

# AMAGIS JURÍDICA



Desembargadora Jane Ribeiro Silva  
Juiz Gilson Soares Lemes  
*Diretores*

# AMAGIS JURÍDICA

## Associação dos Magistrados Mineiros

Ano 1 – Número 1 – jan./jun. de 2009



Belo Horizonte  
2009

# AMAGIS JURÍDICA

## **Diretoria Triênio 2007-2009**

Juiz Nelson Missias de Moraes  
*Presidente*

Desembargador José Antonino Baía Borges  
*Vice-presidente Administrativo*

Desembargador Luiz Audebert Delage Filho  
*Vice-presidente Financeiro*

Juiz Bruno Terra Dias  
*Vice-presidente de Saúde*

Juiz Cláudio Manuel Barreto de Figueiredo  
*Vice-presidente de Aposentados e Pensionistas*

Juíza Maria Luiza Santana Assunção  
*Vice-presidente do Interior*

Juiz Mauricio Torres Soares  
*Vice-presidente Sociocultural-Esportivo*

Juíza Maria Aparecida de Oliveira Grossi Andrade  
*Diretora-secretária*

Juíza Selma Maria de Oliveira Toledo  
*Subdiretora-secretária*

Desembargador Herbert José de Almeida Carneiro  
*Diretor de Comunicação*

Desembargadora Jane Ribeiro Silva  
*Diretora do Centro de Estudos da Magistratura*

Juiz Luiz Guilherme Marques  
*Vice-diretor do Centro de Estudos da Magistratura*

## **Diretores Culturais**

Desembargador Guilherme Luciano Baeta Nunes  
Juíza Mariângela Meyer Pires Faleiro  
Juiz Mauro Simonassi

## **Conselho Deliberativo**

Desembargador Tibagy Salles de Oliveira  
*Presidente*

Desembargador J. Nepomuceno Silva  
*Vice-presidente*

Juiz Michel Curi e Silva  
*Secretário*

## **Assessores Especiais da Presidência**

Desembargador Tiago Pinto  
Juiz Noelho Adelino Machado  
Juiz Jayme Silvestre Corrêa Camargo

## **Conselho Editorial da Revista**

Desembargadora Jane Ribeiro Silva  
*Diretora da Revista*  
Juiz Gilson Soares Lemes  
*Diretor da Revista*  
Desembargador Antônio Carlos Cruvinel  
Desembargador Belizário Antônio de Lacerda  
Desembargador Caetano Levi Lopes  
Juiz Luiz Guilherme Marques  
Juiz Marcelo Cavalcanti Piragibe Magalhães  
Juiz Mauricio Torres Soares  
Desembargador Wander Paulo Marotta Moreira

## **Coordenadora de Comunicação da Amagis**

Lilian Bellotti – Mtb – MG: 7598

## **Jornalistas**

Bruno Gontijo – Mtb-MG: 11008  
Georgia Baçvaroff – Mtb-MG: 08441  
Adriano Boaventura – Mtb-MG: 09181  
Fernanda Marques – Mtb-MG: 12188

ISSN 2175-3849

## PARTICIPARAM DESTA EDIÇÃO

### **ALBERTO SILVA FRANCO**

Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Membro fundador do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM ..... 1

### **ANTÔNIO CARLOS CRUVINEL**

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Minas e Professor da Faculdade de Direito Pitágoras – Campus Fadom..27

### **ARMANDO GHEDINI NETO**

Juiz de Direito. Pós-graduado em Direito Público pelo CAD – Centro de Atualização em Direito .....43

### **AUGUSTO VINÍCIUS FONSECA E SILVA**

Juiz de Direito em Minas Gerais. Pós-graduado em Direito Civil e Direito Processual Civil pela UNESA/RJ. Professor de Teoria Geral do Processo e Direito Processual Civil no curso de Direito da Faculdade Pitágoras, campus de Ipatinga/MG (licenciado) .... 65

### **CAETANO LEVI LOPES**

Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Professor dos cursos de Graduação e Pós-graduação da Faculdade de Direito Milton Campos, em Belo Horizonte ..... 83

## **FRANCISCO REZEK**

Graduado em Direito pela UFMG (1966); doutor da Universidade de Paris em Direito Internacional Público (1970); Diploma in Law da Universidade de Oxford (1979). Professor de Direito Internacional e Direito Constitucional na Universidade de Brasília, Diretor do Departamento de Direito (1974-1976) e da Faculdade de Estudos Sociais (1978-1979). Professor de Direito Internacional no Instituto Rio Branco (1976-1996). Professor na Academia de Direito Internacional da Haia. Procurador e Subprocurador-Geral da República (1972-1983), Ministro do Supremo Tribunal Federal (1983-1990, 1992-1997); Presidente do Tribunal Superior Eleitoral (1989-1990); Ministro de Estado das Relações Exteriores do Brasil (1990-1992). De 1997 a 2006, eleito pelas Nações Unidas, foi Juiz da Corte Internacional de Justiça. Advogado, professor e consultor em São Paulo..... 103

## **GILSON SOARES LEMES**

Juiz de Direito em Belo Horizonte. Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Uberlândia. Professor Universitário..... 111

## **JAIR EDUARDO SANTANA**

Mestre em Direito do Estado (PUC/SP). Professor em cursos de pós-graduação. Atua na capacitação de servidores públicos das três esferas de governo. Magistrado de Entrância Especial. Visite [www.jairsantana.com.br](http://www.jairsantana.com.br) ..... 131

## **JORGE FRANKLIN ALVES FELIPE**

Juiz de Direito aposentado em Minas Gerais. Advogado. Professor de Direito Previdenciário da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora. Autor das obras Curso de Direito Previdenciário e Direito Previdenciário do Servidor Público..... 139

## **J. NEPOMUCENO SILVA**

Desembargador. Mestre em Direito Público e Professor em Direito Ambiental ..... 157

**LUIZ GUILHERME MARQUES**

Juiz de Direito da 2ª Vara Cível de Juiz de Fora – MG..... 171

**MARCELO PIRAGIBE MAGALHÃES**

Juiz de Direito em São João Nepomuceno. Professor de Introdução ao Direito e mestrando pela UNIPAC, campos Juiz de Fora e doutorando em teoria do Direito pela USMA ..... 179

**REIS FRIEDE**

Desembargador Federal e Professor Adjunto da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Mestre e Doutor em Direito Público. Autor, dentre outras obras, do “Curso de Ciência Política e Teoria Geral do Estado”, 4. ed., Ed. Forense Universitária, 2009..... 189





# SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	XI
ANENCEFALIA – Breves considerações médicas, bioéticas, jurídicas e jurídico-penais <i>Alberto Silva Franco</i> .....	1
ALTERAÇÕES NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E PROCEDIMENTO DO TRIBUNAL DO JÚRI <i>Antônio Carlos Cruvinel</i> .....	27
MUNICÍPIOS E A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA <i>Armando Ghedini Neto</i> .....	43
JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E PROCESSO CIVIL MODERNO <i>Augusto Vinícius Fonseca e Silva</i> .....	65
A RESPONSABILIDADE CIVIL E O ERRO MÉDICO GENÔMICO <i>Caetano Levi Lopes</i> .....	83
DIREITOS HUMANOS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: A HORA DA TRANSIÇÃO <i>Francisco Rezek</i> .....	103
AMICUS CURIAE NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO <i>Gilson Soares Lemes</i> .....	111

RESPONSABILIDADE DO PARECERISTA EM PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS <i>Jair Eduardo Santana</i> .....	131
INTRODUÇÃO JURÍDICA À PREVIDÊNCIA COMPLEMEN- TAR: ENTIDADES FECHADAS <i>Jorge Franklin Alves Felipe</i> .....	139
O MEIO AMBIENTE E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA <i>J. Nepomuceno Silva</i> .....	157
A PESQUISA DA PERCEPÇÃO DOS MAGISTRADOS DO TJMG <i>Luiz Guilherme Marques</i> .....	171
LIMITES DA TÉCNICA NO DIREITO <i>Marcelo Piragibe Magalhães</i> .....	179
GLOBALIZAÇÃO, MONOPOLARIDADE E ASSIMETRIA REVERSA <i>Reis Friede</i> .....	189

# APRESENTAÇÃO

## Debate e reflexão pela qualificação

É com renovada satisfação que apresentamos o resultado de mais uma exitosa parceria da Associação e dos Magistrados Mineiros para o lançamento da Revista Amagis Jurídica. Quando os magistrados se organizam e se unem com o objetivo maior de sua nobre função social, o mundo jurídico, o Estado Democrático de Direito e também o cidadão são recompensados com uma prestação jurisdicional qualificada.

Orientada por um competente conselho editorial, esta publicação tem a pretensão de ser mais um fórum da cultura jurídica de Minas Gerais, cuja capacidade intelectual já é de reconhecimento nacional, seja na formação dos profissionais, na formulação teórica ou na interpretação das leis.

Com a ilustre colaboração de renomados juristas nacionais, focamos assuntos diversos, apresentando artigos sobre questões tão distintas como meio ambiente, administração pública, Poder Judiciário, direitos humanos, processo penal, juizados especiais, responsabilidade civil, dentre outros temas de relevância social e política.

Depois de investir na interiorização e integração dos magistrados como eixo de novas conquistas, de lançar a revista de cultura e arte

com absoluto sucesso, a Amagis fomenta agora, por meio da reflexão, o debate técnico e teórico, para renovar o conteúdo do cotidiano da magistratura, na busca pelo constante aperfeiçoamento intelectual e profissional e da prestação jurisdicional.

Esperamos que seja uma ferramenta de trabalho a qualificar o desempenho de nossos prestigiados magistrados e outros operadores do Direito e também uma boa colaboração ao debate, fundamental na construção de um Judiciário melhor.

Boa leitura!



*Nelson Missias de Moraes*

Presidente da Amagis

# 1

## ANENCEFALIA<sup>1</sup>

BREVES CONSIDERAÇÕES MÉDICAS, BIOÉTICAS,  
JURÍDICAS E JURÍDICO-PENAIIS

**Alberto Silva Franco**

### 1. INTRODUÇÃO

A anencefalia é a problemática central a ser enfrentada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 54. Não se trata, como é evidente, de matéria original. Fetos anencéfalos sempre existiram. Há, no entanto, diferença marcante entre o passado e o presente. Antes, o anencéfalo era conhecido na interrupção espontânea da gravidez ou no ato do nascimento. Agora, meios tecnológicos permitem, em nível de absoluta certeza, denunciar a anencefalia em tempo precoce. A ultrassonografia detecta, até os fins do primeiro trimestre da gravidez, “a ausência simétrica dos ossos da calota”<sup>2</sup> craniana, ou seja, a acrania, o que autoriza um diagnóstico específico e seguro de anencefalia. A antecipação diagnóstica coloca em discussão – o que não seria se-

<sup>1</sup> O presente artigo é um resumo do trabalho publicado no vol. 833, de março de 2005, da Revista dos Tribunais, p. 399/419.

O artigo foi publicado antes da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF n. 54-08 em 26.11.2008.

<sup>2</sup> HOOFT, Pedro Federico. Anencefalia e interrupción del embarazo: una visión integradora a la luz de la Bioética y los Derechos Humanos. *Bioética y Derecho*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2003, p. 347/403.

quer imaginável em época anterior – a questão da pertinência ou não, nessa hipótese, da interrupção da gravidez ou indução do parto.

Cuida-se, aqui, de mais uma situação clínica, entre tantas outras decorrentes do desenvolvimento das ciências biomédicas, que provoca profundas transformações em várias áreas do conhecimento humano e exige, ao mesmo tempo, um olhar mais tolerante e aberto para que não se apliquem, a uma realidade científica cada vez mais mutante, posicionamentos jurídicos imobilistas.

## 2. CONSIDERAÇÕES MÉDICAS

No desenvolvimento embrionário, por volta do décimo oitavo dia, inicia-se a constituição do sistema nervoso com a formação da placa neural.

A superfície do ectoderma se espessa e começa a enterrar-se e dobrar-se sobre si mesma perto da junção do futuro cérebro e da medula espinhal no meio do embrião. As cristas neurais ectodérmicas de cada lado aproximam-se entre si e fundem-se de modo que o tubo enterra-se debaixo da superfície. (...) O tubo neural formará o cérebro e a medula espinhal, os dois componentes do sistema nervoso central e a crista neural originará todos os neurônios cujos corpos celulares estão localizados no sistema nervoso periférico dos nervos, gânglios e plexos.<sup>3</sup>

Nesse processo de desenvolvimento embrionário, podem ocorrer, no entanto, malformações de maior ou de menor gravidade. Uma delas – por sinal, a mais severa de todas – é a anencefalia. O tubo neural, na sua porção anterior, deve fechar-se por volta do vigésimo quarto dia após a concepção quando o embrião já possui um tamanho da ordem de 4,5mm. Se o fechamento não suceder, apresenta-se uma anomalia embrionária idônea a produzir gravíssimas alterações anatômicas.

Como descreve Mario Sebastiani, “a anencefalia caracteriza-se pela ausência de uma grande parte do cérebro, pela ausência da pele que teria de cobrir o crânio na zona do cérebro anterior, pela ausência de hemisférios cerebrais e pela exposição exterior do tecido nervoso

<sup>3</sup> COCHARD, Larry R. *Atlas de Embriologia Humana de Netter*. Trad. de Casimiro Garcia Fernández e Sonia Maria Lauer de Garcia. Porto Alegre: Artmed, 2003, p. 73 e 74.

hemorrágico e fibrótico”<sup>4</sup>. O quadro do feto anencéfalo não se resume apenas às sequelas já referidas. Inclui ainda:

(...) a falta do hipotálamo, o desenvolvimento incompleto da hipófise e do crânio, com estruturas faciais alteradas, que dão ao anencéfalo uma aparência grotesca, e anormalidades nas vértebras cervicais. Os olhos podem parecer, de um modo geral, normais, mas o nervo ótico, se existente, não se estende até o cérebro.<sup>5</sup>

Bem por isso, tem o feto anencéfalo a aparência de uma rã na medida em que é totalmente carente da calota craniana e da cobertura das estruturas neurológicas restantes, com uma protrusão dos olhos secundada pela ausência do osso frontal que conforma a parte superior da órbita craniana.<sup>6</sup>

É esta aparência que diferencia a anencefalia de outros transtornos que podem ser produzidos também pelo não fechamento do tubo neural e que acarretam outras tantas anomalias graves, como a espinha bífida, com ou sem mielomeningocele. Não obstante os defeitos congênitos já referidos, o feto anencefálico possui, no entanto, o tronco cerebral cuja existência propicia vários reflexos.

Apesar da carência das estruturas cerebrais (hemisférios e córtex), o que ocasiona a total impossibilidade do exercício “de todas as funções superiores do sistema nervoso central que se relacionam com a existência da consciência e que implicam a cognição, a vida de relação, a comunicação, a afetividade, a emotividade”, o feto anencéfalo, em razão do tronco cerebral, preserva, de forma passageira, as “funções vegetativas, que controlam, parcialmente a respiração, as funções vasomotoras e as dependentes da medula espinhal”<sup>7</sup>. Por todas essas graves carências do processo de desenvolvimento embrionário, o anencéfalo guarda, em altíssimo percentual, incompatibilidade com os estágios mais avançados da vida intrauterina e total incompatibilidade com a vida extrauterina.

<sup>4</sup> SEBASTIANI, Mario. *Análisis ético bajo el concepto del feto como paciente en los caso de anencefalia*. LexNexis- Jurisprudência Argentina. Fasc. 4. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 23 de julio 2003, p. 78/82.

<sup>5</sup> SEBASTIANI, Mario. *Ob. cit.*, p. 80/81.

<sup>6</sup> GHERARDI, Carlos e KURLAT, Isabel. *Anencefalia e interrupción del embarazo, Nueva Doctrina Penal*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 2000, p.78/82.

<sup>7</sup> SEBASTIANI, Mario. *Ob. cit.*, p. 639.

## 2.1 Influência dos critérios definidores de *vida e de morte*

As características unanimemente reconhecidas, em nível médico, desencadeiam, no entanto, uma discussão acirrada acerca de sua exata qualificação em face dos conceitos de vida e de morte.

A existência do tronco cerebral no anencéfalo e o registro de atividades desse tronco bastariam para excluir a noção de morte cerebral, conforme o *whole brain criterion*? Ou a falta dos hemisférios cerebrais e do córtex e a plena certeza da morte após o nascimento confirmariam que o anencéfalo não se enquadraria na condição de ser vivo?

Nenhuma tomada de posição mostra-se adequada se não se partir de uma consideração básica: vida e morte constituem um processo contínuo, gradual e complexo, não um episódio isolado e, como um processo, têm um desenrolar encadeado no tempo. É evidente, assim, que o conceito de vida ou de morte se insere num dado momento desse desenvolvimento biológico, mas aí não se cuida mais de um conceito de biologia ou de medicina e, sim, de algo que ultrapassa esses limites e chama à colação a filosofia, a ética, a lei e a própria sociedade. Diego Gracia, citado por Carlos Gherardi<sup>8</sup>, salienta, com inteira propriedade, que:

(...) a morte é um fato cultural, humano. Tanto o critério da morte cardiopulmonar, como o da morte cerebral e o da morte cortical são construções culturais, mas que não se identificam diretamente com a morte natural. Não há morte natural. Toda a morte é cultural. E os critérios da morte também o são. É o homem quem diz o que é a vida e o que é a morte. E pode ir mudando sua definição desses termos com o transcurso do tempo. Dito de outro modo: o problema da morte é um tema sempre aberto. É inútil pretender encerrá-lo de uma vez por todas. A única coisa que se pode exigir é que explicitemos as razões das opções e que atue-mos com suma prudência. Os critérios da morte podem, devem e têm que ser racionais e prudentes; não podem nunca aspirar que sejam certos.

<sup>8</sup> GHERARDI, Carlos. La muerte cerebral: una mirada crítica y reflexiva, em GARAY, Oscar. La responsabilidad profesional de los médicos. *Bioética, Ética, Jurídica civil y penal*. Buenos Aires: La Ley, 2001. Disponível em: <<http://www.medicoecuador.com>>, p. 10.



Ora, desde o informe de 1968, do Comitê da Escola de Medicina de Harvard, o coração deixou de ser o órgão central da vida, e a falta de batimentos cardíacos, a representação da morte. Elegeu-se, em substituição, o cérebro, de forma que a morte passou a ser definida como a abolição total da função cerebral (*whole brain criterion*), o que “importa a perda da função integradora do organismo como um todo, por parte do sistema nervoso central e inclui o comprometimento de todo o encéfalo, do tronco encefálico e de outras funções neocorticais”<sup>9</sup>. A partir da nova definição de morte, estabeleceu-se um limite na assistência dada a pacientes, propiciando um inquestionável progresso na área da transplantação. Na prática, adotou-se a retirada do suporte vital respiratório no tocante a determinados pacientes em estado crítico, desde o momento em que foi dado como morto, do ponto de vista cerebral. Entre 1968 e os anos iniciais do terceiro milênio, as novas tecnologias na área da biomedicina demonstraram, de forma irrefutável, que o conceito de morte cerebral ou encefálica não possuía o nível de segurança desejável e, mais do que isso, dava causa a ponderáveis dúvidas sobre sua legitimidade. Comprovaram-se casos em que, com “a manutenção da respiração mecânica em pacientes com diagnóstico firme de morte cerebral, persistiram sinais vitais (circulação, respiração, diurese, concepção materna, regulação hormonal) durante meses e até anos”<sup>10</sup>, de sorte que não encontra sustentação, na atualidade, “uma justificação biológica da morte cerebral sob argumento da perda irreversível da função cerebral completa”<sup>11</sup>. Desfez-se, então, a plena identificação da morte com a morte cerebral. Esta, em verdade, serve apenas como um diagnóstico clínico ou, mais precisamente, como um critério a partir do qual se admite a abstenção ou a interrupção de suporte vital para efeito de transplante. Não é, e nem nunca será, um método seguro de confirmação da morte.

<sup>9</sup> MARTÍNEZ, Stella Maris. La incorporación de la reflexión bioética a las decisiones judiciales: un puente al futuro. *Nueva Doctrina Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000/B, p. 663.

<sup>10</sup> GHERARDI, Carlos. La muerte cerebral. Um permanente debate. *Reflexiones sobre un simposio internacional*, Cuadernos de Bioética, n. 0, Buenos Aires: Ad Hoc, 1996, p. 132.

<sup>11</sup> GHERARDI, Carlos. La muerte cerebral: una mirada critica y reflexiva. *Ob. cit.*, p. 10.

O avanço no conhecimento neurofisiológico não permitiu encontrar um exame que delimite uma fronteira nítida entre a vida e a morte neurológica (funções corticais e troncais) de sorte que os testes diagnósticos de morte cerebral tendem com o passar dos anos a ser mais clínicos do que instrumentais.<sup>12</sup>

Além disso, – o que é mais sério ainda – nas décadas de setenta e oitenta, foram detectados, em razão de novas tecnologias, quadros clínicos intermediários nos quais há diversificação no grau de lesão do sistema nervoso, como se dá, por exemplo, no estado vegetativo permanente (EVP) ou na anencefalia. Ambos têm em comum:

a) o estado permanente de inconsciência; b) respostas reflexas à dor, sem a possibilidade de experimentar sofrimento<sup>13</sup>; c) ciclos de sono e vigília, embora praticamente não se observem nos anencéfalos. Não obstante, distinguem-se: a) a anencefalia é uma malformação embrionária e o EVP é um estado adquirido; b) a extensão da malformação neurológica é fácil e convincentemente observável no exame clínico, o que não ocorre geralmente no EVP; c) a anencefalia pode ser diagnosticada com certeza enquanto que o EVP apresenta maiores dificuldades; d) os pacientes em EVP costumam ter ampla sobrevida; se o anencéfalo chega a nascer, seu tempo de vida é muito breve.<sup>14</sup>

Embora possam ser identificados alguns dados aproximativos entre a anencefalia e o EVP, força é convir que há diferenciações bastante significativas nesses quadros clínicos. Além disso, há na anencefalia um *plus* que lhe dá uma configuração especial e autônoma. Ao contrário de quem se encontra em estado vegetativo permanente, o anencéfalo não tem o próprio cérebro (hemisférios cerebrais e córtex), o que exclui a possibilidade de se adotar relativamente a ele o critério da morte cerebral mesmo que tal critério, apesar das restrições que lhe são movidas, tenha embasamento legal. Seria um verdadeiro

<sup>12</sup> GHERARDI, Carlos. Ob. cit. O autor relata ainda a controvérsia ocorrida na Inglaterra entre médicos de terapia intensiva e anestesistas sobre a aplicação ou não da anestesia ao doador (morto cerebral) para efetuar-se a ablação de órgãos (p. 4).

<sup>13</sup> SEBASTIANI, Mario. Ob. cit., p. 80.

<sup>14</sup> BAVIO, Paula Siverino. *Algunas cuestiones éticas y legales sobre la anencefalia*. Disponível em: <http://revista.persona.4t.com/19Bavio.htm>, p. 3.

contrassenso reconhecer a morte cerebral de quem não tem, materialmente, cérebro. Não há como conciliar o conceito de morte cerebral, articulado em 1968, à situação do anencéfalo, cuja ausência de equipamento cerebral pode ser, na atualidade, detectada desde os meses iniciais da gravidez. Como comprovar a cessação irreversível das funções integradoras do cérebro como um todo, se esse *todo* inexiste no anencéfalo? Como qualificá-lo, em face do funcionamento primitivo de seu sistema nervoso, no diagnóstico de morte cerebral?

A situação do anencéfalo não se acomoda, neurofisiologicamente, ao *whole brain criterion*, o que requer a busca de outro, e mais adequado, critério identificador da morte. Dá-se, então suporte à teoria da morte neocortical (*high brain criterion*)<sup>15</sup>.

(...) que abandona completamente o sentido puramente biológico da vida e prioriza em seu lugar os aspectos vinculados à existência da consciência, afetividade e comunicação, como expressão de identidade da pessoa. Seguindo esta linha de pensamento, a teoria da identidade pessoal de Wikler defende o *high brain criterion* considerando deste modo, como razões espúrias, a justificação biológica, pretensamente inobjetable, da morte cerebral. Quando a consciência fica totalmente abolida, como no EVP, a pessoa desaparece ficando em seu lugar o corpo biológico que a albergou.<sup>16</sup>

Ora, se esse raciocínio guarda pertinência e validade em relação à pessoa já nascida que se acha em estado vegetativo permanente, o que dizer em relação ao feto anencéfalo, que não tem, por motivo de sua patologia embrionária:

[a] capacidade de autoconstruir-se, de ser-em-si e em relação aos outros, de dar-se a si mesmo um destino, um plano pessoal para

<sup>15</sup> GHERARDI, Carlos e KURLAT, Isabel (ob. cit., p. 640) acentuam que “a anencefalia é o equivalente do EVP em crianças e em ambos os casos nunca se concretizam as condições da morte encefálica por ausência de lesão no sistema reticular ativador do tronco cerebral. A partir do ponto de vista bioético, esses quadros dão sustentação à hipótese de morte neocortical (critério cerebral superior, *high brain criterion*), presente naquelas situações, como o EVP, em que se afeta os centros corticocerebrais superiores com normalidade do tronco cerebral”.

<sup>16</sup> GHERARDI, Carlos. Ob. cit., p. 6.

o qual é imprescindível a autoconsciência? (...) O feto anencefálico carece das potencialidades que caracterizam e justificam a proteção/inviolabilidade da vida humana em formação: *não seria ato, nem potência*.<sup>17</sup>

Bem por isso se mostra correta a afirmação de que o feto anencefálico, um projeto embriológico falido, “não é um processo de vida, mas um processo de morte”. Não se está diante de um *nascituro*; antes de um *morituro*<sup>18</sup>. Destarte, os pacientes em estados neurológicos intermédios – e, em particular, na anencefalia – que não atendem aos requisitos da morte cerebral, mas se enquadram na perspectiva da morte neocortical, não podem ser considerados como *tecnicamente* vivos.<sup>19</sup>

## 2.2 Riscos à vida da gestante

Resta, ainda, sob a angulação médica, verificar se a anencefalia diagnosticada provoca riscos à saúde da mulher no caso de se dar seguimento à gestação. Do ponto de vista físico.

(...) a anencefalia aumenta significativamente, o risco da gravidez e do parto para a gestante, por várias causas. Entre elas, menciona-se o fato de estar acompanhada amiúde (entre 30 e 50% dos casos) de polihidrâmnios com todas as complicações deles decorrentes (dificuldade respiratória, hipotensão em decúbito dorsal, ruptura uterina, embolia de líquido amniótico, desligamento normoplacentário, atonia uterina pós-parto, etc). Comprovou-se, além disso, que os fetos podem ser grandes – macrossomia fetal – e a ausência de pescoço e o tamanho pequeno da cabeça fazem com que o tronco tenda a penetrar no canal do parto junto da cabeça, provocando assim uma grave distocia.<sup>20</sup>

Não obstante o aumento real desses riscos, não há cogitar que a vida da gestante esteja em jogo.

<sup>17</sup> BAVIO, Paula Siverino. Ob. cit., p. 9.

<sup>18</sup> BAVIO, Paula Siverino. Ob. cit., p. 4.

<sup>19</sup> DINIZ, Débora. *O luto das mulheres brasileiras*. Disponível em: <[www.febrasgo.org.br/anencefalia3htm](http://www.febrasgo.org.br/anencefalia3htm)>. A autora acentua que “uma pessoa sem atividade cerebral está morta, tanto que é possível com o coração batendo e o sangue fluindo, a retirada de órgãos para transplante. Um feto anencefálico não tem córtex cerebral, portanto, é um feto sem atividade cerebral.”

<sup>20</sup> HOOFT, Pedro Federico. Ob. cit., p. 354.

Vale, contudo, acentuar que o conceito de saúde, enquanto direito fundamental tutelado em nível constitucional (art. 196, da CF), não se limita apenas à saúde física. A Organização Mundial da Saúde define a saúde como “o estado de completo bem estar físico, mental e social e não simplesmente como a ausência de enfermidade”<sup>21</sup>. Ora, é inquestionável, na hipótese da anencefalia, que a saúde psíquica da mulher passa por graves transtornos. O diagnóstico da anencefalia já se mostra suficiente para criar, na mulher, uma grave perturbação emocional, idônea a contagiá-la e a seu núcleo familiar. São evidentes as sequelas de depressão, de frustração, de tristeza e de angústia suportadas pela mulher gestante que se vê obrigada à torturante espera do parto de um feto absolutamente inviável. Essa morte certa, que não se permite abreviar no tempo, constitui uma condenação imerecida da mulher grávida e a abolição do exercício de sua autonomia de vontade. Obrigá-la a carregar, em seu ventre, um ser morto, porque deixará de existir se dela desconectado, constitui ainda uma ofensa à sua dignidade de mulher, de mãe, enfim, de pessoa humana.

### 3. CONSIDERAÇÕES BIOÉTIICAS

As novas tecnologias, na área biomédica, possibilitam que, nos primeiros meses de gestação, a mãe possa dispor de uma informação que, em época anterior, não lhe era acessível: seu útero abriga um feto anencéfalo. Essa situação inteiramente nova coloca em linha de colisão dois valores relevantes: de um lado, o direito da mãe de preservar sua saúde física, psíquica e social, e também, sua autonomia de vontade; e, de outro, o direito à vida de um anencéfalo. Como equacionar, do ponto de vista bioético, o impasse? A solução obriga a uma prévia explicitação de cada um dos valores em conflito.

A gravidez não é um episódio desimportante na vida de uma mulher. É algo que lhe acarreta a transformação total de seu ser. “Estar grávida não é pois assunto trivial. Nem enfermidade, nem assunto de órgão corpóreo: é uma situação existencial-limite que coloca a mulher diante do supremo mistério de ser um e ser com outro. Desta forma, o

<sup>21</sup> LILIE, Hans. Aborto eugenésico. Em: *Biotechnologia y Derecho*. Perspectivas en Derecho Comparado. Bilbao-Granada: Publicaciones de la Cátedra de Derecho y Genoma Humano, Editorial Comares, 1996, p. 175.

embrião aparece para a mãe como um ser-outro-formando-se-dentro-do-corpo materno”<sup>22</sup>, ou melhor, ser outro na própria mulher. Só em uma perspectiva intensamente machista poder-se-ia afirmar que essa *duplicação* não acarreta alteração na mulher e que, portanto, não há cogitar, mesmo nas condições de normalidade da gestação, que sua saúde física ou psíquica não seja afetada. O que dizer-se, então, quando o ser gerado nas entranhas da mulher é um anencéfalo?

O feto anencéfalo apresenta uma patologia de caráter embriológico, que não lhe dá chance alguma de vida extrauterina. Sua perspectiva de sobrevivência, fora do claustro materno, equivale a zero. Trata-se, portanto, de um feto inviável, partindo-se da ideia de que viabilidade se conecta direta e imediatamente com a possibilidade de vida extrauterina. O anencéfalo será inviável em qualquer momento do processo gestacional e se isso encontra base científica indesmentível, não há como protegê-lo da irreversível condenação à morte. Quer sua expulsão do ventre materno se dê nos meses iniciais da gestação, quer esta chegue a seu termo, o resultado será sempre igual, ou seja, a morte do anencéfalo em razão do defeito neurológico que lhe é intrínseco.

Além disso, se ocorrer o nascimento do anencéfalo, “não receberá ele nenhuma manobra médica de reanimação, nem nenhum procedimento de suporte vital, em virtude da inocuidade de qualquer medida”<sup>23</sup>. Os métodos de suporte vital, nos casos de pacientes em estado crítico, pressupõem duas circunstâncias essenciais (a esperada reversibilidade e a possível transitoriedade) de detecção nem sempre de fácil previsibilidade e valoração. No anencéfalo, no entanto, não há cuidar de reversibilidade e de transitoriedade: a falta do aparato cerebral evidencia que o emprego da tecnologia médica de suporte não permite esperar que o feto reverta seu processo de morte e que substitua a realidade de um estado permanente por um estado possível de transitoriedade vital. Nada realmente justifica o emprego de recursos tecnológicos para tornar viável o que não dispõe congenitamente de viabilidade.

<sup>22</sup> AGUILAR, Pámela Chavez. Consideraciones acerca de la condición de la madre embarazada. Em: *Bioética: entre utopias e desarraigados*, ob. cit., p. 376/385.

<sup>23</sup> GHERARDI, Carlos e KURLAT, Isabel. Ob. cit., p. 642.

O argumento de que todos nascem para morrer e que, por isso, o feto anencéfalo não destoa da regra geral, está longe de ser um argumento válido. Trata-se, na realidade, de um truísmo dispensável. Ninguém escapa do processo da morte que é certa e inquestionável. Mas dela não se pode cogitar sem seu antecedente lógico: a vida. Todos nascem para morrer. Entre o nascer e o morrer existe, no entanto, um processo vital que flui no tempo e que não pode ser desconsiderado por seu inafastável desfecho. “Vida não só significa duração; à vida pertencem saúde, bem-estar, felicidade. Doença significa morte; saúde significa vida” (Nm 21, 8; Mc 5, 23; Jó 4, 50). “Daí também provém a afinidade de sentido entre vida e luz” (Sl 27, 1; 36, 10; Jó 3, 20), “entre vida e paz” (Pr 3, 2), “vida e felicidade” (Pr 19, 8; Dt 8, 1), “vida e habitar na terra prometida” (Dt 4, 1; 5, 30). “Vida não é só pressuposto, mas soma de todos esses bens”.<sup>24</sup> Na anencefalia, não há o pressuposto da vida; só da morte.

A mãe gestante, a partir do momento em que tem ciência de que alberga, no seu ventre, um anencéfalo, não desconhece o evidente aumento dos riscos físicos do processo de gravidez, nem as consequências psíquicas da manutenção da gestação, ou ainda os reflexos familiares dessa situação. Resulta, assim, inafastável, diante dos agravos à sua saúde física, psíquica e social, o seu direito de optar pela manutenção ou não do anencéfalo. Ao exercitar esse direito, faz uso, na sua plenitude, do princípio constitucional, da liberdade e da autonomia da vontade. Importa-lhe o dever de acolher em seu útero até o termo da gravidez, um feto definitivamente inviável, constitui um cerceamento brutal e flagrante àquele princípio.

Destarte, com inteira razão, Stella Maris Martínez acentua que, na hipótese de a mãe gestante optar pela interrupção da gravidez ou pela antecipação do parto, os quatro princípios (autonomia, justiça, beneficência e não maleficência), que sedimentam a Bioética, se fazem presentes.

Ao aceitar-se a manifestação da gestante, respeitou-se a *autonomia* de quem, livre e devidamente informada, deu a solução que considerava mais adequada para si mesma e para seu grupo familiar. O princípio de *justiça* alude à proporcionalidade das con-

<sup>24</sup> SCHMITT, E. *Dicionário de Teologia Bíblica*, p. 1141/1146.

tribuições das partes, à equidade. No caso, desafortunadamente, a ciência médica somente podia efetuar sua contribuição para aliviar o dano de que padecia a gestante, uma vez que nada podia fazer, nem nesse momento nem em qualquer outro, para otimizar as possibilidades de sobrevivência do *nasciturus*. Sob este ângulo, o justo é dar ajuda à única pessoa que pode ser auxiliada. O princípio da *beneficência* versa sobre a realização de um bem. Adotar a solução reclamada por quem a pleiteia era autorizar um bem que não apenas atingia a quem solicitava, mas também a todo um grupo familiar que, com ela, padecia. Desconsiderar seu pedido entraria em colisão com o princípio da *não-maleficência*, já que, indubiosamente, lhe causaria um sensível prejuízo. A partir da ótica do anencéfalo, não se violava o princípio da não-maleficência na medida em que o adiantamento do parto não aumentava as possibilidades de um desenlace fatal, que era uma consequência inevitável de sua gravíssima patologia.<sup>25</sup>

É evidente que a manifestação de vontade da mãe, portadora de feto anencéfalo, no sentido de pôr fim à sua gravidez, não pode ser imposta por ninguém, muito menos pelo Estado. Isso significa que cada mulher, no exercício de seu direito de liberdade e da sua autonomia de vontade, desde que devidamente informada, pode adotar qualquer direção. Tanto pode legitimamente optar pela expulsão do anencéfalo como pode querer levar a gravidez a termo. Do ponto de vista ético, uma e outra hipótese merecem respeito. O que não pode ser admitido, é que o Estado, a qualquer título, possa impedir à mulher o exercício do seu direito de opção.

Por outro lado, não encontra também nenhum fundamento ético a posição dos que defendem que a mãe gestante deva levar a gravidez a termo para que o anencéfalo possa doar seus órgãos. Ninguém ignora que a anencefalia está associada a outras anomalias também graves, o que põe em xeque a prestabilidade dos órgãos do anencéfalo para o processo de transplante. Não se desconhece também que a falta de suficiente oxigenação dos tecidos e a possibilidade de infecções oportunistas criam obstáculos praticamente insuperáveis para qualquer tipo de transplante. Além disso, como observa Débora Diniz, dois outros argumentos se mostram pertinentes na matéria. Não há “demanda reprimida por órgãos de recém-nascidos” e não há “tecnologia

<sup>25</sup> MARTÍNEZ, Stella Maris. Ob. cit., p. 663.



segura para realizar o transplante”, inexistindo, no País, confirmação desse tipo de transplantação. Ademais, diante da impossibilidade concreta dessa doação, coloca-se para a mulher gestante, como única possibilidade, a de sepultar o filho destinado a servir de doador. “O dever de gestação se converte no dever de dar a luz a um filho para enterrá-lo.”<sup>26</sup>

Mas o que é pior: coisifica a mulher. Transformá-la em mera pessoa encubadora de feto anencéfalo no aguardo do transplante de órgãos atenta contra a dignidade da sua condição de mulher.

“Penalizá-la com a manutenção da gravidez, para a finalidade exclusiva do transplante de órgãos do anencéfalo significa uma lesão à autonomia da mulher, em relação a seu corpo e à sua dignidade como pessoa” (...). Cuida-se aqui do “primeiro e fundamental princípio da ética laica contemporânea: aquele com base no qual nenhuma pessoa pode ser tratada como coisa, pelo que qualquer decisão heterônoma, justificada por interesses alheios aos da mulher, equivale a uma lesão do imperativo kantiano, segundo o qual nenhuma pessoa pode ser tratada como *meio* para fins a si alheios, mas apenas como fim de si mesma”.<sup>27</sup>

Instrumentalizar a mulher grávida, tornando-a apenas um corpo útil para gestar um feto anencéfalo a fim de que este forneça órgãos ou tecidos a terceiros necessitados é algo que ofende aos mais comensuráveis princípios éticos.

#### 4. CONSIDERAÇÕES JURÍDICAS

A anencefalia constitui, sem nenhuma margem de dúvida, o ponto de confluência de questões das mais variadas vertentes. Nessa encruzilhada, como definir a interrupção da gestação ou a antecipação do parto do anencéfalo? Um comportamento que não encontra abrigo na moral e que, portanto, deve ser proibido pelo direito? Ou um pecado que deve ser punido como crime? Num ou noutro questionamento, o direito tem de ser obrigatoriamente chamado à colação.

<sup>26</sup> DINIZ, Débora. Ob. cit., p. 2.

<sup>27</sup> FERRAJOLI, Luigi. A questão do embrião entre direito e moral. *Revista do Ministério Público*. Lisboa. n. 94, abr./jun. 2003, p. 22.

A análise da anencefalia, a partir da perspectiva jurídica, exige que se tome em consideração a ideia básica de que o discurso jurídico está em cumplicidade estreita com o modelo de Estado adotado. Ora, num Estado Social e Democrático de Direito, de caráter laico, com compromissos assumidos com a dignidade da pessoa humana, com a cidadania e com o pluralismo político, não há razão justificadora para confundir questões jurídicas com questões morais. “O Direito não é – não deve ser, pois a razão jurídica não o permite, nem a razão moral o pretende – um instrumento de reforço da moral. O seu objetivo não é o de oferecer um braço armado à moral, ou melhor, dada a existência de várias concepções morais na sociedade, a uma determinada moral”.<sup>28</sup> Destarte, o direito e a moral devem formar sistemas distintos.

Todos estamos submetidos ao mesmo direito: é uma condição da igualdade e, antes ainda, da certeza e do próprio papel normativo do direito. Ao contrário, nem todos temos, e nem sequer devemos ter numa sociedade liberal, as mesmas opiniões, ou crenças, ou valores morais ou culturais (...), o Estado não tem, portanto, de se meter na vida moral dos cidadãos, defendendo ou impedindo estilos morais de vida, crenças ideológicas ou religiosas, opções ou atitudes culturais. O seu dever é apenas o de garantir a igualdade, a segurança e os mínimos vitais. E pode fazê-lo através do estabelecimento e da garantia, no pacto constitucional, dos direitos fundamentais de todos os cidadãos: a começar pelos direitos de liberdade, que equivalem a outros tantos direitos à própria identidade cultural, quer seja ela homogênea ou diferente, majoritária ou minoritária e até liberal ou antiliberal. É precisamente nesta sua neutralidade moral, ideológica e cultural e, portanto, na sua não-invasão da vida privada das pessoas a não ser para proibir condutas que prejudiquem terceiros, que reside a laicidade do direito e do Estado liberal.<sup>29</sup>

Assim, a expulsão do anencéfalo do útero da gestante poderá, para alguns, traduzir-se em um comportamento moralmente reprovável, mas isso não será razão suficiente para justificar uma proibição jurídica. Entretanto, se o direito intervier para efeito de normatizar essa situação fática, é indubitável que se passa a aceitar:

<sup>28</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Ob. cit.*, p. 11.

<sup>29</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Ob. cit.*, p. 11 e 12.

(...) três categorias de sujeitos de direito: os homens e as mulheres que já nasceram aos quais se reconhece a máxima proteção que pode proporcionar uma ordem jurídica; as pessoas por nascer às quais se atribui um grau de proteção menor do que o outorgado ao grupo anterior e, finalmente, as mulheres gestantes que, por essa condição, devem sofrer uma restrição injustificada de seus direitos cada vez que sua vida ou sua saúde entrem em conflito real ou hipotético com o ser que trazem em seu ventre.<sup>30</sup>

Vale lembrar que, no caso de anencefalia, não há cogitar de conflito algum.

Por outro lado, a invocação à proteção de Deus, no ato de promulgação da Lei Magna, não significa que a República Federativa do Brasil se tenha transformado em um Estado teocrático. A Constituição Federal explicitou claramente, em diversos tópicos, o caráter não confessional do modelo estatal escolhido. No preâmbulo, onde consta a invocação já referida, o legislador constituinte deixou devidamente consignado que o Estado Democrático se destina a assegurar o exercício dos direitos individuais, da liberdade, da igualdade e da justiça como “valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”.

Mas não é só.

A garantia do caráter laico do Estado Social e Democrático de Direito ficou ainda mais marcante com o texto do art. 5º, que reconheceu a igualdade de todos “sem distinção de qualquer natureza” e, em particular, com a redação dada ao inciso VI desse mesmo artigo: “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 a suas liturgias”. A esta norma constitucional acrescentou-se ainda outro inciso do art. 5º, no qual ficou assegurado “que ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política”, ressalvada a hipótese de objeção de consciência. O Estado brasileiro não é sujeitável, portanto, a nenhuma religião e, por isso, não se pode admitir que princípios religiosos disciplinem o seu atuar. Cada brasileiro é inteiramente livre para adotar a religião que lhe aprouver, mas não

<sup>30</sup> MARTÍNEZ, Stella Maris. Ob. cit., p. 663.

poderá exigir que o Estado faça valer, em relação a quem não tiver a mesma crença, os fundamentos de sua fé religiosa. Estado e Religião estão, portanto, totalmente apartados por um muro que “favorece a igualdade entre os crentes e os não crentes, entre santos e libertinos, entre os redimidos e os condenados: todos são igualmente cidadãos e possuem o mesmo conjunto de direitos constitucionais”<sup>31</sup>. Transpor esse muro seria, como afirmou Walzer, citando Locke, “revolver o céu com a terra”; mesclar dimensões que não têm um processo tranquilo de acomodação e correr o risco da própria tirania, na medida em que se objetiva impor aos não crentes os parâmetros de conduta religiosa própria dos crentes.

Ora, entender que o dano psíquico padecido por mulher grávida, portadora de anencéfalo, não merece especial atenção porque nenhum ser humano está isento, enquanto vivo, de sofrer, e que o sofrimento está na raiz da condição humana, o qual, ao invés de degradá-la, a engrandece, constitui, sem dúvida, uma postura religiosa que merece respeito, mas que não pode ser traçada como regra a ser seguida por todas as mulheres. Suportar o sofrimento como ato de purificação da alma tem incontestável convicção cristã.<sup>32</sup> É evidente que não cabe ao direito a pretensão de extirpar da existência humana todas as formas de sofrimento, mas não é menos evidente que não lhe incumbe impô-

<sup>31</sup> WALZER, Michael. *Las esferas de la justicia*. Trad. Heriberto Rubio, México: Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 256.

<sup>32</sup> “Se ‘sofrermos com ele’, é para sermos também glorificado com Ele (Rm 8, 17), se ‘nós levamos sempre em toda parte em nosso corpo os sofrimentos mortais de Jesus’, é ‘a fim de que a vida de Jesus seja também manifestada em nosso corpo’ (2Co 4, 10). ‘O favor de Deus que nos foi dado [é] não só cremos em Cristo, mas sofrermos por ele’ (Fp 1, 29; At 9, 16; 2Co 11, 23-27). Do sofrimento suportado com Cristo nasce não só ‘o peso eterno de glória preparado além de toda a medida’ (2, Co 4, 17; cf. At 14, 21) depois da morte, mas, desde hoje, a alegria (2Co 7, 4; cf 1, 5-7). Alegria dos Apóstolos que fazem em Jerusalém sua primeira experiência e descobrem a ‘alegria de ter sido julgados dignos de sofrer ultrajes pelo Nome’ (At 5, 41); apelo de Pedro à alegria de ‘participar dos sofrimentos de Cristo’ para conhecer a presença ‘do espírito de Deus, espírito de Glória’ (1P 4,13s); alegria de Paulo, ‘nos sofrimentos que suporta’ de poder ‘completar em [sua] carne o que falta às provações de Cristo pelo seu corpo e pela Igreja’ (Cl 1,24)”. (VOIGT, Frei Simão (Trad.). *Vocabulário de Teologia Bíblica*, 2. ed., 1977, p. 989, verbete: Sofrimento).

las. Além disso, não há fugir à inafastável diferença entre sofrimento voluntário e sofrimento involuntário. “Obrigiar uma mulher a manter a gestação de um feto anencéfalo é um ato de sofrimento involuntário imputado pelo Estado às mulheres. As poucas mulheres que, por convicções religiosas ou morais, desejarem manter a gestação experimentarão o sofrimento voluntário.”<sup>33</sup> E esse, sem dúvida, em nível religioso, tem inquestionável validade. Não há cogitar, no entanto, que esse sofrimento se repercute sobre gestantes que não têm fé, que não estão presas a dogmas religiosos ou cuja religião não se confunde com o cristianismo. O discurso jurídico, em sentido contrário.

sustenta, difunde e projeta a imagem do sistema patriarcal, que torna invisíveis as discriminações. Este discurso jurídico expressado tanto nos procedimentos judiciais, como nos fundamentos doutrinários e nas argumentações dos (as) juízes (as), está impregnado de valorações relativas ao sistema de subordinação e hierarquia sociais entre os gêneros.<sup>34</sup>

Mas o que, em matéria de anencefalia, seria pertinente à área jurídica, excluídos os círculos da moral e da religião? Por óbvio, é tarefa indiscutível do direito assegurar à gestante de anencéfalo o seu direito de decidir pela manutenção ou não do processo de gravidez. Essa opção encontra assento em regras constitucionais bastante explícitas, tais como o direito à liberdade, em seu sentido mais amplo, o direito à autonomia da vontade, o direito à saúde e, sobretudo, o direito à dignidade da pessoa humana. Além disso, não se pode olvidar que o Estado Democrático e Social de Direito pressupõe a realidade de uma sociedade plural. Toda vez em que se tenta romper o muro de separação entre direito e moral, ou entre direito e cultura, ou entre direito e religião, o princípio fundante do pluralismo político (art. 1º, V, da CF) passa por sério perigo de deterioração, e, por via de consequência, o mesmo ocorre com o próprio princípio da dignidade humana. Ora, “todas as pessoas são iguais em dignidade, merecendo igual consideração e respeito (...) Os integrantes de uma minoria de qualquer classe (étnica, cultural, racial, religiosa, sexual, etc.) não podem sofrer dis-

<sup>33</sup> DINIZ, Débora. Ob. cit., p. 2.

