de morte; b) que tal solução apenas será possível se a recusa dada pelo paciente for livre, inequívoca, personalíssima, expressa e atual, de modo a não deixar qualquer dúvida de que foi essa a sua vontade e que ela se deu com plena ciência do risco de morte; c) para que recusa seja considerada válida, o médico deve sempre informar o paciente que essa recusa poderá acarretar risco de morte; d) em caso de menores de idade ou de pacientes que não estejam no gozo de sua plena capacidade, é dever do médico proceder à transfusão de sangue ou outro hemoderivado, recorrendo, se houver qualquer recusa, às medidas judiciais cabíveis; e) não haverá garantia de que não possa haver processos ou procedimentos em face do Estado ou dos médicos, mas a conduta acima prevista está em consonância com a interpretação constitucional devida e com a Lei Estadual n. 10.241/99, não havendo qualquer violação de normas do Código Civil ou Código Penal.

69. Por último, consigno que, para fins de se dar a devida publicidade às conclusões constantes deste Parecer, caberá à Secretaria da Saúde analisar a conveniência de se editar Portaria específica sobre a questão.

É o parecer.
À consideração superior.
São Paulo, 21 de outubro de 2011.

MARCOS FABIO DE OLIVEIRA NUSDEO
Procurador do Estado
OAB/SP n. 80.017

33 Transcrição do Parecer, sem as notas de rodapé.

PROCESSO: IAMSPE 11.215/2010 (PGE 16847-190733/2011)
INTERESSADO: IAMSPE
PARECERES: PA n. 108/2011 e PA 128/2011

Cuida-se de consulta oriunda do *Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual* e que reflete a inquietação da classe médica diante da difícil situação criada sempre que os seguidores da religião *Testemunhas de Jeová* se recusam a receber transfusão de hemoderivados quando esta é a única medida de tratamento eficiente para lhes garantir a preservação da vida.

As diversas opiniões jurídicas externadas nos autos evidenciam que a questão é controvertida e comporta mais de um enfoque, todos passíveis de questionamentos éticos e jurídicos.

Sempre que o paciente for menor de idade ou, se maior, não estiver no gozo de sua plena capacidade de decisão, a melhor solução é a que reconhece que deve o profissional de saúde realizar todos os procedimentos médicos ao seu alcance para preservar a vida, inclusive realizando a transfusão de hemoderivados. No caso de haver recusa expressa dos responsáveis legais desse paciente em consentir com o procedimento médico, deve o profissional escorar-se em autorização judicial supletiva da vontade.

A questão reveste-se de maior complexidade, no entanto, nas situações em que o paciente é maior de idade, estando em plenas condições de tomar decisões sobre sua vida e recusa a transfusão. Neste ponto divergem os pareceres proferidos no seio desta Procuradoria Administrativa.

Embora o Parecer PA n. 108/2011 esteja ancorado em relevantes argumentos, entendo que a solução preconizada pelo Parecer PA n. 128/2011, no sentido de preservar a vontade do paciente maior, capaz, que esteja em plenas condições de decidir, e que manifeste essa vontade de próprio punho, contemporaneamente ao evento, de forma a deixar expresso que conhece o risco que sua vida corre com a ausência do tratamento recomendado, é a que melhor compatibiliza os fundamentos constitucionais postos em discussão.

Nesse sentido, como lembrado ao longo das peças opinativas em exame, a Lei Estadual n. 10.241, de 17 de março de 1999, expressamente garante o direito dos usuários dos serviços de saúde no Estado de São Paulo a ter assegurado "o respeito aos seus valores éticos e culturais" (art. 2º, XIV, *d), sendo-lhes lícito "consentir ou recusar, de forma livre, voluntária e esclarecida, com adequada informação, procedimentos diagnósticos ou terapêuticos a serem nele realizados" (art. 2º, VII).*

As normas do Código de Ética Médica, notadamente as expressas nos arts. 22, 31 e 32, podem ter uma leitura que as tornem compatíveis com o texto constitucional e a preservação dos princípios que norteiam este entendimento, na medida em que é dever do médico utilizar-se de todos os meios para salvar a vida do paciente, respeitando suas escolhas e colhendo sua autorização prévia. O "iminente risco de morte", autorizador

da ação do profissional de saúde sem a autorização do paciente ou mesmo contra a sua vontade é uma escusa para a atuação do profissional, que deve ser sopesada, mas que não torna ilícita a conduta daquele que tenha se acautelado na coleta da regular negativa do paciente.

Em consequência, proponho o acolhimento parcial do Parecer PA n. 108/2011, para fixar a orientação de que a preconizada compulsoriedade da atuação médica deve ser aplicada nas situações em que o paciente é menor de idade e/ou não está em gozo de sua plena capacidade decisória. Propõe-se, ainda, a aprovação das conclusões do Parecer PA n. 128/2011, externadas no item 68 da referida peça opinativa, no sentido de que, com as cautelas necessárias, seja preservada a autonomia da vontade do paciente maior, capaz e devidamente esclarecido de sua situação médica e do risco que a negativa do tratamento impõe à sua vida.

Com estas considerações, encaminhe-se o processo à análise da Subprocuradoria Geral do Estado - Consultoria.

São Paulo, 1º de novembro de 2011.

DORA MARIA DE OLIVEIRA RAMOS
Procuradora do Estado
Chefe Substituta da Procuradoria Administrativa
OAB/SP 78.260

Processo IAMSPE n. 11215/2010 (GDOC n. 16847-190733/2011)
Interessado: Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual - IAMSPE
Assunto: Transfusão de hemoderivados em paciente "Testemunha de Jeová"

Cuidam os autos da candente questão da transfusão de sangue (e hemoderivados) em indivíduos que professam a religião "Testemunha de Jeová", sendo que os pareceres coligidos aos autos1 bem denotam a controvérsia jurídica que a cerca.

1 Parecer CJ/IAMSPE n. 684/2010 (fls. 29/45) e Pareceres PA n.s 108/2011 e 128/2011 (fls. 115/131 e 136/175, respectivamente).

É certo que a Constituição Federal de 1988, ao mesmo tempo em que eleva à categoria de direito fundamental do indivíduo *"a inviolabilidade do direito à vida"*, também o faz em relação às liberdades (art. 5o, *caput),* dentre elas, a liberdade religiosa que, para José Afonso da Silva, pode ser tripartida em liberdades de crença, de culto e de organização religiosa[2].

Sem deslustrar entendimento contrário, até porque lastreado em doutrinadores de escol, entendo que do confronto entre o direito à vida[3] e o direito à liberdade religiosa *(in casu,* liberdade de crença religiosa), o primeiro deve sobrepujar[4].

