

REVISTA DO
MINISTÉRIO PÚBLICO
DO ESTADO DO PARÁ

v.6 n.6 2011

Belém

R454 Revista do Ministério Público do Estado do Pará, v. 1, n. 1, 2006-
Belém: Ministério Público do Estado do Pará, 2006.

Anual
ISSN 1980-5535

1. Direito – Doutrina. 2. Direito. Pareceres. 3. Entrevista.

CDD : 340.05

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ

v.6 n.6 2011

Belém

ISSN 1980-5535

R. Minist. Públ. Est. PA	Belém	n.6	p. 1-300	2011
--------------------------	-------	-----	----------	------

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ

CONSELHO EDITORIAL

Membros:

Cristina Figueiredo Terezo
Daniel Henrique Queiroz De Azevedo
Ivanilson Paulo Corrêa Raiol
José Edvaldo Pereira Sales
Luiz Alberto Rocha
Raimundo de Mendonça Ribeiro Alves

FICHA TÉCNICA

Diretor de Publicações do CEAF

José Edvaldo Pereira Sales

Normalização*

Lucilene da Silva Amaral

Maria da Conceição Pina de Carvalho

Revisão de texto*

Irene Gomes de Vasconcellos Palheta

Projeto de Capa

Ériko Moraes

Fotos da capa

Laurent Fournier

Editoração e Impressão:

T L D ALBERTO - EPP

Publicação do **Ministério Público do Estado do Pará** por meio do
Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

Endereço eletrônico para remessa de artigo: ceaf_periodicos@mp.pa.gov.br
As opiniões emitidas nos artigos são de responsabilidade exclusiva dos autores.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ

Rua João Diogo, 100
Cidade Velha - Belém - PA
CEP 66015-160
(91)4009-3400
ceaf@mp.pa.gov.br
<http://www.mp.pa.gov.br>

T L D ALBERTO - EPP Gráfica Lisboa

Travessa Vileta, nº 96, bairro Pedreira –
Belém-PA
CEP: 66.087-421
(91) 3233-7449

* Salvo os artigos cujos autores não acataram revisão

PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA
Antônio Eduardo Barleta de Almeida

CORREGEDOR-GERAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO
Raimundo de Mendonça Ribeiro Alves

COLÉGIO DE PROCURADORES DE JUSTIÇA

Manoel Santino Nascimento Júnior	Mario Nonato Falângola
Geraldo Magela Pinto de Souza	Edna Guilhermina Santos dos Santos
Cláudio Bezerra de Melo	Maria da Conceição Gomes de Souza
Ubiragilda Silva Pimentel	Maria da Conceição de Mattos Sousa
Luiz César Tavares Bibas	Maria da Graça Azevedo da Silva
Geraldo de Mendonça Rocha	Ana Lobato Pereira
Francisco Barbosa de Oliveira	Leila Maria Marques de Moraes
Dulcelinda Lobato Pantoja	Tereza Cristina Barata Batista de Lima
Marcos Antônio Ferreira das Neves	Maria Tércia Ávila Bastos dos Santos
Adélio Mendes dos Santos	Estevam Alves Sampaio Filho
Almerindo José Cardoso Leitão	Jorge de Mendonça Rocha
Mariza Machado da Silva Lima	Maria do Socorro Santos Velasco
Ricardo Albuquerque da Silva	Miguel Ribeiro Baía
Ana Tereza do Socorro da Silva Abucater	Hezedequias Mesquita da Costa

CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Antônio Eduardo Barleta de Almeida <i>Presidente</i> <i>Procuradores de Justiça</i>	Raimundo de Mendonça Ribeiro Alves <i>Corregedor-Geral</i>
Adélio Mendes dos Santos	Manoel Santino Nascimento Junior
Francisco Barbosa de Oliveira	Dulcelinda Lobato Pantoja
Ana Lobato Pereira	Ana Tereza do Socorro da Silva Abucater
Maria Da Conceição de Mattos Sousa	Mariza Machado da Silva Lima

SUBPROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA, ÁREA JURÍDICO-
INSTITUCIONAL
Marcos Antônio Ferreira das Neves

SUBPROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA, ÁREA TÉCNICO-
ADMINISTRATIVA.
Jorge de Mendonça Rocha

CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL - CEAF

DIRETORIA EXECUTIVA

Benedito Wilson Correa de Sá
Diretor-Geral

Alexandre Manuel Lopes Rodrigues
Diretor de Cursos e Eventos

José Edvaldo Pereira Sales
Diretor de Publicações

Leane Barros Fiúza de Mello
Diretora de Grupos de Estudos

CENTROS DE APOIO OPERACIONAL

COORDENADORES

Licurgo Margalho Santiago
CAO Criminal

Sumaya Saady Morhy Pereira
CAO Cível

Nélio Caetano Silva
CAO Constitucional

Leane Barros Fiúza de Mello
CAO da Infância e Juventude

Ubiragilda Silva Pimentel
CAO da Cidadania

Apresentação

Não é de hoje que a Revista do Ministério Público do Estado do Pará tem sido publicada com grande êxito. Pessoalmente, tenho acompanhado as publicações dos anos anteriores. Agora, como Procurador-Geral de Justiça tenho a grata honra de apresentar à comunidade jurídica o sexto número da revista.

Os membros do *Parquet* paraense têm demonstrado grande interesse na produção científica. Mais da metade do conteúdo da revista deste ano foi produzida por eles. Essa atitude é louvável e engrandece a Instituição Ministerial paraense, pois demonstra que seus integrantes estão se aprimorando. Mas não é só isso, assim como nas edições anteriores, temos diversos textos de autores não integrantes do *Parquet* paraense, muitos dos quais de fora do Estado do Pará. É o reconhecimento do valor científico da revista no meio acadêmico.

Este número segue o padrão dos demais tanto na forma quanto no conteúdo. Temos a publicação dos seguintes artigos: O reconhecimento antecipado do perdão judicial como fundamento para o arquivamento do Inquérito Policial (Alan Pierre Chaves Rocha), Déficit habitacional e o acesso à moradia digna (Daniella Maria Santos Dias), Introdução à propriedade intelectual e aos requisitos para o registro de propriedade intelectual biotecnológica no Brasil (Hidemberg Alves da Frota), Das Iniquidades na visão jurídica acerca da tutela de mulheres com transtorno mental grave (Ione Missae da Silva Nakamura), O termo de ajustamento de conduta como instrumento de atuação de um Ministério Público resolutivo na sociedade globalizada (Larissa Clare Pochmann da Silva e Márcio Leal Dias), O conceito jurídico do crime organizado após a Convenção de Palermo (Louise Rejane de Araújo Silva), Em busca da justa ordem jurídica coletiva: reflexões sobre a efetividade da tutela de urgência na ação civil pública (Paulo Ricardo de Souza Bezerra), Mulheres e violência doméstica: um olhar sobre subjetividades assujeitadas (Rosemay de Seixas Brito e Benedita Ferreira Reis), A “Convenção de Belém do Pará” e a Diversidade Cultural (José Edvaldo P. Sales/ Paulo Juaci de Almeida Brito), Repensando a (In)Constitucionalidade da Penhora On-Line (Vanessa Bezerra Maneschy).

Além dos artigos, temos a crônica legislativa do Promotor de Justiça Renato Marcão que discorre sobre “O exame criminológico e a equivocada Resolução n. 009/2010 do Conselho Federal de Psicologia”. Também, duas peças processuais apresentadas em ações civis públicas. Uma de autoria do Promotor de Justiça João Gualberto e a outra da Promotora de Justiça Patrícia de Fátima de Carvalho Araújo Franco Costa.

O entrevistado nesta edição é o Dr. Fausto Martin de Sanctis, Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. O Dr. Fausto é Doutor em Direito, tem vasta experiência nacional e internacional, além de grande produção científica, pois é autor de mais de 10 (dez) livros, tudo na área de crime organizado, lavagem de dinheiro e temas correlatos. Os assuntos por ele analisados vão desde a corrupção no Brasil, lavagem de dinheiro, financiamento de campanhas eleitorais, foro por prerrogativa de função, tribunais de contas entre outros. A leitura é imperdível.

Nas sugestões de leitura constam dois livros do Dr. Fausto Martins de Sanctis. Outras obras de variados assuntos estão listadas. Duas delas – a que é coordenada por Maria Berenice Dias (Diversidade sexual e direito homoafetivo) e a de autoria de Débora Faria Garcia (Novas regras da prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011) – tratam de questões atualmente discutidas no país.

A leitura da revista é indispensável. É com minhas recomendações que faço isso!

Belém, 14 de dezembro de 2011.

Antonio Eduardo Barleta de Almeida
Procurador-Geral de Justiça

Sumário



Praça do Açaí com vista para a 1ª rua de Belém

Sumário

Artigos

O RECONHECIMENTO ANTECIPADO DO PERDÃO JUDICIAL COMO FUNDAMENTO PARA O ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL	15
--	----

Alan Pierre Chaves Rocha

DÉFICIT HABITACIONAL E O ACESSO À MORADIA DIGNA: O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA FISCALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS HABITACIONAL E URBANA	25
--	----

Daniella Maria Santos Dias

INTRODUÇÃO À PROPRIEDADE INTELECTUAL E AOS REQUISITOS PARA O REGISTRO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL BIOTECNOLÓGICA NO BRASIL	41
---	----

Hidemberg Alves da Frota

DAS INIQUIDADES NA VISÃO JURÍDICA DA TUTELA DE MULHERES COM TRANSTORNO MENTAL GRAVE	79
---	----

Ione Missae da Silva Nakamura

A “CONVENÇÃO DE BELÉM DO PARÁ” E A DIVERSIDADE CULTURAL	99
---	----

José Edvaldo P. Sales

Paulo Juaci de Almeida Brito

O TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA COMO INSTRUMENTO DE ATUAÇÃO DE UM MINISTÉRIO PÚBLICO RESOLUTIVO NA SOCIEDADE GLOBALIZADA	123
--	-----

Larissa Clare Pochmann da Silva

Márcio Leal Dias

O CONCEITO JURÍDICO DO CRIME ORGANIZADO APÓS A CONVENÇÃO DE PALERMO	139
Louise Rejane de Araújo Silva	

EM BUSCA DA JUSTA ORDEM JURÍDICA COLETIVA: REFLEXÕES SOBRE A EFETIVIDADE DA TUTELA DE URGÊNCIA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA	167
Paulo Ricardo de Souza Bezerra	

MULHERES E VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: UM OLHAR SOBRE SUBJETIVIDADES ASSUJEITADAS	205
Rosemay de Seixas Brito	
Benedita Ferreira Reis	

REPENSANDO A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PENHORA ON-LINE	229
Vanessa Bezerra Maneschky	

Crônicas Legislativas

O EXAME CRIMINOLÓGICO E A EQUIVOCADA RESOLUÇÃO Nº 009/2010 DO CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA	247
Renato Marcão	

Pareceres

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA	253
João Gualberto dos Santos Silva	

Entrevista

Entrevista com Fausto Martin de Sanctis	287
Por Edyr Falcão e Paulo Ricardo de Souza Bezerra	

Sugestões de Leitura	295
-----------------------------------	------------

Artigos



Mangal das Graças

O RECONHECIMENTO ANTECIPADO DO PERDÃO JUDICIAL COMO FUNDAMENTO PARA O ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL

Alan Pierre Chaves Rocha¹

O presente artigo científico tem por objetivo trazer à tona a possibilidade de reconhecimento do perdão judicial, antecipado, pelo Juiz de Direito, de ofício ou a pedido do Ministério Público, aos autores de crimes nos que possibilitam a aplicação do instituto, pautado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da celeridade, bem como por questão de economia processual.

A legislação penal pátria, em seu art. 107, inc. IX prevê o perdão judicial como causa extintiva da punibilidade. Trata-se de uma norma de direito material que afasta a possibilidade da aplicação de uma sentença condenatória.

Trata-se de uma causa extintiva da punibilidade prevista no Código Penal e que somente deve ser reconhecida quando a lei possibilita a sua aplicação. Desde logo, cumpre-nos traçar a diferença entre perdão judicial, causa extintiva da punibilidade, que, necessariamente, deve ser reconhecida e concedida pelo Juiz na sentença, do perdão do ofendido, que, por sua vez, deve ser oferecido pela parte ofendida, nos crimes de ação privada e depende da aceitação do acusado, para tão somente ser reconhecido pelo Magistrado e surtir os seus efeitos, declarando-se extinta a punibilidade.

Observamos, entre outros, na legislação penal comum, a possibilidade de aplicação do perdão judicial nos crimes de homicídio culposo, quando a dor causada pelo resultado do crime atinja o autor do fato, de forma inquestionável, causando-lhe dor e desconforto irremediável, tornando-se desnecessária uma condenação criminal.

O art. 121, § 5º do CPB assim prevê:

Art. 121. Matar alguém

Pena – reclusão, de 06 (seis) meses a 20 (vinte) anos.

§ 3º. Se o homicídio é culposo

Pena – detenção de 01 (um) ano a 3 (três) meses.

§ 5º. Na hipótese de homicídio culposo, o Juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingirem

¹ Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Pará; Pós-Graduando em Direitos Humanos e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Pará; Pós-Graduando em Direito Constitucional pelo Centro Universitário do Maranhão (CEUMA).

o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária. (BRASIL, 2011, grifo nosso).