<sup>34</sup> MARTINEZ, Stella Maris. Ob. cit., p. 663.

criminação pelo fato de ser cada um ‘o que é’, ‘quem é’, ‘como é’, nem por que essa mesmice pessoalmente sua o faça diferente do resto”.<sup>35</sup>

Não serve o argumento de que se deva entender o pluralismo a partir do conceito restrito do adjetivo “político” que lhe é aderido. A área de significado do “político” deve ser bem mais expressiva e expansiva. Conforme Ricouer, “o político aparece como o espaço por excelência para o sucesso das potencialidades humanas. O meio pelo qual exerce essa função é antes de tudo o que Hannah Arendt chamava de *espaço público de aparição*”.<sup>36</sup> Pluralismo político, considerado nessa perspectiva, quer dizer sociedade pluralista, tal como refere o preâmbulo da Constituição Federal. A opção do legislador constituinte por uma sociedade pluralista “significa acolher uma sociedade conflitiva, de interesses contraditórios e antinômicos. O problema do pluralismo está precisamente em construir o equilíbrio entre tensões múltiplas e por vezes contraditórias, em conciliar a sociabilidade com o particularismo, em administrar os antagonismos e evitar divisões irreduzíveis”.<sup>37</sup>

Resta, por fim, ainda no campo do direito, pôr em destaque o papel que o julgador deve exercer em uma sociedade plural, em defesa dos princípios fundantes de um Estado Democrático e Social de Direito. Não lhe cabe, mercê de sua atuação, colocar, em plano prioritário, em lugar desses princípios, seu código particular de valores. A utilização desse código, em detrimento dos interesses de pessoas concretas, de carne e osso, provoca danos dificilmente reparáveis. A tarefa judicante revela-se mais desastrosa ainda se pretender que o fato seja punido penalmente só porque o considera imoral ou ofensivo a seus dogmas religiosos. No caso da anencefalia, por exemplo, a utilização do direito penal, como instrumento de reafirmação de valores morais ou religiosos, não leva a nada a não ser a imposição às mulheres de sacrifícios e sofrimentos desnecessários.

<sup>35</sup> HOOFT, Pedro Federico. *Transexualidad: la imperiosa necesidad de brindar una ‘solución humana’ a un ‘problema complejo’*. Em: *Bioética: entre utopias y desarraigados*. Ob. cit., p. 285/292.

<sup>36</sup> RICOEUR, Paul. *Lo Justo*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1995, p. 35.

<sup>37</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 143.

## 5. CONSIDERAÇÕES JURÍDICO-PENAIIS

Embora o aborto faça parte do rol de tipos compreendidos entre os crimes contra a vida, é necessário que se trace uma linha demarcatória bem visível entre ele e o homicídio. Não há confundir os dois bens jurídicos tutelados. De um lado, a vida humana intrauterina. De outro, a vida humana fora do ventre materno. Essas diferenças encontram ressonância na extrema diversidade do *quantum* punitivo cominado para uma e outra dessas figuras criminosas e, ainda, no fato de que o aborto não admite a modalidade culposa. Ademais, há uma peculiaridade especial no aborto, ou seja, a circunstância de ocorrer uma *duplicidade na unidade*, ou seja, a mulher (autora ou vítima) é portadora do bem jurídico (vida intrauterina) e também é titular de direitos próprios.<sup>38</sup>

A legislação penal brasileira não definiu, de forma expressa e pormenorizada, o tipo objetivo do aborto, ou seja, os elementos configuradores desse fato criminoso. “Provocar” é o verbo indicador da ação criminosa e se trata de verbo comum aos tipos dos arts. 124, 125 e 126 do Código Penal. Como tal, provocar não se traduz, em si mesmo, em uma conduta carregada de ilicitude, como seria o caso dos verbos matar, subtrair, caluniar, injuriar, etc., e por isso exige complementação. Destarte, a estrutura típica só se torna definível com a referência explícita ao objeto direto do comportamento criminoso, ou seja, ao vocábulo “aborto”, cuja área de significado e de extensão deve ser preenchida logicamente a partir da configuração do bem jurídico tutelado. Cuida-se, aqui, de elemento normativo do tipo e, portanto, necessitado de valoração. A esses dados tipológicos, acrescentam-se no autoaborto a mulher grávida como sujeito ativo e, nas demais hipóteses, a mulher gestante enquanto concorda ou dissente das manobras abortivas.

Embora o legislador tenha sido avaro na descrição típica, força é convir que a ideia de aborto faz pressupor a existência de vida humana intrauterina, representada por um pré-embrião, por um embrião ou por feto; a intervenção, por qualquer meio, nessa vida em formação, com a morte resultante dos atos interventivos.

<sup>38</sup> CUNHA, J. M. Damião da. *Comentário Conimbricense do Código Penal*. Parte Especial, Tomo 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 149.

Discutir em qual momento do desenvolvimento da vida intrauterina deve recair a tutela penal, é matéria extremamente controversa. Há divergências significativas sobre o início da vida humana (o momento da concepção, o momento da nidação, o momento da formação da crista neural, ou ainda o momento em que a mãe, por ato de vontade, encara o feto como pessoa e, então, lhe confere essa qualidade<sup>39</sup>). Tal questionamento, porém, não vem a pelo para efeito da problemática da anencefalia.

O embrião ou o feto, na anencefalia, estão, em razão de um processo patológico no desenvolvimento embrionário, irreversivelmente condenados à morte, configurando-se, no caso, o critério da morte neocortical. Como ressalta Hooft, “a vida biológica, controlada principalmente pelo tronco cerebral, ‘não é unicamente humana, porque comparte suas características com os não-humanos’. A conclusão deste raciocínio é que a vida biológica é condição *necessária*, mas não *suficiente* para a vida humana”.<sup>40</sup> Não há, em consequência, vida humana intrauterina a ser protegida no caso da anencefalia. Além disso, as intervenções efetuadas, quer no processo gestacional, quer na antecipação induzida do parto, não visam a morte do embrião ou do feto, mas pura e simplesmente pôr cobro ao sofrimento da mãe gestante, evitando o agravamento de sua saúde psíquica. Ademais, não há como relacionar a expulsão do embrião ou do feto ou a aceleração do parto ao resultado morte, uma vez que a intervenção executada não foi a causa direta ou imediata da morte, mas mera ocasião para que esta se mostre visível a todos. A malformação física obsta ao embrião ou ao feto que tenham condições de ter vida própria fora do ventre materno.

Destarte, embora em ambos os casos – aborto e anencefalia – se possa cogitar de interrupção do processo gestacional, é indubitoso que faltam à anencefalia os elementos que denunciam o tipo do aborto, sobretudo o reconhecimento prévio da existência de vida humana intrauterina. Trata-se, portanto, de caso de pura atipia.

<sup>39</sup> FERRAJOLI, Luigi. Ob. cit., p. 16.

<sup>40</sup> HOOFT, Pedro Federico. *Bioética y Derechos Humanos*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2004, p. 92/93.



Vale enfatizar que, nos casos da gravidez molar e da gravidez extrauterina, o ato interruptivo é consensualmente excluído das hipóteses de aborto. Como observa Luiz Regis Prado, no primeiro caso, trata-se de “um produto conceptivo degenerado, inapto a produzir uma nova vida”; no segundo caso, “o embrião não se desenvolve na cavidade uterina” e a progressão da gravidez pode conduzir “à ruptura da trompa e a casos de grave hemorragia, capazes de produzir a morte da gestante”<sup>41</sup>. Não é diverso o pensamento de Pedro Federico Hooft, ao asseverar que “não existiria uma situação substancialmente distinta da apresentada nos casos de remoção de uma gravidez ectópica ou quando se deve intervir cirurgicamente no útero da mulher gestante devido a uma afecção oncológica, ato médico que inexoravelmente terá como consequência a interrupção da gestação”<sup>42</sup>. Por que, nessas hipóteses, de modo uniforme, não se cogita de aborto, mas se amolda tão facilmente a esse tipo penal, com todos os corolários éticos, jurídicos, psicológicos e sociais dele decorrentes, a anencefalia, na qual o embrião ou o feto carregam uma carga total de letalidade, em decorrência do processo patológico de desenvolvimento embrionário?

A legislação penal brasileira contém, por sua vez, no art. 128 do Código Penal, as indicações autorizadoras do aborto que se resumem no aborto necessário, quando não há outro meio de salvar a vida da gestante e, no aborto ético, quando a gravidez resulta de estupro. Nessas duas situações fáticas, a conduta abortiva não se configura tipicamente e não será, por via de consequência, punível.

É evidente que a hipótese de anencefalia não se acomoda a nenhuma das duas indicações. No caso, embora a gestante possa vir a sofrer agravos na sua saúde física, psíquica e social, sua vida não está em jogo. Já, na segunda hipótese, fica exposto, à plena luz, o farisaísmo com que se lida com a questão do aborto. Aqui, coloca-se em cena a liberdade de autodeterminação da mulher, mesmo que isso signifique a morte de um feto com plena e total viabilidade. No conflito de interesses entre a vida intrauterina do feto, dotado de todas as potencialidades humanas e o agravo sofrido pela mãe na sua honra e na sua

<sup>41</sup> PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 3. ed. Parte Especial, vol. 2, São Paulo: RT, 2004, p. 106.

<sup>42</sup> HOOFT, Pedro Federico. Ob. cit., p. 367.

liberdade, dá-se preferência à mulher grávida em detrimento do filho resultante de estupro. O balanceamento dos bens jurídicos em jogo não é, contudo, o mesmo, quando, de um lado, está um embrião e um feto condenados irreversivelmente à morte e, de outro, uma gestante seriamente agravada em sua saúde física, psíquica ou social. É manifesto o tratamento desigual e hipócrita que se pretende dar à mulher grávida no caso de anencefalia.

O Código Penal brasileiro não abriga, entre as hipóteses tipicamente não configuráveis e, portanto, impuníveis, a indicação denominada “eugênica”, decorrente de grave enfermidade física ou psíquica, idônea a retirar do embrião ou do feto a qualidade mínima de vida humana. Muito embora os meios tecnológicos utilizados para o diagnóstico pré-natal apresentem, cada vez mais, um nível maior de sofisticação, propiciando a detecção precoce dessas enfermidades, e apesar da matéria já ter sido versada por alguns autores<sup>43</sup>, o legislador penal mantém-se, a esse respeito, em uma postura de absoluta inércia. E, nessa situação, é preferível não enquadrar a anencefalia, pelas peculiaridades que lhe são ínsitas, numa hipótese de indicação eugênica, posto que, no caso, em lugar de configurar-se uma qualidade mínima de vida, tem-se, em verdade, carência total de vida humana. O enquadramento na indicação eugênica só guardaria pertinência se o Código Penal brasileiro dispusesse de redação semelhante a do art. 142-1, *c*, do Código Penal de Portugal, o qual considera não punível, obedecidos determinados pressupostos, a interrupção da gravidez quando:

houver seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação congênita, e for realizada nas primeiras 24 semanas de gravidez, comprovadas ecograficamente ou por outro meio adequado de acordo com as *leges artis*, *excepcionando-se as situações de fetos inviáveis, caso em que a interrupção poderá ser praticada a todo tempo.*  
(grifos do autor)

<sup>43</sup> FRANCO, Alberto Silva. *Aborto por indicação eugênica, em Estudos Jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel*. São Paulo: RT, 1992, p. 80/108 e TORRES, José Henrique Rodrigues. *Abortamento nos casos de malformação fetal*. São Paulo: Revista da Escola Paulista da Magistratura, vol. 2, n. 3, p. 101/111, jan./fev, 2001.

Como observa J. M. Damião da Cunha, “com a atual redação legal parece ser mais correto entender o caso de anencefalia como um caso de feto inviável”.<sup>44</sup>

Sendo a anencefalia, em nível jurídico-penal, um flagrante caso de atipicidade, não tem o menor sentido exigir-se autorização judicial para que se proceda à interrupção do processo gestacional ou o adiantamento do parto.<sup>45</sup> E isso, por várias razões.

Em primeiro lugar porque, diante de um diagnóstico de certeza absoluta, a questão da anencefalia não deve ser equacionada pelo juiz, mas deve permanecer na esfera de relacionamento entre médico e paciente. Nessa hipótese concreta, há indicação terapêutica que torna legítimo o atuar médico, desde que a paciente seja devidamente informada e, em termos acessíveis, das características do anencéfalo e de seu processo irreversível de morte. “A decisão informada, competente, livre e responsável” da gestante<sup>46</sup> justifica a intervenção médica, sem necessidade de autorização judicial.

Em segundo lugar porque o médico tem o privilégio legal de exercer sua profissão e, “em situações de urgência, cumpre o dever específico atinente à sua condição profissional”. Cabe-lhe, portanto, “discricionariedade da estratégia terapêutica, isto é, a livre eleição de uma entre várias estratégias adequadas ao tratamento de um cliente”. Esta livre eleição “constitui um direito próprio e inerente a todo médico no desempenho de sua profissão”, configurando-se matéria inteiramente alheia ao julgamento do magistrado.<sup>47</sup>

Em terceiro lugar porque as razões de urgência que justificam a intervenção médica, nos casos de anencefalia, não podem ficar subordinadas a um trâmite demorado, como sói acontecer com as autorizações judiciais. A negativa do médico ou do estabelecimento hospitalar para a intervenção, solicitada pela gestante, devidamente informada

<sup>44</sup> CUNHA, J.M. Damião da. Ob. cit., p. 152 .

<sup>45</sup> Em sentido contrário, GIACOMOLLI, Nereu José. Autorização judicial para interrupção da gravidez: aborto eugênico, necessário e sentimental. Em: *Revista Ibero-Americana de Ciências Criminais*, ano 2, vol. 2. Porto Alegre: Centro de Estudos Ibero-Americano de Ciências Penais, 2001, p. 35/44.

<sup>46</sup> BAVIO, Paula Siverino. Ob. cit., p. 6.

<sup>47</sup> BAVIO, Paula Siverino. Ob. cit., p. 7.

da sua condição de portadora de anencéfalo, configura “uma ilegítima vulneração de direitos e garantias constitucionais”<sup>48</sup>.

Por último porque o juiz se encontra diante de um grave dilema: ou entende que as condutas da paciente e do médico coincidem com uma figura criminosa e, então, a autorização não poderá ser concedida por não lhe caber autorizar a prática de fato típico, ou considera que tais condutas são atípicas e, nesse caso, a autorização judicial é totalmente dispensável.

## 6. CONCLUSÕES

De tudo quanto foi exposto e sustentado nos itens anteriores, resultam as seguintes conclusões:

- a) a anencefalia pode ser detectada, de modo precoce, em virtude do desenvolvimento tecnológico das ciências biomédicas, no exame pré-natal, e com margem total de certeza;
- b) a anencefalia é incompatível com os estágios mais avançados da vida intrauterina e de total incompatibilidade com a vida extrauterina;
- c) não se aplica à anencefalia o critério da morte cerebral ou encefálica porque o feto anencéfalo não dispõe do equipamento cerebral necessário a dar suporte a esse critério;
- d) leva-se em conta, na anencefalia, o critério da morte neocortical que abandona o sentido puramente biológico da vida e prioriza os aspectos vinculados à existência da consciência, afetividade e comunicação, como expressões de identidade da pessoa;
- e) o anencéfalo constitui um projeto embriológico falido, não sendo um processo de vida, mas um processo de morte; destarte, não há como considerá-lo tecnicamente vivo, pois é ele carente de toda capacidade biológica para a concretização de uma vida humana viável;

<sup>48</sup> MASSAGLIA, Maria Valeria. *Responsabilidad medica e inviolabilidad*, p. 9. Disponível em: <[www.eniacsoluciones.com.ar/terragni/doctrina/respomed.htm](http://www.eniacsoluciones.com.ar/terragni/doctrina/respomed.htm)>.

- f) a anencefalia, sob o prisma médico, provoca no processo de gravidez riscos de caráter físico e social, e sobretudo transtornos de natureza psíquica à mulher gestante;
- g) não há, em verdade, do ponto de vista bioético, um conflito de valores entre a mãe gestante e o feto anencéfalo, já que este não tem nenhuma viabilidade, inexistente o conflito;
- h) a mãe gestante de anencéfalo tem o direito de optar pela manutenção ou não do processo de gravidez e, ao decidir pela interrupção da gravidez ou pela antecipação do parto, não ofende nenhum dos quatro princípios que sedimentam a Bioética: autonomia, justiça, beneficência e não maleficência;
- i) a defesa da manutenção da gravidez, para efeito de doar a terceiros os órgãos ou tecidos do anencéfalo, não tem nenhum fundamento ético e, em verdade, provoca, nessa situação, a coisificação da mulher;
- j) não há confundir questões morais ou religiosas com questionamentos jurídicos; não cabe, em um Estado laico, dentro de uma sociedade pluralista, o entendimento de que a opção da mulher, portadora de anencéfalo, pela interrupção da gravidez ou pela antecipação do parto, deva ficar subordinada a considerações morais ou a dogmas religiosos;
- k) não é possível, em se tratando de anencefalia, caracterizar como aborto a interrupção do processo gestacional ou de antecipação do parto, pois o elemento básico para o reconhecimento do tipo é a existência de vida humana intrauterina, o que inexistente no anencéfalo cuja malformação embrionária inviabiliza vida própria fora do ventre materno;
- l) a intervenção médica, na anencefalia, deve ser equiparada a outras situações médicas (gravidez molar, gravidez ectópica, afecção uterina oncológica) que pacificamente não se enquadram no tipo de aborto;
- m) a interrupção do processo de gestação ou o adiantamento do parto são condutas havidas como atípicas;
- n) em se tratando de caso flagrante de atipicidade, não há sentido algum em exigir-se autorização judicial para a realiza-

ção pelo médico dos atos interruptivos da gravidez ou do adiantamento do parto; cuida-se, na hipótese, do reconhecimento de existência de mera relação médico/paciente, ou seja, de um lado, a indicação médico-terapêutica e, de outro, o consento informado, consciente, livre e responsável da mãe gestante;

- o) o pedido de autorização judicial contém contradição lógica insuperável: ou o juiz dá permissão à prática de fato criminoso – o que constitui um verdadeiro absurdo –, ou o juiz permite – o que evidencia ato inteiramente supérfluo – a prática de fato lícito.

# 2

## ALTERAÇÕES NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E PROCEDIMENTO DO TRIBUNAL DO JÚRI

**Antônio Carlos Cruvinel**

Como se percebe com notória facilidade, procurou-se, com a reforma pontual do Código de Processo Penal, adaptá-lo à Constituição cidadã, democrática, em vigência no País desde outubro de 1988, recheada de direitos e garantias individuais, portanto fundamentais, do cidadão, ao código de 1941, editado sob a égide de uma Constituição Federal emergente de um regime ditatorial, de exceção e de restrição às liberdades.

Entretanto, não poderia deixar de atender, também, a meta maior de uma célere e eficiente resolução do processo criminal, justamente para afastar de vez o pensamento reinante da impunidade, elemento considerado como causa maior do crescente índice de criminalidade.

A reforma, segundo a jurista Ada Pellegrini Grinover, pode-se resumir em duas palavras-chaves – EFICIÊNCIA e GARANTISMO.

Creio, portanto, que estas duas palavras representam e configuram o móvel das reformas, tímidas, é bem verdade, mas que configuram um avanço para outras que estão por vir, principalmente no que concerne aos recursos criminais.

Muitos são os que criticam as reformas, como o nosso colega Juiz Criminal João Ary Gomes, Roberto Delmanto Junior, Paulo Rangel (quanto ao desaparecimento do protesto por novo júri), Luiz Fernando Camargo Vidal (quanto ao libelo-crime-acusatório substituído pelo

relatório do Juiz Presidente do Tribunal do Júri), Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho e Sólon Bittencourt Depaoli (quanto ao poder de o Juiz produzir provas no processo – art. 156 do CPP), doutor Aury Lopes Júnior, professor emérito da PUC-RS, que faz uma crítica generalizada às reformas e tantos outros, mas esquecem que, na impossibilidade legislativa de editar um novo Código de Processo Penal, melhor é o trabalho que se apresenta no momento, como um passo dado para atingir o ideal e revolucionário, deixando no esquecimento o tradicional, o conservador, o de espírito punitivo.

O certo é que, com fins nos dois motivos acima mencionados, editou-se e sancionou-se as Leis n. 11.689/08, (modificações relativas ao Tribunal do Júri), n. 11.690/08, (modificações relativas à prova), n. 11.719/08, (modificações relativas à suspensão do processo, *emendatio libelli*, *mutatio libelli* e procedimentos) e n. 11.900/09 (utilização da videoconferência ou outras técnicas oitivas e visuais para interrogatório e inquirição de testemunhas fora do distrito da culpa).

Com referência à Lei n. 11.690/08, pois farei observações quanto à Lei n. 11.689/08, ao final, alterou-se os arts. 155, 156, 157, 159, 201, 210, 212, 217 e 386 do CPP.

O art. 155, com a nova redação, estabelece o princípio da persuasão racional e que o magistrado não pode fundamentar a sua decisão *exclusivamente* em elementos informativos colhidos na fase inquisitiva, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Segundo o doutor Aury Lopes Júnior, o legislador brasileiro não teve a coragem de romper com a tradição brasileira de confundir *atos de prova* com *atos de investigação*. De acordo com esse mesmo doutor, a redação do artigo de lei estava indo muito bem quando fez inserir a palavra errada – *exclusivamente* – no lugar errado, que sepulta qualquer esperança de os juízes não condenarem mais os réus com base em atos inquisitórios. Diz ele que ainda vamos assistir juízes julgando com base em atos investigativos, utilizando-se das clássicas viradas linguísticas do “cotejando a prova jurisdicionalizada com os elementos do inquérito” ou “a prova jurisdicionalizada vem corroborada pelos atos do inquérito”.

O pensamento do doutor Aury Lopes Júnior, algumas vezes, pode ser verdadeiro, mas nem sempre. O certo é que o legislador pátrio, in-



fraconstitucional, procurou evitar, com a nova redação do art. 155 do CPP, a existência de uma sentença condenatória calcada tão-somente em prova indiciária, fruto da fase inquisitiva.

O art. 156 do mesmo CPP passou a permitir que o juiz de ofício assumira o papel inquisitorial na busca de provas; diga-se de passagem, papel reservado ao órgão acusatório.

O art. 157 procura disciplinar sobre as provas ilícitas, estabelecendo a inadmissibilidade de tais provas e determinando o seu desentranhamento do processo.

O disposto no art. 157 do CPP, indubitavelmente, trará muita discussão e acerto a respeito do tema, principalmente no que se refere “ao fruto da árvore envenenada”, ou seja, no que diz respeito às “provas derivadas” das ilícitas.

É bom frisar a diferença entre “provas inadmissíveis” e “provas ilegítimas”.

A prova inadmissível se liga à ilicitude em sua obtenção, como exemplo: a) a confissão obtida por meio de tortura; b) provas apreendidas com a invasão de residência; c) gravações e escutas telefônicas não autorizadas; d) quebra de sigilos não autorizados etc.

Já a prova ilegítima, concerne ao momento de sua introdução ao processo. A sua obtenção foi lícita, no entanto a sua juntada ao processo realizou-se com inobservância dos mandamentos processuais.

A prova ilegítima pode ser repetida, o mesmo não acontecendo com a prova obtida ilicitamente, porque inadmissível e deve ser desentranhada do processo e inutilizada por decisão judicial.

O art. 159 permite a realização do exame de corpo de delito e outras perícias por um único perito oficial, portador de diploma de curso superior; na falta de perito oficial, o exame pericial poderá ser realizado por duas pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica.

Os peritos não oficiais prestarão compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo.

Faculta ao Ministério Público, ao Assistente de Acusação, ao Ofendido, ao Querelante e ao Querelado a formulação de quesitos e indicação de assistente técnico.

Permite também, mediante requerimento antecipado (dez dias no mínimo), a oitiva de peritos para esclarecerem a prova ou para responderem a quesitos (suplementares).

O art. 201 dispensa atenção especial ao ofendido ou vítima. Estabelece até mesmo a condução coercitiva do ofendido que deixa de atender à intimação judicial (§ 1º). Proteção ao ofendido disciplinada nos parágrafos 2º a 6º, do art. 201.

No art. 210, permanece, praticamente, o sistema anterior da incommunicabilidade das testemunhas e advertência sobre o delito do falso testemunho.

Já o art. 212, modificado, estabelece que as perguntas às testemunhas sejam formuladas diretamente pelas partes, não as admitindo o Juiz somente aquelas que puderem induzir a resposta, não guardarem correlação com a causa ou repetitiva.

É de se observar que o sistema presidencial (perguntas feitas por intermédio do Juiz) foi substituído e a sua inobservância, segundo decisão da 4ª Turma de Julgamento do STJ, no HC n. 121.216-DF da relatoria do Min. Jorge Mussi, gera nulidade absoluta, por violação ao art. 5º, LIV, da CR. (*due process of law*), do ato processual praticado, ou seja, da audiência realizada em desconformidade com o estatuído no art. 212 do CPP.

Assim, o Juiz, além de exercer o poder de polícia na colheita de provas, possui o poder complementar na inquirição das testemunhas.

O art. 217, antes da edição da Lei n. 11.900/09, inova a inquirição de testemunha, estabelecendo a possibilidade de realizá-la por meio da videoconferência, em caso especialíssimo da presença do réu causar-lhe humilhação, temor ou sério constrangimento, e só na impossibilidade da inquirição por videoconferência é que o Juiz determinará a retirada do réu da sala das audiências.

O art. 386 teve alterado os incisos IV, V, VI e VII, bem como o inciso II do parágrafo único.

Estas são as reformas importantes introduzidas pela Lei n. 11.690/08.

A Lei n. 11.719/08 introduziu um parágrafo único no art. 63 do CPP, permitindo a execução pelo valor fixado na sentença, sem pre-

juízo da liquidação do dano efetivamente sofrido, após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

O art. 257 sofreu alteração deixando bem claro as duas funções principais do Ministério Público no processo penal: a) a promoção privativa da ação penal pública (inciso I); b) a fiscalização da execução e obediência da lei (inciso II).

O art. 265 sofreu apenas alteração nos valores de 100 a 500 réis para 10 a 100 salários mínimos, para o defensor que abandonar a causa, sem motivo imperioso.

O parágrafo único do art. 265 foi desdobrado em dois parágrafos (§§ 1º e 2º), estabelecendo a possibilidade de adiamento de audiência por motivo justificado.

O art. 362, a exemplo do CPC, permite a realização da citação ficta ou presumida, por hora certa, no caso de ocultação do réu para não ser citado.

O art. 384 diz da necessidade de aditamento sempre que surgir prova nova a respeito do fato, em qualquer circunstância, ou seja, com ou sem a implicação de pena mais grave; pode implicar até mesmo a aplicação de pena menos grave.

O art. 394 estabelece dois procedimentos: o *comum* e o *especial*. O comum será *ordinário* (art. 394, § 1º, I, pena privativa da liberdade igual ou superior a quatro anos); *sumário* (art. 394, § 1º, II, pena privativa da liberdade inferior a quatro anos) e *sumaríssimo* (art. 394, § 1º, III, infrações de menor potencial ofensivo, na forma da Lei n. 9.099/95 – todas as contravenções penais e os crimes cuja pena máxima não supera o patamar de dois anos).

O procedimento *especial* será o *tribunal do júri*.

O art. 400 estabelece a produção de provas de uma só vez, justamente para um julgamento célere e rápido. Consigna os mesmos princípios do CPC, ou seja, o da oralidade, da imediatidade do juiz com a prova e concentração da realização de atos processuais em uma única audiência.

Os arts. 43 (condições da ação penal, tema tratado no art. 395), 362 (citação por edital), 398 (número máximo de testemunhas a ser arroladas), 498, 499, 500, 501 e 502 (diligências, alegações finais, dili-

gências de ofício), 537, 539, 540; §§ 1º a 4º do art. 533; §§ 1º e 2º do art. 535; e §§ 1º a 4º do art. 538 (que tratavam do procedimento sumário), foram revogados expressamente.

A suspensão do processo vem tratada no art. 383, §§ 1º e 2º.

O aditamento da denúncia, após o encerramento da instrução probatória, deverá ser feito pelo órgão do Ministério Público ou pelo Querelante se for o caso, no prazo de cinco dias, podendo ser por termo nos autos do processo quando feito oralmente, consoante ao art. 384.

O parágrafo único do art. 387 estabelece que o juiz, ao sentenciar, decidirá, *fundamentadamente*, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta.

O art. 395 estabelece a *rejeição da denúncia ou da queixa* por: a) inépcia; b) falta de pressuposto processual ou condições para a ação penal; c) falta de justa causa para o exercício da ação penal.

Já o art. 396 estabelece que, se não for rejeitada liminarmente a denúncia ou queixa, o juiz recebê-la-á e determinará a citação do acusado para responder no prazo de 10 dias.

Na resposta, o acusado poderá tudo alegar em prol da sua defesa, sendo uma possível *exceção* processada nos termos dos arts. 95 a 112 do CPP.

Não apresentada resposta no prazo de 10 dias, se o acusado não constituir defensor, o juiz o nomeará defensor para oferecer a resposta em 10 dias.

O art. 397 diz que após o oferecimento da resposta à acusação, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando presentes quaisquer das circunstâncias previstas nos itens I, II, III, IV, ou recebida a denúncia ou queixa, designará a audiência de instrução e julgamento, consoante o art. 399.

Os magistrados deverão ter o cuidado e zelo para não transformar a exceção da complexidade da matéria ou da pluralidade de acusados, em que se permite a substituição das alegações finais orais por oferecimento de memoriais no prazo de cinco dias, em regra, porque desatenderá um dos motivos da reforma – eficiência do processo criminal – traduzida na célere resolução da causa, consoante ao estabelecido no art. 403, § 3º.

A ordem de tomada de declarações e depoimentos e finalmente interrogatório ou interrogatórios vem disciplinada no art. 531.

## 1. NOVO PROCEDIMENTO DO JÚRI

A Lei n. 11.689/08, do procedimento especial do Tribunal do Júri, começa a estabelecê-lo no art. 406 do CPP, escalonado e bifásico, como sempre.

Inicia-se com o oferecimento da denúncia que, recebida, ensejará a citação do acusado para o oferecimento de defesa escrita (resposta à acusação), no prazo de 10 (dez) dias; designação de audiência una; oitiva do ofendido, se possível, das testemunhas arroladas pela acusação, das arroladas pela defesa, esclarecimentos pelos peritos, acareações, identificação de pessoas ou coisas, interrogatório do acusado, debates (alegações finais orais) e julgamento (sentença).

A defesa escrita não é o mesmo que a antiga defesa prévia, que não existe mais. A nova defesa traz preliminares, pressupostos e condições da ação, especificação de provas, alegando a parte tudo que entender pertinente. Artigo 406, do CPP:

Art. 406. O juiz, ao receber a denúncia ou a queixa, ordenará a citação do acusado para responder a acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias.

§ 1º O prazo previsto no *caput* deste artigo será contado a partir do efetivo cumprimento do mandado ou do comparecimento, em juízo, do acusado ou de defensor constituído, no caso de citação inválida ou por edital.

§ 2º A acusação deverá arrolar testemunhas, até o máximo de 8 (oito), na denúncia ou na queixa.

§ 3º Na resposta, o acusado poderá argüir preliminares e alegar tudo que interesse a sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, até o máximo de 8 (oito), qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário.

O art. 409 permite a réplica por parte do órgão do Ministério Público ou do querelante sobre preliminares e documentos, em 05 (cinco) dias.

Essa primeira fase deve ser encerrada em, no máximo, 90 (noventa) dias, independentemente de o acusado estar solto ou preso, prazo que é exíguo, é bem verdade.

Todas as testemunhas que comparecerem em Juízo devem ser ouvidas. Pela nova lei, a sentença de pronúncia poder ser: a) Pronúncia; b) Impronúncia; c) Desclassificação; d) Absolvição Sumária.

Pelo novo procedimento, a impronúncia somente é cabível quando não houver indício da autoria ou quando não houver prova da materialidade. As outras hipóteses acima delineadas (o réu não é autor ou o fato não ocorreu) ensejam a absolvição sumária.

Das sentenças de pronúncia e desclassificação cabe o Recurso em Sentido Estrito, mantido o juízo de retratação. São decisões não terminativas.

Das sentenças de impronúncia ou absolvição sumária, cabe o Recurso de Apelação, não sendo possível o juízo de retratação. São decisões terminativas.

A inimputabilidade gerada por anomalia psíquica ensejará a absolvição sumária, contudo, a inimputabilidade por anomalia psíquica deve ser a única tese apresentada pela defesa. Se existirem outras teses defensivas, o denunciado será julgado pelo Tribunal do Júri.

Consoante o novo procedimento, houve modificação quando da intimação da sentença de pronúncia. A intimação deve ser pessoal, mas se o acusado não for encontrado, será o mesmo intimado por edital e o processo continuará tramitando normalmente. Observa-se nesse caso que ele já teve ciência da acusação, porque é claro que já houve a citação pessoal inicial. Se não houve essa citação, aplica-se o disposto no art. 366, do CPP.

Sendo assim, o acusado pode ser julgado em plenário sem a sua presença.

Os processos que estão paralisados hoje vão sofrer a incidência dessa mudança? Entendo que sim, porque são regras eminentemente processuais, que entram vigor imediatamente, respeitando os atos processuais já praticados, a teor do art. 2º, do CPP.

A crise de instância nunca gerou a suspensão da prescrição. Ao ser pronunciado e não encontrado, somente o processo era suspenso,

e não ocorria a suspensão do decurso de tempo para prescrição. O art. 366, do CPP, determina, agora, o curso do prazo prescricional.

Pelo novo procedimento as partes são intimadas para apresentar rol de testemunhas que serão ouvidas em plenário, na quantidade de 5 (cinco) para cada parte, oportunidade em que poderão juntar documentos e requerer diligência.

## 2. NÃO TEM MAIS LIBELO

Alistamento de jurados: aumentou-se o número de jurados da lista anual, variando conforme a quantidade de habitantes de cada cidade (art. 425).

O jurado somente poderá servir ao Conselho de Sentença por 12 (doze) meses.

Desaforamento: cabível somente após o trânsito em julgado da sentença de pronúncia.

Pela nova lei, além do Ministério Público, do Juiz (desde que não tenha dado o motivo) e do réu, o Assistente do Ministério Público também pode requerer o Desaforamento do processo para julgamento em outra comarca.

Os motivos ensejadores do Desaforamento são: interesse da ordem pública, dúvida sobre a imparcialidade do júri, segurança pessoal do acusado ou em razão do comprovado excesso de serviço, ouvidos o juiz presidente e a parte contrária, se o julgamento não puder ser realizado no prazo de 6 (seis) meses, contado do trânsito em julgado da decisão de pronúncia. O prazo anterior para o julgamento era de 1 (um) ano.

A interposição de Desaforamento, pelo novo procedimento, suspende o processo principal quando houver motivo relevante.

Ao Desaforar o julgamento, as testemunhas não estão obrigadas a comparecer na outra Comarca, mesmo que arroladas com cláusula de imprescindibilidade.

Em plenário: a nova lei acabou com a presença do menor de 18 anos para sortear os jurados, hoje: “Art. 433 O sorteio, presidido pelo juiz, far-se-á a portas abertas, cabendo-lhe retirar as cédulas até completar o número de 25 (vinte e cinco) jurados, para a reunião periódica ou extraordinária”.

Aumentou-se o número de jurados sorteados para 25, antes eram 21, sendo mantida a presença mínima de 15 jurados.

O jurado pode ter 18 anos, igualando-se o CPP ao CPC. A função continua obrigatória e a recusa/ausência injustificada do jurado gera uma multa de 1 a 10 salários mínimos (art. 442).

O jurado pode recusar a função por motivo de convicção política, religiosa ou filosófica? Pode, sendo-lhe imposta prestação alternativa. O CPP não disciplinava a prestação de serviço alternativo, contudo, a nova lei prevê em seu art. 438 o serviço alternativo que a pessoa deve prestar ao recusar cumprir o seu *munus*.

O jurado que manifestar predisposição sobre o processo está impedido de atuar.

Quando uma das teses defensivas atingir 4 votos o julgamento é encerrado.

A presença do réu em plenário é dispensável. Se ele não comparece justificadamente o julgamento será adiado. Se ele não comparece e não justifica, o julgamento realizar-se-á normalmente.

Se o advogado não comparece, o Juiz adia o julgamento e nomeia um Defensor para promover a defesa. Se o advogado constituído comparecer no julgamento remarcado ele tem preferência sobre o Defensor nomeado.

Instalado o julgamento, os jurados são sorteados, sendo feita a exortação e prestado o compromisso.

Primeiramente são ouvidas as testemunhas arroladas pela acusação, depois as arroladas pela defesa. As perguntas podem ser feitas diretamente às testemunhas, não passando pelo Juiz, que, no entanto, exercerá o poder de polícia, filtrando as perguntas impertinentes, repetitivas e formuladas de modo a induzir a resposta.

O Jurado pode perguntar, porém a sua pergunta passa pelo filtro do Juiz. Ele pergunta por intermédio do Juiz, que é o fiscal das partes.

Posteriormente o acusado é interrogado.

Não há o empréstimo de jurados para compor o mínimo de 15.

Na recusa peremptória de jurados o Juiz pergunta primeiro para o Defensor e depois para o Ministério Público.



Havendo dois réus ou mais, com advogados distintos, os mesmos devem se entender sobre qual deles vai aceitar ou recusar os jurados. O julgamento não é mais separado.

São necessários no mínimo sete jurados para compor o Júri. Em caso de estouro de urna (menos de 7 jurados) o Júri não é instalado (arts. 469 e 471).

Pela nova lei podem ser lidas em plenário cartas precatórias, provas cautelares vindas da fase investigativa, prova antecipada e não repetível, (ex: uma testemunha que já morreu).

Artigo 473, § 3º: As partes e os jurados poderão requerer aca-reações, reconhecimento de pessoas e coisas e esclarecimento dos peritos, bem como a leitura de peças que se refiram, exclusivamente, às provas colhidas por carta precatória e às provas cautelares, antecipadas ou não repetíveis.

A algema somente será colocada no réu quando absolutamente necessário (art. 474, § 3º).

O interrogatório do acusado é o último dos atos, contrariamente ao antigo procedimento, podendo-se excepcionalmente proceder-se a leitura de alguma peça.

Art. 474. A seguir será o acusado interrogado, se estiver presente, na forma estabelecida no Capítulo III do Título VII do Livro I deste Código, com as alterações introduzidas nesta Seção.

§ 1º O Ministério Público, o assistente, o querelante e o defensor, nessa ordem, poderão formular, diretamente, perguntas ao acusado.

§ 2º Os jurados formularão perguntas por intermédio do juiz presidente.

§ 3º Não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes.

Os debates serão nessa ordem e com esse tempo: 1h30min para a acusação; 1h30min para a defesa; 1h para a réplica e 1h para a tréplica.

Art. 477. O tempo destinado à acusação e à defesa será de uma hora e meia para cada, e de uma hora para a réplica e outro tanto para a tréplica.

§ 1º Havendo mais de um acusador ou mais de um defensor, combinarão entre si a distribuição do tempo, que, na falta de acordo, será dividido pelo juiz presidente, de forma a não exceder o determinado neste artigo.

§ 2º Havendo mais de 1 (um) acusado, o tempo para a acusação e a defesa será acrescido de 1 (uma) hora e elevado ao dobro o da réplica e da tréplica, observado o disposto no § 1º deste artigo.

Art. 478. Durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências:

I – à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado;

II – ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento, em seu prejuízo.

Art. 479. Durante o julgamento não será permitida a leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, dando-se ciência à outra parte.

Parágrafo único. Compreende-se na proibição deste artigo a leitura de jornais ou qualquer outro escrito, bem como a exibição de vídeos, gravações, fotografias, laudos, quadros, croqui ou qualquer outro meio assemelhado, cujo conteúdo versar sobre a matéria de fato submetida à apreciação e julgamento dos jurados.

Art. 480. A acusação, a defesa e os jurados poderão, a qualquer momento e por intermédio do juiz presidente, pedir ao orador que indique a folha dos autos onde se encontra a peça por ele lida ou citada, facultando-se, ainda, aos jurados solicitar-lhe, pelo mesmo meio, o esclarecimento de fato por ele alegado.

§ 1º Concluídos os debates, o presidente indagará dos jurados se estão habilitados a julgar ou se necessitam de outros esclarecimentos.

§ 2º Se houver dúvida sobre questão de fato, o presidente prestará esclarecimentos à vista dos autos.

§ 3º Os jurados, nesta fase do procedimento, terão acesso aos autos e aos instrumentos do crime se solicitarem ao juiz presidente.

### Quesitos:

Art. 482. O Conselho de Sentença será questionado sobre matéria de fato e se o acusado deve ser absolvido.

Parágrafo único. Os quesitos serão redigidos em proposições afirmativas, simples e distintas, de modo que cada um deles possa ser respondido com suficiente clareza e necessária precisão. Na sua elaboração, o presidente levará em conta os termos da pronúncia ou das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação, do interrogatório e das alegações das partes.(NR)

Art. 483. Os quesitos serão formulados na seguinte ordem, indagando sobre:

- I – a materialidade do fato;
- II – a autoria ou participação;
- III – se o acusado deve ser absolvido;
- IV – se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa;
- V – se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação.

§ 1º A resposta negativa, de mais de 3 (três) jurados, a qualquer dos quesitos referidos nos incisos I e II do caput deste artigo encerra a votação e implica a absolvição do acusado.

§ 2º Respondidos afirmativamente por mais de 3 (três) jurados os quesitos relativos aos incisos I e II do caput deste artigo será formulado quesito com a seguinte redação:

O jurado absolve o acusado?

§ 3º Decidindo os jurados pela condenação, o julgamento prossegue, devendo ser formulados quesitos sobre:

- I – causa de diminuição de pena alegada pela defesa;
- II – circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena, reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação.

§ 4º Sustentada a desclassificação da infração para outra de competência do juiz singular, será formulado quesito a respeito, para ser respondido após o 2º (segundo) ou 3º (terceiro) quesito, conforme o caso.

§ 5º Sustentada a tese de ocorrência do crime na sua forma tentada ou havendo divergência sobre a tipificação do delito, sendo este da competência do Tribunal do Júri, o juiz formulará quesito acerca destas questões, para ser respondido após o segundo quesito.

§ 6º Havendo mais de um crime ou mais de um acusado, os quesitos serão formulados em séries distintas. (NR)

Art. 484. A seguir, o presidente lerá os quesitos e indagará das partes se têm requerimento ou reclamação a fazer, devendo qualquer deles, bem como a decisão, constar da ata.

Parágrafo único. Ainda em plenário, o juiz presidente explicará aos jurados o significado de cada quesito.

A autoria e a materialidade são questionadas em quesitos separados. A materialidade é o primeiro quesito.

Questões atenuantes e agravantes não são mais quesitadas.

As qualificadoras devem ser votadas em separado. Cada uma corresponde a uma pergunta.

Sustentada a tese da negativa de autoria, ela é respondida no segundo quesito. Se a autoria for negada o julgamento acaba, ficando o resto prejudicado.

A tese desclassificatória é quesitada após o segundo quesito e antes do terceiro, ou seja, após o reconhecimento da autoria. Previsão legal.

A tentativa também é colocada logo após a pergunta da autoria. Exemplo: “Assim agindo fulano de tal deu inicio a um delito que não se consumou por circunstâncias alheias a sua vontade?” Art. 483, § 5º.

O protesto por novo júri acabou.

A defesa não pode inovar na tréplica.

Se o réu não comparecer ao plenário ele não será interrogado.

As teses de defesa deverão constar da ata de julgamento, porque a inquirição ao júri sobre elas não é obrigatória.

Finalmente, a Lei n. 11.900/09, até então a última das reformas já realizadas ao CPC de 1941, está a disciplinar, nos arts. 185 e 222, o interrogatório do réu preso e a prática de outros atos processuais que envolvam pessoas presas, como acareação, reconhecimento de pessoas e coisas e inquirição de testemunhas ou tomada de declarações do ofendido, por meio da videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, para atender as finalidades elencadas nos itens I, II e IV, § 2º, art.185.

Tudo será realizado em sala reservada e fiscalizada.

Contudo, só será possível a realização dos atos acima mencionados se não houver segurança no presídio para o juiz, membro do Ministério Público, auxiliares da justiça e defensor do réu.

Se estas formas não forem passíveis de realização, o réu será requisitado e apresentado em juízo.

As outras pessoas, presas fora da comarca, serão ouvidas por meio da expedição de Carta Precatória.

Estas são, de um modo geral, as mais relevantes modificações introduzidas no CPC, e espero ter contribuído com este artigo, para o estudo e a reflexão em torno do tema, por todos os envolvidos na área e no campo do direito como um todo, especificamente por aqueles dedicados ao estudo do direito penal e processual penal.

Belo Horizonte, 17 de junho de 2009.



# 3

## MUNICÍPIOS E A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA

**Armando Ghedini Neto**

### 1. INTRODUÇÃO

Uma das características do Registro de Imóveis diz respeito à publicidade e segurança jurídica dada aos proprietários e prováveis adquirentes de imóveis. Ocorre que nem sempre todos os princípios e regras relativas à matéria são observados, causando inúmeras irregularidades fundiárias.

Durante certo período essas irregularidades foram ignoradas. Contudo, com o desenvolvimento da sociedade, o crescente processo de urbanização e a evolução das cidades, tornou-se impossível fechar os olhos a estes problemas.