Na verdade, quando o indivíduo se submete a atendimento médico em nosocômio público, o Estado tem, mais que direito, o dever inarredável de zelar por sua vida, independentemente de suas convicções religiosas, como anota Maria Helena Diniz:

> *"A liberdade pessoal não pode ser tolerada quando implica retirada da própria vida, por não ser absoluta, visto que está juridicamente limitada por princípios de ordem pública, como os de não matar, não induzir ao suicídio, não omitir socorro e o de ajudar quem está prestes a falecer. A vida é um bem muito superior à liberdade de querer morrer, ensina Carlos Aurélio Mota de Souza.*
>
> *As normas constitucionais que resguardam os direitos à vida e à crença religiosa têm eficácia absoluta e geram uma antinomia real ou lacuna de conflito, que só pode ser solucionada pelo critério do justum, aplicando-se os arts. 4o e 5o da Lei de Introdução ao Código Civil. Por meio de uma interpretação corretiva percebe-se que o direito à vida tem posição privilegiada, antecedendo a todos os demais direitos da personalidade, pois sem ele de nada valem os demais. Para que o ser humano possa exercer as liberdades que lhe são outorgadas constitucionalmente, a vida ser-lhe-á imprescindível. O Estado é o guardião da vida, pois o seu titular sobre ela não tem poder decisório. Observa, com acerto, Vitorino Angelo Filipin que*

---

2 *Curso de direito constitucional positivo. 24ª. ed., rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 248.Dentre os dispositivos constitucionais que, por um lado, determinam a laicidade do Estado, ao passo que, por outro, reafirmam a liberdade religiosa, podem ser citados: arts. 5o, VI a VIII; 19,1; 143, § 1o, 150, VI, b; e 210, §P.*

3 *Assim abordado por José Afonso da Silva:*
"É que a vida, além de ser um direito fundamental do individuo, é também um interesse que, não só ao Estado, mas à própria humanidade, em função de sua conservação, cabe preservar. Do mesmo modo que a ninguém é legítimo alienar outros direitos fundamentais, como a liberdade, por exemplo, também não se lhe admite alienar a própria vida, em nenhuma de suas dimensões", Op. cit, p. 200.

4 Nesse sentido, trago *à baila as pa*lavras de Kildare Gonçalves Carvalho:
"Mencione-se ainda como tipos de objeção de consciência: ... II - objeção de consciência à obrigação sanitária e tratamento médico: ê a recusa ao tratamento médico e a tratamentos sanitários obrigatórios impostos pelo Estado para prevenir determinada enfermidade...; [comentando o Código de Ética Médica] b) efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e o consentimento prévios do paciente ou de seu representante legal, salvo em iminente perigo de vida, notando-se que nesses casos há uma hierarquia de valores entre o dever do médico e o direito do paciente, devendo-se salientar que a vida vale mais que a crença religiosa;...". Direito Constitucional, 14a. ed., Belo Horizonte: Del Rey, p. 718/719.

'se o direito à vida é superior, até em termos normativos, para salvá-la in extremis, sendo a transfusão de sangue o remédio indicado e necessário, é dever do médico, movido e amparado pelo mais nobre dos sentimentos, proceder como tal, incondicionalmente. A inscrição em que os professantes Testemunhas de Jeová portam, de molde a exigir do médico conduta negativa, na hipótese de necessidade de transfusão de sangue, em estado de inconsciência, é cláusula não escrita, assim como o será eventual declaração assinada por parente ou responsável no ato da internação, porque não se está diante de direito dispositivo, decorrente da chamada autonomia da vontade', vigorante no direito obrigacional, pois a vida não é objeto de contrato. O médico tem o dever de salvar a vida, independentemente de paciente recalcitrante ou com inscrição proibitiva ou, ainda, da participação positiva ou negativa de juiz ou tribunal.

Se entre os direitos à vida e à liberdade de religião apresentar-se uma situação que venha a colocá-los em xeque, de tal sorte que apenas um deles possa ser atendido, ter-se-á a incidência absoluta do princípio do primado do direito mais relevante, que é, indubitavelmente, o à vida. Por tal razão qualquer ofensa ao direito constitucional da liberdade religiosa, ainda que sem o consenso do paciente ou de seus familiares, não entra na categoria dos atos ilícitos. A extração de sangue feita sem a anuência da pessoa é tida como lesão, e a própria transfusão de sangue só é permitida com o consenso do paciente, desde que não haja perigo de vida. Deveras, como a vida é o bem mais precioso, que se sobrepõe a todos, entre ela e a liberdade religiosa do paciente, deverá ser a escolhida, por ser anterior a qualquer consentimento do doente ou de seus familiares. O sacrifício de consciência é um bem menor do que o sacrifício eventual de uma vida. Os valores considerados socialmente importantes e os essenciais à comunidade nacional e internacional são diretrizes ou limites à manifestação da objeção de consciência"[5].

Em complemento, a lição de Roberta Fragoso Menezes Kaufmann, Procuradora do Distrito Federal:

"Por outro lado, há de se destacar a necessidade de os direitos fundamentais serem vistos também sob a ótica da dimensão objetiva. Nessa linha, os direitos fundamentais deixam de ser observados sob a perspectiva exclusivamente individualista, na qual prevalece a autonomia da vontade, e passam a ser considerados valores em si mesmos, materializados no ordenamento jurídico, a serem preservados e fomentados por todos e pelo Poder Público, independentemente da vontade do titular do direito. Configura-se, assim, o chamado 'dever de proteção', a ser exercitado particularmente pelo Estado, na medida em que este deverá agir na defesa do direito fundamental do particular, mesmo que este não queira exercer o direito posto em jogo.

Bem explica essa dimensão objetiva a Professora Suzana de Toledo Barros, ao mencionar o exemplo da obrigatoriedade do uso do cinto de segurança, ainda que o titular do direito à vida, à integridade física à saúde não o queira utilizar. Confira-se:

'É assim que se explica, por exemplo, a imposição do uso do cinto de segurança: o livre-arbítrio do condutor do veículo perde alcance diante do valor constitucional vida ou integridade

---

5 *O estado atual do biodireito*, 3ª ed., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 275/276.

física dos indivíduos, cuja proteção é requerida pelo Estado em cumprimento às suas finalidades. Da mesma forma, pode-se argumentar em favor da proibição geral do uso de drogas'.

Dessarte, se em determinado caso concreto se tiver de realizar a ponderação entre os valores autonomia de vontade/liberdade religiosa e o direito à vida, esta haverá de prevalecer, porquanto revela um dever de agir do Estado de proteger a vida dos pacientes internados em hospitais públicos.

Impende enfatizar, por oportuno, que a renúncia a direitos fundamentais também não se revela absoluta e não pode significar a opção pela morte, sob a responsabilidade do Estado. Tal fato se revela de importância lapidar quando se está diante de situação na qual o paciente submeteu-se, voluntariamente, à tutela estatal, internando-se em hospital público. Nesses termos, o Estado se vincula, por meio do seu dever de proteção, a salvar a vida da paciente, ou a empreender todos os meios possíveis para tal mister"[6].

Há que se anotar, também, que a *quaestio juris* aqui versada tem algumas nuances que devem ser abordadas.

Em algumas situações o indivíduo "Testemunha de Jeová" busca a assistência à saúde, prestada pelo Estado, para tratamento eletivo, em que não há, via de regra, risco de morte em primeiro momento.

Nesses casos, cabe ao médico que o atender, caso haja indicação de transfusão de sangue (ou hemoderivados), prestar todos os esclarecimentos necessários sobre sua condição de saúde e os métodos possíveis e disponíveis para o tratamento de sua enfermidade, bem como eventuais alternativas à transfusão de sangue.

Havendo recusa pelo paciente e, repita-se, inexistindo risco de morte, ele não deve ser compelido a receber a transfusão de sangue/hemoderivados.