Exemplo clássico é do pai que subtrai, acidentalmente, a vida do próprio filho com um disparo de arma de fogo. No citado exemplo, desnecessário se faz a aplicação de uma condenação penal, pois, inquestionavelmente, a dor sofrida pelo resultado do fato e pela perda ocasionada por uma ação culposa do genitor da vítima é bem maior do que qualquer condenação possível. Desta feita, observa-se que o próprio resultado naturalístico do delito já exerceu a função retributiva do direito penal.

Outro exemplo também muito trazido pela doutrina nacional é do condutor de veículo, que por qualquer ato culposos, seja na modalidade imperícia, imprudência ou negligência dar causa a acidente automobilístico e tem que suportar, em razão disto, a perda de um ente querido.

Este instituto de extinção de punibilidade está em sintonia com os ditames de direito natural e em consonância com o princípio da dignidade humana e somente deve ser reconhecido, em tese, após todo o trâmite processual, sendo oferecido o contraditório e a ampla defesa ao acusado, sendo dispensável a aceitação do perdão pelo réu.

Assim, na prática, o processo segue seu trâmite processual com o oferecimento da denúncia pelo Promotor de Justiça e recebimento pelo magistrado, oferecimento de defesa prévia, realização de audiência de instrução e julgamento, para, ao final, haver a sentença concedendo o perdão judicial, que, como dito alhures, não constará para fins de reincidência.

O Superior Tribunal de Justiça sumulou a matéria para afirmar que o perdão judicial tem natureza jurídica de causa extintiva da punibilidade. Trata-se da súmula nº. 18 do STJ ainda em vigor. Do mesmo modo, esta Corte Superior tem entendimento de que embora a lei dite que o Juiz poderá conceder o perdão judicial, não se trata de mera faculdade judicial, mas sim de um direito subjetivo do réu, devendo o juiz oferecer o perdão judicial quando verificada as condições do crime.

Ocorre, que malgrado a legislação preveja a possibilidade de reconhecimento do perdão judicial na sentença definitiva de mérito, após a averiguação em juízo de todas as circunstâncias do crime, entendemos plenamente possível, em sintonia com o princípio da dignidade da pessoa humana, norteador de todo o ordenamento jurídico, bem como a celeridade e economia processual, a possibilidade do Promotor de Justiça, de posse do inquérito policial, e quando patente a dor causada pelo resultado do crime,

pedir o reconhecimento antecipado do perdão judicial, como forma de arquivamento do inquérito policial pela extinção da punibilidade do acusado, sem a necessidade da instauração do processo judicial.

Inicialmente, para que possamos aceitar a tese, necessário se faz superar aquela concepção antiga da função do Ministério Público de órgão de acusação. Diante dos ditamos atuais da Constituição Federal, esta concepção não pode prevalecer. Atualmente, acima de qualquer outra função, exerce o Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do Estado Democrático de Direito, e dos direitos sociais e individuais indisponíveis.

A continuação da leitura da Constituição Federal nos remete a ser o Ministério Público o titular da ação penal pública. Ocorre que tal atribuição não pode ser lida isoladamente, devendo ser interpretada em conjunto com os demais dispositivos constitucionais, que nos faz entender que, mesmo na função de titularidade da ação penal pública, deve o Ministério Público atuar com o fito de preservar a ordem jurídica.

Outro paradigma que deve ser quebrado é a visão do Ministério Público como fiscal da lei. Esta atividade deve ser interpretada conforma a Constituição para que se tenha a instituição como fiscal da ordem jurídica, que engloba não somente a lei, mas os preceitos constitucionais e os princípios gerais de direito, a ponto de poder negar aplicação de determinada lei quando entender em dissonância com princípios universais de direitos humanos ou à própria Constituição Federal.

Temos, por consequência, que mesmo sendo o Ministério Público o titular da ação penal, não tem a obrigatoriedade de agir como órgão de acusação, mas sim de fiscal da ordem jurídica, podendo pedir a absolvição do acusado, na hipótese em que couber até mesmo em contrário a legislação em vigor, caso entenda inaplicável por ofensa à ordem jurídica.

Feitas as citadas considerações, para afastar qualquer dúvida sobre a função institucional do Ministério Público, passemos a dispor sobre o objeto específico do texto.

Sabe-se que a Constituição Federal da República Federativa do Brasil tem como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana. No que respeita à dignidade da pessoa humana, Gilmar Ferreira Mendes, fazendo menção à Peter Haberle afirma:

No âmbito normativo, sob o título A cláusula da dignidade da pessoa humana como fundamento textual do Estado Constitucional Democrático, Peter Haberle afirma que o conteúdo e os limites dos

princípios constitucionais concretos deduzem-se em primeira linha de suas garantias textuais, e que a cláusula da dignidade humana prevista no art. 1º, 1, da lei fundamental da Alemanha não constitui uma particularidade desta constituição, mas um tema típico e altamente central para muitos dos Estados Constitucionais. A seguir, o mesmo Peter Haberle observa que, no direito internacional, as referências à dignidade humana encontram-se em diferentes documentos, geralmente nos seus preâmbulos, textos dos quais a invocação desse valor, ao mesmo tempo que traduz uma reação aos horrores e violações perpetrados na Segunda Guerra Mundial, contém uma dimensão prospectiva que aponta para a configuração de um futuro compatível com a dignidade humana. (p. 142/143).

Observa-se, com a lição do Ministro do Supremo Tribunal Federal, ao citar Peter Haberle, que o princípio da dignidade humana é tido como princípio legitimador de todas as demais normas existentes, tanto no plano do direito interno, como tendo por base o direito universal, de todos os demais Estados Constitucionais, bem como da ordem do direito internacional, através dos pactos, tratados e convenções bilaterais.

Leo Van Holthe, em sua obra *Direito constitucional* explica:

Dos princípios fundamentais do Estado brasileiro contidos no art. 1º da Carta Magna, destaca-se o princípio da dignidade da pessoa humana como valor jurídico de maior hierarquia axiológica do nosso ordenamento constitucional (ao lado do direito a vida). Com efeito, a doutrina pátria considera o referido princípio como valor supremo do Estado Democrático de Direito, além de ser fator de legitimação do exercício estatal, exigindo-se que a atuação dos poderes públicos e de toda a sociedade tenha como finalidade precípua respeitar e promover a dignidade da pessoa humana. (HOLTHER, 2009, p. 81/82).

Como já mencionado neste artigo científico, e fortificado nas palavras do mestre Leo Van Holthe, todos os poderes públicos, legislativo, executivo e judiciário devem, em sua atuação, executar as ações de forma que mais garanta a efetividade aos direitos humanos, notadamente à dignidade da pessoa, que é o legitimador de constituição do Estado.

Sob essa premissa, um legislador, ao elaborar uma norma, deve dar atenção ao princípio universal, obedecendo ao princípio e buscando sua devida efetivação, tal com ocorreu com a norma que incluiu no código penal a possibilidade de aplicação do perdão judicial ao autor do crime de homicídio culposo nas condições já especificadas. A possibilidade de aplicação de perdão judicial no referido delito se deu em razão da lei nº. 6.416/1977.

Sob o ponto de vista do poder executivo, deve o mesmo incluir em seus planos de ações a busca pela efetivação dos direitos fundamentais e sociais do ser humano, saúde, educação, moradia. Desta forma, plano de governo que disponibilize verbas para as ações de saúde pública em quantitativo menor do que o disponível para gastos de publicidade institucional é de todo inconstitucional e deve ser combatido pelos legitimados.

No que tange ao poder judiciário, este deve sempre, em todas as suas decisões, ainda que de forma implícita, levar em conta a dignidade da pessoa humana como princípio fundante do Estado de Direito. Com isso, plenamente possível, como defendemos no presente artigo científico, o arquivamento do inquérito policial, com base no perdão judicial, em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana.

O Procurador Federal Marcelo Novelino em sua obra *Direito Constitucional* esclarece:

A consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado brasileiro impõe não só o reconhecimento de que o indivíduo deve servir de limite e fundamento do domínio político da República, mas também a necessidade da observância desse valor como elemento informador do conteúdo da constituição e de todo ordenamento jurídico, o que significa dizer que na criação, interpretação e aplicação das normas deve-se buscar sempre a promoção das condições e a remoção de obstáculos para que a dignidade seja respeitada. Ao reconhecer a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos para a República, o poder constituinte impôs aos poderes públicos o dever não só de observar e proteger esse valor, mas também de promover os meios necessários ao alcance das condições mínimas indispensáveis a uma vida digna e ao pleno desenvolvimento da personalidade. (NOVELINO, 2008, p. 207).

Como observamos, o princípio da dignidade da pessoa humana é legitimador da atuação dos poderes do Estado, devendo sempre ser levado em consideração nas ações deste oriundo, devendo-se fornecer os elementos necessários para a efetivação dos direitos fundamentais do ser humano e a realização dos direitos sociais, através de uma prestação positiva do Estado, e através, ainda, de prestações negativas, abstendo-se de impedir o gozo dos direitos e garantias decorrentes da dignidade da pessoa humana.

Vale ressaltar que o princípio da dignidade da pessoa humana, oriundo do próprio direito natural, e com positivação, inclusive, na Constituição federal no art. 1º, inc. III, pautado como fundamento da República Federativa do Brasil e do Estado Democrático de Direito interpretado teleologicamente possibilita,

por si só, a aplicação do perdão para embasar o pedido de arquivamento de inquérito policial, como forma de evitar um sofrimento ainda maior do indiciado com o desenrolar do processo judicial, com a prática de todos os atos processuais, oferecimento de defesa prévia, a participação em todos os atos do processo, oitiva de testemunhas, entre outros, o que, inevitavelmente, fará relembrar todos os acontecimentos ocorridos, prolongando a dor vivenciada, ofendendo frontalmente a dignidade da pessoa humana.

Nos mesmos moldes, sabe-se que a referida dor poderá ser prolongada, ainda, por muito tempo, visto que na conjectura atual da justiça brasileira, apesar dos esforços de todos os participantes da prestação jurisdicional, os processos judiciais são morosos, talvez por falta de mudanças legislativas, muitas vezes demorando anos para o desfecho final, em colisão com a garantia fundamental da rápida duração do processo – celeridade processual -, que determina uma rápida solução aos litígios submetidos à apreciação do poder judiciário.

Tal princípio, hoje em dia positivado no texto constitucional que em seu art. 5º. Inc. LXXVIII que dispões “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, a muito já vinha sendo disposto por normas de direito internacional, encontrando espeque no próprio princípio da dignidade da pessoa humana.

O que se busca com a referida norma é garantir uma duração razoável tanto aos processos administrativos quanto aos judiciais, e, que, seja disponibilizado pelo Estado, por seus respectivos poderes, a possibilidade de celeridade dos tramites processuais. Assim, a norma que encontra guarida nos direitos do ser humano tende a afastar a insegurança pessoal do cidadão, oportunizando uma rápida resposta do Estado substituto (decorrente da função substituta da jurisdição).

Assim, segundo Procurador de Justiça Licenciado Fernando Capez em seu Curso de Direito Penal 18ª edição explana:

De acordo com o art. 8º do Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, aprovado pelo Brasil pelo Decreto Legislativo nº. 27, e promulgado pelo Decreto nº. 678 de 06-11-1992), são garantias judiciais: 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um Juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação criminal contra ela, ou para que se determine seus direitos e obrigações de natureza civil, fiscal ou

trabalhista ou de qualquer outra natureza. Muito embora no Brasil já se acolhesse a tese da celeridade processual com base no Pacto de São José,^a EC nº. 45/2004 cuidou de erigi-lo expressamente em garantia constitucional. Além do princípio da celeridade processual que busca a pronta e eficaz prestação jurisdicional, a reforma constitucional trouxe alguns institutos com esse mesmo escopo, bem como o de propiciar um maior acesso à justiça. Assim, de acordo com o art. 93, inc. XIII da CF, o número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda e à respectiva população. O art. 93, inc. XV, da CF, por sua vez, dispõe que a distribuição de processos será imediata, em todos os graus de jurisdição. O art. 93, XII da CF prevê que a atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedada férias coletivas nos juízos e tribunais de 2º grau, funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal, juízes em plantão permanente. O art. 106, § 2º dispõe que os Tribunais instalarão justiça itinerante. O art. 106, § 3º determina que os Tribunais Regionais Federais poderão funcionar descentralizados. O art. 134, § 2º criou as súmulas vinculantes. Por fim, foram criados o Conselho nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público. Ainda, foram promovidas algumas reformas no Código de Processo Penal, sobressaindo-se o princípio da oralidade, com a concentração dos atos processuais em audiência única. A imediatidade e a identidade física do Juiz.

Com as referidas reformas, tem-se que o legislador, seja infraconstitucional, seja o legislador constituinte derivado, vem adotando uma série de medidas com o objetivo por solução rápida aos litígios.

Do mesmo modo, há que se interpretar, que por ser de adoção obrigatória por todos os poderes constituídos do Estado, deve o Poder Judiciário, bem como o Ministério Público, adotar as medidas pertinentes, seja através da organização de sua atividade meio para empregar celeridade, seja através de seus membros, de forma individual, acolhendo entendimento que mais se adéque à celeridade dos feitos, em suas manifestações e decisões, tudo com o intuito de fazer valer uma garantia fundamental do cidadão, expressada através da celeridade processual.