O presente estudo tem por escopo salientar a importância dada à propriedade pela Constituição da República, elevando, via de consequência, o valor do registro de imóveis. Também serão apontadas algumas anomalias existentes, bem como as possíveis soluções a cada uma delas.

### 2. A PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA E O REGISTRO

A cidade é uma projeção da própria sociedade em um espaço físico, ocasionando uma multiplicidade de relações, obrigações e deveres por parte dos poderes públicos e dos particulares, de modo a proporcionar um amplo desenvolvimento e proteção dos direitos individuais

e sociais, da dignidade da pessoa humana, dos valores democráticos e ambientais.

O assunto envolvendo as cidades está intimamente relacionado ao direito de propriedade, sendo necessário, ao mesmo tempo, distinguir e relacionar a propriedade privada ao espaço e ao domínio público.

Sem dúvida, um dos temas jurídicos mais importantes está relacionado à propriedade, que é considerada o mais amplo dos direitos reais e possibilita ao seu titular, nos termos do art. 1.228, do Código Civil, a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

O constitucionalismo contemporâneo busca uma ordem social mais justa, democrática e solidária, fazendo com que a propriedade fique permeada de novos valores, notadamente sociais, afastando-se o individualismo anteriormente existente.

Neste diapasão, o art. 5º, XXII, da Constituição da República, garante o direito de propriedade, dispondo, ainda, no inciso XXIII, que esta atenderá a sua função social.

Função social foi introduzida na legislação pátria como uma cláusula geral, permitindo uma influência ininterrupta dos valores sociais, de modo a mantê-la sempre atualizada. Tal conceito por ser impreciso e vago tem gerado inúmeras interpretações.

José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 273) leciona com maestria que a função social se configura como expressão de conteúdo indeterminado e plurissignificativo, eis que passível de diversas valorações em relação a idênticos fatos sociais, dependendo de quem está interpretando. Segundo ele, essa imprecisão conceitual reclama delineamento mais exato no intuito de propiciar uma concreta execução das disposições contidas na Constituição da República.

Diversamente, Eduardo Tomasevicius Filho (2003, p. 37) sustenta que se podem classificar os bens em de consumo e de produção. Ressalta que os bens de produção são as fontes de riqueza de uma sociedade, enquanto os bens de consumo são destinados ao uso do seu proprietário. Segundo ele, somente os bens de produção têm por obrigação exercer uma função social, vinculando uma coisa ao interesse coletivo.



Em outros incisos o constituinte demonstrou claramente a sua intenção de proteger o direito de propriedade, dizendo que a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento (art. 5º, inciso XXVI, da Constituição da República).

Excepcionou a regra nos incisos XXIV e XXV, do art. 5º, ao prever que a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, bem como a utilização da propriedade particular pela autoridade competente no caso de iminente perigo público.

Tais disposições estão inseridas no Capítulo I, Título II, da Constituição da República, que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos, motivo pelo qual devem ser amplamente protegidos contra quaisquer tipos de violações, seja por parte de particulares, seja por parte do próprio poder público.

É que, aos direitos individuais, deve-se dar interpretação extensiva, de modo a protegê-los e garanti-los o máximo possível, não se admitindo restrições, a não ser aquelas estabelecidas expressamente no próprio texto constitucional.

Lado outro, segundo art. 6º, da Carta Magna, a moradia é um direito social, que inegavelmente tem relação direta com a propriedade dos bens imóveis.

Já o art. 170, II e III, da Constituição da República, estabelece que são princípios da ordem econômica a propriedade privada e a função social da propriedade.

Por sua vez, o art. 182, e seus incisos, do mesmo texto normativo, ao dispor sobre a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público Municipal, impõe como objetivo se ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, elevando o plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, a instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana, dizendo ainda, que a propriedade urbana cumprirá sua função social quando atender às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

Ressalte-se, por oportuno, que os Entes Federados se beneficiam diretamente dos bens imóveis, seja na qualidade de proprietários, seja como instituidores e cobradores de impostos, *ex vi* dos arts. 20, 153, VI, arts. 155, I, 156, I e II, todos da Constituição da República.

Dessas considerações, verifica-se a relevância dada pela Constituição à proteção da propriedade, devendo os particulares bem como o Estado, não só resguardá-la, como promover atos que potencializem a sua ampla utilização.

Já de outra feita, o Código Civil Brasileiro, em seu art. 1245, dispõe que a propriedade dos bens imóveis se transfere, entre vivos, mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis. Demais disso, o § 1º desse artigo é no sentido de que, enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel.

Vê-se desse dispositivo que não basta o contrato para a aquisição, sendo necessário o registro imobiliário. Com isso, busca-se o direito de se opor o título de domínio contra terceiros.

O procedimento do registro está previsto na Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015, de 1973) e se caracteriza por ser um ato translativo de propriedade ou de constituição de ônus reais, correspondendo a todos os acontecimentos envolvendo referido imóvel. Ressalte-se que os requisitos do registro estão dispostos no art. 176, § 1º, III, da Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015, de 1973) e são: a data, o nome, o domicílio e nacionalidade do transmitente ou do devedor, do adquirente, ou credor, e demais dados aptos a qualificá-lo; o título da transmissão ou do ônus; a forma do título, sua procedência e caracterização; o valor do contrato, da coisa ou da dívida, prazo desta, condições e mais especificações, inclusive os juros, se houver.

Ressalte-se que o registro do imóvel é antecedido pela matrícula, que nada mais é do que a descrição do imóvel, alcançando-se a sua individualização. Os requisitos da matrícula, segundo o art. 176, § 1º, II, da Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015, de 1973), são: o número de ordem, que seguirá ao infinito; a data; a identificação do imóvel, feita mediante indicação de suas características e confrontações, localização, área e denominação, se rural, ou logradouro e número, se urbano, e sua designação cadastral, se houver; a identificação do imóvel, que

será feita com indicação se rural, ou se urbano; o nome, domicílio e nacionalidade do proprietário, bem como outros dados capazes de qualificá-lo; o número do registro anterior.

O registro difere da averbação, na medida em que esta se destina aos atos modificativos da situação física do imóvel e posteriores ao registro como, por exemplo, o cancelamento, a extinção dos ônus e direitos reais, a mudança de denominação e de numeração dos prédios, da edificação, da reconstrução, da demolição, do desmembramento e do loteamento de imóveis, das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade impostas a imóveis, bem como da constituição de fideicomisso. A averbação está prevista no art. 167, da Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015, de 1973).

Feitas essas considerações, e analisando a questão sob outro ângulo, pode-se afirmar que muitas irregularidades são ocasionadas por três fatores, a saber: I) ocupação de terrenos pertencentes à municipalidade em virtude de contratos de compra e venda irregulares, ou simplesmente por concessão de alvarás para construção sem que se procedesse à observância dos requisitos legais; II) constituição de loteamentos irregulares, também sem a existência dos requisitos previstos na Lei n. 6.766, de 1973, com a venda de lotes a diversas pessoas; finalmente, III) pela existência de matrículas imobiliárias que têm por objeto uma fração ideal dentro de um todo maior, devido ao não cancelamento da matrícula originária e à abertura de novas matrículas.

Estas irregularidades não proporcionam ao registro imobiliário a segurança necessária, eis que os imóveis não estão perfeitamente individualizados, não se sabendo realmente as suas dimensões e a quem pertencem.

Sendo constatadas tais anormalidades, o oficial do registro imobiliário deve oficiar ao diretor do foro, o que ocasiona o bloqueio da matrícula.

É que, o Oficial do Registro de Imóveis não pode proceder ao registro da compra e venda ou de outros negócios jurídicos que tenham por objeto imóveis em situações irregulares, sob pena de responsabilidade civil, administrativa e penal, *ex vi* do art. 52, da Lei n. 6.766, de 1979, art. 22 e art. 23, ambos da Lei n. 8.935, de 1994.

Tais bloqueios inviabilizam o registro e conseqüentemente o comércio seguro de imóveis. Como decorrência, não se pode receber incentivos fiscais resultantes de convênios com os governos Federal e Estadual visando melhorias na habitação do município. Investimentos privados deixam de ser feitos ocasionados pela impossibilidade da aquisição dos bens imóveis ou eventual constituição de direitos reais em garantia. Imobiliárias e corretores de imóveis ficam com seu trabalho inviabilizado em relação a tais imóveis. A construção civil também fica com a demanda reduzida, diminuindo a oferta de trabalho dos profissionais atuantes nessa área.

Daí se pode concluir que alguma solução deve ser dada, visando suprir as irregularidades encontradas, de modo a permitir o normal processo de desenvolvimento das cidades.

### **3. OCUPAÇÃO DE TERRENOS PERTENCENTES À MUNICIPALIDADE**

José dos Santos Carvalho Filho (2006, p. 939) conceitua bens públicos como:

(...) todos aqueles que, de qualquer natureza e a qualquer título, pertençam às pessoas jurídicas de direito público, sejam elas federativas, como a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, sejam da Administração descentralizada, como as autarquias, nestas incluindo-se as fundações de direito público e as associações públicas.

Bens públicos se dividem, segundo o art. 99, do Código Civil Brasileiro, em bens de uso comum, de uso especial e dominiais ou dominicais.

Ressalte-se, por oportuno, que os bens públicos não pertencem à determinada categoria de forma imutável, podendo passar de uma categoria a outra em virtude da sua afetação ou desafetação a determinado fim público.

O art. 100, do Código Civil Brasileiro, dispõe que os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar. Por sua vez, o art. 101, do mesmo Código, é no sentido de que os bens

públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei.

Nos termos dos citados artigos, os bens dominicais, diversamente dos de uso comum do povo e dos de uso especial, por pertencerem à categoria dos bens patrimoniais disponíveis, podem ser alienados, respeitadas, é claro, as condições legais.

A alienação de bens imóveis da Administração Pública, nos termos do art. 17 da Lei n. 8.666, de 1993, subordina-se à existência dos seguintes requisitos: interesse público devidamente justificado, avaliação prévia, autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e de licitação na modalidade de concorrência.

É certo que a regra é de que a Administração Pública mantenha em seu patrimônio os seus bens. Contudo, em determinadas e excepcionais situações, a alienação pode ser conveniente e até mesmo vantajosa.

Com essas considerações, verifica-se que, a princípio, as alienações dos imóveis públicos sem os requisitos legais seriam todas nulas, acarretando ainda ao gestor público diversas consequências, tais como os crimes previstos no art. 89 da Lei n. 8.666, de 1993, no art. 1º, X, do Dec.-lei 201, de 1967, bem como ato de improbidade administrativa estabelecido no art. 10, I, III, IV e VIII, da Lei n. 8.429, de 1992.

Não é incomum se deparar com inúmeras irregularidades envolvendo alienações de imóveis públicos, criando-se um grande problema fundiário, na medida em que os particulares, de boa ou má-fé, passam a ocupar os bens adquiridos, construindo, revendendo, e neles se estabelecendo.

Constatada a inexistência de algum dos requisitos legais para a compra e venda, resta saber se a Administração Pública tem a obrigação de anular o ato, ou se pode mantê-lo, deixando que produza seus efeitos.

Existem aqueles (MEIRELES, Hely Lopes *apud* CARVALHO FILHO, José dos Santos, 2006, p. 134) que entendem que, verificada a ilegalidade, haverá sempre a obrigação de anular o ato, em respeito ao princípio da legalidade estrita. Outros (OLIVEIRA, Régis Fernandes

de, 1978, p. 124; FAGUNDES, Seabra, 1979, p. 52; MUKAI, Toshio, 1999, p. 229, *apud* CARVALHO FILHO, José dos Santos, 2006, p. 134), contudo, afirmam que a Administração terá a opção entre a invalidação ou a manutenção do ato, observando-se a prevalência do interesse público.

Preferimos acompanhar o entendimento de José dos Santos Carvalho Filho, para o qual nenhuma das correntes doutrinárias está correta. Segundo o citado autor (2006, p. 134) a regra geral é aquela de que o ato ilegal deve ser anulado pelo administrador, eis que a Administração se rege pelo princípio da legalidade. Contudo, em determinadas momentos, poderão surgir situações que acabem por conduzir a Administração a manter o ato inválido como única atitude viável.

Ainda de acordo com José dos Santos Carvalho Filho (2006, p. 135):

(...) se essa deve ser a regra geral, há que se reconhecer que, em certas circunstâncias especiais, poderão surgir situações que acabem por conduzir a Administração a manter o ato inválido. Nesses casos, porém, não haverá escolha discricionária para o administrador, mas a única conduta jurídica viável terá que ser a de não invalidar o ato e deixá-lo subsistir e produzir seus efeitos.

Tais situações consistem em verdadeiras limitações ao dever de invalidação dos atos e podem apresentar-se sob duas formas: 1) o decurso do tempo; 2) consolidação dos efeitos produzidos.

(...)

Haverá limitação, ainda, quando as conseqüências jurídicas do ato gerarem tal consolidação fática que a manutenção do ato atenderá mais ao interesse público do que a invalidação.

Também se deve atentar que o princípio da segurança jurídica visa impedir que determinadas situações permaneçam eternamente instáveis, de modo a provocar incerteza nas pessoas.

Caso a opção fosse anular as alienações, provavelmente ocorreria um grande problema social, na medida em que os compradores perderiam o suposto direito de propriedade sobre os bens, gerando para a pessoa jurídica de direito público o poder-dever de reaver os imóveis públicos indevidamente ocupados, ocasionando um sério problema de moradia.

Também estariam sendo prejudicadas as finanças públicas, já que com a volta do bem ao patrimônio público, o valor pago deveria ser devidamente restituído ao comprador, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração.

Por fim, tal anulação ocasionaria fatalmente uma crise política, decorrente da falta de credibilidade da população nos atos governamentais, insegurança na aquisição de outros bens, e até mesmo na efetivação de investimentos.

Nessa hipótese, entende-se que a anulação traria um prejuízo ao interesse público primário muito maior do que a manutenção do ato.

Entretanto, por mais que a situação esteja consolidada, e que os prejuízos morais, sociais, econômicos e políticos imponham a prevalência do ato que autorizou a compra e venda, entende-se que não se pode permitir que o patrimônio público seja dilapidado por preço vil.

Obtempere-se que o preço da aquisição deve ser compatível com o da avaliação. Caso tenha sido pago valor inferior e desproporcional, deve o adquirente complementar a quantia, de modo a não se locupletar em prol da Administração Pública.

Quanto à autorização legislativa, embora a regra seja a de que ela deva ser anterior, e dada à excepcionalidade do fato, e buscando justamente a regularização, entende-se que pode ser posterior, referendando a situação.

Note-se que o art. 17, *f*, da Lei n. 8.666, de 1993, dispensa a licitação nos casos de alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública.

Regularização Fundiária é uma intervenção pública promovida pelos entes federativos, que objetiva legalizar a permanência das populações moradoras de áreas ocupadas em desconformidade com a lei para fins de habitação, implicando na segurança da posse, bem como em melhorias na qualidade de vida da população beneficiária.

Diga-se, por oportuno, que o art. 2º, do Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257, de 2001), estabelece que a política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as diretrizes gerais, dentre as quais se destacam a garantia do direito a cidades sustentáveis, o planejamento do desenvolvimento das cidades, e a regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação considerados a situação socioeconômica da população e as normas ambientais.

Assim, conclui-se que aquelas situações de ocupação em virtude de aquisição já devidamente consolidadas pelo tempo e pelas circunstâncias, podem ser regularizadas por meio de legislação específica de cada Ente Federado sobre o tema, e desde que haja o pagamento de um preço compatível com a avaliação, ou sua devida complementação.

A título de exemplo cite-se que o Município de Belo Horizonte, no art. 7º, VII, c/c arts. 31, VI, VII, VIII, XIII, c/c art. 42, II, c/c art. 57, da Lei n. 7.165, de 1996, previu expressamente a possibilidade de regularização fundiária, dispondo especificamente na Lei n. 7.166, de 1996, sobre condições para parcelamento, ocupação e uso do solo urbano no município. Por fim estabeleceu na Lei n. 9.074, de 2005, sobre a regularização de parcelamentos do solo e de edificações no município. Do mesmo modo procedeu o Município de Ipatinga, no art. 1º, da Lei n. 1518/1997.

Cumpridas todas estas exigências, o Ente Federado providenciará a regularização do imóvel no Cartório de Registro de Imóveis através do instrumento de compra e venda.

Frise-se que o art. 213, § 15, da Lei n. 6.015, de 1973, estabelece que não são devidos custas ou emolumentos notariais ou de registro decorrentes de regularização fundiária de interesse social a cargo da administração pública.

Destarte, esclareça-se que não se trata de uma faculdade do Município, mas sim de uma obrigação, já que a ele cabe legislar e agir especificamente para regularizar a situação urbanística em seu território.

Caso assim não proceda, e em observância aos arts. 1º e 4º da Lei n. 7.347, de 1985, poderá o Ministério Público, ou os demais legitima-



dos, ajuizarem ação civil pública visando compelir o Município a agir e a responsabilizar a autoridade omissa.

#### **4. LOTEAMENTOS IRREGULARES**

A constituição de loteamentos de forma irregular com a venda de lotes a diversas pessoas é outra situação ocorrida com frequência em diversos municípios.

Tal situação se dá em virtude de muitos dos loteamentos terem sido feitos em datas em que não estava em vigor a legislação que regulava a matéria, da falta de conhecimento de alguns dos registradores, bem como da ausência de fiscalização do Poder Público.

O loteamento é um outro componente do processo de urbanização e se caracteriza por ser um conjunto de lotes destinados à venda e à edificação urbana. Nele coexistem interesses particulares e públicos.

A Lei n. 6.766, de 1979, dispõe sobre parcelamento do solo urbano, estabelecendo no seu artigo 6º que compete aos Municípios definir as diretrizes para o uso do solo, traçado dos lotes, do sistema viário, dos espaços livres e das áreas reservadas para equipamento urbano e comunitário. Os Municípios devem aprovar previamente os projetos de loteamentos e/ou desmembramentos (art. 12), acompanhando, ainda, a implementação das obras de infraestrutura do empreendimento.

Verifica-se, assim, a imposição da efetiva participação do Poder Público na fiscalização da regularidade do loteamento, primando pelo atendimento do interesse público. Neste sentido, Rogério Gesta Leal (2003, p. 196) sustenta que a atividade da Administração Pública não se restringe à aprovação do projeto de loteamento ou de desmembramento, devendo, ainda, exercitar seu poder de polícia para assegurar o respeito às disposições legais consectárias.

Ressalte-se que somente com a aprovação do Município e o registro no Cartório de Registro de Imóveis pode-se considerar como regular o parcelamento do solo.

O art. 52, da Lei n. 6.766, de 1973, proíbe o registro de loteamentos ou desmembramentos não aprovados pelos órgãos competentes. Já o art. 37, da mencionada lei, veda a venda ou promessa de venda de parcela de loteamento ou desmembramento não registrado.

Nos termos do art. 38, da Lei n. 6.766, de 1973, verificado que o loteamento ou desmembramento não se acham registrados ou regularmente executados, deverá o adquirente do lote suspender o pagamento das prestações restantes e notificar o loteador para suprir a falta. Frise-se que o Município e o Ministério Público poderão promover ao loteador a notificação prevista no citado artigo.

De outra feita, o art. 40, da Lei n. 6.766, de 1973, estabelece que o Município, se desatendida pelo loteador a notificação prevista no art. 38, poderá regularizar o loteamento ou desmembramento não autorizados ou executados sem observância das determinações do ato administrativo de licença, para evitar lesão aos seus padrões de desenvolvimento urbano e na defesa dos direitos dos adquirentes de lotes.

Note-se que o loteador, ou qualquer pessoa física ou jurídica que se beneficiou, de qualquer forma, do loteamento ou desmembramento irregulares, será solidariamente responsável pelos prejuízos por ele causados aos compradores de lotes e ao Poder Público (art. 47, da Lei n. 6.766, de 1973), ainda que já tenham vendido todos os lotes (Art. 45, da Lei n. 6.766, de 1973).

Regularizado o loteamento ou desmembramento pelo Município, o adquirente do lote, comprovando o depósito de todas as prestações do preço avençado, poderá obter o registro de propriedade do imóvel em questão.

Tais medidas não são de utilização discricionária pela Administração Pública, constituindo uma obrigação do Poder Público, visando evitar lesão aos seus padrões de desenvolvimento urbano, sem prejuízo das sanções criminais aplicáveis aos responsáveis pela ilegalidade. Essa ação suprirá a inexistência de aprovação do projeto.

É importante ser frisado que o Município, sendo parte integrante da estrutura da organização político-administrativa da República Federativa do Brasil, deve priorizar a efetivação dos princípios e objetivos estabelecidos na Carta Magna, no âmbito municipal, e em seu espaço territorial, buscando reformas e ações concretas e efetivas no sentido do atingimento do bem-estar social e do completo desenvolvimento das cidades.

Falando especificamente sobre o tema Rogério Gesta Leal (2003, p. 202/203) salienta a obrigatoriedade da regularização:

Ocorre que, considerando-se as particularidades dos interesses sociais envolvidos no parcelamento do solo urbano, e tendo em vista a indispensável preservação dos padrões de desenvolvimento urbano e a defesa dos direitos dos adquirentes de lotes, o Poder Executivo, em razão do princípio da indisponibilidade do interesse público *deve* promover a regularização do parcelamento, até porque inadmissível se admitir a transigência da Administração para renunciar à regularização, motivo por que alguns doutrinadores e a própria jurisprudência vêm entendendo não ser mera faculdade o que a lei determina, apesar de se falar em *poder*.

Nesse diapasão, caso o Município não promova a regularização dos loteamentos, incorre em omissão, fazendo surgir a possibilidade de utilização da ação civil pública por parte do Ministério Público.

É sabido que o *Parquet* tem legitimidade ativa para proteção de situações envolvendo a ordem urbanística, *ex vi* do art. 1º, IV, c/c art. 4º, c/c art. 5º, I, ambos da Lei n. 7.347, de 1985. Para tanto pode celebrar termos de ajustamento de conduta e propor ações civis públicas.

Obtempere-se que o Município que promover a regularização do loteamento poderá obter judicialmente do loteador o ressarcimento das importâncias despendidas com equipamentos urbanos ou expropriações necessárias para regularizar o loteamento ou desmembramento.

Procedendo desse modo, estar-se-á promovendo a regularização do espaço urbano, otimizando a função social da cidade sem, contudo, causar prejuízos ao erário, garantindo-se, assim, o efetivo atendimento ao interesse público.

## **5. MATRÍCULAS IMOBILIÁRIAS QUE TÊM POR OBJETO UMA FRAÇÃO IDEAL DENTRO DE UM TODO MAIOR (DEVIDO AO NÃO CANCELAMENTO DA MATRÍCULA ORIGINÁRIA E A ABERTURA DE NOVAS MATRÍCULAS)**

Outro grande problema fundiário se refere às frações ideais de imóveis dentro de um todo maior, ocasionando incerteza quanto à correta delimitação do terreno. Os proprietários destas frações de terra são condôminos.

A existência do condomínio é uma exceção ao princípio da exclusividade que estabelece que a propriedade somente possa pertencer a uma pessoa.

Lado outro, o próprio ordenamento jurídico autoriza que cada condômino possa, sem o consentimento dos demais, vender ou dar em garantia a sua fração ideal no terreno (arts. 1.314 e 1.420, § 2º, do Código Civil Brasileiro).

Ocorre que inúmeras dúvidas são suscitadas, acarretando, conseqüentemente, o bloqueio de diversas matrículas.

Para a solução do problema bastaria que os condôminos se dirigissem ao Cartório de Registro de Imóveis, e, de comum acordo, solicitassem o cancelamento da matrícula originária, com a conseqüente abertura de tantas matrículas novas quantos fossem os proprietários. Contudo, lembre-se que deve ser respeitado o módulo urbano ou rural e feita a medição por meio do georreferenciamento nos casos exigidos pelo art. 176, § 3º, da Lei n. 6.015, de 1973.

O art. 213, § 9º, da mencionada lei, é no sentido de que independentemente de retificação, dois ou mais confrontantes poderão, por meio de escritura pública, alterar ou estabelecer as divisas entre si e, se houver transferência de área, com o recolhimento do devido imposto de transmissão e desde que preservadas, se rural o imóvel, a fração mínima de parcelamento e, quando urbano, a legislação urbanística.

Note-se que inúmeros proprietários não se interessam pela regularização desses terrenos, eis que não lhes trará nenhum proveito imediato, além dos custos cartorários para o atingimento da regularização e do pagamento do georreferenciamento a ser elaborado por um perito.

Caso não haja acordo, as ações de divisão e usucapião podem ser utilizadas para a solução do impasse. Não se pode esquecer de que são procedimentos demorados e dispendiosos.

Em todas estas hipóteses, novamente se estaria esperando que o particular tomasse a iniciativa da regularização e no momento que bem lhe aprouvesse.

Conforme já ressaltado, o art. 5º, XXII e XXIII, da Constituição da República, garante o direito de propriedade, desde que atendida a sua função social. Mais adiante, prevê no arts. 22, I, e 24, I, que com-

pete privativamente à União legislar sobre direito civil e sobre normas gerais do direito urbanístico.

Já o art. 182 da Constituição da República, estabelece que a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, elevando o plano diretor a instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

Por sua vez, o art. 182, § 2º, da mesma norma, ao prever que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, afirma que o direito de propriedade não é absoluto, mas condicionado à função social.

Mencionado artigo, no entendimento de José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 273), objetivou o sentido de função social, de forma que a propriedade estará assegurada se guardar compatibilidade com os parâmetros traçados no plano diretor.

Segundo Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (*apud* CARVALHO FILHO, José dos Santos, 2009, p. 273) a função social é, assim, “a linha limítrofe entre a garantia, ou não, do direito de propriedade”.

Sobre o assunto Toshio Mukai (*apud* CARVALHO FILHO, José dos Santos, 2009, p. 273), leciona que:

(...) não há dúvida de que, diante de tais parâmetros, é certo afirmar que o plano diretor ‘passa a ser um instrumento legal que, até certo ponto, pode mesmo adentrar o direito de propriedade, pois, para tornar efetiva a sua função que hoje compõe o próprio direito de propriedade, pode impor obrigações de fazer e de não fazer e, ainda, dentro de certos limites que não extrapolam os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, impor obrigações de dar’.

Em consonância com o art. 182, da Constituição da República, o Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257, de 2001), em seu art. 39, prevê que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. Do mesmo modo, o art. 40 reza que o plano diretor, aprovado

por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana.

O Estatuto da Cidade coloca como uma de suas diretrizes gerais a simplificação da legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo e das normas edilícias, buscando permitir a redução dos custos e o aumento da oferta dos lotes e unidades habitacionais (art. 2º, XV).

Diga-se, por oportuno, que a referida lei, em seu art. 4º, III, *a*, *b*, *c*, *g* e *h*, e IV, *a*, *b* e *c*, dispõe que serão utilizados, entre outros instrumentos, o planejamento municipal, em especial o plano diretor, a disciplina do parcelamento, do uso e da ocupação do solo, o zoneamento ambiental, os planos, programas e projetos setoriais, os planos de desenvolvimento econômico e social. Como institutos tributários e financeiros estão criados o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana – IPTU, a contribuição de melhoria e os incentivos e benefícios fiscais e financeiros.

Já no art. 4º, inciso V, *i*, *p*, e *q*, (Lei n. 10.257, de 2001) há previsão, dentre outros institutos jurídicos e políticos, de desapropriação, parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, operações urbanas consorciadas e regularização fundiária.

O art. 182, § 4º, da Constituição da República, faculta ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, entre outras sanções, do parcelamento compulsório. Essas providências procuram ajustar a propriedade privada ao bem-estar social.

Para tanto deverá ser incluído o imóvel no plano diretor e elaborada uma lei municipal específica contendo a referida área. É de ser ressaltando que as áreas a serem incluídas devem ser escolhidas pelos Municípios, não se podendo incluir toda a cidade na referida lei, sob pena de se ferir o princípio da razoabilidade.

O parcelamento do solo ocorre quando se procede a sua subdivisão, em partes iguais ou não, resultando daí outros imóveis autônomos em substituição à área total e agora parcelada.

O parcelamento do solo pode ser feito por meio de loteamento ou de desmembramento. O loteamento já foi devidamente comentado no item anterior, motivo pelo qual deixamos de nos manifestar novamente.

No desmembramento há o aproveitamento do sistema viário já implantado, executando-se apenas a divisão do lote, o que não ocorre no loteamento, eis que se torna necessária a abertura de vias de circulação, logradouros públicos e de áreas *non aedificandi*.

No parcelamento compulsório não se faz presente o elemento volitivo do proprietário, imputando uma conotação de penalidade àqueles donos de imóveis em dissonância com o plano diretor.

Com respeito às opiniões em contrário, entende-se que a função social da propriedade estará sendo atendida com a regularização das matrículas dos referidos imóveis.

Não se pode admitir que um proprietário, egoisticamente, se recuse a proceder ao desmembramento de um imóvel irregular, prejudicando diversos outros indivíduos.

Esperar que as pessoas diretamente interessadas tomem a iniciativa é postergar o problema e manter a situação irregular.

Lado outro, considerar que a função social somente se aplica aos bens de produção é reduzir drasticamente o seu alcance e tornar inócuas e vazias todas as normas e institutos criados no Estatuto da Cidade, na Constituição da República e em diversas outras leis. Estar-se-á privilegiando o individualismo desarrazoado e relegando o bem-estar coletivo a um segundo plano.

José Afonso da Silva (2008, p. 78/79) considera que a Constituição da República acolheu a doutrina de que a propriedade urbana é um típico conceito do direito urbanístico e afirma, citando Spantigatti, que:

(...) a função social da propriedade urbana ‘constitui um equilíbrio entre o interesse privado e o interesse público que orienta a utilização do bem e predetermina seus usos, de sorte que se pode obter, nos modos de vida e nas condições de moradia dos indivíduos, um desenvolvimento pleno da personalidade. Nesta construção está claro que o interesse do indivíduo fica subordinado ao interesse coletivo por uma boa urbanização, e que a estrutura interna do direito de propriedade é um aspecto instrumental no respeitante ao complexo sistema da disciplina urbanística’.

De acordo com o mencionado autor (2008, p. 80) é o direito urbanístico que determina os princípios que dominam o regime jurídico da propriedade urbana. Para ele:

O regime jurídico da propriedade urbana tem seu lado civil, como tem seu lado administrativo e tributário. Aquele, no entanto, só diz respeito às relações civis do direito de propriedade, que geram, como vimos, um direito subjetivo do proprietário em face das demais pessoas, que têm o dever de respeitar a situação jurídica subjetiva ativa (de vantagem) do proprietário. É nesse âmbito que interferem as disposições sobre a propriedade contidas na legislação civil, inclusive as limitações de direito privado.

A regularização das matrículas atende a função social da propriedade, na medida em que coloca os imóveis em condições legais de serem transferidos, propiciando a segurança jurídica necessária ao seu registro. Assim, novamente poderão ser comercializados, com o reaquecimento do setor da construção civil, fazendo com que haja circulação de riquezas e geração de empregos. Também retornarão os investimentos públicos e privados que exijam a transmissão da propriedade.

Do mesmo modo, a correta metragem dos lotes, a existência de um sistema viário correto, com a presença de espaços públicos delimitados e as áreas *non aedificandi* são fundamentais para um aproveitamento racional e adequado.

Além disso, não se pode olvidar que estando regulares as matrículas dos imóveis se poderá controlar de forma eficaz a existência da reserva legal e via de consequência, da proteção ambiental. A defesa do meio ambiente relaciona-se diretamente aos fins sociais, na medida em que é essencial a boa qualidade de vida das pessoas do campo e da cidade.

Por isso, atendem o interesse coletivo, propiciando áreas livres dentro dos lotes, destinados a assegurar a luz e ventilação às moradias, bem como espaços para árvores e vegetação. Essas disposições relacionam-se diretamente com a paisagem das cidades, sendo parte do meio ambiente urbano.

No que tange ao sistema viário, o correto planejamento, com a construção de ruas e avenidas adequadas ao tráfego da região, a colocação de semáforos nos melhores locais, contribui para a redução do



tempo em que as pessoas utilizam para se locomoverem, permitindo que disponham de mais espaço para si e para a sua família.

Lado outro, conforme ressaltado por José Afonso da Silva (2008, p. 310): “O traçado equilibrado da cidade concorre para o equilíbrio psicológico de seus habitantes, visitantes e transeuntes”. Ao ter seu imóvel regularizado, a pessoa vincula-se afetivamente a ele, passando a realizar melhorias em sua casa. Quem mora de aluguel, ou em imóvel irregular, não investe da mesma forma que o faria se o imóvel estivesse regular ou se fosse seu, eis que ficam sempre na expectativa de que, a qualquer momento, poderá ser determinada a sua desocupação.

Ademais, dependendo da precariedade da ocupação, nem endereço a pessoa tem. Com a regularização, haverá inclusão do morador numa situação de legalidade perante o Estado, começando a se reconhecer e a ser reconhecido como titular de direitos e de deveres em questões urbanísticas.

Destarte, não pode ser esquecido que os índices mais preocupantes de criminalidade são encontrados naquelas áreas da cidade onde o nível de desorganização social é maior. Sem a infraestrutura, predomina a violência.

Sérgio Salomão Shecaira (2004, p. 162) afirma que a ausência completa do Estado dá origem a uma sensação de completa anomia, condição potencializadora para o surgimento de grupos de justiceiros, bandos armados que acabam por substituir o Estado na tarefa de controle da ordem. E continua dizendo (2004, p. 164 e 172):

Foram verificadas, pois, *áreas de delinqüência*, trechos da cidade que apresentavam índices de criminalidade mais pronunciados e que estavam ligados à degradação física, à segregação econômica, étnica, racial, às doenças etc.

(...)

Algumas propostas de restauro de fachadas de edificios antigos, melhoria de conservação dos próprios públicos, cultivo de flores em terrenos baldios de áreas ditas problemáticas de criminalidade, construção de quadras de basquete para utilização em clínicas noturnas e campeonatos de bairro, foram associadas à repressão total das mínimas faltas (pichações, danos a edificios públicos, riscos em veículos estacionados, jogar sujeira nas ruas

etc.), (...). Esta política teria reduzido em larga escala os índices de criminalidade da cidade de Nova York.

Verifica-se, portanto, que o meio ambiente urbano afeta diretamente na prática de delitos. Políticas públicas que ajudem na redução da criminalidade, obviamente, são de interesse social. Neste particular, não existe dúvidas de que a regularidade do registro permite um controle por parte do município da correta implementação das ações tomadas.

Após essas considerações, verifica-se que a regularidade das matrículas está diretamente relacionada ao atendimento e ao controle da função social pelos bens imóveis.

Conforme já ressaltado, o Estado pode atuar na propriedade privada, desapropriando, ocupando temporariamente, criando servidões administrativas, tombamentos, entre diversas outras formas, fazendo prevalecer o interesse público sobre o privado.

Assim, é perfeitamente possível que o Município, por meio do plano diretor e de lei específica, preveja o parcelamento compulsório dos imóveis urbanos que contenham um condomínio decorrente de diversas averbações na matrícula de um mesmo imóvel.

Em caso de descumprimento das condições e dos prazos previstos no parcelamento compulsório, o Município poderá proceder à aplicação do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU) progressivo no tempo, mediante a majoração da alíquota pelo prazo de cinco anos consecutivos (art. 7º, Lei n. 10.257, de 2001).

Caso tal medida não surta efeitos, e decorrido cinco anos da cobrança do IPTU progressivo sem que o proprietário tenha cumprido a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização, o Município poderá proceder à desapropriação do imóvel, com pagamento em títulos da dívida pública (art. 8º, Lei n. 10.257, de 2001).

Frise-se que nesta hipótese, e por se tratar de regularização fundiária de interesse social a cargo da administração pública, não são devidas custas ou emolumentos notariais ou de registro (art. 213, § 15º, da Lei n. 6015, de 1973).

Em relação aos imóveis rurais, o Município não pode assim atuar, eis que os impostos incidentes se destinam à União. Ademais todas

as normas acima citadas dizem respeito às cidades e ao urbanismo, excluindo-se, portanto, os imóveis rurais.

Outra solução concedida ao Poder Público seria a facilitação do processo de regularização a todos aqueles que desejarem dessa forma proceder.

Essas atitudes do Poder Público encontram respaldo no art. 32 e § 1º, do Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257, de 2001), eis que tais disposições estabelecem que a Lei municipal específica, baseada no plano diretor, poderá delimitar área para aplicação de operações consorciadas, assim considerado o conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Público municipal, com a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, com o objetivo de alcançar em uma área transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental.

A ideia deste artigo é alcançar finalidades de interesse público, em especial aquelas que não almejem o lucro, buscando melhores resultados com a união de esforços.

Nessas hipóteses devem estar presentes todos os condôminos, bem como os seus respectivos confrontantes. Também não podem as divisões ser inferiores ao módulo urbano.

Portanto, vivendo o homem em sociedade, seus direitos devem se conciliar com os do Estado, uma vez respeitada a primazia do interesse público sobre o privado, de modo a não permitir que a sua atuação individualista prejudique toda a sociedade local.

Em razão de tudo o que foi exposto, é possível que o Município, por meio do plano diretor e de lei específica, preveja o parcelamento compulsório dos imóveis urbanos que contenham um condomínio decorrente de diversas averbações em uma mesma matrícula. Caso não surta os efeitos desejados, poderá proceder à cobrança do IPTU progressivo no tempo e à desapropriação.

Destarte, caso nenhuma atitude seja tomada pelo Município, incorrerá novamente em omissão, fazendo surgir a possibilidade da utilização da ação civil pública por parte do Ministério Público, que é legitimado ativo para proteção de situações envolvendo a ordem urbanística (art. 1º, IV, c/c art. 4º, c/c art. 5º, I, ambos da Lei n. 7.347, de 1985).

## 6. CONCLUSÃO

Em razão das irregularidades existentes no registro imobiliário, não se pode ter a segurança jurídica necessária, ficando a existência da propriedade sem o devido resguardo. Essas máculas existentes no Cartório de Registro de Imóveis geraram inúmeros bloqueios, impedindo que se possam fazer quaisquer operações envolvendo imóveis.

Como decorrência, advém uma paralisação em diversos setores sociais direta e indiretamente relacionados aos empreendimentos imobiliários, ocasionando crises política, econômica e social.

O Município, como parte integrante da estrutura federativa nacional, é detentor de parcela de responsabilidade, por ser incumbido de assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça. Também deve primar pelo desenvolvimento urbano, objetivando ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

Desse modo, surge o poder-dever de atuar para ajustar as matrículas irregulares. Caso assim não o proceda, incide em evidente omissão, atraindo a aplicação de penalidades aos Administradores Públicos e dando ensejo ao manejo de ações individuais e coletivas.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao estatuto da cidade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

LEAL, Rogério Gesta. *Direito urbanístico*. São Paulo: Renovar, 2003.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *Função social da empresa*, RT/Fasc. Civ., ano 92, v. 810, abr. 2003.

# 4

## JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E PROCESSO CIVIL MODERNO

Augusto Vinícius Fonseca e Silva

### 1. INTRODUÇÃO

Este artigo originou-se de palestra por mim proferida em 17/4/09, a convite do egrégio Conselho de Supervisão e Gestão dos Juizados Especiais de Minas Gerais, para os candidatos que participaram do I Curso de Formação para Ingresso na Magistratura do Estado de Minas Gerais. Tratei, na ocasião, da “experiência do Juiz de Direito nos Juizados do interior do Estado”, fato que me fez debruçar sobre as peculiaridades respectivas e me levou a perceber que os Juizados Especiais, não só os do interior, mas todos, são um manancial de concreta aplicação do Direito Processual Civil moderno, ligado à efetividade e à rápida solução do litígio.

No presente trabalho, proponho humildes, mas sinceras soluções que acredito possam contribuir para o sucesso dos Juizados Especiais do nosso Estado e do nosso país.<sup>1</sup> Dito “sucesso”, aliás, foi atestado em notícias veiculadas no Jornal “TJMG Informativo” e “AMB Informa”, mencionando que a taxa de congestionamento nos Juizados Especiais é a menor entre os ramos da justiça brasileira.

---

<sup>1</sup> É o que pode ser visto no periódico mensal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais *TJMG Informativo*, edição n. 133, de novembro de 2008. Também: *AMB Informa* – Edição, 1º a 29 de fevereiro de 2008.

Os JESPs são uma realidade de concretização do acesso à ordem jurídica justa. Kazuo Watanabe, citado por Alexandre Freitas Câmara, diz que tal acesso, cujo *status* é de garantia fundamental de todos os cidadãos, há de ser compreendido como “a garantia de que todos os titulares de posições jurídicas de vantagem possam ver prestada a tutela jurisdicional, devendo esta ser prestada de modo eficaz, a fim de se garantir que a já referida tutela seja capaz de efetivamente proteger as posições de vantagem”.<sup>2</sup>

Assim, a justiça, antes distante da maioria da população brasileira, desmistificou-se com os Juizados Especiais, que não se limitaram a ser um rito célere e barato. Ao contrário, com eles se obteve a aproximação dos economicamente hipossuficientes, mitigando sensivelmente a noção de que a justiça existia para poucos. E isso não passou ao largo da arguta percepção doutrinária de Bernardo Gonçalves Fernandes e Flávio Quinaud Pedron:

Observa, na esteira de Dinamarco, que os Juizados Especiais, com um procedimento mais simplificado e ágil, além de economicamente mais viável, trazem consigo um papel altamente significativo na luta pelo efetivo acesso à ordem jurídica justa. Mas adverte que não basta a “deformalização” conjugada com a agilidade procedimental. Seria necessária também uma mudança sob a (ótica) perspectiva ideológica, no que se refere aos Juizados Especiais:

É absurda a ideia de se pensar o Juizado como um mero órgão destinado à aceleração da justiça. Estaríamos diante da transformação do juizado em vara cível peculiarizada pela adoção de um procedimento deformalizado e mais ágil. Ora, não basta a deformalização do procedimento se é esquecida a ideologia que inspirou a sua instituição. A ideologia do juizado requer uma mudança de mentalidade voltada para o trato das questões das com pessoas carentes.<sup>3</sup>

Gize-se, porém, que os Juizados não anelam ser a justiça dos pobres, somente. Entendê-los assim é diminuí-los e incompreendê-los. Seu fim, afirma Artur César de Souza,

<sup>2</sup> *Lições de Direito Processual Civil*. 16. ed. RJ: Lumen Juris, 2007, v. 1, p. 36.

<sup>3</sup> *Poder Judiciário e(m) crise*. RJ: Lumen Juris, 2008, p. 151.

não é estabelecer uma justiça dos pobres em contraposição à justiça dos mais abastados economicamente, mas, sim, formatar um Poder Judiciário acessível a todos com igualdade de condições e estrutura. Deseja-se romper as perspectivas, ainda recentes, das indiferenças em relação à realidade do sistema judiciário (...). Mas o reconhecimento dessas desigualdades não se restringe apenas à base econômica. Pretende-se expandi-la a outros aspectos em que haja vitimização decorrente das amarras de um sistema injusto e desigual. Persegue-se, na realidade, o reconhecimento de eventuais vítimas do sistema dominante. E por vítimas do sistema não são apenas catalogados os menos favorecidos economicamente.<sup>4</sup>

Os JESPs são, pois, a franca possibilidade de o Juiz agir com uma parcialidade positiva, fazendo do processo um instrumento de real pacificação social.

## **2. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CPC À LEI N. 9.099/95**

Surgiram, no contexto legislativo atual, os “microsistemas”, isto é, “diplomas legislativos destinados a regular, de forma completa, não um ramo da ciência jurídica, mas um certo ramo da vida em sociedade”<sup>5</sup>, a exemplo da lei das locações do CDC, do ECA. E, segundo Alexandre Freitas Câmara,

o mesmo se dá em relação ao Estatuto dos Juizados Especiais. Este cria um sistema processual próprio, distinto do sistema criado pelo Código de Processo Civil. Trata-se de um sistema processual adequado para as ‘causa cíveis de menos complexidade’ (...). Este microsistema segue princípios e regras próprios, distintos daqueles estabelecidos pelo Código de Processo Civil, mas o sistema do CPC lhe é subsidiariamente aplicável.<sup>6</sup>

Assim, cabe dizer, junto com Joel Dias Figueira Jr. e Fernando da Costa Tourinho Neto que, com a Lei n. 9.099/95,

introduziu-se no mundo jurídico um novo sistema ou, ainda melhor, um microsistema de natureza instrumental e de instituição

<sup>4</sup> *A Parcialidade Positiva do Juiz*. SP: RT, 2008, p. 208 e 209.

<sup>5</sup> *Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais – Comentários à Lei n. 9.099/95*. 4. ed. SP: RT, 2005, p. 7.

<sup>6</sup> *Idem*, p. 8.

constitucionalmente obrigatória (o que não se confunde com a competência relativa e a opção procedimental) destinado à rápida e efetiva atuação do direito, estando a exigir dos estudiosos da ciência do processo uma atenção toda particular, seja a respeito de sua aplicabilidade no mundo empírico como do seu funcionamento técnico-procedimental.<sup>7</sup>

Contudo, ser um microssistema não gera o isolamento do rito dos Juizados. O CPC, enquanto macrossistema, ainda guarda as regras gerais que, em regime de subsidiariedade e complementação, são aplicáveis naquilo que for compatível (CPC, 272).<sup>8</sup> Há, pois, um diálogo entre as fontes.<sup>9</sup>

E não poderia mesmo ser de outro modo, porquanto, ao aplicar o direito, o operador interpreta-o sistematicamente.<sup>10</sup>

### 3. CONSTITUIÇÃO, PROCESSO E JUIZADOS

Se a interpretação permite aplicar o CPC ao rito sumaríssimo, deve-se observar, também, que toda interpretação deve ser, inexoravelmente, constitucional. Quer dizer, não basta que a interpretação seja conforme a Constituição; é preciso que seja *a partir da Constituição*.

Em outras palavras, o processo deve passar pela “filtragem constitucional” para se justificar legitimamente.

Por “filtragem constitucional” quer-se dizer que

a ordem jurídica, sob a perspectiva formal e material e assim os seus procedimentos e valores, devem passar, sempre e sempre,

<sup>7</sup> TOURINHO NETO, Fernando da Costa e FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais* – Comentários à Lei n. 9.099/95. 4. ed. SP: RT, 2005, p. 39.

<sup>8</sup> Obra citada, p. 66. No mesmo sentido, THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil* – Procedimentos Especiais. 41. ed. RJ: Forense, 2009, v. III, p. 414.

<sup>9</sup> Contra, entendendo que descabe a aplicação subsidiária do CPC ao rito sumaríssimo, NERY JR., Nelson. e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil e legislação processual civil extravagante em vigor*. 4. ed. SP: RT, 1999, p. 2238, com o que, *data venia*, discordamos.