Nas situações em que o paciente "Testemunha de Jeová", submetido a atendimento e/ou tratamento em unidade hospitalar estadual, apresentar risco de morte, e, sob o ponto de vista médico, for indicada a transfusão de sangue/hemoderivados, ela deve ser realizada, após os esclarecimentos já apontados acima, independentemente de autorização policial ou judicial e ainda que contra a expressa vontade do paciente e/ou de parentes que porventura o acompanhem, ou mesmo naqueles casos que em o paciente esteja impedido de manifestar sua vontade (como nos casos de pacientes que chegam inconscientes ao hospital, pronto-socorro etc.).

Elucidativas, nesse sentido, as palavras de Maria Helena Diniz:

"Sendo urgente e inadiáveis o tratamento médico, a intervenção cirúrgica e a transfusão de sangue não consentida, prevalecem diante da ciência, do valor da vida do paciente e do inte-

6 *Colisão de direitos fundamentais: o direito à vida em oposição à liberdade religiosa - o caso dos pacientes testemunhas de Jeová internados em hospitais públicos. In* Direito Público, vol. 1, n. 16, p. 1820, abr./mai. 2007.

resse da comunidade, pois a vida é um bem coletivo, que interessa mais à sociedade do que ao indivíduo. Não se pode, portanto, submeter o médico à vontade do doente ou à de seus familiares, porque isso equivaleria a transformá-lo num simples locador de serviços. Acreditamos que o médico, por seu sentimento ético e consciência profissional, deve até mesmo correr o risco pessoal imposto por certas circunstâncias, porque sua profissão é a de socorrer pessoas, resguardando-lhes a vida e a saúde. Sua missão é proteger a saúde, logo, seus conhecimentos e sua consciência voltam-se para o cumprimento dessa tarefa. A questão da saúde tem natureza ético-política por referir-se à opção entre o respeito ou o desrespeito pelo ser humano.

Todavia, cremos que o médico não precisa de autorização policial ou judicial para efetuar a transfusão de sangue, mesmo não autorizada pelo paciente ou familiares, diante de um iminente perigo de vida, por ser seu dever legal salvar vidas humanas, porque isso o levaria a uma espera, que poderia ocasionar prática do crime de omissão de socorro (CP, art. 135; Código de Ética Médica, arts. 1o, 2o, 6o, 7o, 16, 35 e 57). A missão do médico é minimizar o sofrimento humano e resguardar a vida e a saúde, bens supremos da pessoa, sujeitando-se à tutela estatal, pois a Constituição, em seu art. 196, consagra a saúde como direito de todos e dever do Estado. Deveras, Leonídio Ribeiro pondera: 'a única profissão que confere aos que a exercem o direito de decidir sobre os destinos de uma vida humana em perigo é a medicina, por isso mesmo, os textos das leis penais e os dispositivos dos Códigos de Ética são muito rigorosos, quando se trata de punir os danos causados pelos clínicos a seus clientes, sempre que ficar comprovado que eles cometeram erros ou praticaram faltas por negligências (sic), imperícia ou imprudência, no exercício da nobre arte de curar'. Respondem os médicos civilmente pelos danos que, no exercício de sua profissão, causem aos seus pacientes. Além disso, há desnecessidade de autorização judicial para cirurgia e transfusão de sangue em paciente necessitado que se recusa à prática desse ato por questão religiosa, por ser isso do estrito cumprimento do dever legal do médico (TJSP, 6a Câm. de Direito Privado, AC 264.210-1, Suzano, Rel. Testa Marchi, j. 1°-8-1996, v.u.)"[7].

Na esfera infraconstitucional, a doutrina também encontra espeque para a transfusão de sangue/hemoderivados em pacientes "Testemunha de Jeová", como apontam os excertos abaixo transcritos, referentes ao art. 15 do Código Civil[8]:

---

7 Op. cit., p. 271/272.
Na mesma linha, diz Roberta Fragoso Menezes Kaufmann:
"No que concerne à liberdade religiosa, há de se destacar que é dever de todos e de cada um, tanto na órbita pública, quanto na particular, demonstrar eficiência na proteção do exercício de tal liberdade. Assim, nos casos de pacientes que professarem a fé por meio da religião Testemunha de Jeová, a equipe médica deverá evitar, ao máximo, a transfusão de sangue, dando preferência aos tratamentos alternativos, em respeito à liberdade religiosa. No entanto, sabe-se que nem sempre o tratamento alternativo é viável e suficiente para manter a vida dos pacientes, afastando o iminente risco de morte. Em tais hipóteses, deverão os médicos proceder à regular transfusão de sangue, para fazer garantir a proteção estatal ao direito à vida da paciente ". Op. cit., p. 16/17.

8 *"Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica."*

"3. As transfusões de sangue situam-se na categoria dos procedimentos que independem do consentimento do paciente, pois não representam risco presente, sério e concreto de vida, mesmo porque somente em poucas situações não logram êxito. Logo, as pessoas que tinham na motivação religiosa (v.g. as "Testemunhas de Jeová") fundamento bastante para negarem-se a receber sangue ou para impedir que os filhos recém-nascidos ou de tenra idade recebessem-no por transfusão, serão voz perdida sempre que a intervenção for indicada como método terapêutico (anemias profundas, acidentes, hemorragias em geral etc.)"[9].

"Princípio da não maleficência. Há obrigação de não acarretar dano ao paciente, e havendo, p. ex., recusa, em razão da religião, à transfusão de sangue, o médico deverá tentar um tratamento alternativo. Se entre os direitos à vida e à liberdade de religião apresentar-se uma situação que venha a colocá-los em xeque, de tal sorte que apenas um deles possa ser atendido, ter-se-á a incidência absoluta do princípio do primado do direito mais relevante, que é, indubitavelmente, o à vida. Por essa razão qualquer ofensa ao direito constitucional da liberdade religiosa, ainda que sem o consenso do paciente ou de seus familiares, não entra na categoria dos atos ilícitos. (...) Deveras, como a vida é o bem mais precioso, que se sobrepõe a todos, entre ela e a liberdade religiosa do paciente, deverá ser escolhida, por ser anterior a qualquer consentimento do doente ou de seus familiares. O sacrifício de consciência é um bem menor do que o sacrifício eventual de uma vida. Os valores considerados socialmente importantes e os essenciais à comunidade nacional e internacional são diretrizes ou limites à manifestação da objeção de consciência. Ilegítima é a objeção de consciência sempre que estiverem em jogo a vida de uma pessoa e a saúde pública"[10].

No mesmo sentido deve ser interpretado o disposto nos arts. 17 da Lei federal n. 10.741[11], de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), 17 da Lei federal n. 8.069[12], de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), e 2º, VII,

---

9 *Matiello, Fabrício Zamprogna, Código Civil Comentado. 2a ed., São Paulo: LTr, p. 34.*

10 *Diniz, Maria Helena. Código Civil Anotado, 12a ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 40.*

11 *"Art. 17. Ao idoso que esteja no domínio de suas faculdades mentais é assegurado o direito de optar pelo tratamento de saúde que lhe for reputado mais favorável.*
Parágrafo único. Não estando o idoso em condições de proceder à opção, esta será feita:
1 - pelo curador, quando o idoso for interditado;
11 - pelos familiares, quando o idoso não tiver curador ou este não puder ser contactado em tempo hábil;
III - pelo médico, quando ocorrer iminente risco de vida e não houver tempo hábil para consulta a curador ou familiar;
IV- pelo próprio médico, quando não houver curador ou familiar conhecido, caso em que deverá comunicar o fato ao Ministério Público."