Outro princípio que deve ser trazido à luz, no momento de se admitir a antecipação do perdão judicial, como fundamento para o arquivamento do Inquérito Policial, é o da economia processual, que visa evitar por parte do Poder Judiciário a realização de gastos desnecessários com a movimentação da máquina processual, quando se sabe, desde a origem, a possibilidade da ineficácia do provimento jurisdicional futuro.

Tem-se o princípio da economia processual, com o intuito de buscar evitar a realização de gastos desnecessários por parte do Estado, com a impulsão

do processo judicial e todas as demais diligências dele decorrente, quando, ao desfecho final, restará infrutífero a eficácia social. Não que se defenda a tese de que somente haverá eficácia social na demanda quando restar em condenação, mas sim que, caso durante o inquérito policial observar-se preenchidos os requisitos para o reconhecimento do perdão judicial, desnecessário se faz a movimentação da máquina estatal, visto que o resultado pode ser antecipado, evitando-se gastos desnecessários.

Assim, para frisar, não é de se cobrar uma postura, por parte do Poder Judiciário e do Ministério Público, de persistência na continuação de uma demanda, onde se sabe que o acusado, por ter sofrido perda irrecuperável, oriunda de um comportamento culposos seu anterior, tenha sofrido um desgasta emocional tão grande que uma futura condenação criminal se torne desnecessária.

Desta forma, ao se falar em desnecessidade de uma sentença penal condenatória, em adequação aos princípios da dignidade da pessoa humana, bem como os da celeridade e economia processuais, melhor seria falar-se em desnecessidade do ajuizamento da demanda, por falta de interesse de agir por parte do Ministério Público, pois não há necessidade de uma postulação judicial, face ao futuro provimento judicial de perdão judicial.

Destarte, na prática, o Membro do Ministério Público, ao se deparar com o Inquérito Policial que traz o indiciamento de um indivíduo, seja por homicídio culposos ou lesão corporal culposa, desde que seja uma modalidade que admita legalmente o perdão judicial, bem como no caso estejam patentemente presentes os requisitos para o oferecimento do instituto, deve pedir que o Juiz reconheça e ofereça o perdão judicial ao indiciado, com base nos princípios acima citados, para que se promova o devido arquivamento do Inquérito Policial, como medida justa.

A postura acima mostrada, por parte dos operadores do direito envolvidos, traz respaldo aos ditames internacionais de direitos humanos, pois aplica entendimento condizendo com a dignidade da pessoa humana, evitando que o sujeito que tenha sido causador de um fato culposos originário de dor incansável, irrecuperável, difícil de amenizar, tenha que se submeter aos tramites dos processos judiciais, revivendo todos os momentos, lembrando por diversas vezes o fato que o atingiu de forma tão grave que tornarão qualquer condenação penal desnecessária.

Do mesmo molde, há de se reconhecer que o indivíduo nesta situação, ao receber um pronunciamento de perdão judicial antecipado, sentirá valer

um pronunciamento judicial sobre o caso, com prazo de duração razoável, contando do dia do fato, com a instauração de inquérito policial, pedido de arquivamento do Ministério Público, até a efetiva promoção do arquivamento da peça de investigação por parte do Juiz de Direito, através de todos os meios que garantiram a rápida duração do processo.

Por fim, o próprio Estado, sob sua vertente Estado-Juiz faz valer uma prestação jurisdicional justa, adequada e correta, de forma célere, e com obediência aos ditames de economia processual, visto que a forma de solução do litígio evitou gastos desnecessários, tendo-se que desde a origem já se sabia que o pronunciamento final seria pela desnecessidade de aplicação de uma sentença penal condenatória, isso porque o fato atingiu o autor de forma tão grave que não haveria necessidade de uma sanção criminal, optando-se, nesse caso, pela antecipação do perdão judicial, como fundamento para a promoção do arquivamento do inquérito policial.

Conforme exposto no presente artigo científico, embora não haja expressa previsão legal, mas apoiando-se numa interpretação teleológica do ordenamento jurídico, faz-se plenamente possível a promoção do arquivamento do inquérito policial, tendo por fundamento a antecipação do perdão judicial ao indiciado, como forma de extinção da punibilidade, com base nos princípios da dignidade da pessoa humana, da celeridade processual, bem como economia processual, tudo como forma de aplicação da mais cristalina justiça.

Santarém, 04 de maio de 2011.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Penal (1940). *Código Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 30 nov. 2011.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CUNHA JÚNIOR, Dirceu da. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. Salvador: Juspodium, 2011.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008.

HOLTHE, Leo Van. *Direito Constitucional*. 5. ed. Salvador: Juspodium, 2009.

MASSON, Cleber Rogério. *Direito Penal Esquematizado: Parte especial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. v. 1.

_____. *Direito Penal Esquematizado: Parte especial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. v. 2.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

DÉFICIT HABITACIONAL E O ACESSO À MORADIA DIGNA: O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA FISCALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS HABITACIONAL E URBANA

Daniella S. Dias¹

RESUMO: O presente artigo trata do déficit habitacional e do acesso à moradia digna - complexas questões que exigem a atuação do Estado para forjar políticas públicas que propiciem o desenvolvimento urbano por meio do desenvolvimento das funções sociais da cidade e o acesso ao direito à cidade – e do papel do Ministério Público como agente fiscalizador na implementação de políticas habitacional e urbana.

PALAVRAS-CHAVE: Déficit habitacional. Moradia digna. Políticas habitacional e urbana. Ministério Público.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 DÉFICIT HABITACIONAL E O ACESSO À MORADIA DIGNA. 3 A POLÍTICA HABITACIONAL E URBANA: O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por finalidade refletir sobre o déficit habitacional, problema crônico e recorrente, consequência do desenvolvimento capitalista desigual e excludente que afeta a diversos países, inclusive o Brasil.

O trabalho desenvolve análise sobre os efeitos deletérios da omissão estatal para intervir na ordem urbana e prever espaços para habitação e a decorrente responsabilidade do Estado em solucionar os complexos problemas - frutos da falta de acesso à moradia - por meio de políticas públicas que efetivamente cumpram os ditames constitucionais e legais tendo em vista a construção de moradias dignas e a implementação de políticas habitacionais e de saneamento básico, em igualdade de condições para todos.

¹ Doutora em Direito Público – UFPE. Pós-doutorado Universidad Carlos III de Madrid. Professora da Graduação e Pós-graduação UFPA. Professora da Pós-graduação UNAMA. Promotora de Justiça. e-mail: daniella@mp.pa.gov.br; diasdaniella@gmail.com

O papel do Ministério Público na fiscalização das políticas habitacional, de desenvolvimento e ordenamento territorial é analisado para destacar a importante função que, atualmente, a Instituição possui para a concretização do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e o acesso ao direito à cidade, em igualdade de condições, para todos.

2 DÉFICIT HABITACIONAL E O ACESSO À MORADIA DIGNA

O acesso à moradia - e a decorrente responsabilidade do Estado em viabilizá-lo aos hipossuficientes e pobres² - não é desafio político que acomete somente as sociedades atuais. O déficit habitacional e a necessidade de implementação de políticas que suavizassem a vida indigna de muitos trabalhadores é fato registrado na História, problemática intrinsecamente relacionada ao desenvolvimento do capitalismo, paralelamente ao surgimento e crescimentos das cidades.

² Segundo Leite e Ávila (2007, p. 27-28): “Hoje, metade da população mundial vive na pobreza, ou seja, com menos de dois dólares por dia (este é o valor utilizado por organismos internacionais, como o Banco Mundial, para definir a pobreza). As áreas mais pobres no mundo são o Sudoeste asiático e a África Subsaariana, região que concentram os 50 países mais pobres e onde há também grave carência de água potável. Na África, de acordo com o Departamento de Referência da População com sede em Washington, a mortalidade infantil é 15 vezes maior do que nos países desenvolvidos. Segundo a Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD, na sigla em inglês), nos 49 países mais pobres do mundo, o número de pessoas na extrema pobreza (com renda menor do que um dólar por dia) dobrou nos últimos trinta anos, chegando a dois terços da população destes países. Até 2015, essa cifra aumentará ainda mais, em pelo menos 113 milhões de pessoas, comprometendo o cumprimento das Metas para o Milênio.

Nos países mais pobres da África - que inclui 34 dos 49 países mais pobres do mundo - quase nove entre cada dez pessoas vivem com um consumo médio de 86 centavos diários, enquanto o consumo per capita (isto é, por pessoa) nos Estados Unidos é de 41 dólares por dia. Nestes 34 países africanos, da segunda metade dos anos 1970 até a segunda metade dos anos 1990, a proporção de pessoas que ganham menos de um dólar por dia aumentou de 56% para 65%, segundo os dados da UNCTAD.

Aproximando-nos um pouco mais da nossa realidade, quando tomamos os dados da América Latina e Caribe, vemos que o número de pobres aumentou em 3 milhões desde 1990 - chegando a 96 milhões de pessoas - nesta região, que também sofre um forte processo de concentração de renda, segundo a Comissão Econômica para América Latina e o Caribe (CEPAL), em seu Relatório Anual de 2005.

A pobreza afeta particularmente a população rural. Segundo o economista chileno Jacques Chonchol, apesar da drástica redução absoluta do número de pessoas na área rural (122 milhões em 1980 para 111 milhões em 1997), a pobreza continua a incidir fortemente sobre o segmento de comunidades indígenas camponesas (30% do total dos pobres rurais) e pequenos produtores que subsistem em zonas áridas ou semi-áridas da região (outros 30%). Ainda segundo Chonchol, países como Venezuela e México possuem quase metade da população rural em situação de extrema pobreza, e outros como Brasil e Colômbia, concentram parcela significativa dos seus habitantes do meio rural em condições de pobreza. A fome é, atualmente, um dos principais problemas mundiais, afetando a capacidade de reprodução social de parte significativa da sociedade. Dados da FAO apontam para um número aproximado de 852 milhões de pessoas que passam fome no mundo - 18 milhões a mais do que nos anos 1990. Deste total, 815 milhões vivem nos países em desenvolvimento”.

Londres, a exemplo, cidade europeia que logo acumulou grandes concentrações populacionais, teve o problema do direito à moradia descrito muitas vezes como questão de segurança pública, ao invés de ser analisado como temática relacionada à concretização da justiça social (HALL, 1995).

Os operários se amontoavam em cubículos, quartos alugados ou subalugados para mais de sete pessoas habitarem, e pagavam aluguéis desconformes com a qualidade dos espaços oferecidos, insalubres e em desacordo com os níveis mínimos recomendados pela vigilância sanitária. Juntamente com as diferentes formas de prestações de serviços urbanos e de infraestruturas para as áreas centrais e para as áreas destinadas à habitação popular, ocorria, em Londres, a patente segregação populacional de trabalhadores e miseráveis, registrada na conformação da própria cidade haja vista que os bairros dos trabalhadores eram separados das áreas centrais ou, muitas vezes, instalados nas áreas periféricas de forma a camuflar os problemas sociopolíticos decorrentes do processo de industrialização³ (HALL, 1995).

Sabe-se que o problema do déficit habitacional é crônico, fato histórico recorrente que atesta que, apesar da evolução e do reconhecimento dos direitos humanos, ao ponto de serem inscritos nos textos constitucionais, ainda assim, percebe-se que o direito à moradia digna é um problema de concretização material de direitos fundamentais, em suma, um problema relacionado a políticas públicas e às ações governamentais.

Para Costa e Porto-Gonçalves (2006), o déficit habitacional e o crescimento das favelas são decorrência do processo de desenvolvimento econômico, desigual e excludor. Ao tratarem sobre o tema desenvolvimento econômico, degradação ambiental e desigualdade planetária, apresentam os autores dados assustadores:

³ Importante retratar, sob a forma de citação, os acontecimentos recorrentes no espaço londrino, como forma de refletirmos sobre as condições de vida e habitação desses europeus – bastante similares às condições habitacionais de milhares de indivíduos na América Latina, muito embora a distância espaço-temporal traga outros contornos e diversas especificidades aos problemas ambientais e urbanos da atualidade. Afirma Hall: “Poucos dos que lêem estas páginas sequer concebem o que são estes pestilentos viveiros humanos, onde dezenas de milhares de pessoas se amontoam em meio a horrores que nos trazem à mente o que ouvimos sobre a travessia do Atlântico por um navio negreiro. Para chegarmos até elas é preciso entrar por pátios que exalam gases venenosos e fétidos, vindos das poças de esgoto e dejetos espalhados por toda a parte e que amiúde escorrem sob os nossos pés; pátios, muitos deles, onde o sol jamais penetra, alguns sequer visitados por um sopro de ar fresco, e que raramente conhecem as virtudes de uma gota d’água purificante. É preciso subir por escadas apodrecidas, que ameaçam ceder a cada degrau e, em alguns casos, já ruíram de todo, com buracos que põem em risco os membros e a vida do incauto. Acha-se o caminho às apalpadelas, ao longo de passagens escuras e imundas, fervilhantes de vermes. E então, se não forem rechaçados pelo fedor intolerável, poderão os senhores penetrar nos pardieiros onde esses milhares de seres, que pertencem, como todos nós, à raça pela qual Cristo morreu, vivem amontoados como reses” (HALL, 1995, p. 19-20). Para o aprofundamento da análise sobre o crescimento urbano e o aumento das áreas insalubres para o estabelecimento de moradias, consultar Davis (2006).