<sup>10</sup> Neste sentido: GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/ Aplicação do Direito*. 2. ed. SP: Malheiros, 2003, p. X.



pele filtro axiológico da Constituição Federal, impondo, a cada momento da aplicação do Direito, uma releitura e atualização de suas normas. (...) Temos em mente, na linha seguida pela pesquisa, que a ideia de filtragem constitucional deve expressar mais um sentido de ‘contaminação’ do direito infraconstitucional à luz dos princípios constitucionais, que um sentido de ‘purificação’.<sup>11</sup>

Decorre disso a existência de um Direito Constitucional Processual “para significar o conjunto das normas de Direito Processual”.<sup>12</sup> Tal ramo, assevera Canotilho, teria “como objecto o estudo dos princípios e regras de natureza processual positivados na Constituição e materialmente constitutivos do *status activus processualis*”.<sup>13</sup>

Dessarte, conquanto o art. 2º da Lei n. 9.099/95 traga quais são os princípios dos Juizados Especiais, não se deve olvidar de que *os princípios processuais cravados na Constituição Federal de 1988 também o são*. O devido processo legal (formal ou material), a ampla defesa, o contraditório, a razoável duração do processo, a efetividade etc. também regem os Juizados.

#### 4. EFETIVIDADE DO PROCESSO

Efetividade é “a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social”.<sup>14</sup>

Já a *efetividade do processo* quer dizer, segundo anota Cláudio Cintra Zarif,

o conjunto de direitos e garantias que a Constituição atribuiu ao indivíduo que, impedido de fazer justiça por mão própria, provoca a atividade jurisdicional para vindicar um bem da vida de que

<sup>11</sup> *Filtragem Constitucional* – Construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 104, nota 5.

<sup>12</sup> NERY JR., Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman. 8. ed. SP: RT, 2004, p. 26.

<sup>13</sup> *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 966.

<sup>14</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed. SP: Saraiva, 2004, p. 248.

se considera titular. A este indivíduo devem ser, e são, assegurados meios expeditos e, ademais, eficazes, de exame da demanda trazida à apreciação do Estado. Eficazes, no sentido de que devem ter aptidão de propiciar ao litigante vitorioso a concretização fática da sua vitória.<sup>15</sup>

Nota-se, então, que há uma estreita relação entre processo, procedimento e efetividade. A respeito, Cândido Rangel Dinamarco:

Pois a efetividade do processo, entendida como se propõe, significa que sua almejada aptidão para eliminar insatisfações, com justiça e fazendo cumprir o direito, além de valer como meio de educação geral para o exercício e respeito aos direitos e canal de participação dos indivíduos nos destinos da sociedade e assegurar-lhes a liberdade. Sempre, como se vê, a visão dos objetivos que vem iluminar os conceitos a oferecer condições para o aperfeiçoamento do sistema.

Ora, é preciso adequar o processo ao cumprimento de toda essa complexa missão, para que ele não seja fonte perene de decepção ('toda decepção é muito triste'), nem permite que isso se desgaste a legitimidade do sistema. Desse labor, hão de participar o *processualista* e o *juiz* e de ambos se espera, para que possa chegar ao bom termo, uma racional, mas decidida *mudança de mentalidade*.<sup>16</sup>

Também a efetividade guarda relação com a celeridade (art. 2º da Lei n. 9.099/95), sobretudo, após o acréscimo do inciso LXXVIII ao art. 5º da CF por força da Emenda Constitucional de n. 45/2004, mas não são sinônimas. Como dizem João Batista Lopes e Maria Elizabeth de Castro Lopes,

a celeridade é apenas um aspecto da efetividade. Com maior rigor técnico e à luz da emenda n. 45, aos jurisdicionados se deve garantir a razoável duração do processo que, entre outros critérios, terá de levar em consideração a complexidade da causa. Por exemplo, se o desate da lide exigir prova pericial e o juiz a dispensar, em nome da celeridade processual, a efetividade do

<sup>15</sup> Da necessidade de repensar o processo para que ele seja realmente efetivo. In FUX, Luiz; NERY JR., Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Processo e Constituição* – Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. SP: RT, 2006, p. 141.

<sup>16</sup> *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. SP: Malheiros, 2005, p. 330 e 331.

processo estará irremediavelmente comprometida: o julgamento não será antecipado, mas precipitado...<sup>17</sup>

Por isso, apresenta-se escurreita a posição de José Roberto dos Santos Bedaque, para quem

processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material. Pretende-se aprimorar o instrumento estatal destinado a fornecer a tutela jurisdicional. Mas constitui perigosa ilusão pensar que simplesmente conferir-lhe celeridade é suficiente para alcançar a tão almejada efetividade. Não se nega a necessidade de reduzir a demora, mas não se pode fazê-lo em detrimento do mínimo de segurança, valor também ao processo justo.<sup>18</sup>

Passaremos adiante com propostas concretas de realização da efetividade processual.

## 5. A EFETIVIDADE PROCESSUAL NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

Seguem, aqui, algumas propostas de realização da efetividade processual no JESP.

O art. 14 da Lei n. 9.099/95 possibilita que o pedido seja aviado por meio de “atermação”, isto é, após relato oral da parte, reduz-se a termo o que foi narrado, observado o § 1º respectivo e, no que couber, o art. 282 do CPC.

Boa parte dos atermadores é composta de estagiários ou servidores que não são bacharéis em Direito. Daí, é curial que ao Juiz do Juizado não ser tão técnico, porquanto a técnica processual há de ser posta a serviço do direito material. Deve flexibilizar a análise do princípio da congruência (CPC, 128 e 460), mas sem relegar ao limbo a segurança jurídica para não sobrepujar a lide à forma. A propósito, é o que preconiza Rogério Marrone de Castro Sampaio:

Se o que se busca atualmente é a efetividade da jurisdição, proporcionando-se ao sujeito o acesso a uma ordem jurídica justa,

<sup>17</sup> Artigo citado, p. 245.

<sup>18</sup> *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 2. ed. SP: Malheiros, 2007, p. 49.

há que se conferir aos pressupostos processuais uma conotação substancial, vinculando-os ao preenchimento de determinada função dentro do processo. (...)

Dentro deste contexto, assume o juiz o importante papel de conferir, dentro do possível e diante da relevância dos valores em jogo, a viabilidade necessária ao enfrentamento do mérito, ora direcionando a emenda da petição inicial, ora integrando certas omissões, ora relevando determinadas irregularidades, desde que não atingidos os princípios do contraditório e da ampla defesa.

(...)

Essa atuação integrativa do magistrado fica ainda mais evidente quando focado o procedimento adotado nos Juizados Especiais Cíveis. Tendo em vista os princípios que os informam, notadamente os da simplicidade e oralidade, é inviável postura rigorosa no exame da representação inicial que, na maioria das vezes, sequer vem elaborada por advogado. Pensamento contrário certamente levaria ao reconhecimento da inépcia da grande maioria das petições iniciais, deduzidas, inclusive por servidores do próprio Poder Judiciário. Cabe ao juiz, portanto, atuação no sentido de integrar e corrigir irregularidades, abrindo caminho para, ao final, conceder tutela que confira justa solução à lide.

Infere-se, como consequência do cenário supradescrito, a flexibilização do princípio da congruência, isto é, da exata correlação entre o pedido e a providência outorgada. Em suma, o autor fixa os limites da lide e da causa de pedir na petição inicial, cabendo ao juiz decidir de acordo com esse limite, censurando-se assim, os denominados desvios de julgamento. É certo que a adstrição da sentença ao pedido deduzido em juízo decorre do princípio dispositivo, conferindo segurança jurídica e contribuindo para a preservação da imparcialidade. No entanto, priorizados os ideais de justiça e efetividade do processo, tal limitação à atuação do juiz deve ser atenuada, desde que respeitadas as garantias processuais das partes. Essa deve ser a inteligência a ser dada ao artigo 460 do Código de Processo Civil que proíbe 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’.<sup>19</sup>

<sup>19</sup> SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. *A atuação do Juiz no Direito Processual Civil Moderno*. SP: Atlas, 2008, p. 131-134.

Neste quadrante, calha possibilitar a emenda à inicial, quando pouco inteligível o pedido “mesmo quando já ofertada a contestação”, conforme, aliás, já fizeram o STJ e o TJMG.<sup>20</sup>

A par desse direito da parte, assim agindo o magistrado do Juizado, estará realizando o *princípio da cooperação*, esclarecendo os fatos, consultando as partes e prevenindo nulidades.<sup>21</sup>

Ainda no trato dos requisitos de admissibilidade da petição inicial, destacadamente quando da análise das condições da ação, valioso que aplique o Juiz do Juizado a *teoria da asserção* que, para Fredie Didier Jr., é o seguinte:

É possível, de acordo com o texto normativo, que haja a necessidade de produção de prova para a constatação da regularidade do exercício da ação. As condições da ação não resultariam da simples alegação do autor, mas da verdadeira situação trazida a julgamento, sendo possível que a sua verificação ocorresse durante a instrução do processo, pouco importando o momento procedimental. Admite-se, porém, o preenchimento superveniente de condição faltante: ‘é suficiente que as condições da ação, eventualmente, inexistentes no momento da propositura desta, sobrevenham no curso do processo e estejam presentes no momento em que a causa é decidida’.

As dificuldades que normalmente se apresentam na separação das condições da ação do mérito da causa – aliadas ao fato de que a extinção do processo sem exame de mérito, por carência de ação, após longos anos de embate processual, é conseqüência indesejável – fizeram com que surgisse uma concepção doutrinária que busca mitigar os efeitos danosos que a aplicação irrestrita do que o Código de Processo Civil determina poderia causar.

Sem olvidar o direito positivo, e considerando a circunstância de que, para o legislador, a carência de ação é diferente de improce-

<sup>20</sup> STJ – 4ª T. – REsp. 674215/RJ – Rel. Min. JORGE SCARTEZZINI – Data do Julgamento: 19/10/2006 – Data da Publicação/Fonte: DJ 20/11/2006, p. 314. Também: STJ – 6ª T. – REsp. 101.013/CE – Rel. Min. Hamilton Carvalhido – j. 11/06/2003 – DJU 18/08/2003, p. 232). No TJMG: Processo: 1.0708.05.012810-5/001 – Rel. Des. JOSÉ ANTÔNIO BRAGA – Data do Julgamento: 11/11/2008 – Data da Publicação: 07/01/2009.

<sup>21</sup> A respeito: DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 8. ed. Salvador: Jus Podium, 2007, v. 1, p. 55/58.

dência do pedido, propõe-se que a análise das condições da ação, como questões estranhas ao mérito da causa, fique restrita ao momento de prolação do juízo de admissibilidade inicial do procedimento. Essa análise, então, seria feita à luz das afirmações do demandante contidas em sua petição inicial (*in statu assertionis*). Deve o juiz raciocinar admitindo, provisoriamente, e por hipótese, que todas as afirmações do autor são verdadeiras, para que se possa verificar se estão presentes as condições da ação. O que importa é a afirmação do autor, e não a correspondência entre a afirmação e a realidade, que já seria problema de mérito.

Não se trata de um juízo de cognição sumária das condições da ação, que permitiria um reexame pelo magistrado, com base em cognição exauriente. O juízo definitivo sobre a existência das condições da ação far-se-ia nesse momento: se positivo o juízo de admissibilidade, tudo o mais seria decisão de mérito, ressalvados os fatos supervenientes que determinasse a perda de uma condição da ação. A decisão sobre a existência ou não de carência de ação, de acordo com essa teoria, seria sempre definitiva. Chama-se de *teoria da asserção* ou da *prospettazione*.

(...)

A falta de uma dessas condições, reconhecida liminarmente ou após instrução, deveria dar ensejo, sempre, a uma decisão de mérito. A natureza de uma questão não muda de acordo com o momento em que é examinada. No entanto, é indiscutível que, à luz do direito positivo, a melhor solução hermenêutica é a adoção da teoria da asserção, que ao menos diminui os inconvenientes que a aplicação literal do § 3º do art. 267 do CPC poderia causar.<sup>22</sup>

O TJMG e o STJ já decidiram nesta trilha.<sup>23</sup>

Assim procedendo, o Juiz estará velando pela resolução da lide, sem esquecer, portanto, de examinar as condições da ação. Todavia, irá fazê-lo secundado nas abstratas alegações do autor. Recebida a inicial, tudo em diante será mérito e a sentença correspondente será definitiva, desafiando coisa julgada material, com todos os efeitos. Concretizada, assim, a efetividade processual.

<sup>22</sup> *Pressupostos Processuais e Condições da Ação – O Juízo de Admissibilidade do Processo*. SP: Saraiva, 2005, p. 216/218.

<sup>23</sup> TJMG – Número do processo: 2.0000.00.490569-9/000 – Rel. Des. Elpidio Donizetti – Data do Julgamento: 29/06/2006 – Data da Publicação: 15/09/2006. STJ – REsp n. 265.300/MG, DJ de 2/10/2006.

Cuido, agora, do momento em que a contestação pode ser apresentada em sede de Juizado Especial Cível.

Do enunciado cível de n. 10 do FONAJE ressaí que “a contestação poderá ser apresentada até a audiência de Instrução e Julgamento”. Todavia, muita distorção interpretativa tem ocorrido acerca de tal enunciado, com prejuízo para a própria efetividade do processo.

Nota-se que a letra do enunciado faz menção à *audiência de instrução e julgamento*, isto é, ao “momento do procedimento ordinário em que se consubstancia ato complexo do processo de conhecimento, destinado à instrução oral e julgamento da causa”.<sup>24</sup> Haure-se, pois, deste conceito, que a razão de sua designação é premência de produção de provas *orais*, de modo que, segundo o Des. Ernane Fidélis dos Santos, “dispensáveis as provas orais, o julgamento da lide é antecipado (art. 330, I e II), abolindo-se a fase instrutória e, em consequência, a audiência”.<sup>25</sup>

Todavia, o que se tem visto é a designação de AIJ apenas porque, em sessão de conciliação, não é obtida a conciliação. O réu, então, pleiteia designação de AIJ apenas para contestar, sem qualquer menção à prova oral.

A expressão “até”, no enunciado inserida, delimita o momento limite para ser apresentada a contestação, de modo que não será *na* audiência de instrução e julgamento. Logo, prescindível a produção de prova *oral*, não deve haver AIJ apenas para contestar, sob pena de violação da celeridade.<sup>26</sup>

O momento da contestação passa pela aplicação subsidiária do CPC, com a *flexibilização procedimental*.

<sup>24</sup> *Enciclopédia Saraiva do Direito*. SP: Saraiva, 1977, v. 9, p. 119.

<sup>25</sup> *Manual de Direito Processual Civil – Processo de Conhecimento*. 11. ed. SP: Saraiva, 2007, v. 1, p. 592. Na jurisprudência: TJRS – Agravo de Instrumento n. 70022680862, Décima Quinta Câmara Cível, Rel. Des. Otávio Augusto de Freitas Barcellos, Julgado em 15/01/2008, Diário da Justiça do dia 01/02/2008.

<sup>26</sup> Como alerta Athos Gusmão Carneiro, “a exigência de realizar, sempre e sempre, a audiência de instrução e julgamento, constitui fator, vezes muitíssimas, não de aperfeiçoamento, mas de procrastinação injustificável no andamento dos processos, pelo atraso decorrente das pautas de juízes sobrecarregados de trabalhos. (*Audiência de Instrução e Julgamento e Audiências Preliminares*. 11. ed. RJ: Forense, 2003, p. 6).

Fala-se, aqui, em *princípio da adaptabilidade do procedimento*. Para Fredie Didier Jr., “nada impede, entretanto, antes aconselha, que se possa previamente conferir ao magistrado, como diretor do processo, poderes para conformar o procedimento às peculiaridades do caso concreto, tudo como meio de mais bem tutelar o direito material”, de modo que “a flexibilização do procedimento às exigências da causa é (...) fundamental para a melhor consecução dos seus fins, em uma perspectiva instrumentalista do processo”.<sup>27</sup>

Logo, pode-se dizer, junto com Sérgio Gilberto Porto, que a adequação procedimental às peculiaridades da situação concreta “por certo acarretaria a melhora do desempenho estatal na prestação jurisdicional, pois o uso do instrumento certo, longe de dúvida, otimiza a qualidade do resultado”.<sup>28</sup>

Frise-se que a adaptação procedimental não busca arrostar a técnica processual, nem levantar a bandeira da ampla e irrestrita liberdade ritual. Nada disso. Como bem disserta José Roberto dos Santos Bedaque,

o princípio da adequação ou adaptação do procedimento é fundamental à correta aplicação da técnica processual. Os modelos procedimentais e os poderes, deveres e faculdades dos sujeitos do processo devem, na medida do possível, adequar-se às peculiaridades do fenômeno jurídico material e ser compatíveis com a natureza da tutela jurisdicional pleiteada

Afinal,

a forma não constitui valor em si mesma, o formalismo processual deve ser examinado à luz dos objetivos a serem alcançados. Assegurada a participação dos interessados na formação do convencimento do julgador – e, portanto, no resultado do processo –, o problema da forma acaba passando para o segundo plano. É preciso reconhecer que, muitas vezes, o fim é alcançado embora não observada a forma destinada a garanti-lo. Por isso, as regras

<sup>27</sup> *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 8. ed. Salvador: Jus Podium, 2007, v. 1, p. 51.

<sup>28</sup> A crise da eficiência do processo – A necessária adequação processual à natureza do direito posto em causa, como pressuposto de efetividade. In *Processo e Constituição – Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. SP: RT, 2006, p. 181.



relacionadas aos requisitos formais desse método de trabalho devem ser interpretadas à luz desta premissa: o que importa é o fim, sendo a forma mero meio para atingi-lo. É imprescindível que o processualista volte sua atenção para o objetivo principal do processo, em função do qual deve ser aplicada a técnica processual.<sup>29</sup>

Quer dizer, a forma e a técnica devem servir adequadamente ao direito de fundo (material), sobre o qual pende o estado de insatisfação a ser resolvido pela via processual estatal.<sup>30</sup>

Assim, preconizam José Miguel Garcia Medina e Tereza Arruda Alvim Wambier,

inexistindo procedimento explicitamente previsto no sistema, o procedimento adequado deverá ser modelado pelo juiz, de acordo com os parâmetros oferecidos pelas partes, já que a ausência de tal procedimento adequado à tutela do direito substantivo significaria a negativa de existência de tal direito.

A este resultado se poderá chegar interpretando-se um procedimento previsto no Código de Processo Civil [e, por que não, em lei extravagante] conforme à Constituição Federal, por exemplo, a fim de suprimir requisito procedimento injustificável, ou cuja existência acabaria por eliminar o direito.<sup>31</sup>

Fernando da Fonseca Gajardoni, em obra dedicada ao estudo da flexibilização procedimental, analisando os requisitos indispensáveis a tanto, disserta:

<sup>29</sup> Obra citada, p. 45 e 46.

<sup>30</sup> Endossando: THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. 50. ed. RJ: Forense, 2009, v. 1, p. 328.

<sup>31</sup> *Processo Civil Moderno – Parte Geral e Processo de Conhecimento*. SP: RT, 2009, v. 1, p. 54 e 55. No mesmo sentido, novamente, José Roberto dos Santos Bedaque: “a principal missão do processualista moderno é buscar alternativas que favoreçam a resolução de conflitos. Não pode prescindir, evidentemente, da técnica. Embora necessária para a efetividade e eficiência da justiça, deve ela ocupar o seu devido lugar, como instrumento de trabalho, não como um fim em si mesmo. Não se trata de desprezar aspectos técnicos do processo, mas apenas de não se apegar ao tecnicismo. A técnica deve servir de meio para que o processo atinja seu resultado (...)”. (*Direito e Processo – Influência do Direito Material sobre o Processo*. 4. ed. SP: Malheiros, 2006, p. 50 e 51)

Obviamente, algum critério, ainda que mínimo, deve haver para que possa ser implementada a variação ritual, sob pena de tornarmos nosso sistema imprevisível e inseguro, com as partes e o juiz não sabendo para onde o processo vai nem quando ele vai acabar.

Esse critério consiste na necessidade de existência de um motivo para que se implemente, no caso concreto, uma variação ritual (finalidade), na participação das partes da decisão flexibilizadora (contraditório) e na indispensabilidade de que sejam expostas as razões pelas quais a variação será útil para o processo (motivação).<sup>32</sup>

Este mesmo autor afirma que, não obstante devam as partes do processo participar, em contraditório, da decisão que flexibilizará o procedimento, tal só será necessário

se a participação da parte para a formação do novo rito for útil, isto é, capaz de lhe assegurar alguma vantagem. Se a variação ritual lhe for ser benéfica, sua participação pode ser excepcionalmente e licitamente tolhida, pois acabaria consistindo em um simples participar por participar, o que, além de retardar a prestação jurisdicional, vai de encontro, como já vimos, à faceta material do contraditório, mais precisamente na capacidade de influir na decisão.<sup>33</sup>

Doravante, este mesmo Magistrado paulista disserta especificamente acerca da flexibilização ritual em sede de Juizado Especial, arrimando sua tese na interpretação do art. 6º, da Lei n. 9.099/95, embora reconheça haver corrente contrária. Escreve:

Uma outra corrente, da qual somos partidários, vê no dispositivo verdadeira autorização para julgamento por equidade. Autorizada, portanto, de maneira genérica, a flexibilização das normas procedimentais e materiais em favor de um julgamento mais aderente à realidade da causa.

Com efeito, a expressão *equânime* é adjetivo daquele que age com equidade, não me parecendo, assim, que a obediência às regras de legalidade estrita seja imposta do ponto de vista reda-

<sup>32</sup> *Flexibilização Procedimental* – Um novo enfoque para o estudo do Procedimento em matéria processual. SP: Atlas, 2008, p. 87 e 88.

<sup>33</sup> *Idem*, p. 93.

cional. Ademais, na medida em que o art. 25 da Lei n. 9.099/95 fala em possibilidade de julgamento por equidade pelo juiz leigo eleito pelas partes como árbitro, fazendo expressa referência ao art. 6º da mesma lei, não me parece que o dispositivo tenha querido dizer outra coisa se não que é dado a qualquer julgador em sede do JEC (juízes togados, leigos ou árbitros), diante das circunstâncias específicas do caso concreto, se afastar das regras legais cogentes.

(...)

Os operadores desse sistema estão libertos do tradicional zelo pelas formas dos atos processuais, isto a fim de cumprir com fidelidade a *mens* dessa nova ordem processual. O Juiz, ao menos quanto às regras de forma (...), é 'livre para dar ao feito o procedimento que se revelar mais adequado à rápida e justa composição da lide, sem se afastar, por óbvio, das garantias constitucionais do processo'.

Por isso, há amparo legal e doutrinário para que o julgador, ao menos no sistema dos Juizados, que cuida, em tese, de causas de menos valor, inove no âmbito procedimental, criando ou mesclando procedimentos diversos, fundamentadamente, para o fim de alcançar uma mais justa e equânime decisão, ainda que com o afastamento dos padrões legislativos abstratos.

(...)

Também não se vê óbice à dispensa da audiência conciliatória prevista no art. 21 da Lei n. 9.099/95, quando o juiz aferir que o deslocamento da parte para duas audiências (de conciliação e instrução) puder lhe acarretar grave prejuízo ou ampliar consideravelmente os custos do processo.<sup>34</sup>

E seguindo essa vereda, o Juiz dos Juizados Especiais – e por que não o da Justiça Comum? – acaba por reforçar

o ideário do juiz como instrumento da realização da justiça no caso concreto e não como simples autômato repetidor da sempre genérica norma legal.

Sem as limitações previstas no art. 127 do CPC, o art. 6º da Lei n. 9.099/95 autoriza o julgamento por equidade sempre que esse critério atender aos fins sociais dessa lei e às exigências do bem comum.<sup>35</sup>

<sup>34</sup> *Idem*, p. 152/154.

<sup>35</sup> SANTOS, Marisa Ferreira e CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Juizados Especiais*

De se lembrar, porém, que

a maior liberdade de atuação proporcionada pela Lei n. 9.099/95, ao contrário de dispensar a motivação das decisões, impõe ao juiz o dever de bem justificar seu eventual distanciamento da letra da lei, a fim de evitar que a discricionariedade que lhe foi confiada ganhe contornos de arbitrariedade.<sup>36</sup>

Nessa trilha, bem andou Minas Gerais, ao aprovar, no II Encontro dos Juizes dos Juizados do Estado (II ENJESP), o Enunciado Cível de n. 6, cuja dicção é a seguinte: “É possível o julgamento antecipado da lide, caso em que os prazos para contestar e impugnar, nas hipóteses previstas em lei, serão os do Código de Processo Civil”.<sup>37</sup>

Já a sentença em sede de Juizados, embora dispense relatório (art. 38 da Lei n. 9.099/95), não implica que deva ser curta, nem longa, nem lacônica, nem preciosista. Como disse Calamandrei, “as sentenças não devem ser bonitas, mas simplesmente justas”.<sup>38</sup> Como ato estatal de decisão, tem um real conteúdo comunicativo com as partes do processo que, aqui, podem litigar sem advogado.

Dessa forma, deve o magistrado buscar *fazer entender-se*, valendo-se de uma linguagem clara e inteligível. Esclareça-se, porém, que a clareza não é contrária à falta de polidez.

Dias atrás, na mídia impressa veiculou excertos de sentenças que continham “humor, ironia ou bizarrice”<sup>39</sup>, como, por exemplo, em caso em que constou de sentença a seguinte frase: “como o autor poderia assistir às gostosas do Big Brother?”. Não vai aqui qualquer crítica à decisão, o que, aliás, não poderia por mim ser feito perante o que prevê o art. 12, II, do Código de Ética da Magistratura Nacional, mas opiniões e humores devem ser guardados para outras ocasiões. Tentar ser simples, fazendo-se entender, mas sem grosserias: eis o fim da sentença. A efetividade também está na comunicação estatal.

---

*Cíveis e Criminais Federais e Estaduais*. Coleção Sinopses Jurídicas. 2. ed. SP: Saraiva, 2004, v. 15, t. II, p. 187 e 188.

<sup>36</sup> Idem, *Ibidem*.

<sup>37</sup> No mesmo norte: José Roberto dos Santos Bedaque. *Direito...*, p. 60 e 61.

<sup>38</sup> *Eles, os juizes, vistos por um advogado*. 3. ed. SP: Martins Fontes, 1995. Excerto da introdução. *l*.

<sup>39</sup> “Pérolas do Judiciário”. *Revista ISTOÉ* – Edição n. 2.050, de 25/2/2009, p. 50 e 51.

Outro ponto que se propugna é aplicação do art. 515, § 3º, do CPC aos Juizados.

Conforme lecionaram Gilson Delgado Miranda e Patrícia Miranda Pizzol, a aplicação efetiva deste dispositivo configura um concreto meio de

se alcançar o acesso à ordem jurídica justa, minimizando, pois, os embargos formais à prestação jurisdicional. É o que alguns denominam de ‘julgamento da causa madura’ pelo tribunal. Com efeito, autorizando-se o tribunal a julgar o mérito, a par da extinção do processo sem a apreciação do mérito, valorizaremos os princípios da instrumentalidade e da efetividade do processo.<sup>40</sup>

Destarte, embora a sistemática do recurso inominado divirja da apelação, nada obsta e tudo aconselha a que isso seja aplicado ao rito sumaríssimo.

Por fim, algumas linhas acerca da impenhorabilidade no sistema dos Juizados.

Sabido é que o público do Juizado é diferenciado, composto, na maioria, por integrantes das classes menos abastadas da população.

Por isso, a impenhorabilidade, aqui, deve ser vista mitigadamente. Como asseveram Marisa Ferreira Santos e Ricardo Cunha Chimenti, “as normas restritivas devem ser analisadas dentro do contexto social da Lei n. 9.099/95, que possibilitou amplo acesso da população mais carente ao Poder Judiciário”.<sup>41</sup>

Nessa trilha, dispôs o Enunciado Cível de n. 14 do FONAJE que “os bens que garantem a residência do devedor, desde que não essenciais a habitabilidade, são penhoráveis”.<sup>42</sup>

Logo, conquanto a satisfação do credor não deva ser buscada a qualquer custo (CPC, 620), não se pode perder de vista que esta parte, na maioria das vezes, também é um hipossuficiente. Desconstituir o

<sup>40</sup> *Processo Civil – Recursos*. 3. ed. SP: Atlas, 2002, p. 70.

<sup>41</sup> *Juizados Especiais Cíveis e Criminais Federais e Estaduais*. Coleção Sinopses Jurídicas. 2. ed. SP: Saraiva, 2004, v. 15, t. II, p. 229.

<sup>42</sup> A esse respeito, também: RJE 04/257 e TJRS – Recurso Cível n. 71001843259, Primeira Turma Recursal Cível, Relator Juiz João Pedro Cavalli Junior, Julgado em 06/11/2008 – Diário da Justiça do dia 12/11/2008.

ônus que recai sobre bem a princípio impenhorável, de propriedade de alguém também hipossuficiente, é cancelar a via para a inadimplência. A parte contrai o débito com uma pequena loja, muitas vezes aberta informalmente, não paga e, após, quando da execução, levada a penhora a cabo, alega impenhorabilidade. Acolher isso, como se diz popularmente, é descobrir um santo para cobrir o outro e o processo executivo sumaríssimo termina indesejavelmente, à míngua de bens penhoráveis (art. 53, § 4º, da Lei n. 9.099/95), e a efetividade vai para o limbo.

## 6. CONCLUSÃO

A concretização da efetividade do processo, após anos de experiência, é o que se espera do Magistrado moderno do Juizado.

Realizar a celeridade é realizar a efetividade, é dizer o direito, é pôr fim ao estado de insatisfação, ainda que dizendo para uma parte que ela perdeu. Enfim, é realizar a justiça.

# 5

## A RESPONSABILIDADE CIVIL E O ERRO MÉDICO GENÔMICO

Caetano Levi Lopes

1. A ciência em geral e a genética em particular experimentaram avanço notável e inimaginável no século passado. A biologia sempre contribuiu de forma poderosa para o progresso da medicina. A partir da metade do século XX, quando o código genético do DNA foi decifrado por James D. Watson e Francis Crick, a humanidade conheceu o mais espetacular salto na busca pela cura de tantos males que a afligiam. É Watson (2005)<sup>1</sup> quem relata o momento mágico:

Como geralmente acontecia aos sábados de manhã, comecei a trabalhar no laboratório Cavendish, da Universidade de Cambridge, antes de Francis Crick no dia 28 de fevereiro de 1953. Eu tinha bons motivos para levantar cedo. Sabia que estávamos perto – embora não imaginasse o quanto – de decifrar a estrutura de uma molécula quase desconhecida na época chamada de ácido desoxirribonucléico (DNA). Mas essa não era uma molécula qualquer: o DNA, como Crick e eu estávamos cientes, contém a chave da natureza das coisas vivas, armazenando as informações hereditárias que são passadas de uma geração a outra e orquestrando o mundo inacreditavelmente complexo da célula.

---

<sup>1</sup> WATSON, James D. *DNA – o segredo da vida*. São Paulo: Cia. das Letras, 2005, p. 11.

Após a importantíssima descoberta, surgiram vários ramos para o estudo da genética, tanto no campo teórico quanto prático. Talvez o mais importante ramo aplicado à medicina seja a genômica<sup>2</sup>.

Esses avanços, como acontece com qualquer progresso tecnológico simples ou de alta complexidade, implica em benefícios incalculáveis, mas, também, riscos muitas vezes insuspeitos. Sempre foi assim, desde que nossos primitivos ancestrais, num lampejo de inteligência, iniciaram o desafio e a luta contra as forças da natureza, procurando desvendar-lhe os segredos. Enfim: o risco é inerente ao progresso. Cumpre verificar, de forma permanente, se o binômio custo-benefício está pelo menos em equilíbrio, vale dizer, se o risco não supera o benefício esperado.

Por outro lado, uma das formas antigas de aprendizado ainda é a do ensaio e erro. Deve ser admitida margem razoável para o erro nos ensaios empreendidos. A intolerância levaria a inevitável retrocesso no avanço científico. É no limite desta margem que está situado o risco tolerável. Ultrapassado o limite, impõe-se a responsabilidade pela reparação de danos que o erro (em sentido lato) tenha causado.

De qualquer forma, em qualquer área do conhecimento humano, inclusive o médico-científico, a humanidade não fruirá dos benefícios sem assunção de algum risco. Este será tanto maior quanto o avanço ocorrer em terreno de alta complexidade. O estudioso do direito deverá ter presente este dado inexorável para não criar situações que inviabilizem o progresso da ciência.

2. Particularmente na medicina, desde a antiga Grécia, Hipócrates pregava que ela deve ser exercida em benefício do paciente. Na atualidade brasileira, os artigos 1º e 2º do Código de Ética Médica, aprovado pela Resolução CFM n. 1.246/88, é enfático:

Art. 1º A Medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade e deve ser exercida sem discriminação de qualquer natureza.

<sup>2</sup> O nome foi cunhado por James R. Lupski, em 1998, segundo notícia SALZANO, Francisco M., na obra coletiva organizada por MIR, Luís. *Genômica*. São Paulo: Atheneu, 2004, p. XV.



Art. 2º 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.

Os mencionados artigos estão inseridos no capítulo destinado aos princípios fundamentais.

O médico deve, portanto, dedicar toda a sua atividade para beneficiar o ser humano. Pouco importa se o profissional atua no campo da pesquisa pura ou labora na clínica generalista ou especialista. O princípio da beneficência constitui a meta principal do médico.

Com razão maior, o profissional especializado em genômica ou que optar pela engenharia genética, pessoa dotada de aguda curiosidade científica, não pode deixar no esquecimento o princípio mencionado. Ocorre que o referido profissional lida com os segredos mais íntimos da vida e pode utilizá-los tanto para o bem quanto para o mal. É o princípio ético da beneficência que traça o limite entre os dois objetivos.

Torna-se importante asseverar a inutilidade das bizarras experiências que são feitas em nome de uma pseudociência, que levam os seres humanos a indescritíveis e inúteis sofrimentos. A infração ao princípio em análise é mais do que evidente. Basta lembrar, por todas elas, os cruéis experimentos levados a efeito pelos nazistas nos campos de concentração. Felizmente esse desvio de conduta é exceção porque a esmagadora maioria dos profissionais pesquisadores são sérios e zelam pela atuação estritamente ética.

3. A genética é, sem dúvida, a área da biologia e da medicina que mais avançou nas últimas décadas. Suas fronteiras estão longe de ser desbravadas e fixadas. Desde a descoberta do código do DNA, em 1953, até a conclusão do Projeto Genoma Humano (PGH) em 2002, o salto foi gigantesco. Muitas doenças, até então inexplicáveis, passaram a ter a causa conhecida.

Hipócrates, nascido em 460 a.C., já suspeitava que muitos males decorriam da hereditariedade. É notável a sua intuição, anotada por Nora e Fraser (s/d)<sup>3</sup>: “Mas essa doença me parece ser não mais divina

<sup>3</sup> NORA, James J. e FRASER, F. Clarke. *Genética médica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, s/d, p. 3.

do que outras... Sua origem é a hereditariedade assim como a de outras doenças. O que impedirá que ela aconteça, estando o pai e mãe sujeitos a essa doença, em alguns de seus filhos também?”

O progresso da genética abriu vários campos na pesquisa e na aplicação prática.

Limitando a análise ao campo prático na medicina genética, Nora e Fraser elencam a atuação do médico às seguintes áreas: diagnóstico pré-natal de doenças genéticas; os gêmeos e seu uso em genética; teratologia; dermatoglifos; imunogenética; grupos sanguíneos e proteínas séricas; genética de células somáticas; genética e câncer; genética do comportamento; doenças cardiovasculares; farmacogenética; síndrome e aconselhamento genético.

Os autores da obra coletiva *Genômica*, que já foi mencionada, elaboraram um rol ainda mais extenso<sup>4</sup>.

A conclusão do PGH permite exames e terapias até então objeto de ficção científica.

Em recente matéria veiculada na revista semanal *Época*<sup>5</sup>, intitulada “Encarei meu DNA”, a jornalista Cristiane Segatto informa que se submeteu ao exame de DNA de ancestralidade e expôs a sua intimidade genética e revelou que ela é descendente de uma mulher que viveu a 60 mil anos na Ásia Central, no sul da Sibéria. O exame revelou, ainda, que ela tem 90% de genes de origem europeia. Mas tem genes africanos e asiáticos. No aspecto médico, houve importantes indicadores da presença ou ausência de risco para doenças. Ela está predisposta para aneurisma, degeneração da retina, infarto, doença arterial periférica e câncer de mama. Entretanto, não há predisposição para esclerose múltipla, glaucoma, câncer de tireoide, leucemia, artrite reumatoide, obesidade e diabetes tipo 2. As informações são

<sup>4</sup> Para eles, a genômica abrange, no campo prático: doenças genéticas, gênicas, cromossômicas e complexas; aconselhamento genético; erros inatos de metabolismo; técnicas citomoleculares para diagnóstico; terapias celulares e bioengenharia tecidual; células-tronco; cardiologia, doenças neuromusculares e neurodegenerativas; oncologia; leucemia; imunologia; imunogenética e resistência a infecções; vacinas gênicas e de DNA, geriatria, diagnóstico prenatal, reprodução assistida, terapia gênica; parasitologia e farmacogenômica.

<sup>5</sup> Edição n. 570, de 20 de abril de 2009, p. 68.

relevantes na medida em que ela mesma informa contar com 39 anos de idade e, sem dúvida, com tempo para tomar medidas preventivas. A jornalista anota que ficou sabendo de informações pouco relevantes como ser portadora de gene da dependência do cigarro, embora firme que nunca tenha fumado.

Praticamente a cada hora novas descobertas são feitas e que podem beneficiar a humanidade em geral. Ainda na matéria mencionada, a jornalista Cristiane Segatto informou que:

Na semana passada, uma equipe da Universidade do Texas anunciou ter identificado uma variante genética que aumenta em 30% o risco de ocorrência do AVC. Essa peculiaridade está presente em 20% dos brancos e 10% dos negros, segundo a análise feita a partir do DNA de quase 20 mil americanos e europeus.

Portanto, não é possível imaginar o limite para a aplicação prática da genética. São fronteiras ainda longe de ser atingidas.

Sem dúvida, a inevitável consequência de tanto progresso é o aumento da margem de erro de forma exponencial.

4. A medicina genômica é área recente e contém promessas importantes na busca de cura para muitos males ainda considerados incuráveis.

Cumpre assinalar, abrindo breves parênteses, que a genômica é um dos ramos da genética da atualidade. O outro, igualmente importante, e que interage com a genômica, é a engenharia genética. Entretanto, são inconfundíveis. Oliveira (1995)<sup>6</sup> esclarece que:

Os anos 90 já deixam antever que serão os ‘anos de ouro da molécula de DNA’. As manipulações genéticas e as ‘coisas’ por elas produzidas já existem. A engenharia genética, enquanto conjunto de técnicas específicas impõe com poderes mágicos e sedutores. Traz sonhos e pesadelos. É condenada e cultuada, acrítica e apaixonadamente, por tudo o que acena de assustador e de fascinante. Pode prever, prevenir e curar doenças, mas também pode gerar monstros! Graças a isso é mitificada e mistificada.

<sup>6</sup> OLIVEIRA, Fátima. *Engenharia genética – o sétimo dia da criação*. São Paulo: Moderna, 1995, p. 6.

Atuam na engenharia genética profissionais de várias áreas, inclusive médicos. A análise ora feita limita-se ao trabalho desenvolvido pelos médicos e no que interessar à genômica.

Feito o reparo, impõe-se o retorno à abrangência da genômica. Conforme anotado, os autores da obra coletiva *Genômica* elencaram extenso rol de temas a ela vinculados no campo prático (ver nota 4). É claro que a relação está sofrendo contínua ampliação. A eleição ora feita visa somente abordar aspectos, no momento, mais relevantes e que são:

I – As doenças genéticas, gênicas, cromossômicas e complexas. A descrição é extremamente técnica e refoge do objetivo proposto. Todavia, apenas para esclarecimento, a doença genética complexa decorre da convergência de vários fatores genéticos.

II – O aconselhamento genético refere-se à comunicação de doença ou risco de doença genética e feita ao paciente. Patrícia Ashton-Prolla e Roberto Giugliani<sup>7</sup>, no artigo “Aconselhamento genético na era genômica” esclarecem:

Do ponto de vista prático, o aconselhamento genético inclui as seguintes atividades: a) diagnóstico de uma doença genética ou desordem de predisposição genética; b) avaliação de risco individual e familiar de ocorrência e recorrência de uma doença ou predisposição genética; c) comunicação desse risco; d) comunicação de informações sobre a história natural, prognóstico e opções de redução de risco e manejo (incluindo opções reprodutivas) a indivíduos e famílias com doenças genéticas.

III – Os erros inatos de metabolismo são de origem genética. Jaime Moritz Brum, Carlos Eduardo Speck-Martins e Isabela Maria Pinto de Oliveira Rizzo<sup>8</sup> advertem “... para que seja possível o estudo genômico do indivíduo, é necessário antes que a doença seja corretamente identificada...”

IV – As técnicas citomoleculares para diagnóstico devem ser combinadas para que o resultado seja correto. Consistem na pesquisa de mutação pontual em um ou alguns genes e que indicam predispo-

<sup>7</sup> In *Genômica*, p. 229-33.

<sup>8</sup> Idem, *ibidem*, p. 241.

sição para determinada doença metabólica e sua eventual transmissão para os descendentes. Hector Nicolás Seuánez Abreu *et al*<sup>9</sup> alertam que “...a maioria dos métodos utilizados apresentam ampla faixa de erro...”

V – As terapias celulares e bioengenharia tecidual são técnicas avançadíssimas para tratamento de doenças genéticas, correção de erros genéticos e reconstrução de tecidos. Nas palavras de Radovan Borojevic e Alex Balduino<sup>10</sup>: “As terapias celulares são procedimentos médicos que usam células vivas para melhorar o funcionamento ou promover o reparo e renegeração de tecidos e órgãos acometidos por doenças, processos degenerativos, ou que sofreram lesões traumáticas”.

A bioengenharia ou engenharia genética, a seu turno, aplica as técnicas para “... a construção em laboratório de um tecido ou órgão funcional...”<sup>11</sup> Enfim, o ser humano acelera o processo natural ou supre o que a natureza, normalmente, não produz. A probabilidade de erro é muito elevada.

VI – A questão das células-tronco tem sido alvo de atenção dos especialistas e da sociedade civil em geral porque abre perspectivas até então inimagináveis para o tratamento e cura de muitos males. Contudo, também podem gerar quimeras<sup>12</sup>, como amplamente divulgado pela imprensa (por exemplo, a orelha humana produzida no dorso do camundongo). A definição científica é de Oswaldo Keith Okamoto e Carlos Alberto Moreira Filho<sup>13</sup>: “...células-tronco (CT) são células primordiais, auto-renováveis, capazes de gerar todos tipos de células especializadas, como hepatócitos, cardiomiócitos e neurônios...”

De qualquer forma, o tema foi alvo de candente debate no Supremo Tribunal Federal e na sociedade como um todo, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510-0 – DF<sup>14</sup>.

<sup>9</sup> Idem, *ibidem*, p. 279.

<sup>10</sup> Idem, *ibidem*, p. 297.

<sup>11</sup> In *Genômica*, p. 297.

<sup>12</sup> Monstros da mitologia grega, compostos, cada um, de partes de vários seres vivos.

<sup>13</sup> In *Genômica*, p. 313.

<sup>14</sup> O Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a ADI, mas o acórdão ainda não foi publicado. Consta do sítio oficial o seguinte:

Entretanto, as terapias são promessas para o futuro. No momento, apenas foram liberadas, no Brasil, as pesquisas com células-tronco humanas a partir de embriões humanos obtidos por fertilização *in vitro* nos termos do art. 5º da Lei n. 11.105, de 2005<sup>15</sup>. Logo, é previsível que serão abundantes os erros nos ensaios em desenvolvimento. Ainda não se pode exigir a responsabilização dos médicos. Os pacientes que concordarem com a técnica experimental sabem que servirão como autênticas cobaias. Ocorre que os resultados de experimentos em mamíferos podem, no ser humano, apresentarem desvios

---

Decisão Final.

Após os votos do Senhor Ministro Carlos Britto (relator) e da Senhora Ministra Ellen Gracie (Presidente), julgando improcedente a ação direta, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Menezes Direito. Falaram: pelo Ministério Público Federal, o Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza; pelo *amicus curiae* Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB, o Professor Ives Gandra da Silva Martins; pela Advocacia-Geral da União, o Ministro José Antônio Dias Toffoli; pelo requerido, Congresso Nacional, o Dr. Leonardo Mundim; pelos *amici curiae* Conectas Direitos Humanos e Centro de Direitos Humanos – CDH, o Dr. Oscar Vilhena Vieira e, pelos *amici curiae* Movimento em Prol da Vida – MOVITAE e ANIS – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, o Professor Luís Roberto Barroso.

Plenário, 05.03.2008. Após os votos dos Senhores Ministros Menezes Direito e Ricardo Lewandowski, julgando parcialmente procedente a ação direta; dos votos da Senhora Ministra Cármen Lúcia e do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, julgando-a improcedente; e dos votos dos Senhores Ministros Eros Grau e Cezar Peluso, julgando-a improcedente, com ressalvas, nos termos de seus votos, o julgamento foi suspenso. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes.

Plenário, 28.05.2008. Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do relator, julgou improcedente a ação direta, vencidos, parcialmente, em diferentes extensões, os Senhores Ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e o Presidente, Ministro Gilmar Mendes.

Plenário, 29.05.2008.

<sup>15</sup> Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *In vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data de publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

imprevistos. Enfim, qualquer organismo vivo surpreende nas reações decorrentes de manipulação antinatural.

VI – A cardiologia, as doenças neuromusculares e neurodegenerativas, a oncologia e a leucemia estão sendo amplamente beneficiadas pela medicina genômica. A margem tolerável de erro tem sido constantemente diminuída.

VII – Os campos da imunologia, imunogenética e resistência a infecções encontram-se em estado avançado de pesquisas. Jorge Kalil, Anna Carla Goldberg e Luiz Vicente Rizzo<sup>16</sup> anotam, quando à imunologia, que já existe “...enorme gama de conhecimento já acumulada na área...”. O mesmo pode ser afirmado em relação à imunogenética e resistência a infecções.

VIII – As vacinas gênicas são recentes. Célio Lopes Silva *et al*<sup>17</sup>, após noticiarem as duas gerações do processo de obtenção de vacinas, esclarecem que “...mais recentemente, surgiram as vacinas gênicas ou de terceira geração, em que os genes ou fragmentos de genes que codificam antígenos potencialmente imunogênicos são carregados por DNA plasmidial...” Em linguagem comum: ao invés de microorganismos, as vacinas gênicas são elaboradas com apenas genes ou fragmentos deles para imunizar o vacinado. Sem dúvida, é fascinante o campo que se abre para terapia de imunização. Com o progresso das pesquisas, a margem de erro está sendo encurtada.

IX – A vacina de DNA é promessa ainda mais fantástica. Sérgio Costa Oliveira<sup>18</sup> assevera que “...a vacina de DNA é a mais recente forma de apresentação de antígeno que veio se somar ao campo das vacinas, com o avanço dos estudos genômicos...” Entretanto, ainda é experimental e não pode haver cobrança de taxa elevada de acerto. A probabilidade do erro médico é maior.