12 *"Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais. "*
"Art. 2°. São direitos dos usuários dos serviços de saúde no Estado de São Paulo:

da Lei estadual n. 10.241[13], de 17 de março de 1999 (Dispõe sobre os direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde no Estado e dá outras providências).

Aliás, em relação à criança ou adolescente "Testemunha de Jeová", não merece guarida o entendimento de que seus pais (ou responsáveis legais) podem recusar a transfusão de sangue/hemoderivados, uma vez que a renúncia ao tratamento médico é direito personalíssimo, de modo que a recusa de seus responsáveis pode, em tese, inclusive configurar a prática de crime:

> *"O direito de crença não pode sobrepor-se ao de viver do menor, sob pena de os pais praticarem crime de abandono material e moral e serem destituídos do poder familiar, embora a escolha de alternativa à transfusão, desde que não haja risco, não configurar negligência do pátrio dever de tratar da saúde do filho. Isso é assim porque a objeção de consciência é ilegítima sempre que se colocam em perigo direitos de terceiro. A repulsa do objetor somente será legítima se não conflitar com direito fundamental de terceiro, como o é o direito à vida"*[14].

Na seara penal, quando se analisa a questão sob a ótica do crime de constrangimento ilegal (Código Penal, art. 146), podem ser coligidos também os seguintes subsídios, a amparar o procedimento médico necessário à preservação da vida:

> *"Floriano Lemos (Direito de matar e curar) argumenta com todo acerto: "O direito moderno considera a vida um bem coletivo. O homem não pertence só a si, senão à sociedade, de que faz parte integrante. A hipótese se enquadra, então, sem a menor dúvida, em questão de ordem pública. E sendo assim, como de fato é, a vida um bem coletivo, claro está que, em tais circunstâncias excepcionais (perigo de vida ou iminência de morte), o médico pode e deve agir arbitralmente, porque há uma razão jurídica a invocar: o interesse do agente é legítimo, a utilidade manifesta para a sociedade"*[15].

> *"15. Intervenção médico-cirúrgica: é possível que um paciente, correndo risco de vida, não queira submeter-se à intervenção cirúrgica, determinada por seu médico, seja porque tem medo, seja porque deseja morrer ou por qualquer outra razão. Entretanto, já que a vida é um bem indisponível, a lei fornece autorização para que o médico promova a operação ainda que a contragosto. Não se trata de constrangimento ilegal, tendo em vista a ausência de tipicidade. Como se disse, não houvesse tal dispositivo, ainda assim o médico poderia agir, embora nutrido pelo estado de necessidade, que iria excluir a antijuridicidade"*[16].

---

13 *"Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais. "*
(...)
VII - consentir ou recusar, de forma livre, voluntária e esclarecida, com adequada informação, procedimentos diagnósticos ou terapêuticos a serem nele realizados;".

14 Diniz, *Maria Helena*, Op. cit, p. 273.

15 Hungria, Nelson. *Comentários ao Código Penal.* 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 178.

16 Nucci, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado.* 6ª ed., São Paulo: RT, 2006, p. 618-619.

A conduta médica ora defendida encontra esteio no Código de Ética Médica, aprovado pela Resolução CFM n. 1931/2009, do Conselho Federal de Medicina.

Nesse passo, e para evitar enfadonha repetição, reporto-me ao Parecer PA n. 108/2011 (fls. 115/131), que bem analisou a questão sob o prisma das diretrizes traçadas pelos Conselhos Federal e Regional (SP) de Medicina, não sendo necessário, a meu ver, novo encaminhamento de consulta ao CRM, conforme sugerido no item 16 dessa peça opinativa.

Derradeiramente, cumpre-me apontar a remansosa jurisprudência que dá guarida à orientação jurídica aqui gizada:

> *"EMENTA: Indenizatória - Reparação de danos -Testemunha de Jeová - Recebimento de transfusão de sangue quando de sua internação - Convicções religiosas que não podem, prevalecer perante o bem maior tutelado pela Constituição Federal que é a vida - Conduta dos médicos, por outro lado, que pautou-se dentro da lei e ética profissional, posto que somente efetuaram as transfusões sanguíneas após esgotados todos os tratamentos alternativos - Inexistência, ademais, de recusa expressa a receber transfusão de sangue quando da internação da autora — Ressarcimento, por outro lado, de despesas efetuadas com exames médicos, entre outras, que não merece acolhida, posto não terem sido os valores despendidos pela apelante - Recurso improvido"*17.

---

17 TJ-SP, Apel. Cível n. 123.430^/4-00, Rel. Des. Flávio Pinheiro, j. 07/05/2002. Destaco os seguintes trechos dos votos desse julgado:
Voto do relator, Des. Flávio Pinheiro: *"Entretanto, em que pesem as convicções religiosas da apelante que, frise-se, lhe são asseguradas constitucionalmente, a verdade é que o que deve prevalecer, acima de qualquer credo, religião, é o bem maior tutelado pela Constituição Federal, a vida.*
Ora, sendo o direito à vida o principal direito individual, o bem jurídico de maior relevância tutelado pela ordem constitucional, à evidência que os demais direitos individuais dependem de sua existência ".
Voto do Des. Alfredo Migliore: *"Assim sendo, no caso de recusa do paciente a respeito de recebimento de transfusão de sangue, deve em primeiro lugar ser analisada a efetiva existência da necessidade do ato. Se o ato for absolutamente necessário para a manutenção da vida do paciente, deve ser ele realizado mesmo no caso de recusa.*
E induvidoso que ao médico cabe o mister de preservar e salvar vidas, sendo que para consegui-lo, deve se valer de todos os meios que tiver ao seu alcance. No caso em exame, para que prevalecesse a vontade da paciente, era necessário que não se vislumbrasse perigo iminente de vida. Não era o caso dos autos. Se é assim, a ação era mesmo improcedente.
Razão jurídica para a concessão de indenização será o da prática de atos ilícitos e estes não foram praticados pelos médicos.
Mesmo o trauma psicológico à autora advindo não é, pois, indenizável".
Voto do Des. Waldemar Nogueira Filho: *"Assim entendido, tenho que à apelante, embora o direito de culto que lhe é assegurado pela Lei Maior, não é dado dispor da própria vida, de preferir a morte a receber a transfusão de sangue que a poderia salvar da eliminação física, como afirmou e reafirmou em depoimento pessoal (fls. 604,* in fine, e 604v), a risco de que se ponha em xeque direito dessa ordem, que é intangível e interessa também ao Estado, e sem o qual os demais, como é intuitivo, não têm como subsistir".