Segundo pesquisa realizada pela ONU, 32% da população mundial, ou seja, praticamente um terço, vive em favelas. Enquanto na Europa apenas 6,2% da população é favelada, na América Latina são 31,9% (127 milhões de pessoas) e na África Subsaariana são 71,9% (166 milhões) (COSTA; PORTO-GONÇALVES, 2006, p. 48).

A pesquisa desenvolvida pela Fundação João Pinheiro sobre o déficit habitacional, no Brasil, revela que:

Em números absolutos, o déficit habitacional passa de 6.656 mil domicílios para 7.223 mil, sendo que nas áreas urbanas o acréscimo foi mínimo, de 5.414 mil para 5.470 mil unidades. Nas áreas rurais o déficit habitacional sobe de 1.241 mil para 1.752 mil, basicamente em função da inclusão do déficit rural da Região Norte, que soma 342 mil unidades. Há também acréscimo significativo do déficit habitacional rural na Região Nordeste, que pode ser justificado pela maior representatividade estatística da amostra do Censo Demográfico.

As regiões Nordeste e Sudeste lideram as necessidades habitacionais, representando 71,9% do total do país. A distinção entre elas é que, enquanto no Nordeste grande parte do problema se localiza em áreas rurais, no Sudeste é eminentemente urbano (FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO, 2005, p. 37).

O surgimento das favelas⁴, ocupações irregulares de espaços públicos e privados, é prova incontestada do processo de urbanização desenfreado, que deve ser analisado juntamente com o desenvolvimento econômico e a industrialização brasileiros, bem como com os demais fatores políticos, culturais e sociais a ele interrelacionados.

À época da grande industrialização brasileira, o Estado não previu espaços urbanos para a construção de moradias para os trabalhadores, nem tomou medidas ou planos que objetivassem o uso e a expansão racional do espaço urbano. Vale salientar que o contingente de trabalhadores, em sua maioria, deslocava-se das áreas rurais em busca de melhores condições de vida. Estes migrantes, em razão da necessidade de sobrevivência, instalaram-se em áreas centrais (geralmente próximas aos locais de trabalho), por não poderem

⁴ Segundo Davis (2006, p. 33), a definição de favela pelos autores do documento *Challenge of Slums* seria a de um local que se caracteriza pela concentração populacional, pela existência de moradias pobres e sem infra-estrutura sanitária bem como pela insegurança jurídica da posse. Para Fernandes: “Na sua essência, favelas são assentamentos humanos precários que resultam originalmente da invasão de áreas urbanas privadas e públicas. Em termos jurídicos, o que distingue as favelas das outras formas de ocupação precária da terra urbana comuns no Brasil, como por exemplo os chamados loteamentos ‘clandestinos’ ou ‘irregulares’, é basicamente o fato de que os favelados – pelo menos no momento da ocupação original da terra – não têm qualquer título de posse ou propriedade” (FERNANDES, 1998, p. 134). Consultar também GRUPENMACHER e BUSQUETS (1991).

arcar com os custos dos transportes públicos, construindo seus espaços de vida e história onde inexistia a presença estatal para regulamentar essas novas situações fáticas e dirimir os problemas urbanos delas decorrentes.

Como não possuíam capacidade de adquirir terras em conformidade com os preços e as condições do mercado imobiliário, trabalhadores resolveram suas necessidades ao largo do mercado e do ordenamento jurídico. Com a paulatina expansão das áreas urbanas, ocorre a formação de favelas, a ocupação de cortiços e de áreas por meio de loteamentos informais, muitas vezes localizados em áreas de risco, inseguras para a habitação humana. As cidades brasileiras cresceram sem planejamento, urbanizando-se áreas rurais.

As normas urbanísticas tinham aplicação restrita às áreas centrais, enquanto a periferia urbana e as áreas de favelas não apresentavam qualquer infraestrutura ou regulamentação jurídica de forma a ordenar os referidos espaços. Durante muito tempo, o processo de criação legislativa para a esfera urbanística sempre considerou os interesses capitalistas, e somente há algumas décadas, vê-se o interesse estatal para regulamentar as situações das cidades “ilegais”.

Fernandes, de forma bastante crítica, ao tratar sobre o tema, afirma que:

O modelo de desenvolvimento sócioeconômico que comandou a urbanização acelerada no Brasil produziu cidades muito fragmentadas, nas quais áreas centrais bem equipadas e reguladas convivem com precárias periferias e favelas. Resultante da combinação entre mercados de terras especulativos, sistemas políticos clientelistas, práticas elitistas de planejamento urbano e regimes jurídicos excludentes - que ainda afirmam os direitos individuais de propriedade sobre o princípio constitucional da função sócioambiental da propriedade e da cidade -, o processo de desenvolvimento urbano informal não é a exceção, mas sim a regra. Não é mero sintoma de distorções do modelo, mas trata-se do modelo em si mesmo. Trata-se de fenômeno estruturante da ordem urbana brasileira, e como tal tem que ser enfrentado, já que, em formas variadas, tal processo de acesso informal ao solo e à moradia tem aumentado a cada dia nas cidades grandes, médias e também nas cidades pequenas. Embora não se reduza de forma alguma aos grupos mais pobres, a produção informal do habitat entre tais grupos precisa ser urgentemente enfrentada, dadas as graves consequências sócioeconômicas, urbanísticas, ambientais e políticas do fenômeno para os moradores dos assentamentos informais, mas também para as cidades e para a população urbana como um todo.(FERNANDES, 2004, p. 2).

O caos nestas áreas “não oficiais”, inexistentes sob o prisma jurídico, paulatinamente, toma vida, forma e força, até o ponto em que a mobilização social, o recrudescimento dos conflitos e a necessidade de soluções urbanas, para ditos espaços, obrigaram o Estado e autoridades a refletir sobre a questão. De fato, o processo de urbanização caótico gerou espaços ilegais como expressão da exclusão social, fazendo-se necessário que o ordenamento jurídico também fosse aplicável a estas áreas, a estes cidadãos.

Fazia-se necessária a resolução de problemas complexos e interrelacionados: direito à propriedade, à moradia, aos serviços urbanos, à segurança pública, à preservação da vida e da dignidade humana, fatores que apontam para a necessidade de legalização de situações fáticas complexas, bem como a integração das áreas ilegais e de seus habitantes, no contexto urbano, de forma a dirimir problemas crônicos como a desigual prestação de serviços urbanos, a não prestação de serviços urbanos em áreas ilegais, a necessidade de integração e interação desses indivíduos no espaço social como reais habitantes da cidade, e a imprescindível concretização de direitos humanos a esta parcela social, isto é, o reconhecimento efetivo de seus direitos enquanto cidadãos.

A regularização dessas áreas, paralelamente à inserção e integração desses indivíduos nos espaços urbanos, requeria uma mudança no ordenamento jurídico de forma a dar novas soluções aos problemas apresentados. Eram necessários novos instrumentos jurídicos que aportassem legalidade a esses espaços, instrumentos aptos a efetivar a regularização de espaços urbanos – a regularização fundiária⁵ (para as favelas, para os loteamentos clandestinos e irregulares, para áreas de invasão), enfim, soluções jurídicas que trouxessem primeiramente segurança social aos cidadãos carentes de moradia, que vivem à margem do Direito, excluídos socialmente.

Segundo Leme:

⁵ Para Alfonsin, ‘Regularização fundiária é o processo de intervenção pública, sob os aspectos jurídico, físico e social, que objetiva a legalizar a permanência de populações moradoras de áreas urbanas ocupadas em desconformidade com a lei para fins de habitação, implicando acessoriamente melhorias no ambiente urbano do assentamento, no resgate da cidadania e da qualidade de vida da população beneficiária’ (ALFONSIN, 1999. p. 163). Para Pinho, “regularização fundiária é o processo destinado a tornar terrenos regulares para o cumprimento de determinado fim. No caso das áreas ocupadas por favelas, admitindo-se como fim a manutenção do uso para moradia, o processo de regularização fundiária compreende um conjunto de ações voltadas à regularização do domínio da terra em favor das famílias ocupantes. Tais ações são necessariamente associadas à regularização urbanística das áreas, de forma a corrigir situações de degradação e introduzir parâmetros formais de regulação do uso e da ocupação do solo. Trata-se, pois, da consolidação – através de um instrumento formal, das situações de posse das famílias sobre a área e a incorporação dos assentamentos à estrutura urbana regulada” (PINHO, 1998. p. 68-69). Sobre o tema, consultar GRECO (1981).

O movimento pela Reforma Urbana, que resultou na proposta de novos instrumentos da Constituição de 1988, finalmente sancionados pelo Estatuto da Cidade em julho de 2001, foi o direcionamento de movimentos sociais para questões urbanas, combinado a um conhecimento técnico de instrumentos urbanísticos, que poderiam conferir novos direitos à cidade para as populações excluídas das políticas urbanas. (LEME, 2003, p.122).

O Brasil - como signatário de declarações e convenções internacionais sobre direitos humanos - já tinha por obrigação proteger e assegurar o efetivo acesso à moradia (já que estes tratados e convenções têm força vinculante). O direito à moradia é direito fundamental implicitamente inserido em nosso texto constitucional, quando o constituinte dispôs, no artigo 5º., parágrafo 2º., ter a norma constitucional conferido vigência aos direitos e garantias oriundas de tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte. A partir da Emenda Constitucional de nº. 26, torna-se o direito à moradia componente dos direitos sociais, inscrito no artigo 6º. da Constituição Federal⁶.

A Agenda 21, produzida durante a Conferência da ONU sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento no Rio de Janeiro (ECO- 92), ao versar em seu capítulo 7 sobre assentamentos humanos, dispôs no item 6: “ O acesso a uma habitação sadia e segura é essencial para o bem-estar econômico, social, psicológico e físico da pessoa humana e deve ser parte fundamental das ações nacionais e internacionais (...)” (SAULE JÚNIOR, 1999, p. 327).

Para a Agenda Habitat, habitação digna é aquela que apresenta condições de vida sadia, com segurança, com infraestrutura básica como suprimento de água e saneamento básico, energia, prestação eficiente de serviços públicos urbanos, acesso à saúde, à educação, ao transporte coletivo, à coleta de lixo. Habitação digna, para a Agenda Habitat, deve ser aquela em que se faz possível ir e vir em segurança e aquela que não esteja localizada

⁶ O texto constitucional, em seu artigo 6º. , prescreve que: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. O artigo 23, por sua vez, afirma que: “É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: *IX – promover programas de construção de moradias e melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico*”. O artigo 182 considera que: “A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”. O Estatuto da Cidade, por sua vez, ao tratar das diretrizes para o desenvolvimento das políticas urbanas, determina que : “Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;”.

em áreas suscetíveis a desastres naturais (Declaración de Estambul sobre los Asentamientos Humanos, 2000).

A partir da Emenda Constitucional de nº. 26, cabe aos poderes públicos a obrigação de tornar possível que populações desprovidas de local para viver tenham acesso à habitação, viabilizando, gradativamente, habitação sadia, segura, protegida, acessível, com a prestação efetiva de serviços básicos de forma aos cidadãos exercerem plenamente sua liberdade; e que o acesso à moradia se realize para todos, sem discriminações, assim como é competência estatal a regularização gradativa das posses em assentamentos urbanos.

Para Saule Júnior:

O direito à moradia, derivado do direito a um nível de vida adequado, configura a sua indivisibilidade e interdependência e inter-relacionamento como direito humano por exemplo, com o direito de liberdade de escolha de residência, o direito de liberdade de associação (com as de moradores de bairro, vila, e comunidades de base), com o direito de segurança (caso de despejos e remoções forçadas ou arbitrárias, ilegais), o direito de privacidade da família, casa e correspondência, com o direito à higiene ambiental e o direito de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental (SAULE JÚNIOR, 1999, p. 77).

Apesar de o artigo 182 do texto constitucional determinar, obrigatoriamente, que o poder público realize políticas de desenvolvimento urbano que consigam propiciar espaços urbanos dignos à sobrevivência, em igualdade de condições para todos, por meio do desenvolvimento das funções sociais da cidade e apesar de possuírmos excelente conjunto normativo e serem as normas dispostas, na Constituição Federal e no Estatuto da Cidade, de ordem pública e de caráter cogente, devendo ser cumpridas por todos - poder público e esfera privada - tendo em vista a necessidade de realização do bem-estar coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, do equilíbrio ambiental, a realidade urbana no Brasil atesta, por si só, que estamos muito longe de garantir a justiça social e de solucionar os inúmeros conflitos decorrentes do processo de ocupação do solo urbano.

Em Belém, os dados são alarmantes. Segundo dados oficiais,

As regiões metropolitanas que apresentavam o maior déficit habitacional relativamente ao estoque de moradias existentes eram Belém (20,45%), Recife (17,35%) e Fortaleza (16,02%). A concentração da população pobre em termos absolutos apresenta aproximadamente o mesmo perfil do déficit habitacional, localizando-se principalmente nas áreas urbanas (76,1%) e nas regiões Nordeste (43,6%) e Sudeste (35 %)

do País. (Ampliar a Oferta de Habitações e Estimular a Melhoria das Moradias Existentes. http://aval_ppa2000.planejamento.gov.br/content/programas/22/macro22htm, 2011).