X – No campo da geriatria, a expectativa é grande. O temor da morte é ínsito do ser humano. Robert Anderson<sup>19</sup> afirma: “...o medo

<sup>16</sup> In *Genômica*, p. 411.

<sup>17</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 465.

<sup>18</sup> In *Genômica*, p. 497.

<sup>19</sup> In *Sophia – ciência, religião, filosofia* n. 26, p. 17.

que os seres humanos têm da morte é quase universal...”. Daí, a permanente busca pela longevidade.

O envelhecimento da população é fenômeno que a estatística vem detectando. A Organização das Nações Unidas já denominou o período de 1975 a 2025 como sendo a ‘era do envelhecimento’. A medicina genômica, embora seja disciplina muito recente, já realizou pesquisas complexas para identificar e tratar doenças genéticas ligadas ao aumento da expectativa de vida longa. Os estudos encontram-se em estágio inicial muito ainda há para ser descoberto. Não se pode exigir baixo índice de erro por parte do médico geriatra que utiliza a genética para obter vida mais longa e com boa qualidade.

XI – O diagnóstico pré-natal, quase inexistente há poucas décadas, passou a ser utilizado como rotina. Todavia, muitas doenças de origem genética ainda não são tratáveis. Mas, na assertiva de Roberto Giugliani e Patrícia Ashton-Prolla<sup>20</sup>

[...] a implantação de testes populacionais e da sua progressiva ampliação ao longo dos últimos 40 anos, com a utilização de marcadores microbiológicos, bioquímicos e genético-moleculares, conduzindo para as perspectivas que as ferramentas da medicina genômica vão trazer para essa fascinante área relacionada com a diminuição do impacto populacional e individual de inúmeras doenças que afligem a espécie humana.

É oportuno registrar que, segundo Walter Pinto Júnior<sup>21</sup>, “...a Genética, mais que outras especialidades médicas, tem, por enquanto, uma ação predominantemente preventiva...”

Outra vez, pois, a margem de erro no tratamento é elevada, embora apresentando gradual declínio.

XII – A reprodução assistida é um capítulo especial e mereceria um artigo específico reservado para outra oportunidade.

É da linguagem popular que o ser humano só se completa após gerar um filho, plantar uma árvore e escrever um livro. Todavia, fatores diversos impedem que o primeiro sonho seja concretizado. Nas últimas décadas, entretanto, a medicina genômica vem vencendo as

<sup>20</sup> In *Genômica*, p. 537.

<sup>21</sup> Idem, *ibidem*, p. 551.



dificuldades naturais do casal infértil, principalmente com técnicas de alta complexidade, dentre elas, a fertilização *in vitro* – FIV e suas variantes. Apesar da altíssima tecnologia envolvida, a obrigação é de meio porque é impossível prever a reação do organismo reprodutivo feminino ao receber o embrião para clivagem. Apesar de tudo, o índice de sucesso tem aumentado de modo incessante, inclusive quando a implantação ocorre em útero de outra mulher que não seja a doadora do óvulo. A taxa de erro vem caindo de forma acentuada.

XIII – A terapia gênica, ou seja, a manipulação genética para diagnóstico e tratamento de doenças, em pouco mais de uma década, apresenta resultados surpreendentes. Nance Beyer Nardi e Armando Morais Ventura<sup>22</sup> noticiam que “...cerca de 100 dos genes responsáveis por doenças humanas eram conhecidos em 1990. Hoje, este número aumentou para 1.400...” E prosseguem “...o acúmulo desse conhecimento permitirá a plena aplicação da medicina genômica, modificando os procedimentos médicos de prevenção, diagnóstico e tratamento de várias doenças, área onde se inclui a terapia gênica...”

E pode-se afirmar que, após ter sido completado o PGH, os resultados são mais promissores. A margem de erro está em franco declínio.

XIV – A medicina genômica ainda abrange a parasitologia e a farmacogenômica. São áreas de pesquisa que procuram mapear os genomas de parasitas prejudiciais à saúde humana e a descoberta de fármacos biogenéticos, principalmente mediante clonagem. Os profissionais dessas áreas trabalham em caráter experimental. As taxas de erro são elevadas.

5. A questão do erro médico e sua reparação é assaz tormentosa.

O exercício da medicina exige, além de vocação, preparo teórico e prático, além de permanente atualização. Hipócrates já firmava, há quase dois milênios e meio, que: “Aquele que quiser adquirir um conhecimento exato da arte médica deverá possuir boa disposição para isso, frequentar uma boa escola, receber instrução desde a infância, ter vontade de trabalhar e ter tempo para se dedicar aos estudos”.<sup>23</sup>

<sup>22</sup> In *Genômica*, p. 627.

<sup>23</sup> Citação feita por GOMES, Júlio César Meirelles; DRUMOND, José Geraldo de Freitas e FRANÇA, Genival Veloso de. *Erro médico*. 4. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2002.

Gomes, França e Drumond<sup>24</sup> apontam como possíveis causas do erro médico, em primeiro lugar, a mudança da relação médico-paciente. Em segundo lugar, o que denominaram como sendo a tecnologia da medicina.

O avanço tecnológico exige especialização cada vez mais estrita e os mesmos autores informam as principais condutas geradoras de erro médico:

Entre as principais queixas de desvios de conduta dos médicos, que podem resultar em erro médico, vamos encontrar as seguintes: exame superficial do paciente; falha de diagnóstico; operações prematuras, omissão de tratamento, retardo na transferência para outro especialista; descuidos em transfusões de sangue ou anestesias, empregos de métodos ou condutas antiquadas e incorretas, prescrições erradas; abandono do paciente; negligência pós-operatória; omissão de instrução necessária ao paciente; responsabilidade por suicídios em hospitais psiquiátricos; danos por uso de instrumental; infecções propagadas por meio de instrumentos; queimaduras por raios X; e o não funcionamento ou funcionamento incorreto de equipamentos de diagnóstico e tratamento.<sup>25</sup>

Em regra, o médico assume obrigação de meio. O profissional deve empregar todos os seus esforços para que o paciente recupere a saúde conforme alerta Sebastião (2001)<sup>26</sup>.

Nesse tipo de obrigação, a responsabilidade civil por eventuais danos emerge se houver culpa *lato sensu*, mas tem aplicação a teoria subjetiva. Logo, o lesado deverá provar a existência dos elementos caracterizadores do ato ilícito para surgir a obrigação de reparar o dano.

Em caráter excepcional, entretanto, pode assumir obrigação de resultado. Assim, deverá satisfazer a expectativa do paciente como, por exemplo, na cirurgia plástica embelezadora. Embora a obrigação seja mais restrita, a responsabilidade, em princípio, rege-se pela teoria subjetiva, salvo se tiver pertinência a parte final do parágrafo único do art. 927 do Código Civil de 2002<sup>27</sup>. Pode ser que o profissional assum

<sup>24</sup> Op. cit., p. 53.

<sup>25</sup> Idem, ibidem, p. 54.

<sup>26</sup> SEBASTIÃO, Jurandir. *Responsabilidade médica civil, criminal e ética*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 68.

<sup>27</sup> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (artigos 186 e 187), causar dano a outrem,

risco extraordinário na obrigação de resultado e responde independentemente de culpa, ou seja, pela teoria objetiva.

É oportuno lembrar que, além das causas legais excludentes da ilicitude (art. 188 do Código Civil de 2002), outras, específicas, existem para eximir o médico da responsabilidade pela reparação do dano.

Romanello Neto (1998)<sup>28</sup>, citando Kirmsler, entende que as causas excepcionais são: iatrogenia, obediência devida, caso fortuito, força maior, dispensa de culpa, culpa do paciente e culpa concorrente.

A iatrogenia é a reação orgânica (alteração patológica) do paciente e decorrente de tratamento a que se encontra submetido. A reação pode ou não ser prevista. Etimologicamente, o termo vem do grego *iatros* (médico) e *genia* (origem, causa) e queria dizer os efeitos positivos ou negativos do tratamento. Somente com o decorrer do tempo, assumiu a conotação francamente negativa.

O autor mencionado anota:

Na prática, os casos de iatrogenia são excepcionais. Se um tratamento provoca efeitos indesejáveis para o enfermo e venham a ensejar-lhe um dano, deve-se analisar se existiu ou não culpa imputável ao médico, pelo tratamento prescrito ou recomendado, que venha a evidenciar sua responsabilidade civil<sup>29</sup>.

A obediência devida ocorre quando o médico segue ordens de superior hierárquico. Entretanto, ela não pode ser cega. Deve ter como base o razoável. Se o superior determinar ao subordinado a prática da eutanásia porque sente antipatia pelo paciente, é claro que não poderá ser obedecido. Contudo, determinar a prescrição de tratamento alternativo que, em tese, seria compatível, mas, na prática, revelou-se contraproducente, é circunstância excludente da ilicitude.

O caso fortuito e a força maior são inconfundíveis.

---

fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

<sup>28</sup> ROMANELLO NETO, Jerônimo. *Responsabilidade civil dos médicos*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998, p. 38.

<sup>29</sup> Idem, *ibidem*, p. 39.

O Prof. Aurelio Candian, da Universidade de Milão, conceitua os institutos no verbete *Caso fortuito e forza maggiore* constante do “Novíssimo digesto italiano”<sup>30</sup>: “Caso fortuito è ogni evento naturale, o ad esso assimilato, indipendente dalla volontà umana, che esca dalla ragionevole prevedibilità e non si possa ovviare senza cautele superiori a quella della normale diligenza”.

Almeida Júnior (1962)<sup>31</sup> esclarece:

Não se confundem ‘força maior’ e ‘caso fortuito’, embora o Código Civil (art. 1.058) os aproxime. Para os romanos, o caso fortuito era caracterizado pela impossibilidade de ser previsto, e a força maior pela impossibilidade de ser vencida.

(...) São casos de força maior o raio, a inundação, o tremor de terra, o ciclone, a guerra, a revolução.

A referência é ao Código Civil de 1916, mas, no atual, o tratamento é o mesmo.

Portanto, o imprevisível e o inevitável excluem a responsabilidade do profissional.

A dispensa de culpa está presente quando concretizada a hipótese do art. 51, I, do Código de Defesa do Consumidor.

A culpa do paciente pode ser concorrente ou exclusiva. Na primeira hipótese, atenua e, na segunda, exclui a responsabilidade civil do médico.

A culpa concorrente ocorre quando, ao lado de dolo, imperícia, negligência ou imprudência do profissional, o paciente também deixa de seguir as prescrições do tratamento como, por exemplo, não toma remédios na quantidade e horários determinados, atrasa em retornar para revisão de tratamento, etc.

A culpa exclusiva decorre de ato do paciente que deixa de comparecer nas consultas, não efetua exames necessários, abandona o tratamento sem avisar o médico, entre outras situações em que o profissional não tem qualquer participação.

<sup>30</sup> *Novissimo digesto italiano*. 3. ed. Torino: Unione Tipografico-editrice Torinese, 1957, v. II, p. 988.

<sup>31</sup> ALMEIDA JÚNIOR, A. *Lições de medicina legal*. 6. ed. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1962, p. 244.

O erro médico no campo da medicina genômica é ainda mais complexo. Devido à recenticidade das técnicas e as diuturnas descobertas, é imperativa a existência de margem de tolerância. Em cada área da medicina genômica, as estatísticas irão delimitar o erro tolerável e, portanto, excludente de ilicitude.

O médico praticante da medicina genômica, conforme foi descrito, assume alto risco. A maioria dos erros ainda é escusável até mesmo em decorrência do caráter experimental de vários procedimentos. Mas não estão totalmente imunes da responsabilidade civil.

É claro que, em primeiro plano, o médico responde pelos danos decorrentes de atuação dolosa, comissiva ou omissiva, até mesmo porque representa quebra do princípio ético da beneficência.

Em segundo plano, tem-se a culpa estrita, ou seja, a negligência e a imprudência, nelas abrangida a imperícia.

A análise a seguir tem por base apenas a culpa estrita para verificar se é geradora de responsabilidade civil.

Cumprido ressaltar que toda atividade genômica está lastreada em obrigação de meio, salvo convenção expressa em contrário.

Pode-se questionar se a atividade constitui risco excepcional a justificar seja aplicada a teoria responsabilidade civil objetiva tal como previsto na parte final do parágrafo único do art. 927 do Código Civil de 2002.

Parece-me que a resposta deve ser negativa.

Pereira (2003)<sup>32</sup>, após traçar o perfil histórico e evolutivo da responsabilidade civil sem culpa, anota:

O Código Civil de 2002 não ficou imune ao desenvolvimento da responsabilidade civil sem culpa, tendo em diversas hipóteses previsto este tipo de responsabilidade. A regra mais importante é a do parágrafo único do art. 927, que instituiu uma cláusula geral de responsabilidade objetiva, ao determinar que haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

<sup>32</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 11. ed. Atualizada por Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. III, p. 563.

Acrescentou caber à doutrina e à jurisprudência definir quais atividades humanas poderiam ser consideradas como sendo portadoras de risco extraordinário porque o risco ordinário é inerente a toda e qualquer atividade. Portanto, a variação é de quantidade.

Feito o reparo, há que se ponderar e insistir: nenhuma conquista de alta tecnologia pode ser obtida sem risco elevado. Exigir o contrário representaria impedir o progresso científico e os benefícios inegáveis que representam para a humanidade. Cumpre à sociedade organizada criar os mecanismos, inclusive legais, para delimitar até onde será admitida a face sombria do progresso, qual seja, os riscos e danos deles emergentes, que são toleráveis.

Assim, no que respeita às doenças genéticas, gênicas, cromossômicas e complexas, o erro médico, em todas elas, pode decorrer de falha no diagnóstico, principalmente pela deficiência de exame ou má interpretação do genótipo do paciente. Salvo no caso de gêmeos univitelinos e enquanto não for produzida clonagem humana, o genótipo é estritamente individual, ou seja, não se repete em outros seres humanos.

O erro médico no aconselhamento genético deriva de duas fontes: imperícia nos procedimentos mencionados e quebra de confidencialidade.

A complexidade dos procedimentos é notória. A manipulação dos dados e sua comunicação ao paciente reveste-se de extrema delicadeza. A equivocada formulação do diagnóstico, a falha na avaliação, sem dúvida, irão gerar comunicação incorreta, além de erro na terapia sugerida. O paciente pode sofrer intensa dor moral desnecessária.

Por outro lado, o paciente tem direito à estrita confidencialidade dos seus dados. Somente ele deve decidir sobre a eventual divulgação<sup>33</sup> e nem mesmo representante legal pode fazê-lo. Ressalvo a divulgação autorizada por procurador com poderes especiais. A quebra do sigilo, pelo médico, pode gerar dano moral ou até mesmo de natureza material como, por exemplo, o paciente vem a perder o emprego em decorrência de sua predisposição genética para determinada doença.

<sup>33</sup> A jornalista Cristiane Segatto decidiu pela divulgação de sua intimidade genética.

Na pesquisa dos erros inatos de metabolismo, a identificação incorreta, fora da margem de erro estatisticamente tolerável, revela imperícia e, se causar dano, deve este ser reparado.

Quanto às técnicas citomoleculares para diagnóstico, salvo se o médico houver assumido obrigação de resultado ou deixado de informar ao paciente sobre a precariedade dos métodos, não responderá por erro de diagnóstico.

No caso das terapias celulares e da bioengenharia tecidual bem como da utilização de células tronco, a fase intensamente experimental justifica a existência de larga margem de erro escusável. Por enquanto, dificilmente o médico genômico poderá ser responsabilizado por culpa estrita.

No tratamento genômico cardiológico, das doenças neuromusculares e neurovegetativas, na oncologia e na leucemia, o erro tolerável, conforme anotado, tem sido constantemente diminuído. Em contrapartida, a responsabilidade por tratamento inadequado, se inescusável o erro, gera obrigação de indenizar.

A imunologia, a imunogenética e resistência a infecções, a vacina gênica e de DNA são áreas ainda experimentais. O procedimento equivocado gerador de responsabilidade civil centra-se, praticamente, na prescrição incorreta da vacina. Não vislumbro, nos demais procedimentos, qualquer responsabilização no atual estágio das pesquisas.

Derradeira assertiva é válida para o tratamento genômico geriátrico, o diagnóstico pré-natal, a terapia gênica, a parasitologia e a farmacogenômica.

Quanto à reprodução humana assistida, já existe maior apuro técnico. O erro de manipulação, troca de material reprodutivo, quebra de sigilo sem autorização dos interessados ou determinação judicial são circunstâncias que ensejam responsabilidade civil do profissional em reparar os danos. Estes são, principalmente, de ordem moral. Mas os danos materiais também podem surgir e são reparáveis.

Todavia, nunca é demais insistir que a medicina genômica ainda comporta riscos muito elevados. Seriam menores os das primeiras máquinas movidas a vapor? Guardadas as proporções, com certeza que não. E a humanidade começou a encurtar as distâncias, produzir

em quantidades maiores, proporcionar mais conforto, quando decidiu aceitar os referidos riscos.

Estabelecida a responsabilidade civil, a reparação, em princípio, deve ser ampla. Mas, excepcionalmente, deve ser minimizada nos termos do parágrafo único do art. 944 do Código Civil de 2002<sup>34</sup>.

A intensidade da culpa no erro médico genômico quase sempre é baixa.

O benefício esperado com o tratamento genômico, em geral, supera o dano causado, mesmo no caso de letalidade dentro de limites estatísticos de probabilidade. Daí, a desproporção prevista no texto legal.

A redução, por se tratar de norma legal contendo cláusula aberta, fica na discricção do juiz. E, ao julgar, não pode ele perder de vista o altruísmo ínsito na medicina genômica e os inegáveis benefícios que já começam a integrar o dia a dia da humanidade. Nunca é demais repetir: sem risco, não há progresso. E o risco sempre comportará o surgimento de erro.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA JÚNIOR, A. *Lições de medicina legal*. 6. ed. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1962, 740p.

ANDERSON, Robert. Como entender a morte. *Revista Sophia, ciência, religião, filosofia*. Brasília, s/d, ano 7, n. 26, p. 16-7.

AZARA, Antonio e EULA, Ernesto (Orgs.). *Novissimo digesto italiano*. 3. ed. Torino: Unione Tipografico-editrice Torinese, 1957, 32 vol.

GOMES, Júlio César Meirelles; DRUMOND, José Geraldo de Freitas e FRANÇA, Genival Veloso de. *Erro médico*. 4. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2002, 205p.

MIR, Luís (Org.). *Genômica*. São Paulo: Atheneu, 2004, 1.114p.

<sup>34</sup> Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.



NORA, James J. e FRASER F. Clarke. *Genética médica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, s/d, 301p.

OLIVEIRA, Fátima. *Engenharia genética – o sétimo dia da criação*. São Paulo: Moderna, 1995, 133p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 11. ed. Atualizada por Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2003, 6 vol.

SEBASTIÃO, Jurandir. *Responsabilidade médica civil, criminal e ética*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, 378p.

SEGATTO, Cristiane: Encarei meu DNA. *Revista Época*, Rio de Janeiro, p. 68-76, 20 abr. 2009.

WATSON, James D. *DNA – o segredo da vida*. São Paulo: Cia. das Letras, 2005, 470p.



# 6

## DIREITOS HUMANOS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: A HORA DA TRANSIÇÃO

**Francisco Rezek**

Há certa ambiguidade, a vários títulos, no uso contemporâneo da expressão “direitos humanos”. Acompanhando o noticiário político internacional pode-se ver em nome de que causas e de que propósitos o argumento dos direitos humanos foi usado nos últimos anos. Ademais da ambiguidade da política dos direitos humanos na cena internacional existe dúvida quanto à própria substância, ao conteúdo científico da expressão “direitos humanos”, não só no Brasil, mas também lá fora.

Faz algum tempo, pelo ano de 2004, a Corte Internacional de Justiça – que eu integrava na época – discutia na Haia a questão de saber se determinado direito subjetivo deveria ou não ser qualificado como direito humano. Cuidava-se do caso *Avena*, um processo ajuizado pelo México contra os Estados Unidos da América, onde a pena de morte existe em várias das unidades federadas, e onde a presença de grande número de cidadãos mexicanos na expectativa da execução, no chamado “corredor da morte”, veio a suscitar esse litígio internacional.

Uma Convenção de Viena de 1963 sobre relações consulares, que vincula hoje todos os países do mundo, manda que em qualquer deles, quando um juiz criminal tem diante de si um réu estrangeiro, sujeito a processo de que possa resultar condenação a pena grave, ele, juiz, tem o dever de prevenir o cônsul do respectivo país, de modo que este

possa dar algum apoio a seu compatriota, verificando se ele entende a acusação que lhe é feita, se está adequadamente assistido por advogado, se está podendo se defender corretamente.

Em diversos estados norte-americanos os juízes não cumpriam essa regra, menos por má fé que pela histórica falta de visão do mundo e da ordem jurídica internacional que permeia aquele país, e que contamina mesmo os operadores do direito. O resultado disso foi que a Alemanha ajuizou um processo contra os EUA, quando da execução de dois jovens alemães em certo estado do oeste do país, e pouco depois o México fez o mesmo, no caso de algumas dezenas de mexicanos condenados à pena de morte. A Corte condenou os EUA a não mais proceder assim, e a rever os processos já findos e maculados pela irregularidade. No curso dos debates a Corte enfrentou a singular questão de saber se o direito subjetivo criado pela Convenção em favor do réu era ou não de ser qualificado como um “direito humano”.

Ficou assentado que havia, sim, um “direito subjetivo”. Quando os Estados partes na Convenção de Viena se prometeram reciprocamente essa providência – a de o juízo criminal prevenir o cônsul – eles não estavam apenas criando uma obrigação para autoridades perante autoridades, mas estavam também criando para o indivíduo, para o ser humano que é réu no processo penal, o direito subjetivo de ter seu respectivo cônsul avisado para dar-lhe eventual assistência. É um direito subjetivo como aqueles que os tratados de extradição criam para a pessoa do extraditando. O tratado de extradição, ao estabelecer inúmeras regras que os Estados obedecem reciprocamente – sobre quando não é possível a extradição, por exemplo, por crime político, por crime prescrito, por ato atípico –, cria ao mesmo tempo para o extraditando o direito subjetivo de não ser extraditado quando não se reúnam todas as condições cumulativas alistadas no texto.

Começou certa manhã de segunda feira, na primavera de 2004, o debate sobre a questão de saber se esse direito subjetivo era um direito humano ou não era um direito humano. A Corte mergulhou na tormentosa questão de saber “o que é, exatamente, hoje, um direito humano”, sob o crivo do rigor científico que uma decisão daquela casa impõe. A discussão durou toda a semana e, quando caiu a noite da sexta-feira, ainda não se havia chegado a conclusão nenhuma. Enten-

deu-se que era melhor não falar nisso, e o acórdão acabou-se referindo a um direito subjetivo do réu, sem dizer se aquilo se inscrevia ou não na categoria dos direitos humanos.

Para quem lê a Constituição do Brasil essa dúvida é bem mais tormentosa, porque a carta de 1988 lida com uma categoria histórica em nosso constitucionalismo, tendo raízes na Carta Imperial de 25 de março de 1824: *o rol de direitos*, algo exemplarmente precoce no Brasil, e algo que ocupa, hoje mais que nunca, um grande espaço na lei fundamental. Essa categoria chamou-se no passado “direitos e garantias individuais”. Na versão contemporânea o adjetivo “individuais”, define parte de um conjunto mais amplo, o dos “direitos e garantias fundamentais”. A leitura da longa lista do art. 5º faz ver que nem todos aqueles direitos dizem respeito ao ser humano em sua individualidade; diversos são coletivos, ou são direitos que se consagram em favor de pessoas jurídicas, de empresas, de outras comunidades possíveis dentro de uma sociedade aberta.

O que são, então, os direitos humanos sob a ótica do analista da Constituição brasileira, quando ele se defronta com algo que tem alcance bem maior que aquilo que se poderia entender como “a estrita categoria dos direitos humanos”? Talvez o melhor seja simplesmente abandonar essa discussão, que se processa em termos quase sempre teóricos, e considerar que a nossa Constituição arrola um número expressivo de direitos e garantias que não são necessariamente direitos humanos elementares, que vão além daqueles direitos básicos sempre atinentes à pessoa natural, ao ser humano, e que não poderiam ser compartilhados por associações, por empresas e outras coletividades.

Ocorre que, mesmo no domínio do *básico*, está havendo uma evolução. Pelos meados dos anos 90, quando eu ainda fazia parte da composição do Supremo, o tribunal veio a tomar, por maioria difícil, uma das mais infelizes decisões de toda sua história. Errar é humano, é próprio das instituições humanas, e os tribunais o são. Os erros do Supremo foram poucos desde que ele existe, datando dos alvares do Primeiro Império. Foram às vezes erros técnicos conscientes, mas justificados por alguma razão política ou social – como quando o tribunal, voltando atrás, deu satisfação ao governo que ameaçava quebrar se a previdência social não recolhesse contribuições previdenciárias também dos aposentados. O argumento da corte foi, no

fundo, o da solidariedade social, em nome da qual os aposentados mais eirados devem, ainda que isso contrarie a lógica do sistema, contribuir também com a previdência, para melhor trato e neutralização de nossas desigualdades. Mas é um tribunal que errou pouco. Tanto quanto eu recorde, esse deve ter sido o único erro clamoroso dos tempos modernos. Foi quando o tribunal se viu chamado a decidir sobre a aparente concorrência entre a Constituição, no seu art. 5º, LXVII, e o art. 7º de um tratado internacional que nos vincula, o Pacto de São José da Costa Rica sobre direitos humanos. A Constituição diz que ninguém pode ser preso por dívida neste país. Nada mais salutar. Todos os países arejados e democráticos adotam regra semelhante: não se prende ninguém por dever dinheiro, a prisão é própria dos procedimentos penais. Mas o constituinte abre duas exceções, o caso do alimentante omissivo e o caso do depositário infiel. Ao abrir essas duas exceções, depois de afirmar com gravidade que “não haverá prisão civil na República”, o constituinte deixou para o legislador ordinário a possibilidade de conservar a hipótese da prisão por dívida no caso daquele que é devedor de alimentos a uma família, em geral abandonada, e que, devendo por decisão judicial pagar alimentos, e podendo pagá-los, omite-se deliberadamente de fazê-lo.

O outro caso é o do depositário infiel. Quando a Constituição do Brasil fala no “depositário infiel”, todos entendemos, com a boa-fé que o culto do direito nos exige, que ela se refere ao depositário infiel propriamente dito, àquele indivíduo em geral bem posto na vida a quem o juiz confia os bens do órfão, da viúva, e que os dilapida, e que no momento de restituí-los, a mando do juiz, não mais dispõe deles e não quer compensar isso de outro modo. Esse, não outro, é o depositário infiel de que fala a Constituição.

Vivemos, entretanto, em um país onde o legislador ordinário, por mais de uma vez, para atender a determinados interesses, boicotou sua própria Constituição. Neste caso específico, o que o legislador ordinário fez por mais de uma vez, do caso do penhor agrícola ao caso da alienação fiduciária em garantia, foi inventar falsas situações de depósito, foi definir como depositário infiel aquele que não o é, aquele que é um devedor simples, numa típica, histórica, quase bíblica situação de dívida. Aquele agricultor que pediu dinheiro emprestado ao banco e, com os azares que a atividade agrícola comporta em toda

parte, um dia se viu sem ter como pagar o empréstimo ao banco e sem ter como dar-lhe o produto da colheita – que às vezes nem se tirou do solo, ou que pereceu de outro modo. Isso não é um depositário infiel, mas apenas um devedor de dinheiro ao banco, a quem, contudo, o legislador ordinário brasileiro permitiu que se prendesse por dívida, apesar da firme proibição constitucional.

A situação do devedor fiduciário é outra de dívida simples. É comum, em todos os países e em todas as épocas, que aconteça de alguém que compra algo não ter um dia como continuar pagando as respectivas prestações e não ter o produto para devolver. Existem meios pelos quais o credor pode acionar o devedor à luz da lei brasileira. Mas o que se quis foi dar ao credor um instrumento mais dramático de exigência daquilo que ele deve receber, permitindo-lhe que consiga da autoridade pública a prisão do devedor inadimplente.

Era esse o pano de fundo no caso posto ante o Supremo, no qual a corte seguramente se enganou no desfecho que lhe deu por maioria. E o pano de fundo não poderia ser mais sórdido: estávamos cuidando de *falsas situações de depósito*, inventadas pelo legislador ordinário para burlar o comando constitucional de que “não haverá prisão por dívida”. Mas ainda que assim não fosse, ainda que cuidássemos de verdadeiras situações de depósito e infidelidade, ainda assim subsistia o contraste. A Constituição da República diz que não haverá prisão por dívida, e abre duas exceções, o alimentante omissivo e o depositário infiel. A Convenção de São José da Costa Rica, a que o Brasil aderiu depois da Carta de 88, também diz que não haverá prisão por dívida, e vê nisso “um direito humano elementar”, abrindo *uma única* exceção, no caso do devedor de alimentos que, podendo pagá-los, não os paga. Desse modo, o texto de São José da Costa Rica elimina a possibilidade de que também o depositário infiel, mesmo que rigorosamente verdadeiro, seja alcançado pela prisão civil. A Constituição do Brasil não diz: prenda-se o depositário infiel em qualquer circunstância! Não. Ela abre a possibilidade de o legislador ordinário facultar essa medida. Ora, o legislador ordinário brasileiro, quando aprovou a Convenção de São José da Costa Rica, cortando essa possibilidade, aceitou a ideia de que o depositário infiel não mais deve ser preso no Brasil.

Não obstante, o que o Supremo disse por maioria, em 1995, foi que o texto de São José da Costa Rica “tira do legislador ordinário a liberdade constitucional que ele deveria ter de continuar mandando prender o depositário infiel...”

O que mais vexou, neste caso, a minoria vencida, foi a percepção de que a maioria parecia raciocinar como se o tratado internacional fosse um produto alienígena que desabou covardemente sobre nossas cabeças patrióticas. Essa é uma equação primitiva, rupestre, de todo incorreta. O tratado internacional simplesmente não existe para nós se ele não nos vincula, e se ele nos vincula é porque nossa vontade soberana ajudou a produzi-lo. Aquele texto é produto *nosso*, é a nossa voz associada a outras não menos soberanas. Não faz nenhum sentido proceder-se frente ao tratado internacional que vincula o Brasil como se ele fosse algo que, por não ter sido redigido originalmente em Brasília, mas em outro centro, com a colaboração de nossos agentes, não devesse integrar a ordem jurídica brasileira, ou não devesse ser encarado pelos tribunais como produto autêntico do legislador idôneo.

A minoria disse na ocasião isso, e disse também que não é possível ignorar o preceito do tratado sem violá-lo. Ao produzir aquele resultado, o tribunal estava lançando a República numa situação internacionalmente ilícita. Por quê? Porque estamos comprometidos pela regra de São José; porque os outros países vinculados por esse tratado acreditam que nós o cumprimos fielmente, como eles o cumprem. E cá dentro, pela voz autorizada do mais alto tribunal da República, não estávamos cumprindo coisa alguma, porque a maioria resolveu dizer que aquilo “tirava a liberdade do legislador ordinário para continuar consagrando a possibilidade da prisão do depositário infiel”.

Não sou, entretanto, o único a acreditar que aquele augusto tribunal, mesmo quando erra, prepara o caminho de sua própria penitência, abre as veredas da sua própria redenção, em médio ou em curto prazo, como aconteceu agora. Por decisão unânime, arrematada no início de 2009, o tribunal voltou atrás sobre aquele acórdão e reconheceu que estamos vinculados pelo texto de São José da Costa Rica, e que a referida possibilidade de prisão por dívida desapareceu.

Para reparar o erro do passado, para assumir o correto entendimento da Constituição e dos compromissos externos da República,



nem teria sido preciso que o tribunal enfrentasse a questão de saber se os tratados internacionais relativos a direitos humanos têm ou não têm nível constitucional. Essa questão não foi resolvida pelo Supremo à luz do segundo parágrafo do art. 5º, e a esta altura já o será em face do novo parágrafo que a reforma de dezembro de 2004 aditou àquele mesmo artigo da Constituição.

O que se discutia antes da reforma era o exato significado do parágrafo segundo o qual a longa lista do art. 5º “não exclui outros eventuais direitos que, por tratado internacional, o Brasil tenha consagrado”. A primeira perplexidade do leitor diante deste parágrafo, logo que promulgado na carta de 1988, resultava da questão: falta no texto alguma coisa? Ter-se-á o constituinte omitido de incluir em seu produto tão extenso, e exemplarmente rico em direitos e garantias, alguma coisa que no passado o Brasil tenha coproduzido no cenário internacional?

Não era essa, de todo modo, a questão mais importante que se propunha aos analistas da Constituição, mas a de saber se com aquilo, como queriam alguns, dava-se estatura constitucional aos tratados sobre *direitos e garantias*, não necessariamente *humanos*. Não é preciso lembrar que o Supremo da época jamais abonaria essa tese. Como quer que seja, a discussão, acalorada que foi durante poucos anos, terminou com a reforma de dezembro de 2004, com o acréscimo do parágrafo 3º ao artigo 5º, que garante estatura constitucional ao tratado sobre direitos humanos aprovado no Congresso segundo a liturgia das emendas à própria carta. É uma espécie de *cláusula holandesa*, por analogia com regras constitucionais dos Países Baixos, onde se conhece de longa data essa prática: sempre que um tratado internacional modifica de algum modo a Constituição, ou lhe acrescenta algo, o parlamento holandês pode aprovar o tratado, desde que pela maioria necessária e no rito próprio à emenda constitucional.

Diante dessa realidade nova algo parece ter ficado claro, ao menos no que concerne ao entendimento do próprio Congresso constituinte: antes de dezembro de 2004 os tratados internacionais sobre direitos humanos não tinham estatura constitucional. Creio que isso não deixa numa espécie de limbo o chamado *produto do intervalo*, ou seja, algum direito humano que tenha sido consagrado em tratado

incorporado à ordem jurídica do Brasil entre outubro de 1988, data da Constituição, e dezembro de 2004, data da emenda; assim a norma restritiva da prisão civil na Convenção de São José, e assim também a Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho, que protege o trabalhador contra a despedida sem justa causa. Esses tratados sobre direitos humanos anteriores à emenda poderiam ser entendidos pelo Supremo como agregados à carta – e, portanto, irreversíveis *ratione materiae* – mediante uma espécie de *upgrading*: ao criar a nova disciplina sem dizer nada sobre o produto do intervalo, o Congresso teria promovido este último à dignidade constitucional, como aconteceu outrora com o Código Tributário.

Nosso problema, entretanto, não é o da falta de direitos e garantias no plano da lei fundamental. Nosso problema é nas mais das vezes a falta de leitura da própria Constituição pela autoridade pública, a falta de conhecimento ou o desprezo, pelo Estado, daquilo que a Constituição quer ver garantido à sociedade como direito, e que o Estado enquanto administrador, enquanto legislador ordinário, enquanto policial, enquanto fiscal, enquanto empregador, nem sempre se empenha em fazer valer.

Vivemos, não obstante, um momento singular: o primado do direito no Brasil de nossos dias é uma realidade mais transparente que no cenário internacional. Ali, nos últimos anos, o direito foi ignorado como nunca o fora antes. A Organização das Nações Unidas foi humilhada ao extremo, e uma política de poder conduzida por estadistas da pior qualidade dominou a cena internacional, com o barateamento e o sacrifício de vidas humanas em grande escala. Nunca se vira antes o argumento dos direitos humanos ser tão cinicamente utilizado para justificar a ocupação de território alheio e a ofensa grosseira aos próprios direitos humanos no que estes têm de mais rudimentar. Isso pesa sobre a consciência da sociedade internacional contemporânea, porque não foi obra de ditadores, mas de governantes consagrados pelo voto. As grandes democracias do ocidente tomam hoje assento no banco dos réus, e os próprios inventores da política e do discurso dos direitos humanos sentem que devem contas por aquilo que fizeram.

# 7

## AMICUS CURIAE NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO

**Gilson Soares Lemes**

A ciência do Direito Processual Civil não traça normas para a sociedade, tal como a racionalidade lógica da ciência não é jamais normativa. Mas ela pode ampliar os horizontes da liberdade, possibilitando que haja verdadeira escolha, lúcida e inteligível, entre opções possíveis, da utilização que a sociedade puder fazer dos resultados de suas investigações.

*(Aroldo Plínio Gonçalves)*

### 1. INTRODUÇÃO

Hodiernamente, quando se avolumam as críticas ao Estado, às suas instituições públicas e, com muita veemência, à “Justiça”, tão combatida, cumpre-nos, como operadores do direito, rever nossos institutos jurídicos e os seus respectivos conceitos, objetivando, por meio da investigação científica, resgatar a credibilidade junto aos jurisdicionados com julgamentos mais céleres, transparentes e democráticos, prestando à sociedade o legítimo serviço público que nos foi confiado.

Ciente dessa necessidade, o presente artigo cuida de um novo instituto que, ressalvadas algumas divergências doutrinárias, teria tido

origem no direito romano<sup>1</sup>, com posterior aparição no direito penal inglês medieval. Todavia, desenvolveu-se com destaque no direito norte-americano e foi adotado pelo direito brasileiro, mas ainda sem contornos definidos.

Após breve análise da evolução histórica, é abordado o conceito e a dimensão do instituto *amicus curiae* (amigo da corte) no direito processual brasileiro.

Procura-se, sem ser exaustivo, destacar a investigação sobre os traços lineares do instituto, suas raízes históricas e sua aplicação no processo brasileiro, notadamente nos julgamentos perante o Supremo Tribunal Federal, nas Ações Constitucionais.

A seguir, são expostos esclarecimentos sobre essa figura enigmática dentro do processo: o *amicus curiae* (*friend of the court*) seria um assistente, terceiro interessado, auxiliar do juízo ou um terceiro especial dentro do processo?

Necessário ampliar o debate sobre essa figura que, embora salutar no processo, ainda não tem limites definidos de atuação, sendo duvidosas as faculdades, os poderes e os deveres procedimentais do interveniente.

Por fim, é destacada a relevância da participação efetiva dos jurisdicionados na construção do provimento, demonstrando a importância do processo para a afirmação do Estado Democrático, com a garantia de entrega a quem tem direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que tem o direito de obter.<sup>2</sup>

Diante da inovação do instituto, associado à certeza de que o Direito é uma ciência, (e a antiga concepção de “ciência como saber definitivamente adquirido em caráter irretocável e imutável não se confirma na história e não é mais sustentável”<sup>3</sup>) busca-se com este modesto

<sup>1</sup> Conforme Elisabetta Silvestri, in *L'amicus curiae: uno strumento per la tutela degli interessi non rappresentati*, p. 679/680 e notas 1 e 2, apud SCARPINELLA BUENO, Cássio. *Amicus Curiae* no Processo Civil Brasileiro. Um Terceiro Enigmático. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 88.

<sup>2</sup> GIUSEPPE CHIOVENDA. *Dall'azione nascente dal contratto preliminaries. Saggi di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1993, v. 1, p. 110.

<sup>3</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 21.

trabalho despertar a consciência dos leitores para a necessidade de percepção das transformações e reclamos sociais, aprofundando-se continuamente nos estudos, observando as tendências do mundo globalizado, lançando ideias para o aperfeiçoamento dos institutos jurídicos e buscando sua melhor aplicação.

## 2. ORIGEM DO *AMICUS CURIAE* E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A pesquisa sobre as origens da figura do *amicus curiae* remete-nos ao direito romano, que teria sido seu berço, com posterior acolhida no direito inglês, no sistema *Common Law*.

No direito romano, a atuação do amigo da corte estaria mais restrita a auxiliar o magistrado em questões que não fossem jurídicas, de forma neutra, evitando que houvesse equívoco no julgamento.

Noticia-se que a expressão foi utilizada pela primeira vez por Marcus Túlio Cícero, em específico, no último dos quatro discursos que elaborou contra Catilina<sup>4</sup>.

Consta que no direito inglês, conforme Cássio Scarpinella Bueno, o *amicus curiae* comparecia nas causas que não envolviam interesses governamentais na qualidade de *attorney general*. Tinha como função apontar e sistematizar, atualizando eventuais precedentes e leis que se supunham, por qualquer razão, desconhecidos dos juízes.<sup>5</sup>

Posteriormente, houve o desenvolvimento, com destaque, no direito norte-americano, quando teve a definição dos primeiros contornos dessa intervenção no processo.

É inquestionável que, para melhor análise de um instituto, deve-se recorrer às suas raízes históricas, buscando delinear sua dimensão e apontando peculiaridades, a fim de conceituá-lo da melhor forma.

Na busca das origens da admissão deste terceiro especial<sup>6</sup> no processo brasileiro, com aceitação pretoriana, verifica-se que a legislação

<sup>4</sup> KÖHLER, Ricardo Carlos. Los Amicus Curiae em el Derecho Argentino – Necesária y adecuada regulaci3n – UMSA – ago./2005.

<sup>5</sup> SCARPINELLA BUENO, Cássio. *Amicus Curiae* no Processo Civil Brasileiro. Um Terceiro Enigmático. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 90.

<sup>6</sup> CUNHA JR., Dirley. A intervenç3o de terceiros no processo de controle abstra-

recentemente o legitimou, embora possa ser reconhecido em nosso ordenamento desde 1976, por meio da Lei n. 6.385/76, que permite a intervenção da Comissão de Valores Mobiliários – CVM nos processos que envolvam matéria de sua competência<sup>7</sup>.

Em uma ligeira apreciação do direito comparado, pode-se avaliar a presença do *amicus curiae* em outros países, com regulamentação própria que demonstram diferenças e semelhanças com a nossa legislação. Nota-se importante distinção do *amicus curiae* acolhido pelo ordenamento jurídico norte-americano em relação ao brasileiro, uma vez que nos Estados Unidos o postulante deve, *ante acta*, buscar a autorização das partes processuais, intervindo o juiz da Suprema Corte somente se houver a recusa da admissão nos autos.

Outras diferenças se apresentam, sendo que no direito norte-americano exige-se que o pretendente a ser admitido como amigo da corte demonstre interesse justificável no resultado da demanda. E mais, a matéria deve ser relevante e não arguida pelas partes.

Ainda no direito internacional, verifica-se que o *amicus curiae* foi admitido por tribunais supranacionais, como no Tribunal Penal Internacional, no Tribunal Europeu de Direitos Humanos e, em especial, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos com sede na Costa Rica.

### 3. CONCEITO E A DIMENSÃO DO INSTITUTO NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO

Considerando que o instituto é relativamente novo em nosso direito, nossos doutrinadores não conseguiram ainda conceituar de forma satisfatória o *amicus curiae*. A tarefa de conceituá-lo é missão espinhosa, considerando ser um instituto ainda em construção.

O então ministro do Superior Tribunal de Justiça, Milton Luiz Pereira, com sapiência, ressaltou que “entre nós o conceito de *amicus*

---

to de constitucionalidade – A intervenção do particular, do co-legitimado e do *amicus curiae* na ADIN, ADC e ADPF. In DIDIER JR., Fredie e WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coords.). *Aspectos Polêmicos e Atuais sobre os Terceiros no Processo Civil e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2004.

<sup>7</sup> Outras intervenções podem ser reconhecidas, como a do CADE na Lei n. 8.884/94 e da Pessoa Jurídica de Direito Público, na Lei n. 9.469/97.

*curiae* ainda está inseguro e seu desenvolvimento dependerá de evolutiva construção pretoriana”.<sup>8</sup>

Vários autores tentam conceituá-lo, como Mirella de Carvalho Aguiar:

‘amigo da corte’ é pessoa física ou jurídica, estranha à lide e alheia ao processo, nele ingressando com o mero intuito de auxiliar o órgão julgador trazendo informações sobre fatos, sobre o direito ou mesmo simples interpretações.<sup>9</sup>

O professor Fredie Didier Júnior, por sua vez, aduz que:

É o *amicus curiae* verdadeiro auxiliar do juízo. Trata-se de uma intervenção provocada pelo magistrado ou requerida pelo próprio *amicus curiae*, cujo objetivo é o de aprimorar ainda mais as decisões proferidas pelo poder judiciário. A sua participação consubstancia-se em apoio técnico ao magistrado<sup>10</sup>.

O renomado Athos Gusmão Carneiro ministra que: “(...) é uma figura atípica de intervenção de terceiros, com características peculiares, inclusive porque não necessita demonstrar interesse jurídico na solução da demanda, embora deva ostentar representatividade adequada e suficiente (...)”.<sup>11</sup>

Assim, a conceituação é ainda incipiente e incerta, com pronunciamentos divergentes. Contudo, pode-se afirmar que o *amicus curiae* deve ser tido como um terceiro enigmático no processo, sendo que seus poderes, deveres e faculdades ainda não estão delineados na legislação pátria e nem mesmo nos Tribunais, estando o Supremo Tribunal Federal, a cada dia, tomando decisões relativas à atuação deste terceiro.

De grande relevância o estudo da dimensão do Instituto *amicus curiae*, buscando estabelecer seus limites no direito processual brasi-

<sup>8</sup> PEREIRA, Milton Luiz. *Amicus Curiae – Intervenção de Terceiros*. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2003, n. 28, p. 44, mar. 2003.

<sup>9</sup> AGUIAR, Mirella de Carvalho. *Amicus Curiae*. Salvador: Podium, 2005.

<sup>10</sup> DIDIER JR., Fredie. Possibilidade de sustentação oral do *amicus curiae*. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, v. 8, 2003, p. 33-38.

<sup>11</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de Terceiros*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 204.

leiro; seus avanços legislativos e jurisprudenciais; as deficiências de normatização, informando e propondo sua regulamentação de forma plena, para que atinja os fins a que veio.

O estabelecimento de contornos definidos visa a esclarecer e tentar otimizar a utilização desse novo meio de intervenção processual, que atende aos anseios dos jurisdicionados na busca de um processo democrático.

O processo é, em si mesmo, um método de debate<sup>12</sup>, portanto a inclusão de seus atores – juízes, advogados, auxiliares, partes, testemunhas, peritos, destinatários do provimento –, torna-se imprescindível, porquanto só há legitimidade no exercício da função jurisdicional quando a mesma é exercida por quem esteja investido nessa função, mas de forma transparente e com a participação de todos esses atores, construindo o provimento final.

Dessa forma, há necessidade de contribuição dos doutrinadores para a melhor compreensão desse novo instrumento que permite a intervenção de estranho no processo, facilitando a sua utilização pelos jurisdicionados junto à atividade judicante do Estado.

Com essa participação efetiva do cidadão, em especial nas causas perante a jurisdição constitucional da liberdade, fortalece-se e consolida-se o processo como instrumento imprescindível na construção de um Estado Democrático de Direito.

Embora não se tenha ainda uma regulamentação satisfatória quanto à atuação do *amicus curiae* no processo brasileiro, sua atuação tem sido admitida desde o advento da Lei n. 6.385/76, que cuida da Comissão de Valores Mobiliários, conforme dispõe o art. 31:

Nos processos judiciais que tenham por objetivo matéria incluída na competência da Comissão de Valores Mobiliários, será esta sempre intimada para, querendo, oferecer ou prestar esclarecimentos, no prazo de 15 (quinze) dias a contar da intimação.