"A questão é polêmica, mas a jurisprudência tem decidido no sentido de que o direito à vida se sobrepõe à liberdade de crenças religiosas. Nesse sentido os julgados: INDENIZAÇÃO - Responsabilidade civil - Danos moral e material - Desrespeito a crença religiosa - Transfusão de sangue - Autora Testemunha de Jeová - Não cabimento -Intervenção médica procedida tão somente após esgotados outros tratamentos alternativos - Prevalência da tutela à vida sobre suas convicções religiosas - Recurso não provido - JTJ 256/125. Ainda: MEDIDA CAUTELAR - Autorização judicial para cirurgia e transfusão de sangue em paciente necessitada que se recusa à prática do ato por questão religiosa -Desnecessidade - Estrito cumprimento do dever legal do médico - Recurso não provido. (Ap. n. 264.210-1, 6a Câmara de Direito Privado, Rel. TESTA MARCHI, 01.08.96). E por fim: TESTEMUNHAS DE JEOVÁ - Necessidade de transfusão de sangue, sob pena de risco de morte, segundo conclusão de médico que atende o paciente - Recusa dos familiares com apoio na liberdade de crença - Direito à vida que se sobrepõe aos demais direitos - Sentença autorizando a terapêutica recusada - Recurso desprovido. (Ap. n. 132.7204/9, 5a Câmara de Direito Privado, Rel.: BÓRIS KAUFFMANN, 26.06.03)"[18].

"Em que pesem as referidas convicções religiosas dos acusados que, não obstante lhe são asseguradas constitucionalmente, a verdade é que a vida deve prevalecer acima de qualquer religião.

Segundo as lições do mestre José Afonso da Silva, o direito à vida deve ser compreendido de forma extremamente abrangente, incluindo o direito de nascer, de permanecer vivo, de defender a própria vida, enfim, de não ter o processo vital interrompido senão pela morte espontânea e inevitável"[19].

"Testemunhas de Jeová, Necessidade de transfusão de sangue, sob pena de risco de morte, segundo conclusão do médico que atende o paciente. Recusa dos familiares com apoio na liberdade de crença. Direito à vida que se sobrepõe aos demais direitos. Sentença autorizando a terapêutica recusada. Recurso desprovido. (...)

O art. 5o, VI, da Constituição Federal assegura o direito à liberdade de consciência e de crença, bem como a inviolabilidade da intimidade e da vida privada. Com base nestas cláusulas é que o apelante defende o direito de sua esposa de recusar o tratamento com transfusão de sangue e derivados.

Não se pode negar, todavia, que os vários direitos previstos nos incisos do art. 5o da Constituição Federal ostentam uma certa gradação em relação a outro direito, este estabelecido no caput do referido artigo: o direito à vida. Assim, se com base em sólido entendimento médico-científico, ainda que divergências existam a respeito, para a preservação daquele direito seja necessária a realização de terapias que envolvam transfusão de sangue, mesmo que atinjam

18 TJ-SP Apel Cível no 442.163-4/1-00, Rel. Des. Caetano Lagrasta, **j.** 13/06/2007.

19 TJ-SP, Emb. Iiifringentes e de Nulidade n. 0000338-97.1993.8.26.0590/50003, Rel. Des. Roberto Midolla, j. 18/10/2010.

a crença religiosa do paciente, estas terão de ser ministradas, pois o direito à vida antecede o direito à liberdade de crença religiosa. (...)

Este Tribunal, através de sua Sexta Câmara, na Apelação Cível n. 264.210.1/9, da Comarca de Suzano, admitiu a desnecessidade de obtenção da autorização para a transfusão de sangue em "Testemunhas de Jeová", pois, em caso de iminente perigo de vida, segundo conclusão do médico, a terapêutica recusada deve ser realizada independentemente da vontade do paciente ou de seus responsáveis, como, aliás, estabelece a Resolução n. 1.021, de 26 de setembro de 1980, do Conselho Federal de Medicina. E o e. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por meio de sua Sexta Câmara, na Apelação Cível n. 595000373, também perfilhou tal entendimento salientando: Se iminente o perigo de vida, é direito e dever do médico empregar todos os tratamentos, inclusive cirúrgicos, para salvar o paciente, mesmo contra a vontade deste, e de seus familiares e de quem quer que seja"[20].

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PARA TRATAMENTO ONCOLÓGICO. LIBERDADE DE CRENÇA RELIGIOSA. TESTEMUNHA DE JEOVÁ. MEDICAMENTO DE EFICÁCIA NÃO COMPROVADA. SUBSTITUIÇÃO DE TRANSFUSÃO SANGUÍNEA. IMPOSSIBILIDADE.

Em razão da demora em surtir efeito da medicação requerida como alternativa à transfusão de sangue, não se inibe o risco na fase aguda de comprometimento medular, nem se afasta a necessidade de transfusão sanguínea, não sendo recomendável a utilização de medicamento do qual a eficácia não está comprovada adotada somente como terapêutica alternativa, quando há alguma restrição clínica ao uso de hemoderivados.

(...)

Ademais, "o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não se pode mostrar indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional"[21].

Em suma, entendo que:

20 TJ-SP, Apel. Cível n. 132.720-4/9-OO, Rel. Des. Bóris Kauffmann, j. 26/06/2003.

21 TRF 4ª Região, AI n. 2005.04.01.047458-2/RS, Rel. Des. Fed. Luiz Carlos de Castro Lugon, j. 25/04/2006.

Se o paciente "Testemunha de Jeová" for submetido a atendimento e/ou tratamento eletivo, em que não há, via de regra, risco de morte, e caso haja necessidade de transfusão de sangue/hemoderivados, devem ser prestados todos os esclarecimentos necessários sobre sua condição de saúde e os métodos possíveis e disponíveis para o tratamento de sua enfermidade, bem como eventuais alternativas à transfusão. Havendo recusa por parte do paciente, a transfusão não deve ser realizada;

Se o paciente "Testemunha de Jeová" for submetido a atendimento e/ou tratamento emergencial, apresentar risco de morte, e, sob o ponto de vista médico, for indicada a transfusão de sangue/hemoderivados, ela deve ser realizada, independentemente de autorização policial ou judicial e ainda que contra a expressa vontade do paciente e/ou de parentes que porventura o acompanhem, ou mesmo naqueles casos em que o paciente esteja impedido de manifestar sua vontade;

Se a criança ou adolescente "Testemunha de Jeová" for submetido a atendimento e/ou tratamento e apresentar risco de morte, a transfusão de sangue/hemoderivados deverá ser realizada, ainda que contra a vontade de seus pais ou representantes legais.

Concluindo, acolho parcialmente os Pareceres PA n. 108/2011 (115/131) e 128/2011 (136/175), dissentindo, também em parte, da manifestação retro (fls. 176/178), subscrita pela i. Procuradora do Estado Chefe da Procuradoria Administrativa.

Elevem-se os autos ao Procurador-Geral do Estado, com proposta de aprovação parcial das peças jurídico-opinativas em tela e extração de cópias para a instrução de expediente, a ser encaminhado à Secretaria da Saúde, para a edição de Resolução pelo Titular da Pasta, regulamentando a transfusão de sangue/hemoderivados em pacientes "Testemunhas de Jeová" que acorram aos órgãos de saúde estadual.

São Paulo, 27 de abril de 2012.