Considerando as diferenças sociais e debilidades econômicas sofridas por boa parte da população urbana que habita em espaços inóspitos, inseguros, desprovidos de serviços urbanos e infraestruturas básicas, é necessário que o Estado, como agente implementador de políticas públicas, abrace o desafio político de inserir e integrar, econômica e socialmente, essa massa populacional que se encontra desprovida de direitos fundamentais, por não ter nem mesmo acesso aos meios e instrumentos jurídicos necessários a fazer valer seus direitos⁷.

3 A POLÍTICA HABITACIONAL E URBANA: O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Desde a promulgação da Carta Constitucional de 1988, o Ministério Público recebeu amplas competências para a manutenção da ordem democrática e para realização dos interesses sociais e individuais indisponíveis. No entanto, o plexo de atribuições determinadas no texto constitucional reflete o verdadeiro descompasso entre a norma constitucional e a realidade fática.

A necessidade de redimensionamento das atividades ministeriais para dar um novo sentido e legitimidade à própria Instituição, tendo em vista o resgate da democracia e da cidadania, depende de visão prospectiva que considere que, na atualidade, o Ministério Público assume papel preponderante como ator fiscalizador da concepção e implementação de políticas de desenvolvimento urbano, sobretudo das políticas habitacionais, pois a promoção de programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de

⁷ Como bem assinala Benetti (2003, p. 247), ao tratar do processo de urbanização nas cidades brasileiras e a decorrente exclusão socioespacial: “A cidade, nossas cidades, elas simplesmente acontecem... Não têm planos, não têm lei prévia... Nossos governos, embora eleitos pela maioria da população, governam para minorias. Não porque queiram, mas porque as leis desenhadas raramente atingem aos mais carentes. Isto aumenta a descrença de que os governos possam de fato solucionar, e configura uma relação de pedintes - desconfiados, à procura das vantagens possíveis de serem obtidas em cada proposta de cada político.

As nossas sociedades são fortemente marcadas por estruturas de poder não reconhecidas nem transparentes, que a sabedoria popular traduz com muita clareza, como é o caso das famosas expressões ‘sabe com quem está falando’, que traz implícita a existência desse poder letrado, superior e distante; e ‘tem lei que pega e lei que não pega’, mostra fiel da distância e do valor atribuído as leis, às vezes para serem cumpridas, outras apenas para constar como expressão de desejos... Não se esperava que os governos autoritários assentados nos favores e nas redes patriarcais conseguissem criar uma sociedade civil forte e atuante, mas a democracia também não tem conseguido”.

saneamento básico é determinação constitucional, cuja responsabilidade é comum de todos os entes da Federação (art. 23, CF).

A obrigatoriedade de que todos os entes da Federação envidem esforços para a criação de programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico implica a produção de políticas públicas inteligentes que objetivem a melhoria da qualidade de vida das camadas populacionais desfavorecidas - os hipossuficientes - políticas que efetivamente combatam as desigualdades socioespacial, política e ambiental por meio de políticas inclusivas; que possam concretizar o princípio da igualdade de forma que todos possam ter acesso à moradia digna, à circulação digna, ao trabalho, ao acesso a equipamentos públicos e de lazer e que o processo de planejamento não descarte a proteção ao meio ambiente, ao patrimônio histórico-cultural, à biodiversidade e à sociodiversidade, valores também insertos na Carta Magna.

As políticas para o desenvolvimento urbano e para a implementação de políticas habitacionais devem ser pensadas a longo prazo, para as presentes e futuras gerações, e a intervenção do Estado na ordem econômica há que se dar objetivando coadunar a utilização da propriedade privada (art. 170, II, CF) com a proteção ao meio ambiente, a redução das desigualdades sociais e regionais para que se tenha bem-estar e qualidade de vida (art. 170, VI, VII, c/c art. 225), em suma, a concretização da dignidade humana (art. 1º, III, CF) por meio da efetiva vivência do direito à cidade.

Vale ressaltar que as políticas urbanas devem ser legitimadas por práticas democráticas e concretizar a existência digna nos espaços urbanos por meio de serviços que garantam o bem-estar de seus habitantes e o cumprimento das funções sociais da cidade (art. 182 c/c art. 29, XII e XIII, CF). O Estatuto da Cidade, seguindo o disposto no texto constitucional, cria instrumentos para que o poder público possa atuar, objetivando a realização das funções sociais da cidade e da propriedade urbana para o bem-estar de seus habitantes⁸ e define o Ministério Público como importante ator no processo de planejamento, ordenamento territorial e desenvolvimento urbano.

A atuação do Ministério Público tendo em vista fiscalizar o cumprimento da legislação, a realização do devido processo legal, bem

⁸ O Estatuto da Cidade determina que:

“Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;” (art. 2º, inciso I, da Lei 10.257/2001).

como a concretização das funções sociais da cidade e da propriedade urbana pressupõe atuação diligente e cuidadosa, pois todo o processo de planejamento urbano deve ser permeado de participação política, do processo de informação e transparência dos atos do poder público. Significa dizer que o Promotor de Justiça deve envidar esforços para acompanhar o processo de planejamento do desenvolvimento urbano municipal, bem como fiscalizar as políticas públicas, que deverão ser produzidas tendo em vista propiciar a melhoria das condições de vida dos seres humanos. Por isso, a Promotoria de Justiça de Habitação e Urbanismo tem uma feição bastante distinta das demais Promotorias que tratam dos temas afeitos à cidadania, pois trata-se de uma Promotoria com atribuições eminentemente extrajudiciais⁹.

Em razão da ordem urbanística, assume o Ministério Público atividades como: fiscalização extrajudicial dos atos da administração pública; análise quanto à legalidade e discricionariedade administrativa e à implementação de políticas públicas habitacionais e urbanas; instauração de inquéritos civis e produção de ações civis públicas tendo em vista a proteção do patrimônio público, dos interesses difusos e coletivos, do direito à cidade.

No entanto, em face dessas novas responsabilidades, o Ministério Público deve rever as prioridades de atuação e solidificar as bases de ação para o controle das políticas públicas, bem como buscar novos conhecimentos e forjar novas posturas de atuação para o controle e fiscalização da implementação de políticas públicas que tangem o desenvolvimento urbano e a implementação de políticas habitacionais como caminho à consecução do Estado Democrático de Direito e à concretização de uma ordem urbana mais justa e menos desigual.

⁹ Como exemplo, listamos algumas das atribuições relacionadas aos objetivos constitucionais para o desenvolvimento e planejamento de políticas urbanas que tangem o gerenciamento da política de desenvolvimento urbano, próprias e comuns aos outros entes federativos, políticas que pressupõem a atuação do Ministério Público no controle da legalidade das políticas urbanas municipais, a saber: a realização (prestação) dos serviços públicos de interesse local (artigo 30, inciso V, C.F.), como a prestação de transporte coletivo que tem caráter essencial; promover adequado planejamento territorial (artigo 30, inciso VIII, C.F.); realizar a proteção do patrimônio histórico-cultural local, consoante as normas federais e estaduais sobre a temática; incentivar o turismo, como fator de desenvolvimento social e econômico, simultaneamente à atuação dos demais entes federativos (artigo 180, C.F.); proteção ao patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação (artigo 216, parágrafo primeiro, C.F.); proteção ao meio ambiente (artigo 225, C.F.); manter, em cooperação técnica e financeira com a União e o Estado, programas de educação pré-escolar e de ensino fundamental (artigo 30, inciso VI, C.F.), bem como prestar, em regime de cooperação com os outros entes federativos (Estado e União), serviços de atendimento à saúde da população (artigo 30, inciso VII, C.F.), ao participar do sistema único de saúde (artigos 198 e 200, C.F.); constituir guardas municipais, objetivando a proteção dos bens, serviços e instalações municipais (artigo 144, parágrafo 8º, C.F.).

O Ministério Público deve forjar novas posturas de atuação para o controle e fiscalização da implementação de políticas públicas. Essa responsabilidade é decorrente do fato de que o paradigma jurídico de solução de conflitos interpartes já não produz soluções factíveis e eficientes para propiciar a segurança social, a concretização do direito à moradia digna e o acesso ao direito à cidade.

Não podemos mais produzir e replicar modelos de atuação inadequados aos desafios e competências assumidos pela Instituição face à realidade atual. Significa dizer que precisamos de novos modelos de atuação, que consigam analisar e solucionar os problemas consoante o contexto e diante da realidade.

As diversas possibilidades de atuação que o órgão ministerial terá em razão do interesse público, nos espaços urbanos, revela a necessária e urgente criação de um Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça do Meio Ambiente, Habitação e Urbanismo que possibilite a constante e necessária troca de informações, produção de conhecimentos jurídicos e técnicos para que o Ministério Público possa, mais uma vez, abraçar competência de tão grande envergadura.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O déficit habitacional e o acesso à moradia digna são complexas questões cuja resolução não se restringe à criação de normas jurídicas, pois o próprio ordenamento jurídico não dá conta de solucionar os diversos problemas urbanos.

As situações fáticas decorrentes do processo econômico excludente, do gradativo aumento da população urbana - como resultado do processo de industrialização - e da abstenção estatal, durante décadas, diante das questões sociais, dependem de vontade política para serem superadas.

Como bem destaca Tsiomis:

A crença de que a crise urbana é o resultado de dispositivos espaciais e jurídicos rígidos e estáticos que estão ultrapassados em relação à realidade social, e que se pode ‘corrigir’ a crise modernizando tais dispositivos, se não é totalmente equivocada, ela é sem dúvida muito restritiva. A questão não está resolvida, apesar das renovações urbanas e dos novos dispositivos legislativos, jurídicos e técnicos. (TSIOMIS, 2003, p. 289).

Ressalta-se que a necessidade de acesso das camadas pobres ao direito de moradia e à regular propriedade é questão de competência concorrente de todas as esferas da Federação: União, Estados-membros, Distrito Federal e municípios. Todos têm por obrigação “promover programas de construção de moradias e melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico”, assim como “combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos” (art. 23, incisos IX e X, C.F.).

Para tanto, é imprescindível a cooperação e harmonia para o trato e desenvolvimento de políticas urbanas para a consecução dos fins dispostos no capítulo da Política Urbana. Não basta a existência de instrumentos jurídicos, como os dispostos no Estatuto da Cidade, para que a lei, inobstante sua aplicação imediata, tenha efeitos postergados no plano da realidade. É preciso força política e vontade para transformar, para que os efeitos jurídicos desses instrumentos se efetivem por meio de condições sociológicas concretas.

Há que existir, como acentua Imparato (1999, p. 218), condições políticas, culturais, ideológicas e socioeconômicas para que estes instrumentos tenham efetivo cumprimento em sociedade. Para isso, é preciso coordenação de atividades, divisão de responsabilidades e partilha de interesses, o que só pode se realizar por meio de parceria e cooperação entre entes federativos. Significa dizer que se faz necessária a interrelação, a cooperação e a realização de competências constitucionais por parte dos entes federativos, sobretudo por parte da União.

Saule Júnior elenca várias medidas, imprescindíveis para que o Estado brasileiro crie mecanismos eficazes para o exercício do direito à moradia, a citar:

adoção de instrumentos financeiros, legais, administrativos para a promoção de uma política habitacional; a constituição de um sistema nacional de habitação descentralizado, com mecanismos de participação popular; revisão de legislações e instrumentos de modo a eliminar normas que acarretem algum tipo de restrição e discriminação sobre o exercício do direito à moradia; a destinação de recursos para a promoção da política habitacional. (SAULE JÚNIOR, 1999, p. 94-95).

O Ministério Público, por sua vez, é ator fundamental para garantir a proteção à dignidade humana, em todas as suas dimensões, nos espaços urbanos, pois assume – a partir da vigência do Estatuto da Cidade - funções de verdadeiro “agente político”, indispensável no processo de fiscalização

do planejamento, da urbanização e do ordenamento territorial dos espaços urbanos, sobretudo das políticas habitacionais e dos programas de construção de moradias.

Por ser o Promotor de Justiça agente determinante para a consecução de uma nova gestão urbanística que se faça transparente, legítima, democrática, deve o Ministério Público rever suas prioridades de atuação, solidificar as bases de ação para o controle das políticas públicas, bem como buscar novos conhecimentos e forjar novas posturas de atuação para o controle e fiscalização da implementação de políticas públicas que tangem o desenvolvimento urbano e a implementação de políticas habitacionais.

RESUMEN: Este artículo trata sobre la escasez de viviendas y el acceso a la vivienda digna - cuestiones complejas que requieren la acción del Estado para crear políticas públicas que fomenten el desarrollo urbano mediante el desarrollo de las funciones sociales de la ciudad y el derecho de la ciudad - y el papel de la Fiscalía como el agente supervisor de la aplicación de las políticas habitacionales y urbanas.

PALABRAS CLAVE: DÉFICIT DE VIVIENDAS; VIVIENDA DIGNA, VIVIENDA Y POLÍTICA URBANA; FISCALIA.