Antes mesmo de estar em vigor a Lei n. 6.385/76, segundo Prof. Edgard Silveira Bueno Filho, já se admitia a intervenção democrática, como na ADIN n. 748-4, cujo relator foi o Min. Celso de Mello, opor-

<sup>12</sup> COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao Estudo do Processo Civil*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1951, p. 65.



tunidade em que o STF admitiu a entrega de memoriais preparados por um colaborador<sup>13</sup>.

Em seguida, outro Diploma Legal incluiu a figura do amigo da corte. Referimo-nos à Lei n. 8.884/94, que transformou o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) em Autarquia Federal. Preconiza seu art. 89 que “nos processos judiciais em que se discuta a aplicação desta Lei, o CADE deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente”.

Não obstante esses dispositivos legais, foi com o advento da Lei n. 9.868/99 – que regulamenta o processamento das ações diretas de inconstitucionalidade – ADIN, e as ações diretas de constitucionalidade – ADC, que o instituto recebeu maior destaque no direito brasileiro.

O art. 7º da referida lei, em seu *caput*, veda expressamente a intervenção de terceiros no trâmite das ADINs e das ADC, porém, no seu § 2º admite que o Relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Seguiu essa tendência a Lei n. 9.882/99 que regulamenta o procedimento para a ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), na medida em que traz em seu art. 6º, § 1º, a seguinte redação:

§ 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou, ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

De igual maneira, a Lei n. 9.868/99 acrescentou o § 3º no art. 482 do Código de Processo Civil, que faz menção à intervenção do *amicus curiae*, quando trata do incidente de inconstitucionalidade nos Tribunais.

<sup>13</sup> BUENO FILHO, Edgard Silveira. *Amicus Curiae* – a democratização do debate nos processos de controle da constitucionalidade. In: *Revista Diálogo Jurídico*, CAJ, 14 jun./ago. 2002.

Veja que a inovação principal foi inserida justamente na jurisdição constitucional da liberdade, conforme sábia locução difundida por Mauro Cappelletti<sup>14</sup>, na qual a jurisdição é provocada por remédios constitucionais destinados à defesa dos direitos fundamentais<sup>15</sup> e do controle de constitucionalidade das leis, exercendo o Supremo Tribunal Federal a função de legislador negativo<sup>16</sup>.

Em que pese as legislações mencionadas, é cediço que a intervenção desse terceiro no processo ainda demanda rigorosa regulamentação, a qual deverá traçar, de forma clara e democrática, os limites processuais de sua atuação, para que não haja incertezas ou surpresas indesejadas no momento do acesso ao feito.

### 3.1 Falta de Regulamentação

Nas atuações dos *amici curiae* têm sido constantes as dúvidas originadas em face de sua admissão. Qual a natureza jurídica dessa forma de intervenção? O interveniente tem direito assegurado à insurgência recursal? Poderá fazer sustentação oral? Qual o momento processual adequado para sua intervenção e qual o prazo para se manifestar? Quais os limites da coisa julgada em relação ao *amicus curiae*?

Essas incertezas precisam ser analisadas diante da legislação em vigor, que se apresenta tímida e esparsa, e da jurisprudência já formada no Supremo Tribunal Federal, buscando adequar a intervenção do *amicus curiae* dentro de uma interpretação sistemática, sempre voltada para os princípios e garantias constitucionais que formam o arcabouço do processo moderno; na feliz denominação de Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera<sup>17</sup>: “modelo constitucional do processo”.

Imprescindível, portanto, uma regulamentação segura, com a necessária análise das limitações legais impostas ao novel instituto.

<sup>14</sup> BRETAS C. DIAS, Ronaldo. *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 91.

<sup>15</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 480.

<sup>16</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 618.

<sup>17</sup> ANDOLINA, Ítalo e VIGNERA, Giuseppe. *II Modello Costituzionale del Processo Civile Italiano, Corso de Lezioni*. Torino: G. Giappichelli Editores, 1990.

Uma das inquietações que nos chama a refletir é a forma como se dá a participação do amigo da corte. Permite-se ao *amicus curiae* o poder de intervir na relação processual por meio de arrazoado ou memorial escrito, defendendo alguns processualistas<sup>18</sup> a possibilidade de sustentação oral pelo terceiro admitido no processo, nos casos de controle concentrado de constitucionalidade.

A possibilidade de sustentação oral mereceu acolhida no julgamento da ADIn 2.777-8-SP, cujo trecho ora se transcreve:

(...) essa visão do problema, que restringisse a extensão dos poderes processuais do colaborador do tribunal culminaria por fazer prevalecer, na matéria, uma incompreensível perspectiva reducionista, que não pode nem deve ser aceita por esta Corte, sob pena de total frustração dos altos objetivos políticos, sociais e jurídicos visados pelo legislador na positivação da cláusula que, agora, admite o formal ingresso do *amicus curiae* no processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade. Cumpre permitir, desse modo, ao *amicus curiae* em extensão maior o exercício de determinados poderes processuais, como aquele consistente no direito de proceder à sustentação oral das razões que justificaram a sua admissão formal na causa<sup>19</sup>.

Outro ponto a ser analisado, diz respeito ao direito subjetivo do *amicus curiae* na participação no processo, analisando-se a discricionariedade do relator da causa na aceitação ou não da intervenção do amigo da corte, bem como o momento em que finda a possibilidade de intervenção do *amicus curiae* na relação processual, ou seja, a limitação temporal desta participação.

Em suma, todos esses pontos necessitam de rápida regulamentação, com organização de forma sistemática do assunto.

Necessário a busca de conclusões sensatas e profícuas, buscando incessantemente os apontamentos dos aspectos constitucionais, sempre voltado para a aferição dos limites de atuação do *amicus curiae* em sintonia com o devido processo legal, consistente nos princípios

<sup>18</sup> BINENBOJM, Gustavo. A dimensão do *Amicus Curiae* no Processo Constitucional Brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual, Revista *Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, jan./fev./mar. 2005, p. 21.

<sup>19</sup> ADIN 2.777-8-SP – Rel. Min. César Pelluzo, de 27.11.2003. Informativo STF 331.

da ampla defesa, com todos os meios e os recursos a ela (defesa) inerentes, do contraditório, da fundamentação das decisões e da presença do advogado.

#### 4. ATUAÇÃO DO AMIGO DA CORTE NOS TRIBUNAIS

Embora haja legislação esparsa que permita a intervenção de órgãos e pessoas interessadas na lide travada em primeiro grau de jurisdição, como é o caso da Comissão de Valores Mobiliários e do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), o reconhecimento da intervenção do autêntico *amicus curiae* veio com a legislação ativamente ao controle de constitucionalidade das leis, exercido perante os Tribunais.

Embora a frequência de atuação desse terceiro seja maior no Supremo Tribunal Federal, é certo que poderá haver também sua participação nos julgamentos perante os Tribunais Estaduais, que cuidam do processamento dos incidentes de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais, estes frente à Constituição Estadual.

##### 4.1 Atuação perante o Supremo Tribunal Federal

Deve ser destacada essa atuação na seara constitucional, pois o instituto ganhou destaque no Brasil no âmbito da legislação que cuida do controle concentrado de constitucionalidade das leis.

O *amicus curiae*<sup>20</sup> foi inserido na legislação com o propósito de permitir que terceiros participem e influenciem na decisão judicial, afastando a certeza de que questões constitucionais se resumem em “questões jurídicas”. Conforme ressalta o Min. Gilmar Mendes, nos

---

<sup>20</sup> Verdadeiramente, o conteúdo normativo do art. 7º, § 2º, da Lei n. 9.868/99 não se refere expressamente a *amicus curiae*, mas a outros órgãos ou entidades, sendo que o único texto legal que o menciona é a Resolução n. 390, de 17.9.2004, do Conselho da Justiça Federal, que trata do regimento interno da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais. Nesse texto, as associações, organizações não governamentais, “na função de *amicus curiae*” podem participar do julgamento junto ao órgão mencionado.

Estados Unidos, o chamado “*Brandeis-Brief*” – memorial utilizado pelo advogado Louis D. Brandeis, no *case Müller versus Oregon* (1908), contendo 02 páginas dedicadas às questões jurídicas e outras 110 voltadas para os efeitos da longa duração do trabalho sobre a situação da mulher – permitiu que se desmistificasse a concepção dominante, segundo a qual a questão constitucional configurava simples “questão jurídica” de aferição de legitimidade da lei em face da Constituição<sup>21</sup>.

Embora seja frequente a menção dos termos “ação sem lide”<sup>22</sup> ou mesmo “processo objetivo”<sup>23</sup>, em face da ausência de partes nas causas de controle de constitucionalidade das leis, é certo que as decisões tomadas pela Corte Superior do país geram efeito *erga omnes*, razão pela qual a intervenção e discussão da causa pelos destinatários diretos dos efeitos do provimento são legítimas.

Em vários processos perante o Supremo Tribunal Federal já foram admitidos os *amici curiae*, registrando que uma Ação Direta de Inconstitucionalidade podem ser admitidos mais de um amigo da Corte, como é o caso da ADIn 3.998, proposta pela Associação dos Juízes Federais do Brasil – AJUFE, referente às flagrantes inconstitucionalidades nas votações das Propostas de Emendas Constitucionais de n. 20 de 1998 e 41 de 2003, que cuidam da aposentadoria de magistrados. Nesta ADIn foram admitidos como *amici curiae* a Associação dos Magistrados Mineiros – AMAGIS, a Associação Paulista de Magistrados – APAMAGIS, e a Associação dos Magistrados do Rio Grande do Sul – AJURIS.

O Supremo Tribunal Federal, por ter o maior número de casos, vem, na lacuna da legislação pertinente, formando jurisprudência sobre a atuação desse terceiro enigmático, conforme já mencionamos,

<sup>21</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Lei 9.868/99 – Processo e Julgamento da ação Direta de Constitucionalidade e da Ação declaratória de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <[www.jusnavigandi.com.br](http://www.jusnavigandi.com.br)>. Acessado em: dez. 2008

<sup>22</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 47.

<sup>23</sup> TEORI A. ZAVASCKI. *Reforma do Sistema Processual Civil Brasileiro e Reclassificação da Tutela Jurisdicional*. São Paulo: Revista de Processo, v. 88, p. 175.

Recentemente, em 22 de abril do corrente ano, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o ingresso de amigos da Corte só é possível até entrada do processo em pauta. Por seis votos a três, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu que o ingresso de terceiros – os chamados amigos da corte (ou *amici curiae*) –, nos processos de controle concentrado de constitucionalidade (ADI, ADCs e ADPFs) só deve ser permitidos até o momento em que o processo é encaminhado pelo relator para inclusão na pauta de julgamentos.

A decisão foi tomada no julgamento de um recurso (agravo regimental) interposto contra o arquivamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4071, ajuizada pelo PSDB contra o artigo 56 da Lei n. 9.430/96. Depois que o relator determinou o arquivamento da ação, três entidades pediram para ingressar no processo como amigos da Corte. O Ministro Carlos Alberto Menezes Direito negou os pedidos, porque foram feitos depois que o processo havia sido apresentado em mesa para julgamento.

Diversas outras dúvidas estão sendo dirimidas pelo Supremo Tribunal Federal, haja vista as lacunas legislativas e a necessidade de se aprimorar a participação do jurisdicionado nos julgamentos sem, contudo, tumultuar o andamento dos processos.

## 4.2 Atuação perante os Tribunais Estaduais

Dispõe o § 3º do artigo 482 do Código de Processo Civil:

Art. 482. ....  
 § 1º .....  
 § 2º .....  
 § 3º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

O comando desse dispositivo permite a atuação do *amicus curiae* perante os Tribunais, no que se refere aos feitos em que forem arguidas a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público.

Nos Tribunais Estaduais, embora com menor frequência em relação às atuações no Supremo Tribunal Federal, tem sido admitida a

participação do *amicus curiae*, desde que presentes os requisitos essenciais: relevância da matéria e a representatividade dos postulantes.

No Tribunal de Justiça de Minas Gerais temos várias atuações, como nos Acórdãos elencados abaixo:

1 – Proc. 1.0145.04.173445-3/002(1) – Rel. Des. Sérgio Resende – Incidente de Inconstitucionalidade – Art. 184, § 2º, do Código Penal

*Amici Curiae*: IBDE e IMEPI – DJE – 03.04.09

2 – Proc. 1.0000.07.456706-6/000(1) – Rel. Des. Roney Oliveira – Rel. do Acórdão Des. Herculano Rodrigues – Ação Direta de Inconstitucionalidade – Art. 17, Lei Estadual 14.710/2004.

*Amici Curiae*: Sindicato da Indústria de Fabricação de Álcool no Estado de Minas Gerais e Instituto Estadual de Florestas – DJE 07.11.2008

3 – Proc. 1.0024.05.775742-9/001(1) – Rel. Des. Domingos Coelho – Apelações em Ações Declaratórias – Transferência de Ações

*Amicus Curiae*: CVM – Comissão de Valores Mobiliários – DJE 22.09.2008.

No acórdão proferido no Proc. 1.0145.04.173445-3/002(1), referente ao Incidente de Inconstitucionalidade do art. 184, § 2º, do Código Penal, o relator, eminente Des. Sérgio Resende, antes de proferir seu voto, destacou a relevância da figura do *amicus curiae*, que, no caso em epígrafe, se revelou por meio do IBDE e IMEPI, que abrilhantaram juridicamente o processo e ampliaram a discussão suscitada.

Ressalte-se ainda que no Proc. 1.0024.05.775742-9/001(1), relativo às apelações em Ações Declaratórias sobre transferência de ações, o ilustrado relator, Des. Domingos Coelho, admitiu o *amicus curiae*: CVM – Comissão de Valores Mobiliários, por força da Lei n. 6.385/76, sendo que ocorra, outrossim, a atuação do órgão no procedimento de primeiro grau.

Sem qualquer resquício de dúvida, a intervenção do *amicus curiae* é muito variada e pluraliza o debate no desenvolvimento do procedimento. Conforme ressalta Cássio Bueno Scarpinella: “(...) esta modalidade interventiva e sua compreensão mais ampla no direito processual civil brasileiro só tem a contribuir com a qualidade das decisões do nosso Judiciário (...)”<sup>24</sup>.

<sup>24</sup> SCARPINELLA BUENO, Cássio. *Op. cit.*, p. XXXVII.

Em que pese a importância dessa intervenção e seu reconhecimento já em várias ações julgadas pelos Tribunais Estaduais, é certo que a matéria é relativamente recente em termos de direito brasileiro, estando ainda em construção a jurisprudência mais adequada.

## 5. IMPORTÂNCIA DA PARTICIPAÇÃO DOS JURISDICIONADOS NA CONSTRUÇÃO DO PROVIMENTO

A atuação do amigo da corte está intrinsecamente relacionada com o princípio do contraditório, notadamente nessa fase mais recente da ciência processual, como ministra com maestria o eminente Prof. Nicola Picardi, Titular da Universidade *La Sapienza*, citando A. Giuliani: “o contraditório vem, de novo, deslocado das margens ao centro do fenômeno processual: não é mais uma prova de força, mas se torna um instrumento de investigação da verdade provável”<sup>25</sup>.

No mesmo sentido Élio Fazzalari, em uma das mais recentes e difundidas teorias do processo, concebendo-o como um procedimento em contraditório entre as partes, com debate dos conflitos e oposições, preparando uma sentença participada. Segundo seus ensinamentos, não se admite que decisões sejam tomadas sem a efetiva participação dos destinatários do ato final, pois o processo é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório<sup>26</sup>.

Com o avanço científico e tecnológico de nossa sociedade, as relações do direito material tornaram-se mais complexas e os conflitos convertem-se em lides também mais intrincadas, sendo que “o magistrado, para compor a lide, tem de examiná-la tal como transposta para os autos”<sup>27</sup>. Destarte, em face da lide posta em juízo estar mais complexa e exigir do aplicador do direito outros conhecimentos que podem estar além de sua formação jurídica, justifica-se a admissão de terceiros, sejam cientistas, professores, advogados ou associações de

<sup>25</sup> PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (Org. e Rev. Tec. de tradução). Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 143.

<sup>26</sup> FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Trad. Elaine Nassif. 8. ed. Campinas: Bookseller, 2006, p. 118.

<sup>27</sup> VIEIRA, José Marcos Rodrigues. *Da Ação Cível*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 70.



classe, para a composição da lide com sentença que se torne lei particular entre as partes<sup>28</sup>.

Deve ser destacada a importância da participação desse terceiro, estranho ao feito, notadamente em decisões da mais alta Corte do país. A participação do jurisdicionado na construção do provimento, tido como comando final do procedimento jurisdicional, é ato de pleno exercício da democracia, que se realiza por meio do processo, o qual cumpre sua finalidade, como registrado, de forma magnânima, pelo eminente Prof. Aroldo Plínio Gonçalves:

O processo, como procedimento realizado em contraditório entre as partes, cumprirá sua finalidade garantido a emanção de uma sentença participada. Os seus destinatários já não precisam recear pelas preferências ideológicas dos juizes, porque, participando do *iter* da formação do ato final, terão a dignidade e sua liberdade reconhecidas e poderão compreender que um direito é assegurado, uma condenação é imposta, ou um pretense direito é negado não em nome de quaisquer nomes, mas apenas em nome do Direito, construído pela própria sociedade ou que tenha sua existência por ela consentida<sup>29</sup>.

O Ministro Gilmar Ferreira Mendes enfatizou que a ampliação do debate do objeto da causa proporciona ao órgão julgador uma visão mais ampla, permitindo a compreensão das consequências do julgamento, inclusive sociais.<sup>30</sup>

## 6. O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO COM FUNDAMENTO PARA A INTERVENÇÃO DO *AMICUS CURIAE*

A figura do *amicus curiae* está diretamente relacionada com os princípios institutivos<sup>31</sup> do processo, especificamente com a ampla defesa e com o contraditório.

<sup>28</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto porcessuale civile*. Padova: Cedam, 1936, v. I, p. 18 ss.

<sup>29</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Op. cit.*, p. 196.

<sup>30</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.*

<sup>31</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Thomson/IOB, 2005, p. 109.

Se determinada classe de pessoas pode, eventualmente, ser atingida pela decisão judicial, sensata e legítima a admissão da intervenção dessa classe para a construção do provimento, pois o processo estrutura-se a partir da participação dos afetados pela decisão<sup>32</sup>. A participação efetiva do jurisdicionado na construção do provimento, seja com memoriais, depoimento, documentos ou com a própria sustentação oral, demonstra a evidência da importância do processo na construção do Estado Democrático de Direito.

O processo, ausente o contraditório, não existe, é um nada no mundo jurídico, ou na expressão do Prof. Rosemiro Leal: “perderia sua base democrático-jurídico-principiológica e se tornaria um meio procedimental inquisitório”.<sup>33</sup>

A discussão ampla, com produção de todos os meios de provas admitidas em direito, atende aos princípios da almejada democracia. A figura do *amicus curiae* no processo garante essa participação efetiva do jurisdicionado nos tribunais, na forma de acesso à justiça, com respeito aos princípios expressos na Constituição da República, notadamente aqueles relacionados ao devido processo constitucional.

Com efeito, o processo deve garantir a participação de forma simétrica, sendo que “existe, em resumo, o ‘processo’, quando em uma ou mais fases do *iter* de formação de um ato é contemplada a participação não só – e obviamente – do seu autor, mas também dos destinatários dos seus efeitos, em contraditório (...)”.<sup>34</sup>

O *amicus curiae* é a essência dessa participação de todos os interessados, independentemente de ser parte no processo, na construção do provimento, pluralizando o debate.

Em conclusão de artigo sobre as teorias do processo e o paradigma do Estado Democrático de Direito, Flaviane de Magalhães B. Pellegrini, conclui:

<sup>32</sup> PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. O Processo, a jurisdição e a ação sob a ótica de Elio Fazzalari. *Revista Eletrônica Virtuajus*, ano 2, n. 1, ago. 2003, p. 28. Disponível em: <www.fmd.pucminas.br>. Acessado em: dez. 2008.

<sup>33</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. *Op. cit.*, p. 111.

<sup>34</sup> FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. 8. ed. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 12.

Assim, fica demonstrado que o ponto principal que se denota da teoria do processo como procedimento em contraditório é o seu conteúdo democrático inserido em seus institutos basilares, de legitimação pela participação dos afetados que se reconhecem como autores e destinatários do provimento jurisdicional (...).<sup>35</sup>

A admissão do *amicus curiae* no direito processual brasileiro, mesmo que inicialmente de forma tímida, demonstra o grau de evolução de nossa democracia que se constrói por meio do processo. Como bem ministrado pelo Maciel Júnior:

O processo é de uma fundamental importância em uma sociedade, porque é ele que vai definir o que é o direito para as situações conflituosas, impondo uma decisão que deverá ser observada pelos contendores. A definição legal e a observância do conjunto de garantias processuais e do modelo processual a ser adotado definirão o grau de evolução e democracia presentes em uma sociedade.<sup>36</sup>

## 7. CONCLUSÃO

1. Houve, sem dúvida, uma inovação no direito processual brasileiro, admitindo-se a intervenção desse terceiro, sendo que diante da certeza de que o Direito é uma ciência, devemos nos despertar para a necessidade de percepção das transformações e reclamos sociais, observando as tendências do mundo globalizado, lançando ideias para o aperfeiçoamento dos institutos jurídicos e buscando sua melhor aplicação.

2. A perfeita intervenção do *amicus curiae* ainda demanda rigorosa regulamentação, a qual deverá traçar, de forma clara e democrática, os limites processuais de sua atuação, em sintonia com o devido processo legal, consistente nos princípios institutivos do contraditório.

<sup>35</sup> PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. O Paradigma do Estado Democrático de Direito e as Teorias do Processo, *Revista Eletrônica VirtuaJus*, ano 3, n. 1, jul. 2004, p. 29. Disponível em: <www.fmd.pucminas.br>. Acessado em: dez. 2008.

<sup>36</sup> MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. Teoria do Direito Coletivo: direito ou interesse (difuso, coletivo e individual homogêneo)? *Revista Eletrônica VirtuaJus*, ano 3, n. 1, jul. 2004. Disponível em: <www.fmd.pucminas.br>.

rio, da ampla defesa e da isonomia, evitando incertezas ou surpresas indesejadas no trâmite processual.

3. Cabe aos Tribunais, até que esteja em vigor a legislação pertinente sobre a matéria, dirimir as dúvidas, haja vista as lacunas legislativas e a necessidade de se aprimorar a participação do jurisdicionado nos julgamentos, sem, contudo, tumultuar o andamento dos processos.

4. Com certeza, a ampliação do debate do objeto da causa, com intervenção de terceiros interessados e com conhecimentos específicos da matéria, proporciona ao órgão julgador uma visão mais ampla, permitindo a compreensão das consequências do julgamento, inclusive sociais.

5. Na imprescindibilidade do processo como elemento essencial na construção do Estado Democrático de Direito, conforme já ressaltado, e considerando o *amicus curiae* como uma relevante, democrática e salutar inovação na legislação processual, em face da necessidade de efetiva participação dos destinatários do provimento jurisdicional na discussão da lide, torna-se inegável a necessidade de estudo do tema, que está intimamente conectado ao processo e sua efetividade.

## 8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Mirella de Carvalho. *Amicus Curiae*. Salvador: Podivm, 2005.

ANDOLINA, Italo e VIGNERA, Giuseppe. *II Modello Costituzionale del Processo Civile Italiano, Corso de Lezioni*. Torino: G. Giappichelli Editores, 1990.

BINENBOJM, Gustavo. A dimensão do *Amicus Curiae* no Processo Constitucional Brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual, *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, jan./fev./mar. 2005.

BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BUENO FILHO, Edgard Silveira. *Amicus Curiae – A democratização do debate nos processos de controle da constitucionalidade*. In *Revista Diálogo Jurídico*, CAJ, 14 jun./ago. 2002.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de Terceiros*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto porcessuale civile*. Padova: Cedam, 1936, v. I.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Dall'azione nascente dal contratto preliminaries. Saggi di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1993, v. 1.

COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao Estudo do Processo Civil*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1951.

CUNHA JR., Dirley. A intervenção de terceiros no processo de controle abstrato de constitucionalidade – A intervenção do particular, do colegitimado e do *amicus curiae* na ADIN, ADC e ADPF. In DIDIER JR., Fredie e WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coords.) *Aspectos Polêmicos e Atuais sobre os Terceiros no Processo Civil e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2004.

DIDIER JR, Fredie. Possibilidade de sustentação oral do *amicus curiae*. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, v. 8.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Trad. Elaine Nassif. 8. ed. Campinas: Bookseller, 2006.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2001.

INFORMATIVO STF 331 ADIN 2.777-8-SP – Rel. Ministro César Peluzo, de 27.11.2003.

KÖHLER, Ricardo Carlos. Los *Amicus Curiae* em el Derecho Argentino – Necesária y adecuada regulaci3n – UMSA – ago. 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Thomson/IOB, 2005.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. Teoria do Direito Coletivo: direito ou interesse (difuso, coletivo e individual homogêneo)? *Revista Eletrônica Virtuajus*, ano 3, n. 1, jul. 2004. Disponível em: <[www.fmd.pucminas.br](http://www.fmd.pucminas.br)>. Acessado em: dez. 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Lei 9.868/99 – Processo e Julgamento da ação Direta de Constitucionalidade e da Ação declaratória de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <[www.jusnavigandi.com.br](http://www.jusnavigandi.com.br)>. Acessado em: dez. 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. O processo, a jurisdição e a ação sob a ótica de Elio Fazzalari. *Revista Eletrônica Virtuajus*, ano 2, n. 1, ago. 2003. Disponível em: <www.fmd.pucminas.br>. Acessado em: dez. 2008.

PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. O Paradigma do Estado Democrático de Direito e as Teorias do Processo. *Revista Eletrônica Virtuajus*, ano 3 n. 1, jul. 2004. Disponível em: <www.fmd.pucminas.br>. Acessado em: dez. 2008.

PEREIRA, Milton Luiz. *Amicus Curiae* – Intervenção de Terceiros. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2003, n. 28, mar. 2003.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (Org. e Rev. Tec. de tradução). Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SCARPINELLA BUENO, Cássio. *Amicus Curiae* no Processo Civil Brasileiro. Um Terceiro Enigmático. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

TEORI A. ZAVASCKI. *Reforma do Sistema Processual Civil Brasileiro e Reclassificação da Tutela Jurisdicional*. São Paulo: Revista de Processo, v. 88.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

VIEIRA, José Marcos Rodrigues. *Da Ação Cível*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

# 8

## RESPONSABILIDADE DO PARECERISTA EM PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS

Jair Eduardo Santana

### 1. CONTEXTUALIZAÇÃO: O PARECER É, NO GERAL, ATO ADMINISTRATIVO

Dentre as várias exigências que as Leis 8.666/93 e 10.520/02 fazem em torno da *instrumentalização de procedimentos licitatórios*, encontramos a imperiosa submissão da minuta de edital (e demais documentos) à *aprovação da assessoria jurídica da Administração Pública*.<sup>1</sup> O comando vem expresso nas letras do artigo 38, VI, e parágrafo único da respectiva Lei Geral de Licitações – LGL.

Ou seja, o ato de *aprovar* aquele *instante* da etapa interna (ou fase preparatória) é *exclusivo* do assessoramento jurídico traduzindo-se tal peça em *elemento obrigatório do procedimento* muito embora sua ausência não nulifique o certame.

Dúvidas sempre há em torno da necessidade de emitir parecer sobre procedimentos de *dispensa* e *inexigibilidade*, principalmente naqueles afastamentos de certame contemplados nos incisos I e II do artigo 24 da LGL. Mas não nos ocuparemos de detalhes tais para ir mais diretamente ao ponto que nos interessa: a (ir)responsabilidade do parecerista.

<sup>1</sup> Destacamos a palavra *aprovação* por motivo que adiante será retomado.

Antes de ingressar no núcleo do parecer, é relevante asseverar que “as principais tarefas de assessoramento jurídico, no particular, se dirigem a duas condutas bem distintas: (a) examinar as minutas de edital; e (b) aprová-las previamente à etapa externa”.<sup>2</sup>

Pois bem. Qual é, enfim, a *natureza jurídica do parecer*?

É de nossa autoria a seguinte afirmação:

Pensamos que o parecer é um *instante formal* do procedimento e, como tal, integra o *todo*. É dizer, a licitação é um *complexo*, um verdadeiro *composto de atos sucessivos e concatenados*. Um ato anterior, se não depende, inter-relaciona-se com outro, daquele alimentando-se. Ademais, não se pode esquecer que a minuta de edital é *aprovada pelo parecer jurídico*. Em tal sentido, o *parecer* não é simples opinião; é *opinião complexa e de conseqüências procedimentais visíveis*. A *não aprovação da minuta do edital* (como o não acatamento, pela autoridade superior, do parecer) tem implicações concretas que deslocam, inclusive, o foco responsabilizatório.

Atrevemo-nos a dizer em público, por ocasião de evento do qual participamos no ano de 2007<sup>3</sup>, que o parecer jurídico exarado nas circunstâncias em que o comentamos é *ato administrativo*. Para assim concluir, realizamos a sua *dissecação* a fim de verificar se presentes os *elementos e pressupostos* de estilo. E concluímos que sim. Tanto seus elementos (*conteúdo e forma*) quanto seus *pressupostos (subjetivo, objetivo, teleológico, lógico e formalístico)*<sup>4</sup> se fazem presentes.

E também dissemos que *se o parecer não for ato administrativo*, em tais condições, *pelo seu conteúdo a ele vai se agregar como um de seus pressupostos, no mínimo*. Então, o *parecer* (o seu *conteúdo*) acabará se tornando a *amálgama* do ato administrativo a ser praticado.

Com isso nos distanciamos da *doutrina clássica* que sempre afirmou ser o parecer *mero ato opinativo e não vinculativo*, salvo se aprovado por ato subsequente (encampado pela autoridade superior).<sup>5</sup>

<sup>2</sup> SANTANA, Jair Eduardo. *Pregão presencial e eletrônico – Manual de implantação, operacionalização e controle*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 195.

<sup>3</sup> Jornadas NDJ de Direito Administrativo (*Responsabilidade dos Procuradores e Assessores Jurídicos da Administração Pública*), Brasília, DF (20/9/2007).

<sup>4</sup> Para nos valermos da categorização de Celso Antônio Bandeira de Mello.

<sup>5</sup> SANTANA, Jair Eduardo. *Op. loc. cit.*



Há muito imaginou-se o contrário divulgando-se que o parecer jurídico é peça meramente opinativa, sem cunho decisório, distinta do ato praticado pela autoridade administrativa, não podendo, por isto, conduzir à responsabilidade do parecerista.

Um ponto de grande expressão que se coloca a justificar nosso ponto de vista é exatamente o *termo legal* que determina ser da competência do assessor jurídico a *aprovação* dos documentos submetidos à sua análise.

Ora, o raciocínio é bem simples no particular: quem *aprova* algo em procedimento administrativo o faz *sob responsabilidade*.

## 2. EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL EM TORNO DO ASSUNTO

Muito se tem debatido acerca do tema. O Supremo Tribunal Federal – STF, em curto espaço de tempo, evoluiu consideravelmente em seu posicionamento.

No mandado de segurança n. 24.073/DF, o Plenário decidiu que o parecer jurídico emitido por advogado ou por órgão da Administração Pública não é ato administrativo, e sim opinião emitida pelo operador do Direito, para orientar o administrador na tomada de decisão<sup>6</sup>. Na ocasião o STF entendeu pela impossibilidade de responsabilização solidária do parecerista com o administrador. O erro grave, inescusável e a omissão ou o ato culposo praticados pelo parecerista poderiam, entretanto, ser penalizados.

Já no mandado de segurança n. 24.584<sup>7</sup>, em sessão de 9/8/2007, o STF manifestou-se no sentido de dever-se considerar se o ato decisório dependeu ou não do parecer para concretizar-se. Em caso afirmativo, pode-se responsabilizar o parecerista em solidariedade com o administrador.

O mandado de segurança n. 24.631-6/DF<sup>8</sup>, de 9/8/2007, aprofunda o assunto. Ali, no voto do relator, Min. Joaquim Barbosa, valiosas

<sup>6</sup> STF, MS 24.073/DF. Plenário. Relator: Min. Carlos Velloso. DJ 31/10/2003.

<sup>7</sup> MS 24.584/DF. Por maioria. Relator: Min. Marco Aurélio. DJ 20/6/2008.

<sup>8</sup> STF, MS 24.631-6. Plenário. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Sessão de 9/8/2007.

considerações são feitas sobre o assunto. Primeiramente o Ministro estabelece a diferença entre *parecer obrigatório* e *parecer vinculante*. Naquele a lei exige o parecer, mas não exige a decisão conforme o parecer. Neste, a lei exige o parecer e a decisão em conformidade com a mencionada opinião.

Assim, se o parecer for vinculante, isto é, se a decisão a ser praticada exigir que o parecer seja favorável à prática do ato, a responsabilização do parecerista deverá ser solidária com o administrador, já que, neste caso, houve a partilha do ato decisório.

O relator formulou as seguintes premissas para o caso:

a) “nos casos de omissão legislativa, o exercício de função consultiva técnico-jurídica meramente opinativa não gera responsabilidade do parecerista.” O relator cita que esta premissa se adequa à decisão do STF no MS 24.073 já mencionado;

b) “nos casos de definição, pela lei, de vinculação do ato administrativo à manifestação favorável no parecer técnico jurídico, a lei estabelece efetivo compartilhamento do poder administrativo de decisão, e assim, a princípio, o parecerista pode vir a ter que responder conjuntamente com o administrador, pois ele é também administrador nesse caso”.

Interessante ressaltar que a premissa não é conclusiva quanto à responsabilidade do parecerista. É que ela não pode ser objetiva, tal como veremos mais adiante.

Outras decisões acerca do assunto merecem ser mencionadas aqui. O Tribunal de Contas da União – TCU – na Decisão n. 289/96 (Segunda Câmara) e nos Acórdãos n. 512/03, n. 462/2003, n. 1.412/2003 e n. 1616/2006, todos do Plenário, entendeu pela possibilidade de responsabilização do parecerista.

Para tanto, a orientação do TCU é no sentido de verificar, primeiro, se é ou não essencial ao ato administrativo (o que o caracterizará como opinativo ou vinculante), bem assim se ele está alicerçado em lições de doutrina ou de jurisprudência e se defende tese aceitável, baseada em interpretação razoável de lei.

Firme-se, assim, o entendimento de que a responsabilização do parecerista de órgão público é possível, dependendo, para tanto, da

análise da natureza jurídica do parecer (caráter vinculante), bem assim da análise da peça e dos elementos que a motivaram.

### 3. GÊNESE E LIMITES DA RESPONSABILIDADE DO PARECERISTA

Partindo da premissa segundo a qual o parecer jurídico é ato administrativo (ou ao menos parte essencial dele venha a ser) e que é possível a responsabilização do assessor jurídico em decorrência do parecer emitido, cumpre-nos analisar como se dará esta responsabilização, ou seja, em que casos pode-se responsabilizar o assessor jurídico pelo parecer que emitiu?

A análise dos elementos subjetivos da decisão (referimo-nos, por exemplo, ao *ato de aprovação*. Esta é *decisão* ou, no mínimo, parte dela) parece-nos indispensável.

É dizer, será de fundamental importância aferir caso a caso, a existência de dolo ou de culpa, de erro grave, ou de outros elementos capazes de evidenciar a má-fé, o dolo, a negligência, a imprudência ou a imperícia do parecerista.

A responsabilização é, portanto, de cunho *subjetivo e nunca objetivo*.

Sob tal aspecto, fizemos questão de frisar em nosso “Pregão presencial e eletrônico”<sup>9</sup>:

É certo, todavia, que o assessoramento jurídico tem raiz constitucional e se decanta a partir de normas subalternas. Em momento algum se poderá dizer que a responsabilização é objetiva. Não poderá ser assim. Por isso, caso a caso haverá de se aquilatar a conduta do profissional. Seguro que punição haverá quando decorrente de erro grave, inescusável ou de ato ou omissão praticado com culpa em sentido largo.<sup>10</sup>

De outro lado, o parecer jurídico não pode constituir manto para a prática de atos ilegais. O parecer não pode tampouco ser utilizado

<sup>9</sup> *Op. cit.*

<sup>10</sup> Neste caso, é fundamental a instauração de procedimento administrativo para a apuração de falta grave por parte do assessor jurídico que induziu o servidor/administrador a erro.

para a perpetração de fraude, nem se distanciar dos interesses da Administração e das disposições legais a que ela está sujeita.

Ao parecerista cabe analisar o atendimento do ato a ele submetido aos interesses públicos, e o efetivo cumprimento das normas legais que norteiam a conduta da Administração. Se o parecer se desviar deste caminho, impõe-se a análise dos elementos motivadores desta postura.

O erro grave, inescusável, o ato ou a omissão praticados com culpa em sentido largo pelo advogado, há muito já eram de responsabilidade do causídico<sup>11</sup>. A má-fé, o dolo, igualmente impõem a responsabilização do parecerista.

O certo é que a responsabilidade é subjetiva, como já dissemos aqui, merecendo análise cuidadosa dos elementos que concorreram à emissão do parecer.

E não poderia ser diferente. No trato com os valores e bens públicos há que se impor o zelo por parte de todos, notadamente daqueles que detêm o conhecimento das leis e que dominam as técnicas de utilização delas.

Ninguém por certo pensará em *tolher* a atividade do assessor na interpretação da lei desde que tal, é evidente, se pautar dentro dos limites permitidos pelo sistema jurídico.

Também sobre isso fizemos questão de enfatizar nossa posição invocando argumento de reforço:

Por tudo o que se viu, a síntese de Marçal Justen Filho é muito feliz:

‘Ao examinar e aprovar os atos da licitação, a assessoria jurídica assume responsabilidade pessoal e solidária pelo que foi praticado. Ou seja, a manifestação acerca da validade do edital e dos instrumentos de contratação associa o emitente do parecer ao autor dos atos. Há dever de ofício de manifestar-se pela invalidade, quando os atos contenham defeitos. Não é possível os integrantes da assessoria jurídica pretenderem escapar aos efeitos da respon-

<sup>11</sup> Lei n. 8.906/94, art. 32. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa. Parágrafo único. Em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria.

sabilização pessoal quando tiverem atuado defeituosamente no cumprimento de seus deveres: se havia defeito jurídico, tinham o dever de apontá-lo.

A afirmativa se mantém inclusive em face de questões duvidosas ou controvertidas. Havendo discordância doutrinária ou jurisprudencial acerca de certos temas, a assessoria jurídica tem o dever de consignar essas variações, para possibilitar às autoridades executivas pleno conhecimento dos riscos de determinadas decisões. Mas, se há duas teses jurídicas igualmente defensáveis, a opção por uma delas não pode acarretar punição.<sup>12</sup>

De fato, *divergência de interpretação normativa* nunca poderá ser motivo para responsabilização de quem quer que seja. Mas cumpre ao assessor jurídico – esse é o seu papel, aliás – apontar para a autoridade que decidirá os *possíveis caminhos existentes* e, sobretudo, a ela mostrar o *grau de vulnerabilidade* das teses existentes.<sup>13</sup>

#### 4. AS CORTES DE CONTAS PODEM PUNIR OS PARECERISTAS?

Outra indagação que eventualmente poderia surgir é se podem os Tribunais de Contas punir o emissor de parecer jurídico.

Em regra, os Tribunais de Contas fazem a análise da legalidade, da legitimidade e da economicidade dos atos de gestão e das despesas deles decorrentes, da aplicação das subvenções e da renúncia de receitas. Analisam, portanto, as atuações dos agentes públicos na utilização de dinheiros, bens e valores públicos.

Todos aqueles que estejam ligados à administração de dinheiros, bens e valores públicos, que se envolvam em atos decisórios e cuja manifestação tenha relevância na administração destes bens públicos, devem ser responsabilizados em caso de atos de gestão ilegítimo ou antieconômico, de lesão ao erário, de infração à lei ou a regulamento.

Aliás, importante lembrar que, em regra, os tribunais de contas têm jurisdição própria e privativa sobre as pessoas e matérias sujeitas à sua competência. É o que se passa com o TCU, por exemplo, que, na

<sup>12</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005 p. 379.

<sup>13</sup> SANTANA, Jair Eduardo. *Op. cit.*

fiscalização dos bens, dinheiros e valores da União, tem jurisdição em todo o território nacional.

É bom que se diga que não se trata de avocar as funções inerentes à entidade de classe. Ao contrário, a fiscalização da atuação do parecerista está ligada unicamente ao serviço público, ao interesse público. É essencialmente a coisa pública e os deveres e responsabilidades inerentes ao trato para com ela que se foca na atuação dos tribunais de contas. Daí por que ser inafastável a jurisdição deste tribunal na análise da atuação do parecerista.

## 5. CONCLUSÕES

De tudo o que foi dito, há que se concluir que o emissor de parecer jurídico pode ser responsabilizado (solidariamente) pelo parecer, se este, sendo obrigatório e indispensável à prática do ato (vinculante), apresentar-se de modo contrário à lei, carente de fundamentação plausível (ausente posicionamento doutrinário ou jurisprudencial sólido), se for evidente a má-fé, dolo, omissão e elementos do gênero ou se evidenciarem-se interesses escusos.

A responsabilização sempre dependerá da análise do caso concreto. Por serem os Tribunais de Contas guardiões dos interesses públicos, fiscais dos dinheiros, bens e valores públicos, têm jurisdição<sup>14</sup> para a análise dos atos dos pareceristas de órgãos públicos e podem, por isto, aplicar a estes profissionais as sanções cabíveis àqueles que lidam com os bens públicos.

<sup>14</sup> Não aprofundaremos aqui na questão da *jurisdição das Cortes de Contas* matéria que, para nós, deve ser analisada sob o *foco* das competências constitucionais.

# 9

## INTRODUÇÃO JURÍDICA À PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR: ENTIDADES FECHADAS

Jorge Franklin Alves Felipe

### 1. SEGURIDADE PÚBLICA E PRIVADA. PREVIDÊNCIA SOCIAL. PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

A seguridade social é o gênero, de que são espécies a previdência social, a assistência e a saúde. Na previdência social tem-se um sistema público contributivo, que devolve, em benefícios, o que o segurado verteu em contribuições. Na assistência social o Estado visa a prover o mínimo necessário à subsistência digna dos que por ela alcançados, o que se faz independentemente de qualquer contribuição vertida ao sistema. E, na saúde, o Estado ampara a todos, com ações que visam a curar e prevenir doenças.

A iniciativa privada complementa a ação do Estado por meio da previdência complementar, prevista na Constituição Federal e regulamentada pela Lei Complementar n. 109, de 29 de maio de 2001, cujo art. 1º prescreve:

O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, é facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício, nos termos do caput do art. 202 da Constituição Federal, observado o disposto nesta lei complementar.

## **2. PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR E BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO**

Há determinados planos de benefícios, instituídos anteriormente à legislação hoje vigente, que condicionam a concessão dos benefícios da previdência complementar à concessão dos benefícios do INSS. Daí a ideia de que a previdência seria complementar, levando em consideração o benefício em si. Pensamos, no entanto, que essa ideia não mais pode prevalecer. A legislação vigente é expressa no sentido de que a concessão dos benefícios da previdência complementar independe do segurado haver obtido o benefício da previdência oficial (art. 68, § 2º, LC 109), embora a exceção prevista no art. 3º, da Lei Complementar n. 108, nas relações jurídicas a ela submetidas.

Daí é de se afastar a ideia generalizada de que a previdência, hoje, é complementar em consideração ao benefício previdenciário. Ela é complementar, sim, em relação à ação estatal.

## **3. REGIMES DE REPARTIÇÃO E CAPITALIZAÇÃO**

O custeio da previdência social, embora com fortes tendências à capitalização, ainda se opera no sistema de repartição, pelo qual o custo é teoricamente repartido entre os componentes do sistema, predominando nela, a noção de solidariedade, a justificar a participação da própria sociedade.

Já a previdência complementar adota o sistema de capitalização, pelo qual os recursos destinados ao custeio do sistema são aqueles decorrentes de contribuição dos próprios segurados. Cada participante constitui suas próprias reservas que, no futuro, irão gerar o seu benefício.

Por força do texto constitucional parece-nos que a previdência privada não poderá ser instituída sob a forma de repartição, o que seria mais característico do sistema de seguros.

## **4. TIPOS DE ENTIDADES DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR**

O direito brasileiro conhece duas modalidades de entidades de previdência complementar: as abertas, empresas de fins lucrativos,



constituídas sob a forma de sociedade anônima e sujeitas à fiscalização da SUSEP, acessíveis a quaisquer pessoas que queiram participar dos planos previdenciários, mediante o pagamento de contribuições e as fechadas, entidades sem fins lucrativos, constituídas sob a forma de fundações ou associações e sujeitas à fiscalização Ministério da Previdência, acessíveis aos empregados de empresas ou grupo de empresas ou membros das categorias profissionais e outras entidades legalmente autorizadas. Há quem sustente que a única forma de constituição dessas entidades seria por meio de fundações a partir da vigência do novo Código Civil, que extinguiu a figura da sociedade civil, embora entendamos perfeitamente cabível a adoção da figura da associação.

Tradicionalmente, as entidades fechadas, conhecidas como fundos de pensão, eram restritas aos empregados de determinadas empresas. Hoje, entidades de classe e outras equiparadas podem também constituir para seus membros uma entidade de previdência complementar. No primeiro caso utiliza-se a expressão patrocinadora e, no segundo, instituidora. Uma entidade de previdência complementar, assim, nasce da iniciativa de uma empresa, ou grupo de empresas, de uma entidade de classe ou grupo de entidades.

## 5. DINÂMICA DE FUNCIONAMENTO

Constituída uma entidade de previdência complementar, passa ela na verdade a administrar recursos.

Seu patrimônio não se confunde com os recursos que administra.

Recebe as contribuições de seus segurados, aplica esses recursos, retira sua taxa de administração e, no futuro, concede o benefício na forma do plano da entidade.

Com a taxa cobrada suporta suas despesas administrativas e promove os investimentos necessários ao desempenho de suas funções.

Os recursos dos segurados são aplicados segundo diretrizes do Banco Central, por entidade legalmente autorizada a operar na chamada gestão de ativos.

## 6. PLANOS DE BENEFÍCIOS

Não existe uma lei geral que contenha os benefícios da previdência complementar como sucede com o INSS, no qual a matéria é disciplinada pela Lei n. 8.213/91. Na previdência complementar cada entidade elabora o seu plano de benefícios, segundo normas do órgão regulador/fiscalizador e, uma vez aprovado, passa a vendê-lo. O Regulamento de Benefícios, pois, tem caráter contratual e não legal.

Esses benefícios são geralmente aqueles previstos no regime geral de previdência, compatíveis com o regime de capitalização, como a aposentadoria temporária ou vitalícia. Benefícios outros, cujo custeio se faz mediante o sistema de repartição, parece-nos entregue à disciplina legal securitária, posto que a Constituição alude expressamente à formação de reservas para geração do benefício. Não se pode aplicar os institutos da previdência complementar, como, por exemplo, o resgate, em benefícios gerados mediante sistema de repartição, porque não constituem previdência complementar.