ADALBERTO ROBERT ALVES
Subprocurador Geral do Estado
Área da Consultoria Geral

Processo IAMSPE n. 11215/2010 (GDOC n. 16847-190733/2011)
Interessado: Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual - IAMSPE
Assunto: Transfusão de hemoderivados em paciente "Testemunha de Jeová"

Nos termos da manifestação do Subprocurador Geral do Estado da Área da Consultoria Geral, aprovo parcialmente os Pareceres PA n. 108/2011 e 128/2011.

Restituam-se os autos à Subprocuradoria Geral do Estado da Área da Consultoria Geral, para a extração de cópias e posterior encaminhamento de expediente ao Secretário da Saúde, conforme proposto em sobredita manifestação.

GPG, 3 de maio de 2012.

ELIVAL DA SILVA RAMOS
Procurador Geral do Estado

Ementas Consultoria

60) DIREITO ELEITORAL. INELEGIBILIDADE INFRACONSTITUCIONAL. Lei Complementar Federal n. 64, de 18 de maio de 1990. Servidor público estadual. Competência ou interesse no lançamento, arrecadação ou fiscalização de impostos, taxas e contribuições de caráter obrigatório - inclusive parafiscais - e para aplicar multas relacionadas com essas atividades. Desincompatibilização em até quatro meses antes do pleito, se pretendido o mandato eletivo de prefeito, ou, em até seis meses antes, se o de vereador. Afastamento sem remuneração. Precedentes: Pareceres P A-3 n.º 182/2000 e n.º 3/1998. Servidor público em geral, não compreendido na primeira hipótese. Desincompatibilização em até três meses antes do pleito, seja este federal, estadual, municipal, majoritário ou proporcional. Afastamento com remuneração. Jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral. Possibilidade, em tese, de tratamento diferenciado entre servidores titulares de cargos idênticos, desde que a compostura legal do cargo já não denote a situação peculiar do servidor em contraste com os demais servidores da Administração. Necessidade, na hipótese, de verificação da competência ou do interesse caso a caso, no contexto das atividades desempenhadas pelo agente, da repartição em que exerce suas atividades e, mesmo, da forma de sua remuneração, tendo em conta a instituição da bonificação por resultados. (Parecer PA n.º 13/2012 – Aprovado pelo Subprocurador-Geral do Estado – Área da Consultoria Geral em 30 de março de 2012)

61) VANTAGENS PECUNIÁRIAS PRÊMIO DE PRODUTIVIDADE. Análise do critério jurídico a ser adotado para o cômputo do valor a ser incorporado aos proventos de aposentadoria de determinada servidora da PGE em razão do percebimento, quando em atividade, do PIPQ instituído pela LC n. 907/2001. Ressalva de que, em qualquer hipótese, deverá ser observado o disposto no § 2º do art. 40 da CF. (Parecer PA n.º 024/2011 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 19 de março de 2012.

62) APOSENTADORIA COMPULSÓRIA. SERVIDOR CELETISTA. Ratificada orientação jurídica firmada quando da não aprovação do Parecer PA n. 111/2008. Aplicação da legislação trabalhista em harmonia com os princípios constitucionais dirigidos aos servidores públicos. Desligamento de servidor regido pela CLT quando completados 70 (setenta) anos de idade é dever do Estado/empregador. Extinção do pacto laboral que ocorre em cumprimento à ordem jurídica vigente, razão por que não se pode atribuir responsabilidade a qual-

quer das partes. Descaracterizada dispensa sem justa causa. Indevida multa de 40% do FGTS. Precedentes: Pareceres PA-3 n.º 352/82, PA-3 n.º 278/95 e PA-3 n. 171/2000. (Parecer PA n.º 55/2011 – Não aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 16 de março de 2012.)

63) APOSENTADORIA COMPULSÓRIA. SERVIDOR CELETISTA. Orientação jurídica inalterada, porquanto não aprovado o PA n.º 111/2008. Posição reiterada no Parecer PA n.º 55/2011, pendente de apreciação pelas autoridades superiores da PGE. Decisão judicial prevalece quando proferida com fundamentos trazidos em oposição ao ato de desligamento praticado conforme entendimento emanado da PGE. Inviabilidade de análise dos casos concretos. Orientação quanto ao cumprimento de execução de título judicial afeta à área do contencioso da autarquia. (Parecer PA n.º 56/2011 – Não aprovado pelo Subprocurador-Geral do Estado – Área da Consultoria Geral em 28 de março de 2012.)

64) PREVIDÊNCIA SOCIAL. Regime Próprio de Previdência dos Militares. Contribuinte facultativo. Extinção da categoria a partir da promulgação da Emenda Constitucional n.º 20, de 15 de dezembro de 1998. Dever de restituição das quantias recolhidas a título de contribuição previdenciária pelo segurado facultativo, mediante requerimento (Precedentes: Pareceres PA n.º 85/2009 e n. 2/2010). Caso concreto em que o requerente já havia sido excluído do quadro de contribuintes facultativos da Caixa Beneficente da Polícia Militar em virtude de inadimplemento, nos termos do art. 24, § 3º, da Lei n.º 452, de 2 de outubro de 1974, cujas disposições sobre a matéria então se presumiam constitucionais. Preservação dessa situação subjetiva consolidada, tendo em vista a presumível boa-fé do administrado e da Administração e o princípio da segurança jurídica. Não configuração do enriquecimento sem causa do Estado. Pretensão de ressarcimento que, de qualquer modo, estaria sujeita ao prazo prescricional de três anos (Precedente: Parecer PA n.º 15/2010). Proposta de indeferimento do pedido de restituição. (Parecer PA n.º 100/2011 – Apenas conclusão aprovada pelo Procurador-Geral do Estado em 15 de março de 2012.)

65) SERVIDOR PÚBLICO. CONCURSO. Convocação para escolha de vagas antes da nomeação. Desistência expressa de candidato. Consequência. Edital que não contém regra clara acerca da preservação da classificação do candidato desistente. Art. 18, § 2º, do Decreto Estadual n.º 21.872, de 6 de janeiro de 1984, que admite a convocação do candidato que não anuiu à nomeação «após a manifestação de todos os candidatos aprovados». Legalidade das admissões realizadas pela origem que está em exame pelo Tribunal de Contas do Estado. Necessidade de aguardar a decisão. (Parecer PA n.º 102/2011 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 15 de março de 2012.)

66) SERVIDOR PÚBLICO. Policial Civil. Medida cautelar de suspensão do exercício da função pública, introduzida pela Lei n.º 12.403, de 4.5.2011. Art. 319, VI, do Código de Processo

Penal. (Parecer PA 112/2011 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 26 de março de 2012.)

67) SERVIDOR PÚBLICO. Jornada de Trabalho. Agente de Desenvolvimento Social. Graduação em Serviço Social. A Lei Federal n. 12.317, de 26.8.2010, que prevê jornada de trabalho reduzida aos Assistentes Sociais, não se aplica aos servidores públicos estatutários. Precedentes: Pareceres PA n.º 491/90 e 110/96. (Parecer PA 125/2011 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 15 de março de 2012.)