REFERÊNCIAS

ALFONSIN, Betânia de Moraes. Regularização fundiária: um imperativo ético da cidade sustentável – o caso de Porto Alegre. In: SAULE JÚNIOR, Nelson. *Direito à cidade*. Trilhas legais para o direito às cidades sustentáveis. São Paulo: Max Limonad, 1999

AMPLIAR a Oferta de Habitações e Estimular a Melhoria das Moradias Existentes. Disponível em: http://aval_ppa2000.planejamento.gov.br/content/programas/22/macro22.htm. Acesso em: 24 maio 2011.

BENETTI, Pablo Cesar. Uma agenda para o debate urbano: depoimento. In: MACHADO, Denise Barcellos Pinheiro; PEREIRA, Margareth da Silva; SILVA, Rachel Coutinho Marques da (Org.). *Urbanismo em questão*. Rio de Janeiro: UFRJ/PROURB, 2003.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Estatuto da Cidade* (Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001). São Paulo: Saraiva, 2001.

COSTA, Rogério H. da; PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter. *A nova desordem mundial*. São Paulo: Editora UNESP, 2006.

DAVIS, Mike. *Planeta favela*. São Paulo: Boitempo, 2006.

DECLARACIÓN de Estambul sobre los Asentamientos Humanos. Disponível em: URL=un/habitat/agenda/espanol/ist-decs.html. Acesso em: 11 maio 2000.

FERNANDES, Edésio. A regularização de favelas no Brasil: o caso de Belo Horizonte. In: FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito urbanístico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

_____. Regularização fundiária nas cidades. In: <http://www.cidades.gov.br/>, capturado em 11 de outubro de 2004.

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. *DÉFICIT HABITACIONAL NO BRASIL MUNICÍPIOS SELECIONADOS E MICRORREGIÕES GEOGRÁFICAS*. Belo Horizonte, 2005. Disponível em: <http://www.fjp.mg.gov.br/index.php/servicos/81-servicos-cei/70-deficit-habitacional-no-brasil>. Acesso em: 12 out. 2010.

GRECO, Marco Aurélio. O solo criado e a questão fundiária. In: PESSOA, Álvaro (Coord.). *Direito do urbanismo: uma visão sócio-jurídica*. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos: Instituto Brasileiro de Administração Municipal, 1981.

GRUPENMACHER, Betina Treiger; BUSQUETS, Cristina del Pilar P. Favelas, invasões e modalidades de loteamentos. In: DALLARI, Adilson de Abreu; FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Coord.). *Temas de direito urbanístico*, v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

HALL, Peter. *Cidades do amanhã*. São Paulo: Perspectiva, 1995.

IMPARATO, Ellade. O usucapião constitucional urbano. In: SAULE JÚNIOR, Nelson. *Direito à cidade*. Trilhas legais para o direito às cidades sustentáveis. São Paulo: Max Limonad, 1999.

LEITE, Sérgio Pereira; ÁVILA, Rodrigo Vieira de. *Um futuro para o campo: reforma agrária e desenvolvimento social*. Rio de Janeiro: Vieira e Lent, 2007.

LEME, Maria Cristina da Silva. Os desafios do urbanismo no Brasil: ensino e profissão. In: MACHADO, Denise Barcellos Pinheiro; PEREIRA, Margareth da Silva; SILVA, Rachel Coutinho Marques da (Org.). *Urbanismo em questão*. Rio de Janeiro: UFRJ/PROURB, 2003.

PINHO, Evangelina Bastos. Regularização fundiária em favelas. In: FERNANDES, Edésio. *Direito urbanístico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. SAULE JÚNIOR, Nelson (Org.). *Direito à cidade*. Trilhas legais para o direito às cidades sustentáveis. São Paulo: Max Limonad, 1999.

_____. O direito à moradia como responsabilidade do estado brasileiro. In: SAULE JÚNIOR, Nelson. *Direito à cidade*. Trilhas legais para o direito às cidades sustentáveis. Saule Júnior, Nelson (Org.). São Paulo: Max Limonad, 1999.

TSIOMIS, Yannis. O projeto urbano hoje: entre situações e tensões. In: MACHADO, Denise Barcellos Pinheiro; PEREIRA, Margareth da Silva; SILVA, Rachel Coutinho Marques da (Org.). *Urbanismo em questão*. Rio de Janeiro: UFRJ/PROURB, 2003.

INTRODUÇÃO À PROPRIEDADE INTELECTUAL E AOS REQUISITOS PARA O REGISTRO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL BIOTECNOLÓGICA NO BRASIL¹

Hidemberg Alves da Frota²

RESUMO: O presente artigo almeja proporcionar à comunidade jurídica as noções fundamentais sobre a propriedade intelectual no Direito brasileiro, as diferenças entre aquela e a propriedade *stricto sensu*, os regimes jurídicos brasileiros relativos à propriedade intelectual e os requisitos para o registro de cultivares e biopatentes.

PALAVRAS-CHAVE: Propriedade *stricto sensu* e propriedade intelectual. Regimes jurídicos da propriedade intelectual. Propriedade intelectual biotecnológica.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2. AS DIFERENÇAS FUNDAMENTAIS ENTRE A PROPRIEDADE PROPRIAMENTE DITA E A PROPRIEDADE INTELECTUAL. 3 A ABRANGÊNCIA DOS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL. 4 OS REGIMES JURÍDICOS BRASILEIROS DE PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. 5 A PROPRIEDADE INTELECTUAL EM BIOTECNOLOGIA NO DIREITO BRASILEIRO. 5.1 **Requisitos para o registro de cultivares.** 5.1.1 *Novidade.* 5.1.2 *Distinguibilidade.* 5.1.3 *Denominação própria.* 5.1.4 *Homogeneidade.* 5.1.5 *Estabilidade.* 5.2 **Requisitos para o registro de patentes de invenção biotecnológica.** 5.2.1 *Novidade.* 5.2.2 *Atividade inventiva.* 5.2.3 *Aplicação industrial.* 5.2.4 *Suficiência descritiva.* 5.2.5 *Anuência prévia da ANVISA.* 6. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

¹ Trabalho dedicado ao Prof. Dr. Spartaco Astolfi Filho, eminente Professor Titular da Universidade Federal do Amazonas, cuja simplicidade e generosidade são dignas admiração, a quem se rende homenagem pelo muito que tem contribuído para o desenvolvimento científico-tecnológico brasileiro, especialmente do Estado do Amazonas, e se agradece em virtude do apoio e incentivo durante a redação deste artigo jurídico.

² Agente Técnico-Jurídico do Ministério Público do Estado do Amazonas.
e-mail: hidemberg_frota@yahoo.com.br.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo³ almeja proporcionar à comunidade jurídica as noções fundamentais sobre a propriedade intelectual no Direito brasileiro, as diferenças entre aquela e a propriedade *stricto sensu*, os regimes jurídicos brasileiros relativos à propriedade intelectual e os requisitos para o registro de cultivares e biopatentes.

Em outras palavras, o presente trabalho se propõe a responder as seguintes questões:

(a) O que é propriedade intelectual?

(b) Qual a diferença entre os conceitos de propriedade propriamente dita e de propriedade intelectual?

(c) Quais são as espécies de propriedade intelectual no ordenamento jurídico brasileiro?

(d) Qual as distinções fundamentais entre os regimes jurídicos das cultivares e das biopatentes?

(e) E quais os requisitos jurídicos para o registro de cultivares e de biopatentes no Direito brasileiro?

Cuida-se, sobretudo, de explicitar os aspectos basilares do Direito de Propriedade Intelectual brasileiro. Não se trata de descrever como *deveriam* ser os regimes jurídicos da propriedade intelectual no Brasil, mas de expor, em breves linhas, como o *são*.

2 AS DIFERENÇAS FUNDAMENTAIS ENTRE A PROPRIEDADE PROPRIAMENTE DITA E A PROPRIEDADE INTELECTUAL

Em poucas palavras, a “*propriedade intelectual* pode ser conceituada como o *direito* de uma *pessoa* sobre um bem *incorpóreo*”⁴, sumariza Di Blasi. O bem *incorpóreo*, *imaterial*, *intangível* ou *intelectual* se convola em *propriedade intelectual* “quando se produz, se conforma, ou se transforma o bem intelectual com vistas ao *mercado*”⁵, salienta Barbosa.

³ Versão original deste trabalho apresentada em julho de 2011, como avaliação da disciplina *Biotecnologia para Gestores*, cursada pelo autor como disciplina isolada no âmbito do Programa Multinstitucional de Pós-Graduação em Biotecnologia (PPG-Biotec) da Universidade Federal do Amazonas (UFAM).

⁴ DI BLASI, Gabriel. *A propriedade intelectual: os sistemas de marcas, patentes, desenhos industriais e transferência de tecnologia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 24, grifos do autor e nossos, respectivamente.

⁵ BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da propriedade intelectual: uma introdução à propriedade*

Assim, *ao contrário* da propriedade *stricto sensu*, *tradicional*, *clássica* ou *propriamente dita*, relacionada à *coisa* (bem *material*, *corpóreo* ou *tangível*), a propriedade *intelectual* incide sobre bens jurídicos *imateriais* ou *incorpóreos* e se norteia por legislação *própria e distinta* do plexo normativo do Direito das Coisas cuja *matriz* é o Livro III da Parte Geral do Código Civil brasileiro de 2002 – CCB/2002 (arts. 1.196 a 1.510, mormente o art. 1.288, no qual radicam os caracteres da propriedade material e que espelha o cerne – “o *núcleo positivo*”⁶, nas palavras de Arruda Alvim – do direito de propriedade sobre *coisas*, ou seja, bens *materiais*). Embora a propriedade intelectual possua legislação *própria*, o Livro III da Parte Geral do CCB/2002 serve de eventual legislação *subsidiária* dos regimes jurídicos da propriedade *intelectual*⁷.

Desse modo, a propriedade *lato sensu* engloba tanto a propriedade *stricto sensu* (a incidir sobre os bens *materiais* ou *corpóreos*) quanto a propriedade intelectual (a recair sobre os bens *imateriais* ou *incorpóreos*).

[...] a tendência universal, hoje, é a de que os chamados direitos autorais ou intelectuais fiquem *fora* do sistema dos direitos reais, pois que, na verdade, o objeto precípua do direito das coisas, como já se frisou, são as coisas, e por “coisa” há de se entender “coisa corpórea e, portanto tangível” (e, com consistência), de tal maneira que o direito intelectual há de ser disciplinado *separadamente*, como acertadamente o é, atualmente pela Lei nº 9.610/98, e, anteriormente, pela Lei nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973.

[...]

Numa palavra, o que se pode dizer é que os princípios dos direitos reais são inaplicáveis, sob o ângulo técnico, ou sequer mesmo empiricamente, à situação dos chamados direitos intelectuais, inamoldáveis que são ao sistema do direito das coisas propriamente dito. O regime do direito das coisas poderá valer como regime subsidiário.

[...]

[...] um estudo mais aprofundado do que sejam os direitos reais e de qual é o *regime jurídico dos direitos intelectuais* revela a inviabilidade de assimilação desta espécie dos direitos aos princípios gerais do direito das coisas [...].⁸

intelectual; bases constitucionais da propriedade intelectual; a doutrina da concorrência; a propriedade intelectual como um direito de cunho internacional; propriedade intelectual e tutela da concorrência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. t. 1, p. 285, grifo nosso.

⁶ ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. Livro introdutório ao Direito das Coisas e o Direito Civil. In: ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda; ALVIM, Thereza Celina Diniz de Arruda; CLÁPIS, Alexandre Laizo. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 11, t. 1, p. 90, grifo do autor.

⁷ Ibid., p. 107.

⁸ Ibid., p. 107, 109, grifo do autor.

Os direitos intelectuais são direitos *imateriais* justamente porque dizem respeito a *bens* jurídicos *imateriais*, *incorpóreos* ou *intangíveis*, ou seja, relacionam-se aos bens jurídicos que, quando “*em si mesmos considerados*”⁹, encontram-se *desprovidos de corpo perceptível* pelos sentidos humanos, *mesmo que venham a ser usufruídos via suportes físicos*, por intermédio dos quais os bens *imateriais* se apresentam no mundo *material* e podem adquirir eventual *utilidade e exploração econômica*, a exemplo de um *romance*, lido ao se compulsar um *livro em formato de brochura* ou ao se folhear um livro eletrônico (*e-book*) extraído da Rede Mundial de Computadores, bem como do *software* utilizado por meio da base física do *computador*, no qual foi *instalado* graças à plataforma material, consubstanciada, *verbi gratia*, em um *CD*, em um *DVD* ou em um *pen drive* (exemplificação ilustrativa da tecnologia em voga na primeira metade da década de 2010 — se este texto tivesse sido escrito, *exempli gratia*, na década de 1990, cogitar-se-ia o exemplo de um *disquete*, de uso corrente naquele decênio)¹⁰.

Como o próprio nome já infere, bens corpóreos são aqueles que têm existência material, perceptível pelos nossos sentidos, como os bens móveis (livros, joias etc.) e imóveis (terrenos etc.) em geral.

Em contraposição aos mesmos, encontram-se os bens incorpóreos, que são aqueles abstratos, de visualização ideal (não tangível). Tendo existência apenas jurídica, por força da atuação do Direito, encontram-se, por exemplo, os direitos sobre o produto do intelecto, com valor econômico.¹¹

[...] Já os chamados *direitos imateriais*, relativos aos *bens imateriais*, dizem respeito a *bens que, em si mesmos, carecem de corpo, ainda que, em muitos casos, para que possam ter destinação econômica a que são designados, hajam de vir a ser materializados* e, isto ocorrendo, como no caso dos direitos autorais, tal como um livro comprado por alguém e, com isto, *em relação a esse livro*, então, cair-se no sistema do Código Civil. Mas, o direito autoral, *em si mesmo, é imaterial*.¹²

⁹ Ibid., p. 91, grifo do autor.