O Regulamento do Plano disciplina a concessão desses benefícios e a condições de sua elegibilidade.

Parece evidente que as normas administrativas que se incorporam ao contrato de previdência complementar sejam aquelas que vigiam por ocasião da adesão do segurado. É a intervenção estatal nos contratos, pela qual a liberdade de contratar está submetida à predominância do interesse público.

As entidades fechadas somente operam benefícios de risco por meio da contratação de uma seguradora. Parece claro o entendimento: tais benefícios são custeados mediante o sistema de repartição e, pois, incompatíveis, a nosso ver, com o sistema de previdência complementar.

Cumpre aqui conhecer a distinção entre benefício definido e contribuição definida. No primeiro, o segurado contribui para o plano e sabe, exatamente, o que vai receber. A concessão do benefício segue, como no INSS, o princípio da repartição simples. No sistema de contribuição definida, as contribuições que o segurado verter ao sistema formarão um fundo que irá gerar um benefício. Segue a regra da capitalização, com muitos menos riscos para o fundo. É o adotado na previdência complementar fechada. São manifestamente maiores

os riscos decorrentes do sistema de benefício definido, para o qual necessariamente há que existir uma fonte de custeio para garanti-lo; na contribuição definida, basicamente o saldo da conta individual suporta o benefício contratado.

Uma entidade de previdência complementar multipatrocinada pode administrar vários planos de benefícios, um para cada patrocinadora que a ela adira, todos como independência patrimonial, administrativa e financeira.

## 7. RELAÇÃO CONTRATUAL

Não dispendo a lei sobre os benefícios e os critérios para a sua concessão, tal matéria fica entregue ao regulamento de cada plano. Desse modo, tem-se que a relação que se estabelece entre o segurado e a entidade de previdência complementar é de natureza contratual. Um contrato típico muito pouco estudado pela doutrina brasileira.

Quando o participante se inscreve, ele adere ao Regulamento, cujas disposições prevalecem, naturalmente, sobre as normas de previdência social. Assim, na solução de uma questão de previdência complementar, a matéria se submete primeiro, à Lei que as regula e, de modo suplementar, às normas editadas pelo órgão diretivo do sistema e às disposições contratuais, especialmente as constantes o Regulamento de Benefícios.

O contrato de previdência complementar é um contrato de direito privado. Bilateral, consensual, oneroso, de trato sucessivo, submetido às normas do CDC, quanto às entidades abertas. A submissão ao CDC das relações contratuais nas entidades de previdência fechada não constitui matéria pacificada, em razão da natureza dessas entidades.

Não é aleatório, como o seguro, porque a renda do benefício a ser alcançada é previsível por cálculos matemáticos, embora possa não corresponder exatamente àquela programada. Inspira-se pelo regime de capitalização, diferente do contrato de seguro. Na prática, no entanto, costumam ocorrerem confusões entre os dois contratos, de que são exemplos os produtos VGBL e PGBL ofertados pelas entidades abertas, sendo o primeiro, na verdade, seguro de vida com cobertura por sobrevivência.

Segundo a Súmula 321 do Superior Tribunal de Justiça, o Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes.

Muitos semelhantes ao contrato de previdência complementar se apresentam, também, os de capitalização e o de constituição de renda, este último de longa data previsto no Código Civil. No contrato de capitalização uma parte se obriga a formar um capital, enquanto a outra, a empresa de capitalização, se obriga a restituir os valores capitalizados, na forma contratual e ao término do contrato, além de proceder a sorteios periódicos. Já na constituição de rendas do Código Civil, o devedor, ou seja, o que recebe as prestações (rendeiro), incorpora o valor respectivo ao seu patrimônio, em contraprestação à obrigação assumida com o instituidor ou beneficiário deste. Naturalmente assim procede em caráter eventual; se fizer disso uma atividade econômica acabará por exercer atividade privativa das entidades de previdência complementar. Não existe, na constituição de renda, uma equivalência econômica entre as prestações.

## **8. NATUREZA DOS RECURSOS**

Na verdade a entidade de previdência complementar cria planos de benefícios e passa a ser, deles, mera administradora. Os recursos dos planos são aplicados na forma autorizada pelo órgão regulador, especialmente no mercado financeiro e, com eles, são custeados os benefícios. Daí, no sistema de capitalização, a ideia de que o segurado tem cotas de um fundo, que se valorizam e desvalorizam, segundo a administração.

Não se pode, pois, como costumeiramente ocorre, que se confundam essas aplicações e o regime de fundos como depósitos bancários, em que se pode discutir questões de juros e atualizações monetárias. No sistema da previdência complementar as cotas variam segundo as aplicações feitas e, assim, podem ocorrer perdas e lucros, sem que o segurado possa pretender simplesmente a atualização de dinheiro aplicado, como se houvesse feito um depósito bancário puro e simples.

Não é essa, no entanto, a orientação do STJ, que já sumulou o entendimento de que o resgate deve ser feito segundo valores que traduzam a efetiva recomposição da perda do poder aquisitivo da moeda.

## 9. BENEFÍCIOS PROGRAMADOS E DE RISCOS

A entidade de previdência complementar pode conceder benefícios programados, como ocorre numa aposentadoria por prazo determinado ou mesmo em forma vitalícia. Como pode, igualmente, conceder benefícios por morte e invalidez, que dependem do fator risco. As entidades fechadas de previdência complementar têm que se associar a uma entidade seguradora para que possam conceder benefícios de risco.

A concessão de aposentadoria de forma vitalícia constitui também uma operação de risco. Isso porque a expectativa de vida foi considerada atuariamente com base na taxa de mortalidade. Se o participante, no entanto, viver mais do que estimado atuariamente faltarão recursos ao plano para suportar seu benefício até final. Naturalmente sobrarão recursos se viver menos que o tempo estimado.

Na concessão de benefícios programados, por tempo determinado, o risco teoricamente não deveria existir, porque o benefício será gerado por prazo certo exatamente em razão do capital constituído.

Os benefícios podem ser de valor único ou de prestação mensal.

## 10. INSTITUTOS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

O segurado pode, na previdência complementar, implementar o tempo de contribuição e passar a receber o benefício contratado. Como pode recebê-lo um beneficiário indicado.

No curso das contribuições, contudo, pode o segurado desistir do plano previdenciário, caso em que ocorrerá o resgate das contribuições. Como pode transferi-las para outro plano previdenciário, o que se denomina “portabilidade”, cabível entre planos do mesmo segmento. Pode, ainda, receber benefício proporcional diferido. Dessa última hipótese é a situação do empregado que, após contribuir para entidade de previdência complementar, deixa a empresa, sem que tenha preenchido os requisitos para obtenção do benefício na forma do regulamento de benefícios.

## **11. ENCARGOS COBRADOS**

Para que possa administrar o plano de benefícios, as entidades de previdência complementar cobram taxas, dentre as quais a de carregamento (incidente sobre as aplicações) e a de administração (incidente anualmente sobre o volume total de recursos).

A primeira é facilmente identificável. Ao receber a contribuição do segurado, já deduz referida taxa de administração, também conhecida como de carregamento. Já a outra é cobrada sobre o total do patrimônio administrado e serve para custeio da gestão do ativo.

A taxa cobrada sobre o valor das contribuições constitui a fonte de recursos das entidades de previdência complementar fechadas.

Não tendo fins lucrativos, as entidades fechadas apresentam-se como uma opção mais interessante que as entidades de fins econômicos, nas quais o gerenciamento do ativo tem valores muito mais elevados.

Algumas entidades de previdência complementar abertas costumam cobrar encargos de saída, quando o segurado deixa o plano com pouco tempo, o que parece passível de questionamento judicial.

## **12. ENTIDADES MULTIPATROCINADAS E MULTI-INSTITUÍDAS**

Uma entidade de previdência complementar fechada pode administrar os recursos de uma única empresa ou categoria profissional, gerindo um único plano. Como pode ser uma multipatrocinadora ou multi-instituidora, administrando planos de várias empresas ou entidades de classe.

A entidade multipatrocinadora gera recursos de várias empresas, mas cada plano de benefícios é independente, como independente é o patrimônio de cada um. Desse patrimônio individualizado os segurados detêm cotas. Assim, quando alguma entidade adere a uma multipatrocinadora está tendo regulamento de benefícios próprio com patrimônio independente. A contabilidade é feita por plano.

O patrimônio de cada plano está afetado ao cumprimento das obrigações a ele relativas.

### **13. CONTRIBUIÇÃO DA PATROCINADORA**

Não existe na entidade instituída, apenas na patrocinada. São as contribuições das empresas. Entendemos que, retirando-se o empregado da empresa, o resgate não deve abranger a contribuição da patrocinadora, que se destina ao custeio do plano de benefícios.

Nesse sentido, a Súmula 290 do Superior Tribunal de Justiça estabelece que nos planos de previdência privada, não cabe ao beneficiário a devolução da contribuição efetivada pelo patrocinador.

### **14. APLICAÇÃO DOS RECURSOS**

Os recursos das entidades fechadas de previdência complementar são aplicados segundo diretrizes do Conselho Monetário Nacional (fundos de renda fixa, variável, bolsas, imóveis, etc.).

A Resolução n. 3.456, de 01.06.07, disciplina a matéria.

A questão relativa à aplicação dos recursos é conhecida por gestão de ativos. Uma empresa de previdência complementar recebe contribuições dos participantes as quais irão formar as contas individuais de cada um. Para isso terá que fazer uma gestão de passivo. Ou seja, a gestão e controle das cotas de cada participante. É um trabalho contábil interno.

Só que os recursos advindos dos participantes são aplicados a fim de gerar rendimentos. Surge, aí, a figura da gestão de ativos, que é feita por entidade autorizada a operar pelo Banco Central.

Essa entidade, grosso modo, recebe o numerário ou dinheiro da entidade de previdência complementar e, segundo as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Deliberativo da Entidade, faz as aplicações. As aplicações, no geral, são feitas em fundos, com maior ou menor risco, maior ou menor rentabilidade, segundo os papéis que adquira (títulos públicos, privados, ações, etc.).

Com base nos recursos aplicados e seus rendimentos a entidade faz a sua gestão do passivo.

A gestão de ativos envolve ainda a figura do custodiante, encarregado da guarda das aplicações.

A entidade de previdência complementar, por meio de sua Diretoria, elabora o Plano de Gestão, que é aprovado internamente (Con-

selho Deliberativo), e que deve ser seguido pelo gestor e pelo custodiante, servindo, ainda, de instrumento de fiscalização pelo órgão gestor do sistema (Secretaria de Previdência Complementar, no caso das entidades fechadas).

## **15. PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR PÚBLICA**

Como se sabe, a Previdência Pública complementar poderá ser instituída por meio de lei do ente federativo, caso em que os benefícios do regime próprio poderão, para os novos servidores e para os antigos, por opção, ser limitados ao valor máximo pago pelo INSS.

Na esfera federal o governo encaminhou projeto ao Congresso, o qual prevê possibilidade de adesão à entidade a ser criada – FUN-PRESP –, pelos Estados e Municípios. Mais ou menos aos moldes da previdência complementar, o projeto prevê, no entanto, um benefício especial, para compensar o antigo servidor que anuir ao novo sistema. Isso porque os antigos servidores possuem grande tempo de contribuição ao regime próprio e não poderiam receber, com relação a esse tempo, benefício da previdência complementar. O projeto prevê, pois, um benefício para compensar esse tempo, passando o servidor a receber os benefícios da previdência complementar a partir das novas contribuições que verter.

Nas entidades fechadas de previdência ligadas ao Poder Público é vedado aporte de contribuição da patrocinadora superior às do servidor (v. arts. 5º e 6º, § 1º, da Lei Complementar n. 108/2001).

## **16. CRIAÇÃO DE ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR**

Para participar de uma entidade de previdência complementar não é necessário que se crie uma. Uma empresa, por exemplo, pode, mediante convênio de adesão, se associar a uma entidade multipatrocinadora, sem que tenha que criar sua própria entidade.

Caso se proponha, no entanto, à criação de uma entidade de previdência complementar fechada, o primeiro caminho será aprovação dos Estatutos, que deverão ser submetidos, juntamente com o Plano de Benefícios, à aprovação do Ministério da Previdência (SPC). Só



depois, concedida a autorização para funcionamento, a entidade adquirirá sua personalidade jurídica na forma regular e poderá operacionalizar planos de benefícios.

A adesão a uma entidade já constituída é formalizada por meio de um convênio e o patrimônio da nova aderente será totalmente independente das demais empresas administradas.

A estrutura organizacional mínima estabelecida na legislação para uma EFPC é composta de três órgãos estatutários: Conselho Deliberativo, Conselho Fiscal e Diretoria Executiva, sendo que podem existir outros órgãos de governança da entidade na forma estatutária.

## **17. TÁBUAS DE MORTALIDADE**

São tabelas diversas de sobrevida utilizadas para os benefícios de risco. Segundo as previsões de maior ou menor tempo de sobrevida do segurado existem maiores ou menores riscos ao equilíbrio financeiro do sistema.

Consustanciam estudos matemático-estatísticos e demográficos para definição do comportamento de certo grupo humano sob diferentes aspectos, dentre os quais natalidade, mortalidade, doença, invalidez e morte.

## **18. A SPC**

Embora no futuro, a matéria relativa à previdência complementar das entidades fechadas tenda a ser entregue a uma agência ou outro órgão, no momento, a gestão do sistema está entregue à Secretaria de Previdência Complementar do Ministério da Previdência, que, cumprindo normas do Conselho Gestor da Previdência Complementar, fiscaliza a atuação das entidades autorizadas a operar no sistema.

## **19. ATUÁRIA**

Ciência especializada que, grosso modo, poderíamos chamar de a matemática de seguro, incluindo probabilidades, estatísticas, avaliação de riscos e constituição de provisões e reservas para garantia de pagamentos futuros. Segundo o disposto no art. 1º do Decreto n. 66.408/70, atuário é “o técnico especializado em matemática superior

que atua, de modo geral, no mercado econômico-financeiro, promovendo pesquisas e estabelecendo planos e políticas de investimentos e amortizações e, em seguro privado e social, calculando probabilidades de eventos, avaliando riscos e fixando prêmios, indenizações, benefícios e reservas matemáticas”.

## **20. TRIBUTAÇÃO DOS PARTICIPANTES NO CASO DE RESGATE**

A matéria é bastante complexa. Em uma avaliação preliminar, sem atentar para as normas existentes sobre o tema, pareceria estranho alguém aplicar numerário para constituição de reservas de poupança e, quando da retirada dessas, sofrer tributação. Isso porque, na verdade, estaria apenas recebendo, em devolução, aquilo que aplicou. O normal seria que fossem tributados apenas os rendimentos, não o próprio capital.

A legislação tributária, no entanto, de longa data, prevê a tributação do resgate, inócua esta, contudo, quando relativo às contribuições vertidas no período de 1º de janeiro de 1989 a 31 de dezembro de 1995 (Lei n. 9.250, de 1995), cujo ônus tenha sido exclusivamente da pessoa física.

Mais modernamente vem sendo distinguida a tributação dos produtos VGBL (Vida gerador de benefício livre) e PGBL (Plano gerador de benefício livre) ofertados pelas entidades de previdência complementar. Nos primeiros, o contribuinte não deduz, na declaração de imposto de renda, como despesa, os investimentos feitos e, pois, quando se afasta do plano e recebe o numerário correspondente (resgate), somente ocorre a tributação de rendimentos. No segundo, o contribuinte deduz, na declaração de imposto de renda, os gastos com previdência complementar e, quando promove ao resgate do saldo da conta paga imposto de renda sobre o referido valor.

A manual de orientação para declaração de imposto de renda elaborado pela Secretaria da Receita Federal confirma, expressamente, esse procedimento.

A diferença reside provavelmente no fato de que a lei só permite as deduções no imposto de renda nos casos de previdência complementar, de que é exemplo o plano PGBL. O plano VGBL, utilizado

nas entidades abertas, seria, na verdade, seguro e, pois, insuscetível de ser beneficiado pelas regras da previdência complementar.

A Lei n. 11.053, de 29 de dezembro de 2004 (alterada pela Lei n. 11.196, de 21 de novembro de 2005) instituiu sistema de opção pela tributação no caso de resgate e rendimentos de previdência complementar. Por ela existe uma progressividade em razão do tempo de aplicação dos recursos, de modo que, quanto maior, menor será a tributação. Note-se que referida lei condiciona o uso dos benefícios por elas instituídos ao fato de o investidor ser também contribuinte da previdência.

Segundo decisão do STJ proferida no Recurso Especial n. 908.914 incide imposto de renda sobre as importâncias recebidas por participantes que se originarem de recolhimentos de empregadores, patrocinadores ou instituidores.

## **21. PRESCRIÇÃO**

O art. 75 da Lei Complementar n. 109/2001, estabelece que, sem prejuízo do benefício, prescreve em cinco anos o direito às prestações não pagas nem reclamadas na época própria, resguardados os direitos dos menores dependentes, dos incapazes e dos ausentes, na forma da Lei Civil.

Segundo a Súmula n. 291 do Superior Tribunal de Justiça, a ação de cobrança de parcelas de complementação de aposentadoria pela previdência privada prescreve em cinco anos.

Esse dispositivo, no entanto, é questionável quanto se trata de cobrança de diferenças decorrentes de resgates, havendo, sobre o tema, inúmeras decisões entendendo aplicar-se, aqui, o prazo geral de prescrição, de vinte anos no Código anterior e de dez anos no vigente Código.

## **22. EXPURGOS**

Segundo a Súmula n. 289 do Superior Tribunal de Justiça, a restituição das parcelas pagas a plano de previdência privada deve ser objeto de correção plena, por índice que recomponha a efetiva desvalorização da moeda.

O entendimento já é questionável em se tratando de entidades abertas e sumamente injusto em se tratando de entidades fechadas.

A restituição, como regra, é feita segundo o sistema de cotas, estabelecido contratualmente pelas partes.

### **23. GOVERNANÇA**

A expressão é utilizada, em previdência complementar, para designar o envolvimento de todos os órgãos na gestão dos recursos dos participantes. Envolve o Governo, por meio da SPC, a entidade de previdência complementar e as instituidoras.

### **24. SEGREGAÇÃO**

Como se viu, a entidade de previdência complementar apenas gere um fundo, cujos recursos representam o patrimônio dos segurados. O patrimônio da entidade de previdência complementar, havido com os recursos das taxas de administração cobradas, não se confunde com os recursos do fundo. O art. 31, § 3º, da Lei Complementar n. 109, estabelece que os responsáveis pela gestão dos recursos da entidade de previdência complementar deverão manter segregados e totalmente isolados o seu patrimônio dos patrimônios do instituidor e da entidade fechada. Ademais, quando uma entidade administra vários planos cada um deles tem sua independência em relação aos outros.

### **25. PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR E CONTRATO DE TRABALHO**

O comando constitucional busca estabelecer uma separação entre a relação de emprego e a atividade de previdência complementar fechada das entidades patrocinadoras.

As questões envolvendo segurados e entidades de previdência complementar fechada são, no geral, dirimidas pela Justiça Comum. Envolve-se, no entanto, a entidade fechada de previdência complementar e cuidam de benefício resultante de contrato de trabalho devem ser julgadas pela Justiça do Trabalho.

A Consolidação das Leis do Trabalho, em seu art. 458, § 2º, inciso VI, estabelece que a previdência privada não constitui parcela salarial.

Registre-se que o vínculo da previdência complementar pode persistir mesmo após a extinção do contrato de trabalho, por meio das contribuições do empregado, figura conhecida como “autopatrocínio”.

## **26. SERVIDORES PÚBLICOS E PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR**

Os servidores públicos tradicionalmente gozavam das garantias da integralidade e da paridade. A primeira implica em que os proventos da aposentadoria correspondam à última remuneração no cargo exercido; a paridade assegura ao servidor, na inatividade, as mesmas vantagens concedidas ao servidor ativo.

Com o advento da Emenda Constitucional n. 41/2003, ressalvadas as situações dos que já eram servidores àquela ocasião, desapareceu na regra permanente do art. 40 da Constituição Federal, a possibilidade de os benefícios serem concedidos de forma integral e reajustados segundo os critérios da paridade.

A partir do advento da EC 41, os benefícios passam a ser calculados, à semelhança do que sucede no regime geral, segundo a média das 80% maiores remunerações a partir de julho de 1994 e, para o que ingressaram no serviço posteriormente, a partir da data do ingresso. Com o critério da média, ocorre perda nos proventos da aposentadoria para a grande maioria dos servidores, posto que, os fins de carreira, acabam sendo marcados por promoções e outros benefícios. É natural, no entanto, que um servidor que, durante 80% do seu tempo de serviço, tenha tido idêntica remuneração, acabe por se aposentar com proventos aproximados de seus últimos vencimentos ou remuneração.

## **27. PARALELO ENTRE O RGPS E A PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR**

É imprópria a invocação dos princípios e regras de direito previdenciário em matéria de previdência complementar. A relação jurídica de direito previdenciário é de direito público, caracterizada pela obrigatoriedade da filiação, salvo quanto ao segurado facultativo, enquanto a relação jurídica de previdência complementar é contratual.

No RGPS os benefícios são previstos em lei, que define sua forma de cálculo. No regime de previdência complementar essa questão é afeta ao contrato, a ela incorporando-se, naturalmente, as normas editadas pelo gestor do sistema.

No regime geral de previdência, ainda vige o sistema de repartição, não obstante as tendências à capitalização, como ocorreu com o advento da Lei n. 9.876/99, que reformulou o critério de cálculo dos benefícios, mediante a apuração da média dos 80% maiores salários de contribuição a partir de julho de 1994 ou do ingresso do segurado no sistema, se posterior. No regime de previdência complementar, o valor da aposentadoria será calculado com base nas contribuições efetivamente vertidas e que irão constituir um capital, com dedução dos encargos e despesas administrativas.

No regime geral de previdência, o pagamento de contribuições somente permite a percepção de benefícios, atendidos os requisitos legais; não existe a hipótese de restituição de contribuições, salvo no caso de pagamento indevido. Em épocas passadas existiu, mas não mais vige, o instituto do pecúlio, para o segurado já aposentado que voltava a exercer atividade vinculada ao sistema. No regime de previdência complementar existe a possibilidade de o segurado optar pelo resgate ou mesmo pela transferência dos recursos de uma entidade de previdência para outra.

Inúmeras seriam, enfim, as distinções entre os dois sistemas, a recomendar que as questões relativas à previdência complementar sejam vistas sob a ótica do direito provado, à luz dos princípios contratuais.

## **28. QUESTÕES CONTROVERTIDAS**

O benefício da previdência complementar, após sua concessão, sofre os reajustes previstos no contrato. Como todo sistema de atualização de benefícios acarreta infindáveis polêmicas na previdência social, por certo não ocorrerá diferentemente na previdência complementar.

Após a concessão do benefício previdenciário, outrossim, não mais se justifica o pedido de resgate ou de transferência das reservas, em linha de princípio.

Outra questão que certamente trará muitas polêmicas, diz respeito à natureza dos depósitos efetivados na previdência complementar. Predomina administrativamente o entendimento de que os resgates dos depósitos efetivados em prol da previdência complementar são deferidos às pessoas indicadas pelo segurado, com preferência sobre os herdeiros, à sua falta. Até onde essa manifestação de vontade poderia atingir a legítima dos herdeiros? Seria simples ao segurado, por meio da instituição de planos de previdência complementar, frustrar a legítima?

Ademais, seriam tais recursos penhoráveis? É natural que se possa sustentar a impenhorabilidade do benefício concedido, mas e as reservas? A matéria é regida pelo art. 649, incisos IV e VI, do CPC. O primeiro cuida da impenhorabilidade dos pecúlios e montepios e, o segundo, do seguro de vida. Com relação ao benefício previdenciário em si, parece bastante sólido o entendimento de que é impenhorável, tal como ocorre no regime geral. O STJ, no julgamento do Resp. n. 536760/SP, considerou impenhorável a complementação da pensão por entidade de previdência complementar. O entendimento não nos parece seguro, no entanto, quanto aos depósitos constitutivos da renda. Pode-se argumentar que seriam impenhoráveis porque se destinam a benefício previdenciário privado, que é impenhorável. Contudo, é preciso lembrar que constituem, na verdade, um capital, sujeito a resgate à livre conveniência do segurado e, sob esse prisma, justificar-se-ia a sua penhora.

Idêntica discussão há que se travar em torno de saber se tais depósitos seriam, no caso de separação judicial, passíveis de partilha. O benefício previdenciário, com certeza pode servir de fundamento para a fixação de alimentos, mas não justifica seja considerado para efeito de partilha. Os depósitos na previdência complementar, contudo, constituem patrimônio em dinheiro perfeitamente identificável; seria sumamente injusto não pudessem ser objeto de partilha na separação, segundo a natureza do regime, naturalmente.

São questões e mais questões a serem enfrentadas no tocante ao novel ramo da previdência complementar, carente de estudos jurídicos mais detalhados no direito brasileiro.

Daí porque nos atrevemos a essas considerações preliminares, no propósito de que possam gerar debates e discussões.





# 10

## O MEIO AMBIENTE E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

**J. Nepomuceno Silva**

A constitucionalização da questão ambiental decorre do progresso das técnicas, no comércio e indústria e do aumento populacional do planeta, passando a pessoa humana a conviver mais com a natureza, não raro destruindo-a, esquecendo-se de que ela é a destinatária do bem-estar por ela, natureza, produzido.

Dentre os jusfilósofos que tratam da matéria, soou forte a advertência de Miguel Reale, *verbis*:

A civilização tem isto de terrível: o poder indiscriminado do homem abafando os valores da natureza. Se antes recorriamos a esta para darmos uma base estável ao Direito (e, no fundo, essa é a razão do Direito Natural), assistimos, hoje, a uma trágica inversão, sendo o homem obrigado a recorrer ao Direito para salvar a natureza que morre.

O direito ambiental é direito de vanguarda contido no capítulo dos direitos fundamentais da Constituição Federal (art. 5º, LXXIII) e, especificamente, no art. 225, este expendendo que:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

O Ministro do STF, Celso de Melo, quando relator do MS 22.164 – SP, DJU de 30/10/95, p. 39206, enfatizou e definiu, com singular

lucidez e cultura, o Direito ao meio ambiente, visto na amplitude coletiva. Disse S. Excia., naquela oportunidade, que:

O direito à integridade do meio ambiente constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.

Tais enunciados reclamam de todos nós, permanentes estudos e revisão de conceitos, para melhorar a vida de nossos semelhantes. Desde a Revolução Industrial, representada no cinema, no clássico “Os tempos modernos”, no qual o gênio premonitório do imortal Charles Chaplin mostrou-nos o divisor de águas das gerações futuras no convívio com a natureza, seja pelo mercantilismo, ou não, com, ou sem o uso da máquina, passamos a sofrer depredações de toda ordem. Esquecemos de que a máquina deve servir ao ser humano, buscando torná-lo mais feliz e não domá-lo como se ela, máquina, fosse o fim e nós o meio.

É evidente que o progresso necessita da máquina. Disto resulta que deveremos adotar, sempre e sempre, meios necessários ao impulso do progresso, num convívio (homem e máquina) harmonioso e não destrutivo.

Com efeito, o homem chega ao final do século contabilizando resultados altamente questionáveis. O modelo de desenvolvimento leva todas as sociedades do planeta a uma mudança drástica das grandes referências que marcaram suas metas, pois a degradação ambiental e

o quase esgotamento dos recursos naturais exigem uma mudança das políticas globais e o estabelecimento de um novo paradigma tecnológico, jurídico e econômico.

É preciso ter em mente, em síntese, o primado do “desenvolvimento sustentável”. Sobre este, anota Marcelo Abelha Rodrigues, *verbis*:

O postulado do ‘desenvolvimento sustentável’ só pode ser entendido se associado ao princípio da ubiqüidade e realizado, portanto, numa parceria global. Não adianta pensarmos em desenvolvimento sustentável de uma só região se o vizinho pratica *desenvolvimento insustentável* ou *subdesenvolvimento ambiental*. Como já se disse, os princípios se completam. Começemos pelo início.

A palavra *desenvolvimento* é tomada com o seguinte significado na língua portuguesa: ‘1. Ato ou efeito de desenvolver-se. Adiantamento, crescimento, aumento. Progresso. 2. Estágio econômico, social, político, de uma comunidade, caracterizado por altos índices de rendimento dos fatores de produção, *i.e.*, os recursos naturais, o capital e o trabalho’.

Portanto, verifica-se que é inata ao ser humano a idéia de desenvolver-se, aumentar, expandir-se, seja no aspecto social, econômico, filosófico ou moral, etc. Bem por isso, a ONU não hesitou em formular na Declaração sobre o Desenvolvimento o art. 1º.

‘1. O direito do desenvolvimento é um inalienável direito humano, em virtude do qual toda pessoa humana e todos os povos têm reconhecido seu direito de participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar; e no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados. 2. O direito humano ao desenvolvimento também implica a plena realização do direito dos povos à autodeterminação, que inclui o exercício de seu direito inalienável de soberania plena sobre todas as riquezas e recursos naturais’.

Centrando a idéia desse desenvolvimento no crescimento econômico e tecnológico, logo veremos que é verdadeiramente possível falarmos nessa modalidade de desenvolvimento humano sem que pensemos na utilização e transformação dos elementos que compõem o meio, qual seja, o ambiente que vivemos. Assim, necessariamente, todo desenvolvimento pressupõe uma expansão econômica. Considerando que os bens a serem explorados ou transformados sejam escassos e, mais ainda, que estes bens sejam responsáveis pela manutenção de uma qualidade de vida,

não é difícil supor ou antever que a tônica que se dê a este desenvolvimento, é bem possível que num futuro breve não exista matéria-prima que alimente o crescimento econômico e, por colârio lógico, também a qualidade de vida.<sup>1</sup>

Como observa José Afonso da Silva em sua obra “Direito Ambiental Constitucional” (p. 6), “o desenvolvimento econômico tem consistido, para a cultura ocidental, na aplicação direta de toda a tecnologia gerada pelo homem no sentido de criar formas de substituir o que é oferecido pela natureza, com vistas, no mais das vezes, à obtenção de lucro”.

Mas esse lucro provém, cada vez mais, de um capitalismo desumano, pois, para gáudio de uns poucos (os mercantilistas) há toda uma gama de pobreza, por eles sufocada. O magnífico editorial do jornal “Estado de Minas”, edição de 8 de abril de 2007, é grandiloquente e bastante elucidativo, ao clamar pela urgente humanização do capitalismo, assim destacando, *verbis*:

Gigantismo chinês, superdesenvolvimento na Índia, mais prosperidade nos tigres asiáticos (Hong Kong, Coréia do Sul, Cingapura e Taiwan) são exemplos daquela sociedade afluente tratada por John Kennett Galbraith, economista canadense-americano que nunca deixou de combater os excessos do mercado e o permanente aumento da pobreza sufocada pela mais devastadora riqueza já conhecida na história do homem (Estados Unidos). Foi Galbraith o primeiro economista e pensado a tratar em livro da precária proteção social capitalista que, logo após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), gerou o pequeno mundo dos ricos e o imenso planeta dos países pobres. Nem a revolução social pregada pelo comunismo conseguiu barrar o poder do capital predatório, que contabiliza hoje bilhões de pessoas vivendo abaixo da linha de pobreza em todos os continentes, inclusive lá mesmo, nos EUA.

Galbraith foi o mais duro crítico da política do governo Ronald Reagan (Reaganomics) e da explosão de projetos econômicos que favorecem os franksteins da produção e do consumismo. Adepto de algumas idéias de John Maynard Keynes, ele pregava forte atuação dos governos em projetos sociais para milhões de pobres e desempregados. No entanto, jamais aceitou o populismo e o assistencialismo que predominavam nos regimes brasileiro (Ge-

<sup>1</sup> *Elementos de Direito Ambiental*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 170.

túlio Vargas) e argentino (Juan Domingo Perón), os quais continuam hoje no Brasil da política de alianças do presidente Lula, nos moldes da Comissão Trilateral (1970). Mas, nunca deixou de ser crítico do conservadorismo.

Galbraith foi o mais ardoroso defensor da jornada menor de trabalho com base do pleno emprego, defendia igualdade salarial entre homem e mulher, quando a América inaugurava, depois da escravidão, o trabalho feminino logo após a Grande Depressão (1929-1932). Sem suas idéias o ex-presidente Franklin Delano Roosevelt não teria lançado o New Deal, que, de certa forma, marcou o declínio do sonho da ditadura comunista de uma sociedade sem classes. Defendia o valor do trabalho em igualdades de condições com o capital, advogou a negociação entre empregados e empregadores, porque só a negociação poderia enfrentar o capitalismo selvagem e seu mecanismo de exploração rentista das colônias, que são hoje todos os países dependentes de capital e de ciência e inovação tecnológica. Tinha grande apreço pelo Brasil, país que considerava, conforme testemunho de Celso Furtado, o único capaz de estabelecer um capitalismo sem as crueldades da esquerda e da direita.

Embora todos reconheçam que o desenvolvimento é uma meta desejável, nos últimos anos cresceu a preocupação em saber se as limitações ambientais virão a restringi-lo e se o desenvolvimento causará graves danos ao meio ambiente, prejudicando assim, a qualidade de vida destas e das futuras gerações.

Conseguir um desenvolvimento sustentado e equitativo é o maior desafio da raça humana.

Progresso não é igual a qualidade de vida, pois:

- um terço da população mundial conta com o saneamento inadequado;
- um bilhão de pessoas não dispõe de água potável;
- 1,3 bilhão de pessoas expostas a fuligem e a fumaça;
- 300 a 700 milhões de mulheres e crianças que sofrem com a poluição no interior das casas;
- centenas de milhões de agricultores, silvicultores e indígenas que dependem da terra e cuja subsistência depende de um bom manejo ambiental;
- mais de três milhões de mortes e bilhões de doenças podem ser atribuídas anualmente à poluição;

- níveis excessivos de matéria particulada nas cidades são responsáveis por 300 a 700 mil mortes prematuras anualmente;
- alterações atmosféricas, por comprometimento da camada de ozônio, têm gerado 300 mil casos adicionais de câncer de pele por ano, além de 1,7 milhão de casos de catarata;
- a degradação do solo tem causado a perda de produtividade de 0,5 a 1,5% do PIB;
- 900 milhões de casos anuais de diarreia, que resultam na morte de mais de 3 milhões de crianças, das quais, 2 milhões poderiam ter sido evitadas se houvesse saneamento adequado e água potável. (Conf. Relatório sobre o Desenvolvimento Mundial 1992, Banco Mundial, Washington DC);
- 40% das famílias com renda abaixo de  $\frac{1}{4}$  salário mínimo per capita, destes 45% em condições de miséria, equivalendo a 4,7 milhões de famílias (O desafio do Desenvolvimento Sustentado, Governo do Brasil, 1991);
- 10% dos mais ricos = 40% da renda enquanto os 40% mais pobres = 8,2% da renda;
- nordeste = 29% da população brasileira e 53% dos pobres do país;
- 32 milhões de crianças e adolescentes em situação de extrema pobreza – 43% com menos de sete anos de idade. (O Desafio do Desenvolvimento Sustentado, Governo do Brasil, 1991);
- cerca de dez milhões de pessoas morrem todo ano por causa do consumo de água contaminada (*Super interessante* – Revista do ano, p. 28, junho 2001);
- meio ambiente e qualidade de vida são uma pauta e esses números revelam a pobreza no Brasil e a falta de uma política eficiente que resolva as questões básicas da população, com reflexos positivos para a vida do planeta;
- água;
- em que pese a situação privilegiada do Brasil, país que detém cerca de 12% de toda a água doce disponível no planeta, a dificuldade não é menor;

- são os problemas no país: a distribuição irregular dos recursos hídricos e a inexistência de uma política adequada de sua gestão, além do desperdício presente em todos os níveis da sociedade;
- 70% da água brasileira estão no Norte e na região Amazônica, onde vivem apenas 7% da população;
- o sudeste, que tem a maior concentração populacional (42,63%), dispõe de apenas 6% dos recursos hídricos, e o nordeste que abriga 28,91% da população, dispõe de apenas 3,3%;
- mais de um bilhão de pessoas não tem acesso a fontes de água de qualidade;
- cerca de dois e meio bilhões de pessoas vivem sem saneamento básico, ou seja:
  - quase metade da população do mundo continua jogando seus dejetos na água – ou na terra, que no fim, leva à água;
  - a escassez de água tem obrigado alguns países desenvolvidos a tratar e reaproveitar a água do esgoto. Exemplos: em Orange County, região onde fica o Disney World, nos Estados Unidos, a população bebe água de esgoto reciclada há mais de 20 anos, o mesmo ocorrendo no Estado do Arizona, onde 80% do esgoto vai para as torneiras. O Japão reutiliza 80% de toda a água destinada à indústria.

## PERSPECTIVAS MUNDIAIS A LONGO PRAZO

População mundial cresce 1,7% ao ano.

De 1990-2030 a população mundial deverá aumentar em 3,7 bilhões.

Desse aumento, 90% ocorrerá em países em desenvolvimento.

Cerca de 90% do crescimento demográfico ocorrerá nas áreas urbanas.

Em 2030, a produção mundial será equivalente a 3,5 vezes o nível atual, ou cerca de 69 trilhões de dólares.

Se a população e a deterioração aumentarem na mesma proporção do crescimento da produção, os problemas resultantes serão terríveis.

A proteção do meio ambiente faz parte integrante do desenvolvimento. Sem uma proteção adequada do meio ambiente, o desenvolvimento será prejudicado, inadequando os recursos aos investimentos necessários.

A expressão “desenvolvimento sustentável” foi incorporada ao vocabulário pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Comissão Brundtland), em seu relatório “Nosso futuro comum”.

É definido como satisfazer as necessidades da geração atual sem comprometer as necessidades da geração futura.

É necessário estabelecer um balanço, um equilíbrio entre economia e ecologia.

Embora todos reconheçam que o desenvolvimento é uma meta desejável, nos últimos anos cresceu a preocupação em saber se as limitações ambientais virão a restringi-lo e se o desenvolvimento causará graves danos ao meio ambiente prejudicando a qualidade de vida desta e das futuras gerações.

Conseguir um desenvolvimento sustentado e equitativo continua sendo o maior desafio da raça humana.

Apesar do progresso registrado desde a última geração, mais de 1 bilhão de pessoas ainda vivem em extrema pobreza e tem acesso bastante precário aos recursos de educação, saúde, infraestrutura, terra e crédito. A tarefa essencial do desenvolvimento é propiciar oportunidades para que essas pessoas, e as centenas de milhões que se encontram em condições não muito diferentes, possam concretizar seu potencial.

O novo paradigma tecnológico e econômico vai exigir uma revisão profunda na ordem econômica e social.

O conceito de *capital da natureza*, que é distinto daquele fabricado pelo homem, complexifica as funções de produção, ainda que as torne mais realistas.

Este conceito de desenvolvimento sustentado deve ser entendido como o significado de melhorar a qualidade de vida humana



dentro dos limites de capacidade de suporte dos ecossistemas do nosso planeta.

Alberto Contar, ao apresentar seu livro “Meio Ambiente – Dos Delitos e das Penas” (Ed. Forense, 2004) foi mais que enfático, *verbis*: “A humanidade está se destruindo”.

Devido ao exercício de práticas agrícolas predatórias, em total desacordo com as normas conservacionistas do solo; o abate indiscriminado de florestas onde sua presença é de fundamental importância para a manutenção do equilíbrio ecológico e regularidade no regime de chuvas; da estabilidade climática; da perenização de fontes e cursos d’água; da contenção de processos erosivos que assoreiam rios e poluem suas águas, tornando-as impróprias para os usos ordinários do homem, da dessedentação de animais e inviáveis para a fauna aquática – o homem tudo faz para que terras, outrora férteis, se tornem a cada dia menos produtivas, em uma conduta dir-se-ia programada para destruir a capacidade do planeta de alimentar e vestir satisfatoriamente seus habitantes.

Alie-se a esse insensato comportamento de degradar as fontes de produção de alimentos e água doce, o perdulário desgaste de matérias-primas empregadas na fabricação de bens supérfluos, de utilidade discutível e concebidos pela força condicionadora da publicidade comercial aética, para que se tenha preocupante perspectiva à frente das gerações futuras.

Ante o aumento populacional da Terra, notadamente nos países do chamado Terceiro Mundo, em total desacordo com as possibilidades de se alimentar, se vestir e se prover de outras comodidades inerentes ao ser humano – Malthus confirmaria, constrangido, que a cada dia se torna menos viável uma Humanidade bem-vestida e alimentada. E mais correta sua tese.

Em trabalho de pesquisa abrangendo todo o Mundo, realizado por pesquisadores de diversas disciplinas, da União Internacional para a Conservação da Natureza e dos Recursos Naturais, denominado “Estratégia Mundial para a Conservação”, da Organização das Nações Unidas, os governos são alertados para a possibilidade, não remota, de haver aguda escassez de matérias-primas, alimentos e água doce se não se puser paradeiro ao uso pródigo dos meios de produção, terminando por fazer discreto apelo ao controle da natalidade.

E não apenas *experts* se assombram com a dura realidade que divisam pela frente. Também o homem de letras, o homem de formação humanística e de visão global dos fenômenos sociais e da Natureza se assombra com o porvir, alerta A. Soljenistsyn: “E no futuro, a crescente crise ecológica pode alterar as zonas climáticas, levando à escassez de água doce e de terras úteis onde eram abundantes. Isto, por sua vez, pode dar origem a novos e ameaçadores conflitos, a guerra pela sobrevivência”.<sup>2</sup>

O renomado escritor ao traçar o quadro de incertezas que vê pela frente, por certo estaria traumatizado com o triste espetáculo do Mar de Aral, de sua Rússia, que entre 1950 e 1960 perdeu um terço de suas águas, e teve seu nível rebaixado em dezesseis metros, onde jazem barcos adernados na areia, tanta água dele se retirou para projetos de irrigação.

Na verdade, a subnutrição, a escassez de vestuários e outros bens necessários à satisfação das necessidades mínimas do homem ainda não são pungentes realidades para todos os povos da Terra – aí incluindo os do Hemisfério Norte, os chamados “primeiro-mundistas” – porque os subdesenvolvidos da América Latina, Ásia e África carregam, por eles, a cruz da fome crônica e a seminudez permanente para que uma pequena parte da Humanidade tripudie sobre o restante, com exagerada abundância e acintoso desperdício.

Nesse quadro nada animador para as gerações futuras, a conservação, a preservação e a exploração racional dos recursos naturais e a mais justa distribuição global dos recursos entre homens e mulheres do Planeta, são imperativos de sobrevivência do gênero humano, e fator de dignificação de milhões de despossuídos. Assim como é dever não negligenciável das atuais gerações para com os que nos sucederão na gestão dessa massa quase falimentar, de nos penitenciarmos de erros cometidos, e assumirmos o compromisso de restaurarmos o patrimônio ambiental para condições que permitam à Humanidade que se multiplica assustadoramente no Hemisfério Sul – os terceiro-mundistas –, sentir que viver vale a pena.

É perfeitamente possível manter-se o desenvolvimento econômico em crescimento sem o comprometimento dos recursos naturais,

<sup>2</sup> SOLJENISTSYN, A. *O Estado de S. Paulo* – 02.01.1994.

se a Humanidade assumir o compromisso de restaurar a potabilidade da água de muitos rios hoje imprestáveis para o uso humano, a recuperação de áreas degradadas outrora produtivas, o reflorestamento de regiões em marcha para a aridez, e que os rios não despejem, perdulariamente nos oceanos, quilômetros cúbicos de águas que não tenham dessedentado populações e animais, irrigado culturas e acionado turbinas. E, acima de tudo, assumir novos hábitos de consumo que proscrevam o consumismo exagerado e a obsolescência programada de produtos.

Que a contenção da desertificação é possível, comprova-se através de farto documentário resultante do Seminário Sobre Desertificação, realizado em Nairobi, em agosto de 1977, e da Conferência das Nações Unidas sobre Desertificação que se lhe seguiu.<sup>3</sup>

Nesse contexto de repulsa a esse desrespeito a direitos dos habitantes deste Planeta a um mínimo compatível com a dignidade humana, deverá inserir-se necessariamente o questionamento das cotações vis impostas pelas nações ricas aos produtos primários e matérias-primas dos países em desenvolvimento, só elas uma razão perversa para o empobrecimento crescente destes últimos. Empobrecimento que, por sua vez, é a causa imediata da degradação de suas terras e de seus rios, e da destruição de suas florestas, levados a tal insanidade pela compulsória exploração excessiva de seus recursos naturais imposta por uma cruel dívida externa que não para de crescer.

Parece-nos mais que desumano, mas um cinismo intolerável que um indivíduo bem acomodado na bolsa de mercadorias de Londres, que jamais viu um pé de cacau, seja quem, a pretexto do binômio oferta-procura, dite o valor da cotação e diga quanto vale o trabalho dos plantadores do cacau do Brasil e Costa do Marfim.

É mais correto aceitar que é a pobreza que leva à degradação ambiental que o contrário.

A pobreza é um dos principais efeitos dos problemas ambientais no mundo. Portanto, é inútil tentar abordar esses problemas sem uma

<sup>3</sup> VASCONSELOS, J. Sobrinho. *Desertificação do Nordeste Brasileiro*. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 1974, p. 41.

perspectiva mais ampla, que englobe os fatores subjacentes à pobreza mundial e à desigualdade internacional.<sup>4</sup>

Enquanto essa nova ordem não vem, façamos cada um em seu país a sua parte. Conforme preceito do conservacionismo: pensar globalmente, agir localmente.

Entre nós, ao industrial alheio ao princípio da função social da propriedade e, que compromete a higidez da atmosfera e de cursos d'água, se deverá dizer que criar riquezas, recolher tributos e gerar empregos não é alvará que lhe permita conduzir-se a seu talante, em total desrespeito ao grupo social onde se insere seu empreendimento. Não se adquirem direitos contra o interesse público; que não é justo privatizar o lucro e socializar o prejuízo na forma de incômodos que sua atividade projeta contra a população.

E do produtor rural – que segundo Levíticos 25:23 “não é dono da terra, porém, mero possuidor temporário, porque a terra não se venderá em perpetuidade, porque a terra é minha; pois vós sois para mim estrangeiros e peregrinos” – se deverá exigir em relação à gleba que explora, o comportamento que se espera de um bom *pater familias* no trato do bem que legará a seus sucessores, como mero possuidor temporário que é. Em outras palavras, o cuidado que se exige de um fiel depositário.

Atitudes bem sucedidas em várias partes do mundo vêm provando que já existe uma consciência coletiva avessa aos abusos contra os recursos naturais, mas será de bom alvitre salientar que para se alcançarem resultados satisfatórios, não serão suficientes atos simbólicos como, v.g., um abraço de manifestantes a uma lagoa, a um monumento natural em perigo. O ofensor – já está provado – é insensível a esses atos de cidadania porque absolutamente inconscientizável para o valor dessas coisas que não lhe tragam proveito.