68) TETO REMUNERATÓRIO. VENCIMENTOS. PROVENTOS. PENSÃO MENSAL. Representação formulada pela APESP, propondo que, em caso de percepção cumulativa de proventos ou vencimentos com pensão, o teto remuneratório previsto no art. 37, XI, da CF, incida sobre cada uma das parcelas isoladamente. Ausência de fatos novos a justificar a modificação do entendimento da PGE. Questão a ser dirimida pelo STF, que já acolheu a repercussão geral da questão constitucional. Proposta de revisão do entendimento preconizado no Parecer GPG n.º 10/2009, no qual se concluiu que "na hipótese de cumulação entre proventos e vencimentos de cargo em comissão puro, o teto salarial deve ser aplicado separadamente em relação a cada uma dessas remunerações" – (Parecer PA n.º 130/2011 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 29 de fevereiro de 2012.)

69) SERVIDOR PÚBLICO. LICENÇA-PRÊMIO. Arts. 181, IX, 209 e seguintes da Lei n.º 10.261, de 28.10.1968 (Estatuto dos Funcionários Públicos - EFP) e Lei Complementar n.º 1.048, de 10.06.2008. Conversão em pecúnia para (a) integrantes do Quadro do Magistério e do Quadro de Apoio Escolar, da Secretaria da Educação, conforme Lei Complementar n.º 1.015, de 15.10.2007, (b) integrantes da carreira de Agente de Segurança Penitenciária e da classe de Agente de Escolta e Vigilância Penitenciária, conforme Lei Complementar n.º 1.051, de 24.06.2008, (c) servidores das classes especificadas na Lei Complementar n.º 1.080, de 17.12.2008, na forma prevista nos seus arts. 54 a 57. Resoluções Conjunta SGP/SE n.º, de 11.01,2008; Conjunta SGP/SAP n.º 001, de 21.08.2008; SGP n.º 007, de 06.02.2009. – (Parecer PA n.º 156/2010 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 15 de março de 2012.)

70) BONIFICAÇÃO POR RESULTADOS. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS E DEPÓSITOS PARA O FGTS. Leis Complementares n.º 1.079/2008 e 1.104/2010. A Bonificação por Resultados é inteiramente diversa das parcelas que compõem os vencimentos dos servidores, possui características próprias, sendo regida por lei especial. Parcela inteiramente desvinculada da remuneração, nos termos do art. 7º, XI, da Constituição Federal, pelo que não há incidência da contribuição previdenciária e de depósitos para o FGTS. (Parecer PA n.º 135/2011 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 09 de abril de 2012.)

71) SERVIDOR PÚBLICO. Empregado público. Remuneração. Bonificação por resultados. Leis Estaduais n. 1.079, de 17 de dezembro de 2008, e n. 1.104, de 17 de março de 2010. Retribuição pecuniária que não se confunde com a participação nos resultados assegurada aos trabalhadores em geral pelo art. 7°, XI, da Constituição da República e regulamentada pela Lei Federal n. 10.101, de 19 de novembro de 2001. Natureza remuneratória. Inclusão das quantias pagas a esse título na base de cálculo dos depósitos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS e das contribuições previdenciárias do regime geral de previdência social. Parecer PA n. 146/2011 – Aprovado pelo Procurador-Geral do Estado em 09 de abril de 2012. n.º

Contencioso Geral

72) AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Improbidade administrativa - Decreto de indisponibilidade de bens - Presença dos requisitos necessários à decretação - Verificação de indícios suficientes de ocorrência de lesão ao erário - Decisão mantida - Recurso não provido. (Agravo de Instrumento n. 0431980-51.2010.8.26.0000 - Capão Bonito - 3ª Câmara de Direito Público - Relator: Angelo Malanga - 06/12/2011 - 6870 - Unânime)

73) SENTENÇA - Cumprimento - Impugnação - Depósito judicial realizado para garantir o Juízo - Pretensão à incidência de juros moratórios - Inadmissibilidade, sob pena de configuração de "bis in idem" - Recurso não provido. (Agravo de Instrumento n. 0201273-50.2011.8.26.0000 - São Paulo - 9ª Câmara de Direito Público - Relator: Antonio Rulli Júnior - 14/12/2011 - 25037 - Unânime)

74) AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Improbidade administrativa - Contratação de sistema corporativo de telefonia móvel sem observância de procedimento licitatório - Terceiro particular que concorreu na prática do ato de improbidade administrativa - Ressarcimento do prejuízo de forma solidária - Possibilidade - Afastamento, no entanto, da proibição de contratação com o Poder Público ou receber benefício ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, pelo prazo de cinco anos - Observância da razoabilidade e proporcionalidade - Proibição que causaria sérias restrições à corré e afetaria a competitividade e o mercado consumidor - Recurso da corré provido em parte. (Apelação n. 994.09.240252-1 - Bragança Paulista - 11ª Câmara de Direito Público - Relator: Oscild de Lima Júnior - 02/04/2012 - 7374 - Maioria de votos com voto declarado)

75) PRESCRIÇÃO - Ação de cobrança - Processo movido por servidor público estadual inativo contra a Fazenda Pública - Pretensão de correção monetária sobre vencimentos devidos a título de fator de atualização monetária - Reconhecimento expresso do direito pela Fazenda Estadual antes do vencimento do quinquênio - Atualização monetária devida - Recurso não provido. (Apelação n. 0997827.5/9-00 - São Paulo - 11ª Câmara de Direito Público - Relator: Aroldo Mendes Viotti - 05/12/2011 - 20918 - Unânime)

76) CERCEAMENTO DE DEFESA - Suficiente presença de provas, nos autos, atestando o alegado - Ao julgador é assegurado poderes instrutores e, formada a sua convicção, converter ou não o julgado em diligência (artigo 130 e 330, I, do Código de Processo Civil - Não caracterizada a hipótese "in casu", impõe-se o julgamento antecipado de lide - Cerceamento inocorrente - Preliminar afastada. (Apelação n. 0013102-81.2010.8.26.0053 - São Paulo - 13ª Câmara de Direito Público - Relator: José Roberto Peiretti de Godoy - 08/02/2012 - 16903 - Unânime)

77) SENTENÇA - Julgamento "extra petita" - Inocorrência - Reexame necessário - Concessão de benefício diverso do requerido na inicial - Auxílio acidente concedido com base em perícia médica - Admissibilidade - Anulação do feito afastada - Recurso parcialmente provido. (Apelação n. 0019315-49.2008.8.26.0320 - Limeira - 16ª Câmara de Direito Público - Relator: Renato Correa Meyer Marino - 08/05/2012 - 30 - Unânime)

78) RECURSO - Agravo regimental - Insurgência contra decisão que negou seguimento a agravo de instrumento interposto em sede de expediente administrativo - Descabimento de recurso judicial contra decisão proferida em expediente administrativo, ainda que para fim de ser estendida, individualmente, a várias ações de execução fiscal - Caso, ademais, em que, mesmo se admitida, a insurgência é inviável, pois não instruída com as peças necessárias à definição da existência do duplo grau de jurisdição e do próprio mérito recursal - Artigo 34 da Lei n. 6830/80 - Recurso desprovido. (Agravo Regimental n. 0283582-31.2011.8.26.0000/50000 - Piracicaba - 18ª Câmara de Direito Público - Relator: Samuel Francisco Mourão Neto - 19/04/2012 - 1261 - Unânime)

Fonte: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Boletim Informativo da Seção de Direito Público, Março e Abril de 2012.