¹⁰ Ibid., p. 89-100.

¹¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*: parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1, p. 260, ortografia adaptada ao Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa assinado em 16 de novembro 1990 (vigente, no Brasil, desde 1º de janeiro de 2009, por força do art. 2º, caput, do Decreto n. 6.583, de 29 de setembro de 2008 — as normas ortográficas novas e pretéritas coexistirão durante o período de transição, de 1º de janeiro de 2009 a 31 de dezembro de 2012, conforme determina o art. 2º, parágrafo único, do precitado Decreto Presidencial).

¹² ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. Livro introdutório ao Direito das Coisas e o Direito Civil. In: ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda; ALVIM, Thereza Celina Diniz de Arruda; CLÁPIS, Alexandre Laizo. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 11, t. 1, p. 91, grifo do autor.

[...] A divisão vem dos romanos (*res corporales* e *res incorporales*). [...] Reserve-se a denominação *coisa* para os objetos materiais, mas não se esqueça de que, ao lado dos corpos, há bens que, embora incorpóreos, constituem objeto de relações jurídicas. Uma vez se admita, e não se pode deixar de reconhecer, que tanto os objetos materiais quanto os imateriais são suscetíveis de medida de valor, tem-se de aceitar a sua distinção, porque a uns e outros não se pode dispensar tratamento jurídico igual.

Nesta ordem de ideias, dizem-se *corpóreas* as *coisas tangíveis* ou perceptíveis por outros sentidos que não o tato. Coisa corpórea é a que pode ser vista, tocada ou apreendida (*res quae tangi possunt*), numa palavra a que possui forma exterior. Bem incorpóreo, o que, não tendo existência material, pode ser objeto de direito. [...]

[...]

São bens incorpóreos, na definição de Messineo, as coisas não perceptíveis, tais como os produtos da atividade intelectual e criativa do homem titulados pelas regras sobre *direitos autorais* e *direitos de patente*, com eles não se devendo confundir as coisas nas quais a criação se materializa.¹³ [...]

Além do aspecto da *imaterialidade* ou da *ausência* de corporeidade, os direitos de propriedade *intelectual* se *distinguem* dos direitos de propriedade *material*, pois os direitos de propriedade *intelectual* se *limitam* no tempo (possuem *prazo certo* para serem *explorados* economicamente de modo *exclusivo* pelo seu titular)¹⁴, *ao contrário* dos direitos de propriedade relativos a bens *materiais*, os quais têm *prazo indeterminado* para a *exclusiva* exploração econômica pelos respectivos titulares (*ad exemplum*, o direito de propriedade sobre terras cuja titularidade décadas a fio pertence a agricultor que retira sua subsistência da atividade agrícola desenvolvida em tal imóvel)¹⁵.

¹³ GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 165-166, grifo do autor.

¹⁴ Não há prazo normativo determinado para a duração do direito de propriedade propriamente dito, o que não impede o advento de eventuais expropriações, nas hipóteses divisadas pelo art. 1.228, § 3º, do Código Civil de 2002 (“O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.”) Cf. BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 25 mai. 2011.

¹⁵ A vigência da patente de invenção é de 20 (vinte) anos e a de modelo de utilidade é de 15 (quinze) anos, contados, em ambos os casos, da data do depósito (art. 40, *caput*, da Lei n. 9.279/1996), nunca inferior a 10 (dez) anos, em caso de patente de invenção e a 7 (sete) anos, em caso de patente de modelo de utilidade (art. 40, parágrafo único, da Lei n. 9.279/1996). Os direitos autorais morais são perpétuos, mas os direitos autorais patrimoniais são de 70 (setenta) anos (arts. 41 a 44 da Lei n. 9.601/1998). Cf. BRASIL. Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm>. Acesso em: 17 mai. 2011; BRASIL. Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9610.htm>>. Acesso em: 17 mai. 2011.

Em rigor, em relação aos direitos autorais não há direito de propriedade *propriamente dito*, senão que uma situação de titularidade jurídica, com exclusão dos demais. É situação *próxima*, mas, dentre outros pontos, que se distingue porque o exercício do direito de propriedade não é limitado no tempo, diferindo do que acontece com os direitos autorais, que têm prazo certo para a exploração econômica exclusiva pelo titular.¹⁶

3 A ABRANGÊNCIA DOS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL

Os direitos de *propriedade intelectual* ou direitos autorais *lato sensu* (“direitos autorais ou intelectuais”¹⁷) concernem à *ampla gama* de direitos relacionados à proteção do *autor* de criações concebidas pelo *intelecto* humano e com valor *econômico*, com ressonância em múltiplos segmentos da vida em sociedade (tais quais as ambiências *artística, acadêmica, religiosa, desportiva, midiática* ou *empresarial*), espalhados em *diferentes* regimes jurídicos. A nosso juízo, os *direitos intelectuais em geral* correspondem aos direitos autorais *lato sensu* (*direitos intelectuais = direitos autorais em sentido amplo*), ao passo que os direitos autorais e conexos específicos das criações de natureza artística, literária e científica concernem aos direitos autorais *stricto sensu* (*direitos autorais relativos a obras artísticas, inclusive literárias*¹⁸, e *científicas = direitos autorais em sentido estrito*).

(Em sentido *contrário* à sinonímia entre *direitos autorais* e *direitos intelectuais*, parcela da doutrina, ilustrada pelo pensamento de Pinheiro e Brant, entende que os *direitos autorais* se adstringem ao “domínio das artes, literatura e das ciências”¹⁹ e, por consequência, *não* se confundem com os *demais* direitos intelectuais, notadamente os da seara da “*propriedade industrial*”²⁰ – “ligada ao comércio e indústria”²¹. Outro filão doutrinário, exemplificado por Amaral,

¹⁶ ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. Op. cit., p. 90, grifo do autor.

¹⁷ Ibid., p. 107, grifo nosso.

¹⁸ Conquanto a legislação de propriedade intelectual se reporte a obras *literárias* e *artísticas* como *espécies distintas*, a nosso sentir a literatura é uma manifestação artística, de forma que consideramos as obras literárias como *espécies* de obras *artísticas*. Na esteira, esta ensinança de Di Blasi: “As criações *artísticas englobam* as obras *literárias*, escritas ou orais; as obras *musicais*, cantadas ou instrumentadas; e as obras *estéticas bidimensionais* (desenhos, gravuras, litografias, fotografias, etc.) ou tridimensionais (esculturas e obras de arquitetura).” Cf. DI BLASI, Gabriel. *A propriedade intelectual: os sistemas de marcas, patentes, desenhos industriais e transferência de tecnologia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 24-25, grifo nosso.

¹⁹ PINHEIRO, Leandro Figueiredo; BRANT, Cássio Augusto Barros. Aspectos polêmicos da proteção jurídica da biotecnologia no Brasil. FIUZA, César; SA, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Org.). *Direito civil: atualidades IV — teoria e prática no Direito Privado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 240, grifo nosso.

²⁰ Ibid., p. 241, grifo dos autores.

²¹ Ibid., loc. cit.

diferencia a *propriedade intelectual*, a abranger “as obras literárias, artísticas e científicas”²², da *propriedade industrial*, a alcançar “as criações técnicas voltadas para a atividade industrial”²³.)

Reflexo da *abrangência* dos direitos intelectuais, a Parte II do Acordo sobre Aspectos dos Direitos da Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio – Acordo ADPIC (mais conhecido pela sigla anglófona *TRIPS* – *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* – ou como *Acordo TRIPS*)²⁴ encerra o *direito do autor e direitos conexos* (Seção 1, arts. 9º a 14), *marcas* (Seção 2, arts. 15 a 21), *indicações geográficas* (Seção 3, arts. 22 a 24), *desenhos industriais* (Seção 4, arts. 25 a 26), *patentes* (Seção 5, arts. 27 a 34), *topografias de circuitos integrados* (Seção 6, arts. 35 a 38), *proteção de informação confidencial* (Seção 7, art. 39) e *controle de práticas de concorrência desleal* em contratos de licenças (Seção 8, art. 40).

Antes mesmo do advento da Parte II do TRIPS (Seções 1 a 8), o inciso VIII do art. 2º da *Convenção de Estocolmo*, de 14 de julho de 1967 (que instituiu a *Organização Mundial de Propriedade Intelectual* — *OMPI*), já compreendia no raio de alcance da *propriedade intelectual* não apenas as *obras literárias, artísticas e científicas* e as *interpretações dos artistas intérpretes e as execuções dos artistas executantes, dos fonogramas e das emissões de radiofusão*, mas também as *invenções* em todos os domínios da atividade humana, as *descobertas científicas*, os *desenhos e modelos industriais* e as *marcas industriais, comerciais e de serviço*, bem como as *firmas comerciais* e *denominações comerciais*, além da *proteção contra a concorrência desleal* e de *todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual* nos domínios *industrial, científico, literário e artístico*²⁵.

²² AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 307, grifo nosso.

²³ Ibid., loc. cit., grifo nosso.

²⁴ O TRIPS foi incorporado ao ordenamento jurídico nacional ao corporificar parte do conteúdo do Anexo do Decreto n. 1.355, de 30 de dezembro de 1994, ato presidencial que promulgou (art. 1º) o TRIPS como integrante (*Anexo 1C*) do Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio – OMC, celebrado em Marraqueche, em 15 de abril de 1994, no bojo da *Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do Acordo Geral sobre Pautas Aduaneiras e Comércio ou Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio* (Acordo Geral referido com frequência por *GATT* – em inglês, *General Agreement on Tariffs and Trade* – originalmente firmado na Rodada de Genebra, em 1947, finalizado com o término da Rodada Uruguai, em 1994 – o chamado *GATT 1994* –, tendo sido conduzida pela OMC a Rodada posterior, de Doha, iniciada em 2001 e ainda inconclusa). Cf. BRASIL. Decreto n. 1.355, de 30 de dezembro de 1994. Promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D1355.htm>. Acesso em: 23 mai. 2011. Nesse sentido: WIKIPEDIA. General Agreement on Tariffs and Trade. Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/General_Agreement_on_Tariffs_and_Trade>. Acesso em: 25 mai. 2011.

²⁵ BRASIL. Anexo do Decreto n. 75.541, de 31 de março de 1975. Promulga a Convenção que institui a

Assim sendo, consoante frisa Basso, a Convenção da OMPI unifica, sob a rubrica da *propriedade intelectual*, os *direitos autorais e conexos* (que consideramos, repisa-se, direitos autorais *stricto sensu*) e os direitos de *propriedade industrial*²⁶. Anteriormente à Convenção da OMPI, historia Basso, a disciplina jurídica internacional da *propriedade intelectual* se *bifurcava* nas “Convenções da União de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial (1883) e da União de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas (1886)”^{27,28}.

(A *Convenção de Estocolmo*, de 14 de julho de 1967, ou *Convenção da Organização Mundial de Propriedade Intelectual*, emendada em 28 de setembro de 1979, não se confunde com a *Revisão* ou a *Ata de Estocolmo*, também de 14 de julho de 1967, que reformou o teor da *Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial* ou *Convenção da União de Paris* — CUP, de 20 de março de 1883, igualmente emendada em 28 de setembro de 1979. Enquanto a *Convenção de Estocolmo de 1967*, no Brasil, foi promulgada pelo Decreto n. 75.541, de 31 de março de 1975²⁹, a *Revisão de Estocolmo de 1967*, no País, foi promulgada pelo Decreto n. 75.572, de 8 de abril de 1975³⁰, tendo o art. 1º do Decreto n. 635, de 21 de agosto de 1992³¹ — ato presidencial ratificado pelo art. 1º do Decreto n. 1.263, de 10 de outubro de 1994³² —

Organização Mundial da Propriedade Intelectual. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-75541-31-marco-1975-424175-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 25 mai. 2011.

²⁶ BASSO, Maristela. A proteção da propriedade intelectual e o direito internacional atual. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 41, n. 162, abr.-jun. 2004, p. 288. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/965>>. Acesso em: 25 mai. 2011.

²⁷ Por meio do Decreto n. 75.699, de 06 de maio de 1975, o Brasil promulgou a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886, conforme a revisão feita em Paris em 24 de julho de 1971. Cf. BRASIL. Decreto n. 75.699, de 06 de maio de 1975. Promulga a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886, revista em Paris, a 24 de julho de 1971. Disponível em: <<http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2007/10/decreto-75699.pdf>>. Acesso em: 25 mai. 2011.

²⁸ BASSO, Maristela. A proteção da propriedade intelectual e o direito internacional atual. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 41, n. 162, abr.-jun. 2004, p. 287. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/965>>. Acesso em: 25 mai. 2011.

²⁹ Brasil. Decreto n. 75.541, de 31 de março de 1975. Promulga a Convenção que institui a Organização Mundial da Propriedade Intelectual. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-75541-31-marco-1975-424175-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 25 mai. 2011.

³⁰ BRASIL. Decreto n. 75.572, de 8 de abril de 1975. Promulga a Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial, revisão de Estocolmo, 1967. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/mult_prop_indus_1830.htm>. Acesso em: 25 mai. 2011.