Impõe-se atitudes drásticas, muito a propósito dos ecologistas alemães deitando-se em massa na pista do aeroporto de Frankfurt, com prejuízos consideráveis às empresas, as quais entenderam a mensagem; assim como a população de Nice que, perante os tribunais, logrou sucesso contra o ruído ensurdecador dos supersônicos da Air France.

<sup>4</sup> Comissão Mundial sobre o Meio Ambiental e Desenvolvimento. *Nosso Futuro Comum*. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1988, p. 54.

Prossigo, na minha análise.

No título deste modesto artigo, elegi o seguinte texto: O Meio Ambiente e Administração Pública. Isto tem sua razão de ser, a partir de uma constatação que fizemos em nossos estudos.

Observamos que as Prefeituras têm Secretaria de Saúde, no geral, e não a de Meio Ambiente. Cuida aquela, de regra, de socorro imediato, grandes ou pequenos, para atendimento em partos, fraturas e outros acidentes, etc.

Acontece que, a nosso sentir, é, nos dias atuais, muito mais importante, a Secretaria de Meio Ambiente, da qual deverá fazer parte, como setor integrante, o da saúde, tal como a praxe atual.

Observando o texto constitucional (art. 200) temos, como diz Uadi Lammêgo Bulos (CF Anotada, Saraiva, 2000, p. 1176) que “a competência do Sistema Único de Saúde (SUS) envolve tarefas normativas, fiscalizatórias e executivas, além de outras disciplinas em lei ordinária”, importando acrescer que isto envolve todos os segmentos governamentais, máxime o Poder Executivo Municipal, cuja ação política se situa, regionalmente, na base da cidadania.

Dentro das atribuições dos governantes, acentua o renomado constitucionalista, que compete “toda a produção material e intelectual, direcionada à área de saúde, através de ações (ordenar, participar, incrementar, fiscalizar e colaborar) que buscam preservar os direitos metaindividuais do homem, notadamente os difusos”, incluindo neles, óbvio, os do meio ambiente, os quais, como já disse noutras oportunidades, é direito supraconstitucional. A palavra “único”, contida no texto, alcança significado de contundência quando passamos a imaginar, por exemplo, um rio perpassando vários municípios, exigindo padrão único de conduta preservativa, com o intuito da proteção plural de todos os habitantes (gênero), racionais e irracionais.

Com efeito, se se cuida da água, que todos bebem, do lixo, da poluição, do controle de agrotóxicos, tudo em caráter preventivo, estaremos cuidando, na base, da saúde, como bem comum. Trata-se de gestão fundamental de qualquer homem público, com ótica voltada ao melhor da cidadania.

Quem assim não age, que trate de fazê-lo com urgência, pois a questão ambiental é tema de primeiro mundo, ciência de terceira geração de direitos humanos, que deve ser abraçada por todos, em respeito a nós mesmos, sem o quê não seremos dignos de viver. Arrematando, deixo a todos estas despreziosas (mas preocupantes) estrofes, mais de alerta que de poeta.

### AMBIENTALISTAS, NÓS?

Caça, caça, caçador  
Hoje você caça  
Na verdejante mata  
Que outros dizem floresta,  
Mas você mata, só a fome, que basta  
Amanhã tem mais!  
Mas qual amanhã?  
Será que tem?  
Terá o quê: nem mata, nem você!

Caça, caça, caçador  
Hoje você caça  
A fome passa: agora, ano que vem  
Daqui a vinte anos  
Quanto mais?  
Dizemo-nos ambientalistas  
De quê?  
Se o abuso permanece, e a vida fenece.  
Procurei a faculdade em busca de autor + idade  
Para ensinar e somar vontades  
Do capital à da sociedade  
Para evitar o dia, da melancolia  
Quando todos teremos de  
CASSAR A DOR

# 11

## A PESQUISA DA PERCEPÇÃO DOS MAGISTRADOS DO TJMG

**Luiz Guilherme Marques**

A iniciativa do Desembargador Reynaldo Ximenes Carneiro, do TJMG, de ouvir os magistrados mineiros por meio dessa pesquisa, representa um avanço importante para a Justiça de Minas Gerais, pois funcionará à moda de um exame em profundidade para revelar nossa realidade, ou seja, nossos pontos positivos e nossas deficiências.

Sem isso, não seria possível arquitetar-se um plano qualificado para concretização das melhorias necessárias que ele pretende colocar em prática.

Com a sinceridade que o assunto e seu ilustre idealizador merecem é que faço minhas observações.

Em primeiro lugar, entendo que, para termos uma visão real e abrangente da nossa instituição, deveríamos solicitar a participação na pesquisa dos advogados, defensores públicos, delegados de polícia civil, membros do Ministério Público, policiais militares e servidores da Justiça. Cada um desses operadores do Direito terá, na certa, muitas sugestões importantes a oferecer.

Se forem ouvidos somente magistrados, teremos uma radiografia em preto e branco do Judiciário, mas, se ampliarmos o número dos respondentes, teremos um verdadeiro exame de ressonância magnética a cores, que é muito mais preciso e real.

Quanto à pesquisa propriamente, logo abaixo de cada item estarei fazendo breves comentários:

## **II) AVALIAÇÃO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL DO TJMG**

### **1. Avaliação das equipes de gabinetes, de secretarias de Juízo e de cartórios**

Todo magistrado, independente do número de processos, deveria ter pelo menos um assessor e alguns estagiários remunerados. Sem isso, sobrecarrega-se o magistrado com trabalhos que podem ser realizados perfeitamente por auxiliares.

Esses auxiliares de gabinete (assessores e estagiários) deveriam ser de livre escolha de cada magistrado, com a única limitação de não se poder contratar parentes.

Os escrivães, escreventes e oficiais de justiça estarão em número suficiente se: a) forem bacharéis em Direito; e b) selecionados mediante concursos bem elaborados.

A prova de Conhecimentos Jurídicos deveria ser discursiva (abolidas as provas de múltipla escolha). Serviria inclusive para se verificar a facilidade dos candidatos no manuseio da linguagem escrita. As questões deveriam ser voltadas para a prática, sem a formulação de indagações excessivamente teóricas que servem simplesmente para reduzir drasticamente o número de concorrentes, mas não aprovam os melhores candidatos.

Deveria haver prova de Informática, pois não se admite que alguém ocupe algum cargo no Judiciário sem ter uma noção razoável dessa matéria como usuário.

O exame psicotécnico serviria inclusive para verificar a vocação dos candidatos e também sua adequação à mentalidade de servidor público, que exige honestidade e cordialidade no trato com o público.

### **2. Celeridade da entrega da prestação jurisdicional sob o ponto de vista da atuação do magistrado**

Não há condição dos magistrados trazerem os processos rigorosamente em dia dentro dos prazos estabelecidos, por exemplo, no CPC.



Esses prazos foram idealizados na década de 1970, quando o número de processos era ínfimo em relação aos números atuais.

### **3. Celeridade da entrega da prestação jurisdicional sob o ponto de vista sistêmico do TJMG**

Todos os operadores do direito têm dificuldade em cumprir os atos de sua competência dentro dos prazos irrealistas do CPC, por exemplo.

### **4. Produtividade, congestionamento e qualidade das sentenças**

Hoje em dia a produção tem de ser em massa, devendo-se utilizar todos os recursos da Informática.

Objetividade e concisão são imprescindíveis.

A única qualidade das sentenças é a justeza da sua parte dispositiva. Sentenças que pretendem ser peças literárias são peças de museu.

### **5. Percepção do magistrado quanto à eficácia na solução dos conflitos**

A única solução real para os conflitos é a conciliação.

No caso de não ser possível a conciliação, o número exagerado de recursos e instâncias faz com que a efetividade fique prejudicada.

Podemos afirmar que nosso Processo de Execução trabalha contra a efetividade e desacredita a Justiça.

Fala-se que “só paga quem quer” e isso acaba sendo uma verdade, por culpa do nosso sistema processual.

### **6. Indicadores, análise de dados e ações decorrentes**

Quem elabora indicadores e congêneres deveria ser orientado por magistrados de amplo tirocínio e experiência, sob pena de realizar um trabalho pouco produtivo.

O trabalho da Justiça não se mede como quando se trata da fabricação de latinhas de refrigerante, por exemplo.

### **7. Documentação normativa de apoio à realização das atividades judiciárias (adicionais aos provimentos e atos da Presidência/Corregedoria)**

Há um excesso de normas dessa natureza, o que gera seu desconhecimento quase que geral.

### **8. Percepção que o magistrado tem quanto ao grau de satisfação dos usuários em relação à prestação jurisdicional**

Os cidadãos têm péssima impressão dos serviços públicos, pois há muitos servidores públicos (inclusive magistrados) que atendem mal as pessoas, desmerecendo-as da sua qualidade de cidadãos.

Há muitos servidores públicos (inclusive magistrados) preocupados demais com aumentos de remuneração, prestígio pessoal e mordomias e pouco atentos ao dever de atender bem os cidadãos.

### **9. Percepção que o magistrado tem do relacionamento interno e externo**

O distanciamento que a 2ª instância tem mantido em relação à 1ª tem gerado sérios problemas de comunicação entre elas.

### **10. Inspeção, fiscalização e correição**

Apresentam-se normalmente como verdadeiras inutilidades, uma vez que não há condição de organizar o serviço como seria ideal ao mesmo tempo em que se tem de dar andamento ao serviço normal.

Acabamos fazendo como um time de futebol, que tem de mudar as táticas de ataque e defesa conforme o estilo do adversário.

Não há como se planejar e organizar minuciosamente no meio de uma avalanche crescente de processos.

## **11. Inovação organizacional (visão global do TJMG)**

Para se efetivar a inovação organizacional teríamos de ouvir todos os envolvidos nas atividades da Justiça, sem preconceitos.

Uma pessoa, ou grupo de pessoas, não tem condição de enxergar todos os problemas e encontrar todas as soluções.

## **III) AVALIAÇÃO DA GESTÃO ADMINISTRATIVA DO TJMG**

### **12. Avaliação da gestão estratégica, estrutura organizacional e quadro de cargos**

Novamente cabe aqui a observação de que o isolamento da 2ª instância em uma torre de marfim tem gerado sérias dificuldades.

Planejamentos têm sido elaborados por grupos exclusivistas, sem ouvirem-se os interessados, principalmente da 1ª instância, e surgem insatisfações decorrentes dos equívocos estratégicos.

### **13. Sistemas informatizados e equipamentos**

A informatização está apenas começando, faltam recursos materiais nas Comarcas do interior, a burocracia dificulta as soluções rápidas, etc.

### **14. Avaliação das equipes das unidades administrativas que apóiam unidades judiciárias**

Muitos servidores da área administrativa são escolhidos com base em critérios que não são os da competência e ideal de servir. Estes se transformam em verdadeiros empecilhos porque arrogam-se uma autoridade que não possuem e geram injustiças e arbítrio.

Há casos históricos de servidores desse tipo que se eternizam em funções relevantes, sem sequer apresentarem o requisito mínimo da cordialidade.

## **15. Acesso à legislação vigente e às normas internas**

As publicações todas deveriam ser veiculadas pela internet, não só pelo seu menor custo como também pela facilidade na pesquisa.

Os portais de internet deveriam conter maior número de informações.

Há atualmente universidades que digitalizaram seu acervo ao invés de guardar livros de papel, dificultando o acesso. O caminho para a modernização passa por essa mudança.

## **16. Acesso e segurança**

A segurança dos prédios da Justiça é precária em muitas Comarcas.

Quanto à segurança dos magistrados e servidores, nem sempre é boa em certas Comarcas.

## **17. Guarda e acesso aos documentos de arquivo**

A digitalização dos processos deveria ter começado há muito tempo. Somente ela resolverá a grave e insolúvel questão dos arquivos.

## **18. Instalações, materiais de consumo e permanente**

Com a digitalização dos processos não será necessário tanto espaço nem tanto mobiliário.

## **IV) AVALIAÇÃO DE ASPECTOS INTERNOS QUE IMPACTAM A MAGISTRATURA**

As Câmaras do TJ deveriam ser interiorizadas, todos os magistrados deveriam votar para escolher os dirigentes dos TJs, a aposentadoria compulsória deveria passar para 75 anos, deveria ser abolido o 5º constitucional, deveriam ser abolidas as entrâncias, os concursos para ingresso na magistratura deveriam ser padronizados pela Enfam.

## **V) AVALIAÇÃO DE ASPECTOS EXTERNOS QUE IMPACTAM A MAGISTRATURA**

Magistrado não deveria ser dono de cursinho nem professor e os membros dos Tribunais deveriam ser apenas magistrados escolhidos pelos próprios Tribunais nos quais existem as vagas.



# 12

## LIMITES DA TÉCNICA NO DIREITO

**Marcelo Piragibe Magalhães**

### **INTRODUÇÃO**

Numa época em que a priorização da técnica se faz muito presente em razão dos avanços vertiginosos da informática, da engenharia genética e da globalização e domina quase todas as áreas do conhecimento, particularmente no domínio do vivo e da comunicação, a questão instigante consiste em saber até que ponto o Direito, matéria social, da classe das chamadas ciências inexatas, pode ser considerado disciplina técnica e até que ponto se submete a esses ditames.

A indagação se faz necessária, principalmente no campo das ciências humanas, da psicologia, da política e do Direito. Diferentemente de outras áreas, a utilização de técnica como conjunto de normas, meios e de procedimentos, muitas vezes, pode ser prescindível.

Em alguns setores se não houver um conjunto de procedimentos adequados e exatos não se obtém resultado algum. Veja-se, por exemplo, o que ocorre, na extração de petróleo. O desconhecimento da técnica adequada obriga que muitos países tenham que repartir suas riquezas subterrâneas por não dominarem a técnica adequada. Na mesma linha encontra-se a reprodução genética por inseminação artificial e a informática.

## 2. DOUTRINAS SOBRE TÉCNICA NO DIREITO

Interessante, embora minoritária, é a doutrina segundo a qual se nega a existência de qualquer ciência ou técnica<sup>1</sup> e sequer norma jurídica para a existência do Direito. Fundamentam essa assertiva, ao seguinte argumento: independentemente de qualquer norma gramatical, o homem se comunica; ou ainda, independentemente da técnica de partitura, a música continua a ser tocada. Assim ocorre com o Direito.<sup>2</sup> Ele independe de ciência, técnica ou norma.

De outro lado a corrente reducionista, capitaneada pelo festejado Jurista Hans Kelsen, afirma que o Direito é pura técnica. Não carece, portanto, da interferência de nenhuma outra ciência.<sup>3</sup> Com base nesse entendimento, o Direito resume-se em técnica da aplicação da Norma Jurídica. A sanção seria a motivação indireta para alcançar tal desiderato, isto é, determinar-se a conduta que se quer impor. O Direito é apenas uma técnica de organizar a força do poder.

Em posição intermediária e prevalecente, sustenta-se, com razão, haver a conjugação de vários elementos, além da norma jurídica, para compreensão do que seja Direito. O saudoso Prof. Miguel Reale, por exemplo, com sua famosa e consagrada Teoria Tridimensional do Direito, inclui, além da norma, a sociologia (fato) e a filosofia (valor).<sup>4</sup> O professor Oliveira Litrento ainda acrescenta, além das três, as variantes do tempo e do espaço.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Platão, citado por C.H. Porto Carreiro (1976, p. 10) associava conceitos de técnica e Direito “episteme” ao conhecimento perfeito e “technée” à arte, muitas vezes reuniu ambos os conceitos na ideia geral de “ciência”. Já Wilson de Souza Batalha (1982, p. 9) sustenta que “técnica Jurídica é matéria estranha à Ciência do Direito. Abelardo Torre, em *Introducción AL Derecho*, p. 58, sustenta a integração da técnica com a ciência do Direito.

<sup>2</sup> Kirchmann, Von, obra citada (Torre, 1957, p. 58) “bastan dos palabras correctoras rectificadoras Del legislador y bibliotecas enteras quedan convertidas em papeles sin valor.”

<sup>3</sup> “O Direito é uma técnica social que consiste em provocar a conduta social desejada por parte dos indivíduos por meio de uma ameaça de coerção em caso de conduta contrária. (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p. 72. O direito como técnica social);

<sup>4</sup> REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. Ed. Forense.

<sup>5</sup> LITRENTO, Oliveira. *Dialética e técnica na teoria geral do Direito*. 1. ed. Ed. Forense.



### 3. EVOLUÇÃO

De qualquer forma, assim como em outras atividades, mister se faz o cruzamento dos campos do Direito e da técnica, pelo menos para o fim de aperfeiçoamento. Essa preocupação não é recente e existe desde a Antiguidade. Já se encontrava nos escritos de Platão, Aristóteles e Sófocles, época em que deu origem a palavra Técnica significando o mesmo que arte.<sup>6</sup> De lá surgiu a máxima *Jus et ars bona et aequi*, segundo a qual o Direito é técnica do bom e do equitativo. Tais vocábulos se distanciaram do sentido então empregado. O termo técnica guarda diversos outros significados e *arte* ganha novos contornos, tornando vago o seu significado.<sup>7</sup>

Historicamente, interessa-nos neste artigo, a segunda fase do Direito romano. Nessa fase, a palavra *ars* (no sentido de técnica) se aprimorou deixando um legado enorme para a modernidade. Os ensinamentos dos romanos trouxeram grandes subsídios técnicos que ainda vigoram nos modelos jurídicos dos povos ditos civilizados. Tanto o *common law*, como o nosso sistema que prioriza as leis têm sua origem naquele Direito.

A doutrina atual, seguindo esses ensinamentos, consagra três espécies básicas de Técnica Jurídica<sup>8</sup>: 1) *de elaboração*: aquela graças a qual se cria o Direito que deve vigorar. O Brasil foi contemplado com lei específica sobre técnica de elaboração, de redação, de estruturação, de articulação, de consolidação e de alteração das leis<sup>9</sup>; 2) *de aplicação*: também denominada Técnica Judicial, se aplica aos Juízes na

<sup>6</sup> O temo grego “téchne”, traduzido pelo latino “ars”, mostra uma indistinção originária. Técnica e arte não se diferenciariam, etimologicamente, tudo repouando no “fazer”, ou melhor, no “saber fazer”. (MACEDO, Silvio de. *Das Dimensões da ciência Jurídica Atual*)

<sup>7</sup> O artístico se caracteriza pelo domínio do detalhe, das fragrâncias, do sutil. O técnico por si só conduz ao artesanato, ao fazer bruto, ao fazer ou construir em geral, enquanto o artístico leva ao requinte, à formalização, à pureza do artesanato. (MACEDO, Silvio de. *Das Dimensões da ciência Jurídica Atual*)

<sup>8</sup> Nesta classificação cita-se Pontes de Miranda (2000) Paulo Nader (2005) Wilson de Souza Campos (1982), entre outros.

<sup>9</sup> Lei Complementar n. 95 de 1998. Tecnicamente tal diploma legal se trata mais de ato administrativo do que propriamente lei, posto que não prevê sanção em caso de descumprimento.

tarifa de julgar. Afirmar-se que a sentença consiste em um silogismo, cuja premissa maior é a norma jurídica e a premissa menor é o fato e a conclusão<sup>10</sup> (atividade de subsunção); 3) de interpretação: que busca revelar o sentido e o alcance da norma Jurídica por meio de vários elementos: gramatical, lógico, histórico, teleológico, entre outros.<sup>11</sup>

#### 4. FUTURO

O aprimoramento de outras vertentes de técnicas ampliou o rol dessas influências e outras certamente virão. O futuro está em aberto, com alternativas concorrentes. A cada etapa, novos meios de filtragem podem ser acrescentados do exterior ao processo de interação Direito-técnica.<sup>12</sup> A Cibernética Jurídica, ou juscibernética,<sup>13</sup> por exemplo, tem papel importante na técnica Jurídica, pois auxilia no estudo do caso, colocando a ciência da informática a serviço do Direito.

Muitos chegam mesmo a afirmar que um bom programa de computador reproduz grande parte das decisões. O juiz passa a ter um papel secundário na “máquina de julgar”. Lança-se o nome das partes atribui-se um peso a cada prova, em programa já definido anteriormente, e pronto: a justiça foi feita e o direito realizado. A publicação é automática pela internet. Os advogados tomam conhecimento pela própria internet e recorrem por assinatura digital.

Poder-se-ia até visualizar o Direito que se pretende no futuro: as pessoas trabalhando em suas casas; os interrogatórios e as audiências à distância, via *webcam*. As provas colhidas muito mais por sistema

<sup>10</sup> A maior parte da doutrina contesta este método de silogismo ao afirmar que julgar não é mera operação matemática.

<sup>11</sup> *Hermenêutica e aplicação do Direito* de Carlos Maximiliano é obra clássica neste sentido.

<sup>12</sup> É o entendimento de Norberto Bobbio no verbete sobre *Técnica Jurídica* página 778 no *Dicionário de Política*.

<sup>13</sup> “Cibernética Jurídica, ou Juscibernética, é a disciplina que procura compreender a conduta humana, em termos de comportamento das máquinas, colocando à disposição do jurista e do aplicador os recursos dos computadores na classificação e na comparação de provas, na seleção de normas aplicáveis ao caso, na atualização de dados bibliográficos e jurisprudenciais etc. (DINIZ, Maria Helena. *Introdução ciência do Direito*, Saraiva, p. 231).

de imagens, haja vista a era *bigbrother*<sup>14</sup>. Inexistência de digitadores pois já existem programas<sup>15</sup> que digitam sem necessidade de teclado, e reconhecem a voz da pessoa que fala.

Na máquina jurídica do futuro, o Direito será elaborado de acordo com as estatísticas apresentadas pela sociologia. Nos países do sistema *commom law*<sup>16</sup>, bastará um precedente com as mesmas características que o computador apresentará a decisão, aplicando lógica implacável e interpretando à luz dos axiomas previamente definidos pelos técnicos de informática. Nos países de tradição codicista, a lógica da subsunção aplicável às sentenças terá eficácia plena<sup>17</sup>. “Tudo digno de ficção, bem ao estilo de George Lucas, do “Guerra nas Estrelas” ou de Alvim Tofler, do Livro futurístico” A Terceira Onda”.

## 5. SENTIMENTO E TÉCNICA

No entanto, a indagação ainda persiste. Até que ponto o Direito se submeterá à técnica? Não obstante o avanço da técnica, seja em razão do raciocínio lógico, seja em razão da juscibernética, há uma essência irrenunciável e insubstituível no Direito: o sentimento humano.

O principal ato Jurisdicional, a sentença, consistente em dizer o Direito, sugere essa afirmação. A origem etimológica vem do latim *sentire*<sup>18</sup> indicando algo que foi sentido. Alguns chegam a afirmar que o Juiz sente o Direito por meio do caso posto em exame e depois busca a lei para fundamentar o que sentiu. No plano extremo, há os que

<sup>14</sup> O Jornal O Globo em edição de 27 de julho de 2006 noticiou que a capital de São Paulo é monitorada por mais de 200 mil câmeras.

<sup>15</sup> ViaVoice da IBM em sua 11ª edição para o português.

<sup>16</sup> “Nos países de língua inglesa têm-se desenvolvido maior contato com a experiência sociológica, obedecendo a exigências metódicas postas mais pelas conjunturas da pesquisa positiva do que à luz de pressupostos filosóficos”. *Filosofia do Direito Miguel Reale*, p. 534.

<sup>17</sup> Embora hipótese um tanto utópica e bastante generalizada, nem por isso deixa de merecer consideração.

<sup>18</sup> COUTURE, Eduardo. *Introdução ao Estudo do Processo Civil*. 3 edição. Ed José Konfino, p. 75, e *Dicionário Jurídico Piragibe*. 9 edição. Ed. Lumen Juris, 2006 verbete sentença: *sentido Do latim SENTENTIA, AE = opinião de SINTO, IRE= sentir+(E)NÇA (suf.que ligado a temas verbais indica ação ou efeito. É algo que foi sentido e daí o nome de sentença.*”

defendem até mesmo o direito criado pelos Juízes, tendo o poder judicial de construir normas, além e acima das que estão nas leis<sup>19</sup>, o *Judge made law*, e no Brasil a doutrina do *direito alternativo*<sup>20</sup>, que sustenta a não aplicação da lei quando esta for injusta. Nesses termos o Juiz exerce Jurisdição, no sentido de dizer o direito (*juris diccere*), primeiramente por meio do que sente e a técnica pode ficar em segundo plano, ou ser colocada completamente de lado. Evidentemente, o exagero implica insegurança jurídica, pois o Direito não deve ficar à mercê de subjetivismo demasiadamente amplo.

O Prof. Roberto Lyra Filho denomina esta última corrente puramente sentimental de “positivismos psicologista”<sup>21</sup> e critica essa forma de exercício do direito ao afirmar que: O “sentimento do direito”, procurado numa intuição livre, acaba descobrindo, e não por mera coincidência, na “alma” dos pesquisadores, a ideologia jurídica peculiar à sua classe e seu grupo, isto é, os princípios perfeitamente compatíveis com a ordem estabelecida. Começando nas “belas almas”, em que a ideologia brota como uma flor, e idealizando romanticamente, a dominação, o “sentimento do direito” acaba amadurecendo nos mesmos frutos repressivos.

## 6. TÉCNICA DE CONCILIAÇÃO

No entanto, apesar das teses e das doutrinas esposadas pendularmente a favor da técnica, como, por exemplo, as que defendem a intuição e o sentimento, ou ainda as que propagam a juscibernética, o que se observa empiricamente é a tendência, iniciada a partir do final do século passado, notadamente com o advento dos Juizados Especiais na década de 90, em minimizar cada vez mais a técnica *strito sensu* em detrimento de algo mais ágil, mais célere, abrindo margem

<sup>19</sup> LYRA FILHO, Roberto. *O que é o Direito*, Ed. Brasiliense, p. 35.

<sup>20</sup> *O Direito alternativo deve ser efetivado desde que resuma conquistas democráticas e busque a construção de sociedade mais justa*. In CARVALHO, Amilton Bueno de. *Magistratura e Direito Alternativo*. 6 edição. Ed. Lumen Juris, p. 129.

<sup>21</sup> LYRA FILHO, Roberto. *O que é o Direito*. Ed. Brasiliense, p. 36.

a uma discricionariedade por parte do Juiz e das partes e priorizando a conciliação, a oralidade, o imediatismo e a informalidade.<sup>22</sup>

Nota-se, nesse sentido, que novo paradigma de expressão do Direito vem ocupando gradativo lugar da técnica jurídica em busca da Justiça. Em vez do rigor da remota definição do Direito da busca pela verdade e “dar a cada um o que é seu” ou da velha máxima *Fiat justitia et pereat mundus*, surge a busca pela conciliação, pela transação, introduzindo uma minimização dos procedimentos. O usual chavão forense “Mais vale um bom acordo que uma boa demanda” tornou-se a tônica do Direito na atualidade, “como forma de um ajustamento, de um ceder em determinados pontos da incompatibilidade, para contorná-las”. (FERRAZ JUNIOR, 2003). Pode-se dizer que boa técnica do Direito, em última análise, é a priorização da conciliação.

Tal tendência tem-se mostrado muito acentuada e irreversível, não só no que se refere ao modelo legal adotado visando a conciliação, como também meta a ser alcançada e incentivada por todos os Tribunais do país.<sup>23</sup>

O CNJ criou o movimento pela Conciliação que teve início em agosto de 2006. Nesse ano, o dia 8 de dezembro foi dedicado à mobilização do Dia Nacional pela Conciliação. A partir de então todos os Tribunais criam campanhas, prêmios, concursos neste sentido. No dia 10 de julho 2009, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais promoveu o concurso “*Uma foto e uma história de conciliação*”, com objetivo de divulgar a conciliação como a forma mais rápida e eficaz para a solução de conflitos.

## 7. CONCLUSÃO

No Brasil de tradição codicista, a necessidade de conhecimento técnico para o manejo das leis e dos códigos torna-se inevitável<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> Lei n. 9.099/95, art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

<sup>23</sup> Recomendação número 8, do Conselho, Nacional de Justiça sugere aos tribunais o planejamento e a viabilização das atividades conciliatórias

<sup>24</sup> “O Código pertence aos profissionais. O código há de ser manejado por pessoas profissionais, que tenham curso de academia, ou que de outro modo tenham

Mas o próprio Direito aplicado em determinadas áreas aponta uma inclinação para temperar essa obrigatoriedade, a fim de tornar mais acessível a justiça ao povo. A título de exemplo registre-se que em várias etapas do processo dito técnico, tanto na Justiça do Trabalho, quanto nos Juizados Especiais e no Processo Penal é dispensável a atuação de advogado.

O excesso de informalismo (prescindência de profissional especializado, imediatismo, oralidade) e o subjetivismo exagerado da Justiça alternativa colocam em risco a segurança jurídica, mas constata-se, em contrapartida, o benefício de maior facilidade e acesso à Justiça, de mais proximidade do Juiz ao caso concreto, de mais celeridade nos processos.

De outro lado, a busca por maior segurança jurídica por meio de técnica rigorosa assegurando aos jurisdicionados e operadores do Direito a ausência de injunções políticas ou de subjetivismos por parte dos julgadores encontra, como ponto negativo, a demora na prestação da Justiça em razão do custo (burocracia, perícia, custas, advogados) e do próprio processo. E, como se sabe, Justiça tardia não é Justiça.

Assim, a técnica encontra sua linha limítrofe à medida que não comprometa o valor Justiça como razão de ser do Direito. De nada adianta um Direito impregnado de técnica, sem que a justiça seja alcançada a todos; tampouco Direito pouco técnico, sentimental ou intuitivo, em que se põe em risco a segurança Jurídica.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARNAUD, Andre-Jean *et al.* *Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Ed Renovar, 1999.

---

feito estudos regulares de Direito, por homens que conheçam a técnica Jurídica. Isso de Código para o vulgo é tão absurdo como pretender que um homem, sem a menor cultura, possa manejar um instrumento de engenharia, de cirurgia, de ótica, de astronomia ou mesmo de guerra” ARRUDA, João. *Filosofia do Direito*, citado por Paulo Nader in *Introdução ao Estudo do Direito*. 25. edição, p. 124, 2005.

BATALHA, WILSON Souza Campos. *Teoria Geral do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

BUENO DE CARVALHO, Amilton. *Magistratura e Direito Alternativo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CARREIRO, C. H. Porto. In: *Introdução à Ciência do Direito*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

COUTURE, Eduardo. *Introdução ao Estudo do Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1951.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação*. São Paulo: Saraiva, 2003.

GARNER, Bryan. *Black's law dictionary*. West Group Publishing Co., fifth ed., 1979.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito. O direito como técnica social*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LITRENTRO, OLIVEIRA. Dialética e Técnica na Teoria geral do Direito. *Teoria Pentadimensional* São Paulo: Forense, 1987.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é o Direito*. São Paulo: Brasiliense, 2003.

MACEDO, Silvio de. *Das dimensões da Ciência Jurídica atual*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

MAGALHÃES, Marcelo Piragibe; MAGALHÃES, Esthet. *Dicionário-Jurídico*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MIRANDA, Pontes de. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*. Campinas: Bookseller, 2000.

NÁDER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TORRÉ, Abelardo. *Introducción al Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1959.





# 13

## GLOBALIZAÇÃO, MONOPOLARIDADE E ASSIMETRIA REVERSA

Reis Friede

Embora os EUA demonstrem uma natural aversão em associar os fenômenos da *globalização* e da *monopolaridade*, muitos estudiosos preferem entender, pelo menos em parte, o *processo de globalização* como uma consequência direta da plena restauração da liderança absoluta dos EUA no cenário mundial, a partir do início dos anos 90.

De fato, – como ocorreu, em termos aproximados, no imediato período do pós-guerra (1945-1950) –, os EUA se constituem, no presente momento, na única potência global completa, ou seja, detentora, simultaneamente, de todas as variáveis do *poder nacional* (como instrumentos de projeção (e imposição) da soberania), posto que é, ao mesmo tempo, a maior potência econômica, militar, política e psicossocial do planeta, não obstante toda a sorte de recentes acontecimentos relativos à chamada Crise Global, herdada pela administração Barack Obama.

Essa invejável posição foi resultado direto, como preferem entender alguns especialistas em geoestratégia, da política, empreendida na era Reagan, que ficou conhecida como “contraforça” e que originou, nas relações Leste-Oeste, a chamada “bipolaridade confrontativa”, típica do início da década de 50, com novo matiz de competição tecnológico-militar, cujo objetivo último foi, nas palavras de seus defensores diretos e indiretos (Ray Cline, Alexander Haig, Zbigniew Brzezinski, Thomas Enders, Robert Powers, entre outros), “sufocar a URSS, fazendo-a desviar seus escassos recursos para uma corrida ar-

mamentista, com novos matizes tecnológicos, exaurindo, desta feita, o seu potencial econômico”.

Na época (final da década de 1970), inclusive, era comum as escolas de estado-maior das forças armadas proclamarem a todo instante a *crise militar* (e de liderança política) que minava o prestígio e a influência norte-americana no mundo (corroborada com os fatos relativos ao resultado da guerra no Vietnã (1975), o episódio da queda do Xá e dos reféns no Irã (1979), a intervenção cubana na África (1975/79), a insurreição na América Central – notadamente na Nicarágua (1980) etc.), nos seguintes termos:

A *crise militar* dos Estados Unidos pode ser descrita como a principal causa da perda de poder relativo dessa Nação. Mais do que qualquer outro campo, foi a decadência bélica a razão fundamental da decadência norte-americana em questões de poder global e o motivo central da crise de liderança e de determinação política.

Não restam dúvidas de que o poder militar continua sendo o principal fator de polarização global relativa e, nesse aspecto, a geratriz básica que contribui para o *status* de superpotência. No momento, é o poderio militar compacto de grande envergadura que resguarda o título de superpotência a União Soviética e, em determinado prisma, é o, ainda, poderoso arsenal nuclear estadunidense que reserva à América a denominação honorífica de superpotência.

Na medida em que o mundo tende a se multipolarizar, em consequência do surgimento de novos protagonistas no cenário mundial, a capacidade militar de intervenção tenderá a adquirir maior importância no ambiente internacional e, sobretudo, como instrumento eficiente de política nacional.

A Nação que não conseguir compreender, com precisão, o importante papel das forças armadas no conjunto eficiente da estratégia nacional, na consecução de seus objetivos nacionais atuais e permanentes, estará, irremediavelmente, condenada ao declínio virtual de seu poderio relativo e à atrofia de sua autonomia política e econômica.

Os Estados Unidos, nesse momento, estão sofrendo as consequências de seus equívocos estratégicos que possibilitaram a emergência da União Soviética como grande potência militar no cenário mundial a partir das décadas de 60-70. A falta de visão global e o malogro em compreender os objetivos nacionais soviéticos

fizeram a administração de Washington cometer um erro de tal proporção que condicionou o ambiente mundial a um processo, quase irreversível, de recuo norte-americano em todos os campos de poder perceptível, especialmente o militar.

Pior, também, é que condicionou o povo americano a uma atitude passiva quanto à importância do instrumento militar, provocando, como efeito do denominado *trauma do Vietnã*, uma mentalidade míope que resolveu fechar os olhos para os acontecimentos externos, de interesse norte-americano, com perigo de um novo isolamento da América com repercussões imprevisíveis.

Essa verdadeira *doutrina estratégica de bipolaridade confrontativa*, que buscava também sepultar as ideias de *bipolaridade distensiva* de Henry Kissinger (e, de forma mais pretérita, as concepções de McNamara), foi constante e insistentemente ventilada, com maior ou menor ênfase, por seus idealizadores, em diferentes ocasiões, *verbis*:

‘Representará o segundo centenário o fim da idade americana? Talvez... mas não necessariamente, se os norte-americanos tiverem o descortino de adaptar-se às demandas de um mundo em evolução. Entretanto, sozinhos ou num sistema político internacional mais cooperativo, de alianças cambiantes e crescente regionalismo, é muito provável que os Estados Unidos continuem sendo a esperança do mundo durante mais tempo do que os próximos 20 anos’ (Barry M. Meuse).

‘...o fato é que se empregássemos todas as nossas armas nucleares e os russos empregassem todas as deles, cerca de 10% da humanidade seria aniquilada. Isso é uma calamidade que está além do alcance da compreensão humana. É uma calamidade que não se justifica de nenhuma maneira do ponto de vista moral. Mas, do ponto de vista descritivo e analítico, não é o fim da humanidade’ (Zbigniew Brzezinski).

‘...embora os danos sejam terríveis, calcula-se que ambos os lados sobreviverão e serão capazes de se refazerem após uma guerra nuclear’ (Conclusão do estudo PONA II dos chefes do Estado-Maior Conjunto, EUA, 1980).

‘De 30 anos para cá, a URSS se equipou com uma defesa absolutamente perturbadora; toda a Nação que dispõe de tais meios pode um dia ser tentada a utilizá-los’ (Marc de Joybert).

‘Sendo insuperáveis em todas as dimensões de força na década de sessenta, vimos a nossa liderança diminuir ou desaparecer em setor após setor, ao mesmo tempo em que tentávamos fazer ver à

União Soviética que ambos poderíamos beneficiar-nos no deslocamento de recursos militares para os usos pacíficos. A resposta soviética foi o aumento de sua capacidade estratégica e bélica, bem como a busca de meios de projetar o seu poderio militar no mundo em desenvolvimento' (Thomas O. Enders).

'A rivalidade é inerente num sistema que funciona sem consenso global' (Zbigniew Brzezinski).

Também, nessa fase das relações EUA-URSS, eram comuns as manifestações de descontentamento com o nível de *equilíbrio militar* obtido, notadamente, pelas iniciativas de Leonid Brejnev (1964/82), nos seguintes termos:

A deterioração da superioridade militar dos Estados Unidos é (ao lado do declínio econômico relativo) a segunda, e possivelmente a principal, razão, amiúde oferecida, do declínio da influência norte-americana no mundo. Há apenas 15 anos, os EUA desfrutavam de esmagadora superioridade em bombardeiros estratégicos, mísseis balísticos, ogivas nucleares e outros sistemas de armas importantes. A partir de 1964, porém, começou a expandir-se substancialmente o desdobramento de mísseis estratégicos soviéticos ante o crescente e gradativo desarmamento unilateral norte-americano. Desde então, a URSS suplantou os Estados Unidos em diversos setores militares, permitindo aos EUA conservar sua superioridade, ao menos por enquanto, somente em alguns setores ligados à qualidade do equipamento e no número de bombardeiros, quantidade geral de ogivas termonucleares, esquadra de porta-aviões e força de helicópteros. Porém, a superioridade anterior dos EUA reduziu-se a um ponto em que os soviéticos lograram, *grosso modo, equivalência* com os EUA.

Mais importante que isso, os soviéticos parece que vão ou pretendem ir muito além da 'equivalência'. Há indícios claros de que a URSS está determinadamente empenhada não em paridade, mas em superioridade; a mesma que os Estados Unidos tinham em relação a eles, mas com uma grande diferença: Washington jamais utilizou essa vantagem contra Moscou, razão pela qual abriu mão da mesma; contudo, não há garantias de que o *Kremlin* só deseje a superioridade, com única e exclusiva intenção pacífica, de saciar o espírito moral de seus dirigentes.

O objetivo fundamental era não só encerrar de vez o decadente prestígio das posições de Kissinger (como já afirmamos), flagrantemente pessimistas em relação ao potencial estadunidense, como também desviar os rumos do confronto entre os legisladores favoráveis

(apelidados de *falcões*) e desfavoráveis (apelidados de *pombas*) a um substancial aumento do orçamento militar estadunidense.

‘(...) os Estados Unidos já não estão em condições de operar programas globais: precisam alentá-los. Já não podem impor a solução que preferem (...) nosso papel terá que ser o de (...) incentivar a iniciativa de outros’ (Henry Kissinger).

‘Do que os Estados Unidos precisam não é de *falcões* ou de *pombas*, mas da sabedoria das *corujas* que entendem a natureza permanente do conflito internacional e o papel da credibilidade da força militar como instrumento de política nacional’ (Robert C. Powers).

Por outro ângulo, durante as décadas de 1960 e 1970, muitos intelectuais norte-americanos expuseram o “mito da repressão americana”, isto é, o conceito de que o envolvimento dos EUA na política de outras sociedades seria quase invariavelmente hostil à liberdade e apoiador da repressão nessas sociedades. Hans J. Morgenthau, em 1974, chegou mesmo a afirmar que

com uma invariável constância, desde o fim da Segunda Guerra, temos intervindo em nome da repressão conservadora e fascista contra a revolução e a reforma radical. Numa época em que as sociedades se acham numa etapa revolucionária ou pré-revolucionária, nós nos convertemos na primeira potência do *status quo* pré-revolucionário. Uma política assim pode unicamente conduzir ao desastre moral e político.

Como enérgica reação a este ponto de vista, os partidários da *política de contraforça* também souberam, com reconhecida habilidade, desferir um verdadeiro contra-ataque a este tipo de *filosofia sociológica*, impondo, por fim, uma doutrina que legitimava, em última instância, as ações interventivas que se vislumbravam à época.

A crença de que os Estados Unidos não podem agir mal em nome dos valores da liberdade e da democracia é, evidentemente, tão errôneo no exterior como é nos EUA. Mas também é errônea a crença – mais prevalecente nos círculos intelectuais dos EUA nos anos 70 – de que os Estados Unidos não poderiam nunca agir bem em nome desses valores. É muito mais provável que o poder dos EUA seja empregado em nome de tais valores do que o poder de qualquer outra Nação importante (Samuel P. Huntington).

Essa nova fase, indiscutivelmente, melhorou a autoestima da Nação norte-americana, permitindo, por efeito, a restauração da projeção do poderio (e da soberania) estadunidense no cenário internacional.

(...) Este novo começo é uma *renascença nacional* (Ronald Reagan).

Este notável desempenho deu forma ao desafio que enfrentamos hoje de administrar sabiamente as forças desencadeadas pelo próprio dinamismo. Os Estados Unidos, por seu lado, encontram-se atualmente restaurando o seu próprio dinamismo. (...) O presidente Reagan descreveu este novo começo com uma *renascença nacional*. Os Estados Unidos vibram com um renovado sentimento de determinação nacional e de liderança internacional (T. O. Enders).

Mais do que isso, contudo, viabilizou o almejado retorno dos EUA à confortável situação de potência hegemônica única num novo contexto de *mundo monopolar*. “As principais prioridades dos Estados Unidos em matéria de política externa têm três componentes essenciais: a *firmeza*, a *credibilidade* e o *equilíbrio*” (Gen. Alexander Haig).

Neste aspecto particular, é forçoso concluir, em absoluta sintonia com a posição de vários estudiosos, que, diferentemente de algumas *sínteses analíticas* mais conhecidas, o resultado não satisfatório do envolvimento dos EUA na Coreia (1950/53) e, principalmente, no Vietnã (1964/75), como bem assim da URSS no Afeganistão (1979/85), decorreu, sobretudo, da *confrontação bipolar indireta* (posto que as superpotências da época armavam de forma maciça os contentores diretos do conflito) e não propriamente de uma pretensa força moral ou espiritual de determinação dos povos envolvidos. No Vietnã, em particular, não obstante a visão romântica da impotência do gigante norte-americano *vis-à-vis* com as espetaculares táticas guerrilheiras, é fato que se não fosse o fornecimento contínuo e maciço de armas soviéticas e chinesas (nunca é demais lembrar que o Vietnã do norte possuía, à época dos fatos, a maior defesa antiaérea de mísseis do mundo fornecida e instalada pelos soviéticos), não teria ocorrido, durante praticamente toda a extensão temporal do episódio, o chamado “empate técnico” que tornou refém tanto o Vietnã do Norte como o seu equivalente do Sul. Aliás, essa conclusão é facilmente comprova-

da na análise do conflito coreano, no qual as tropas da ONU, lideradas pelo Gen. MacArthur, em apenas três meses reconquistaram a península invadida, somente caracterizando o denominado “empate técnico” com a entrada da China (com apoio técnico e bélico da URSS) por meio de mais de 400.000 tropas “voluntárias”.

O mesmo aconteceu com os soviéticos no conflito do Afeganistão, considerando que os EUA não mediram esforços em armar e treinar (inclusive contratando mercenários), os adversários da URSS, na oportunidade, o que, posteriormente, ensejou os atuais problemas com os Talibãs naquela região.

Por outro lado, sem a confrontação de uma superpotência militar, a chamada “1ª Guerra do Golfo” (1990) transcorreu sem maiores problemas para os EUA e seus aliados, mesmo considerando a envergadura do exército de Saddam Hussein (com mais de um milhão de homens), reputado um dos maiores do mundo, à época dos fatos.

## ASSIMETRIA REVERSA

Não obstante toda esta assertiva conclusiva, é fato que, em idêntico exemplo, – ou seja, na “2ª Guerra do Golfo” (iniciada em 2003) –, os mesmos resultados obtidos em 1990 não lograram se apresentar de idêntica forma, fazendo surgir, com muito mais ênfase do que no passado, um fenômeno outrora já conhecido, que se manifestou de maneira mais evidente durante o Conflito do Vietnã.

Ou seja, não obstante a importância da denominada “confrontação bipolar indireta”, como efetiva explicação do insucesso da empreitada norte-americana naquela oportunidade, é fato que tal explicação apresenta-se insuficiente para o pleno conhecimento da sociologia geoestratégica relativa ao tema, mormente se considerarmos a real dimensão do autolimito do emprego do poderio bélico estadunidense na Indochina.

Destarte, foi especialmente durante a Guerra do Vietnã (e, em parte, focada nas percepções ímpares (e, até então, inéditas) de McNamara) que a denominada “assimetria reversa” se expressou com mais ênfase, reafirmando o fenômeno segundo o qual a assimetria tecnológica de meios militares entre dois Estados, – de forma diversa

do que se pode concluir apressadamente –, se subjeta ao efeito da efetiva limitação do emprego de tais instrumentos contra o oponente de limitados meios, em decorrência, sobretudo, da dificuldade de uma sociedade com elevado grau de civilidade aceitar os chamados danos colaterais, em grande escala.

As dificuldades do Ocidente nas Guerras do Iraque (2ª Guerra do Golfo) e do Afeganistão, nesse diapasão, são, portanto, muito mais facilmente explicáveis pela manifestação do fenômeno da assimetria reversa do que propriamente de um suporte logístico do Irã (no caso específico do Iraque) ou de qualquer outro Estado ou de alguma entidade paraestatal (no caso particular do Afeganistão).

Portanto, em apertada síntese conclusiva, podemos afirmar, sem qualquer receio de errar, que os desafios do século XXI serão muito mais caracterizados pelo fenômeno da assimetria reversa do que, como no século passado, por qualquer modalidade de confrontação bipolar indireta, por parte de qualquer entidade estatal formal.

Será, neste sentido, muito mais um confronto de concepções ético-morais, – com necessidade de uma verdadeira reengenharia da própria forma de fazer guerras, em decorrência da autolimitação do emprego da força militar –, do que propriamente de limitações (ou de contraposição efetiva) de meios ou, mesmo, de alta tecnologia militar.