Contencioso Tributário-Fiscal

79) IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS - AIIM (Auto de Infração e Imposição de Multa) - Anulatória - Procedência - Recurso ex offício Apelação voluntária da Fazenda do Estado - Reconhecimento administrativo de inatividade do suposto comprador Não comprovação da compra e venda firmada entre a apelada e a empresa declarada inidônea pela Fazenda Pública - Presunção "iuris tantum" dos atos administrativos - Multa devida - Recurso provido para esse fim. (Apelação / Reexame Necessário n. 0558261.5/3-00 - São Paulo - 3ª Câmara de Direito Público - Relator: José Roberto Furquim Cabella - 15/12/2011 - 919 - Unânime)

80) IMPOSTO - Circulação de Mercadorias e Serviços - Imunidade tributária - Entidade beneficente de assistência social - Benefício previsto no artigo 150, inciso VI, alínea "c", da Constituição Federal - Não preenchimento dos requisitos insertos no artigo 14 do Código Tributário Nacional - Hipótese, ademais, em que os produtos importados não guardam relação de essencialidade com a atividade assistencial prestada - Recurso oficial não conhecido, desprovido o da autora, provido ao apelo fazendário. (Apelação / Reexame Necessário n. 0031163-15.2010.8.26.0562 - Santos - 6ª Câmara de Direito Público - Relator: Carlos Eduardo Pachi - 28/11/2011 - 11669 - Unânime)

81) IMPOSTO - Base de cálculo - ITCMD - Pretensão de recolhimento consubstanciado no valor venal dos bens a serem inventariados - Acolhimento - A base de cálculo do ITCMD é o valor venal dos imóveis, na data da abertura da sucessão - Inadmissível a utilização do valor venal de referência do ITBI como base de cálculo do imposto, pois o fato gerador do tributo em apreço é anterior ao Decreto n. 55002, de 9.11.2009 - Afronta aos princípios da irretroatividade e da legalidade - Recursos, oficial e voluntário desprovidos. (Apelação n. 0021339-07.2010.8.26.0053 - São Paulo - 12ª Câmara de Direito Público - Relator: Wanderley José Federighi - 07/12/2011 - 14136 - Unânime)

82) IMPOSTO - Circulação de Mercadorias e Serviços - Creditamento - Mercadorias destinadas ao uso e ao consumo no processo produtivo de bens a serem exportados - Pretensão à inaplicabilidade da restrição prevista no artigo 33, I, da Lei Complementar n. 87/96 - Inadmissibilidade - Quer antes, quer depois do advento da Emenda Constitucional n. 42/03, as operações de entrada de insumos de produção representam isenção fiscal e, por isso, submetem-se aos limites legais, de interpretação restritiva (artigo 111 do Código Tributário Nacional) - Recurso desprovido. (Apelação n. 0044216-38.2010.8.26.0053 - São Paulo - 13ª Câmara de Direito Público - Relator: Dimas Borelli Thomaz Júnior - 14/12/2011 - 13533 - Unânime)

83) COMPETÊNCIA - Exceção de incompetência - Rejeição sob o fun-

damento de que inexiste conexão entre ação de execução fiscal e ação anulatória - A competência da Vara das Execuções Fiscais, que é de natureza funcional, por ser absoluta, não convive com a idéia de modificação de competência - Ademais, a conexão não é regra de competência, mas sim regra de condução do processo - O seguro-fiança oferecido na ação anulatória tem prazo certo, de maneira que ele não se mostra apto à garantia da execução, ficando livre a Fazenda Pública para promover a execução fiscal - Recurso desprovido. (Agravo de Instrumento n. 0182488-40.2011.8.26.0000 - Batatais - 7ª Câmara de Direito Público - Relator: Luiz Sérgio Fernandes de Souza - 28/11/2011 - 799 - Unânime)

84) IMPOSTO - Circulação de mercadorias e serviços - Ação cautelar - Antecipação de garantia de futura execução fiscal - Liminar - Insurgência contra o deferimento de pedido de expedição de certidão positiva com efeitos de negativa, mediante a prestação de caução por meio de fiança bancária - Desacolhimento - Desaconselhável a intervenção da instância superior, se razoável o decidido na precedente - Evidenciado o gravame que pode causar o expediente administrativo de inscrição da dívida e cobrança judicial à autora - Viabilidade da expedição de certidão positiva com efeito de negativa quando o débito for garantido por fiança bancária - Alegação, ainda, de desrespeito da ordem prevista no artigo 11 da Lei n. 6830/80, não evidenciada - Caso em que, embora a fiança bancária não conste expressamente daquele rol, é equiparada a dinheiro pelo artigo 15, I, do mesmo diploma - Recurso desprovido. (Agravo de Instrumento n. 0228937-56.2011.8.26.0000 - São Paulo - 13ª Câmara de Direito Público - Relator: Ivan Ricardo Garisio Sartori - 23/11/2011 - 20833 - Não consta)

85) RECURSO - Agravo regimental - Insurgência contra decisão que negou seguimento a agravo de instrumento interposto em sede de expediente administrativo - Descabimento de recurso judicial contra decisão proferida em expediente administrativo, ainda que para fim de ser estendida, individualmente, a várias ações de execução fiscal - Caso, ademais, em que, mesmo se admitida, a insurgência é inviável, pois não instruída com as peças necessárias à definição da existência do duplo grau de jurisdição e do próprio mérito recursal - Artigo 34 da Lei n. 6830/80 - Recurso desprovido. (Agravo Regimental n. 0283582-31.2011.8.26.0000/50000 - Piracicaba - 18ª Câmara de Direito Público - Relator: Samuel Francisco Mourão Neto - 19/04/2012 - 1261 - Unânime)

86) EXECUÇÃO FISCAL - Multa ambiental - Queima de palha de cana - Infratora autuada nos termos da lei nº 997/76 e do Decreto nº 8468/76 - Arguição de nulidade do título executivo - Inocorrência - Queima efetuada pelo fornecedor, a benefício da embargante - Recursos oficial e voluntário da Fazenda do Estado, providos. (Apelação / Reexame Necessário n. 0001517-54.2010.8.26.0369 - Monte Aprazí-

vel - Câmara Reservada ao Meio Ambiente - Relator: José Renato Nalini - 10/11/2011 - 20057 - Unânime)

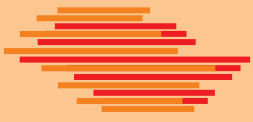
87) MULTA AMBIENTAL - Execução fiscal - Princípio da Precaução - Sempre que houver probabilidade mínima de que o dano ocorra em consequência da atividade suspeita de ser lesiva, necessária se faz providência de ordem cautelar - O princípio é corolário da diretiva constitucional que assegura o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à sadia qualidade de vida, inteligência dos artigos 5º, caput, e 225, ambos da Constituição Federal - Recursos oficial e voluntário da Fazenda do Estado providos. (Apelação / Reexame Necessário n. 0001517-54.2010.8.26.0369 - Monte Aprazível - Câmara Reservada ao Meio Ambiente - Relator: José Renato Nalini - 10/11/2011 - 20057 - Unânime)

Fonte: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Boletim Informativo da Seção de Direito Público, Março e Abril de 2012.

editoração, ctp, impressão e acabamento

imprensaoficial

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO



PGE
PROCURADORIA GERAL
DO ESTADO DE SÃO PAULO

ISSN 2237-4515