³¹ BRASIL. Decreto n. 635, de 21 de agosto de 1992. Promulga a Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial, revista em Estocolmo a 14 de julho de 1967. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/decret/1992/decreto-635-21-agosto-1992-449103-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 25 mai. 2011.

³² BRASIL. Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial. Anexo do Decreto n. 1.263,

estendido a adesão brasileira aos arts 1º a 12 e ao art. 28, alínea 1ª, todos da CUP, tal como alterados pela Revisão de Estocolmo. Embora a Revisão de 1967 da Convenção da União de Paris tenha se dado em *Estocolmo*, observa-se que, atualmente, alude-se, por vezes, à CUP também como *Convenção de Paris (1967)*, em referência à redação entalhada àquela pela *Revisão de Estocolmo*, justamente no ano de 1967 – conforme ressaltado pelo Governo brasileiro na nota de rodapé n. 2 da nossa tradução oficial do TRIPS, constante do Anexo do Decreto n. 1.355, de 30 de dezembro de 1994³³.)

4 OS REGIMES JURÍDICOS BRASILEIROS DE PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

No Direito *brasileiro*, o regime jurídico *geral* dos direitos intelectuais radica na Lei n. 9.601, de 19 de fevereiro de 1998, a Lei dos Direitos Autorais – LDA³⁴, a regular a proteção jurídica dos direitos *morais* (art. 24, incisos I a VII)³⁵ – em essência, enfeixa os direitos autorais relativos ao *poder* do autor *sobre a obra* que confeccionou, inclusive “*de ligar seu nome à obra que produziu*”³⁶ – e *patrimoniais* (art. 37, incisos I a X)³⁷ – “*protegem os interesses*

de 10 de outubro de 1994. Ratifica a declaração de adesão aos arts. 1º a 12 e ao art. 28, alínea I, do texto da revisão de Estocolmo da Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and1263-94.pdf>. Acesso em: 23 mai. 2011.

³³ BRASIL. Anexo do Decreto n. 1.355, de 30 de dezembro de 1994. Promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D1355.htm>. Acesso em: 23 mai. 2011.

³⁴ BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da propriedade intelectual: a proteção do software; do sigilo dos testes para registro de comercialização; topografia de circuitos integrados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, t. 3, p. 1.885.

³⁵ O rol legal de direitos morais do autor se encontra disposto nos incisos I a VII do art. 24 do Código Civil de 2002, *verbo ad verbum*: “Art. 24. São direitos morais do autor: I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra; II - o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra; III - o de conservar a obra inédita; IV - o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-la, como autor, em sua reputação ou honra; V - o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada; VI - o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem; VII - o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado.” Cf. BRASIL. Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9610.htm>>. Acesso em: 17 mai. 2011, grifo nosso.

³⁶ AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 307.

³⁷ Os incisos I a X do art. 29 do CCB/2002 enfileiram *elenco exemplificativo (numerus apertus)* de direitos patrimoniais do autor, *in litteris*: “Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como: I - a reprodução parcial ou integral; II - a

financeiros do autor relativos à sua obra”³⁸ — dos autores das produções intelectuais de cunho *literário, artístico e científico* correspondentes ao “direito autoral *padrão*”³⁹.

A par do regime jurídico *geral* de propriedade intelectual positivado na indicada Lei n. 9.601/1998, no âmbito dos *direitos intelectuais* também ganha destaque, no ordenamento jurídico pátrio, o regime jurídico dos direitos de *propriedade industrial* ou dos *direitos industriais*⁴⁰. Relaciona-se a manifestações do intelecto humano a repercutirem no ambiente do *comércio e da indústria* (inclusive na seara da indústria *agrícola e extrativista*, assim como dos produtos *manufaturados e minerais*)⁴¹, reguardadas pela Lei n. 9.279, de

edição; III - a adaptação, o arranjo musical e quaisquer outras transformações; IV - a tradução para qualquer idioma; V - a inclusão em fonograma ou produção audiovisual; VI - a distribuição, quando não intrínseca ao contrato firmado pelo autor com terceiros para uso ou exploração da obra; VII - a distribuição para oferta de obras ou produções mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para percebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por quem formula a demanda, e nos casos em que o acesso às obras ou produções se faça por qualquer sistema que importe em pagamento pelo usuário; VIII - a utilização, direta ou indireta, da obra literária, artística ou científica, mediante: a) representação, recitação ou declamação; b) execução musical; c) emprego de alto-falante ou de sistemas análogos; d) radiodifusão sonora ou televisiva; e) captação de transmissão de radiodifusão em locais de frequência coletiva; f) sonorização ambiental; g) a exibição audiovisual, cinematográfica ou por processo assemelhado; h) emprego de satélites artificiais; i) emprego de sistemas óticos, fios telefônicos ou não, cabos de qualquer tipo e meios de comunicação similares que venham a ser adotados; j) exposição de obras de artes plásticas e figurativas; IX - a inclusão em base de dados, o armazenamento em computador, a microfilmagem e as demais formas de arquivamento do gênero; X - quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas.” Cf. BRASIL. Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9610.htm>>. Acesso em: 17 mai. 2011, grifo nosso.

³⁸ ARAÚJO, Nizete Lacerda; GUERRA, Bráulio Madureira. *Dicionário de propriedade intelectual*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 88, grifo nosso.

³⁹ BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da propriedade intelectual: a proteção do software; do sigilo dos testes para registro de comercialização; topografia de circuitos integrados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, t. 3, p. 1.874.

⁴⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 85.

⁴¹ Tal amplitude do campo de incidência da *propriedade industrial* se infere da leitura do vigente art. 1, n. 3 da Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial ou *Convenção da União de Paris – CUP*, de 20 de março de 1883 (dispositivo cuja redação atual espelha as sutis alterações promovidas pela Revisão ou Ato de Estocolmo, de 14 de julho de 1967), *ipsis litteris*: “Art. 1º [...] 3) A propriedade industrial entende-se na mais ampla acepção e aplica-se não só à indústria e ao comércio propriamente ditos, mas também às indústrias agrícolas e extrativas e a todos os produtos ou naturais, por exemplo: vinhos, cereais, tabaco em folha, frutas, animais, minérios, águas minerais, cervejas, flores, farinhas.” Cf. BRASIL. Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial. Anexo do Decreto n. 1.263, de 10 de outubro de 1994. Ratifica a declaração de adesão aos arts. 1º a 12 e ao art. 28, alínea I, do texto da revisão de Estocolmo da Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and1263-94.pdf>. Acesso em: 23 mai. 2011, grifo nosso. Isso posto, cumpre recordar: tendo em vista que o Estado brasileiro, ao promulgar a Revisão de Estocolmo por meio do Decreto n. 75.752, de 23 de maio de 1975, fê-lo com reservas, a adesão do País ao supracitado art. 1º, bem como aos arts. 2º a 12 e ao art. 28 (1), todos da CUP, somente ocorreu na década de 1990, com o advento do art. 1º do Decreto n. 635, de 21 de agosto de 1992, ato presidencial ratificado pelo art. 1º do Decreto n. 1.263, de 10 de outubro de

14 de maio de 1996 (a Lei de Propriedade Industrial – LPI ou o Código da Propriedade Industrial – CPI⁴²), por meio das concessões (a) de *patentes de invenção* e de *modelo de utilidade* (art. 2º, inciso I), (b) do *registro de desenho industrial* (art. 2º, inciso I), (c) do *registro de marca* (art. 2º, inciso I), (d) do *registro de indicações geográficas* (art. 182, parágrafo único) e do registro de contratos de *transferência de tecnologia e franquia* (art. 211, *caput*), bem como da (e) repressão às *falsas indicações geográficas* (art. 2º, inciso I) e da (f) repressão à *concorrência desleal* (art. 2º, inciso I).

Afora os dois *principais* regimes jurídicos brasileiros de proteção aos *direitos intelectuais* – regulados nas mencionadas Leis ns. 9.601/1998 (Direito Autoral Padrão) e 9.279/1996 (Direito Industrial) –, existem *quatro* microssistemas jurídicos também pertinentes à propriedade intelectual, mas com abrangência *menor* e escopo *mais* restrito:

(1) O regime jurídico dos direitos de propriedade intelectual (industrial) *específicos de programas de computador*. Disciplinado pela Lei n. 9.609, de 19 de fevereiro de 1998, a denominada Lei do Software⁴³ — LS, a qual define *programa de computador* nestes termos (art. 1º):

[...] Programa de computador é a expressão de um *conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados*.⁴⁴

(2) O regime jurídico dos direitos de propriedade intelectual (industrial) *específico das topografias dos circuitos integrados*. Disciplinado pela Lei n. 11.484, de 31 de maio de 2007, a Lei da Topografia dos Circuitos Integrados – LTCI. Tal diploma legislativo assim define a *topografia* de circuitos integrados (art. 26, inciso II⁴⁵):

1994. Na atualidade (ano-base: 2011), o art. 1, n. 3, da CUP *permanece* vigente, porquanto *chancelado* pelo art. 2º (1) do TRIPS.

⁴² BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da propriedade intelectual*: uma introdução à propriedade intelectual; bases constitucionais da propriedade intelectual; a doutrina da concorrência; a propriedade intelectual como um direito de cunho internacional; propriedade intelectual e tutela da concorrência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, t. 1, p. 10.

⁴³ ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. Livro introdutório ao Direito das Coisas e o Direito Civil. In: ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda; ALVIM, Thereza Celina Diniz de Arruda; CLÁPIS, Alexandre Laizo. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 11, t. 1, p. 95.

⁴⁴ BRASIL. Lei n. 9.609, de 19 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L9609.htm>>. Acesso em: 17 mai. 2011, grifo nosso.

⁴⁵ A definição positivada no art. 26, inciso II, da Lei n. 11.484/2007 abrange *todas* as espécies do gênero

[...] topografia de circuitos integrados significa uma *série de imagens relacionadas, construídas ou codificadas sob qualquer meio ou forma, que represente a configuração tridimensional das camadas que compõem um circuito integrado, e na qual cada imagem represente, no todo ou em parte, a disposição geométrica ou arranjos da superfície do circuito integrado em qualquer estágio de sua concepção ou manufatura*.⁴⁶

(3) O regime jurídico dos direitos de propriedade intelectual *específico* das⁴⁷ *cultivares* (“*novas variedades vegetais*”⁴⁸). Disciplinado pela Lei n. 9.456, de 25 de abril de 1997, a Lei de Proteção de Cultivares — LPC, que deste modo define a *cultivar* (art. 3º, inciso IV):

[...] cultivar: a *variedade de qualquer gênero ou espécie vegetal superior que seja claramente distinguível de outras cultivares conhecidas por margem mínima de descritores, por sua denominação própria, que seja homogênea e estável quanto aos descritores através de gerações sucessivas e seja de espécie passível de uso pelo complexo agroflorestal, descrita em publicação especializada disponível e acessível ao público, bem como a linhagem componente de híbridos* [...]⁴⁹

programa de computador, de forma que são *impertinentes*, no contexto legal brasileiro, as distinções *jurisprudenciais* (usuais sobretudo no exterior) “entre *programa-aplicativo* e *programa-básico*, ou entre *firmware* e os programas não inclusos no *hardware*”. Cf. BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da propriedade intelectual: a proteção do software*; do sigilo dos testes para registro de comercialização; topografia de circuitos integrados. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, t. 3, p. 1.851-1.852, grifo do autor.

⁴⁶ BRASIL. Lei n. 11.484, de 31 de maio de 2007. Dispõe sobre os incentivos às indústrias de equipamentos para TV Digital e de componentes eletrônicos semicondutores e sobre a proteção à propriedade intelectual das topografias de circuitos integrados, instituindo o Programa de Apoio ao Desenvolvimento Tecnológico da Indústria de Semicondutores — PADIS e o Programa de Apoio ao Desenvolvimento Tecnológico da Indústria de Equipamentos para a TV Digital — PATVD; altera a Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993; e revoga o art. 26 da Lei n. 11.196, de 21 de novembro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111484.htm>. Acesso em: 17 mai. 2011, grifo nosso.

⁴⁷ Conquanto o *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa* recomende o substantivo *cultivar* no gênero *masculino* (argumenta que “a origem do vocábulo como acrônimo do inglês ‘variedade cultivada’ preconiza o gênero feminino; no entanto, por analogia às substantivações dos verbos latinos, é mais frequente o uso no masculino”), adota-se, neste estudo, o gênero *feminino*, uma vez que *este* foi o acolhido pela *lei de regência* (Lei 9.456/1997, art. 3º, incisos IV a IX). Destarte, em sentido *diverso*, favorável ao uso no masculino do vocábulo *cultivar*, cf. INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS. *Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. 1 CD-ROM.

⁴⁸ SCHOLZE, Simone Henriqueta Cossetin. *Patentes, transgênicos e clonagem: implicações jurídicas e bioéticas*. Brasília, DF: UnB, 2002, p. 117, grifo nosso.

⁴⁹ BRASIL. Lei n. 10.603, de 17 de dezembro de 2002. Dispõe sobre a proteção de informação não divulgada submetida para aprovação da comercialização de produtos e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10603.htm>. Acesso em: 17 mai. 2011.

(4) O regime jurídico da Lei n. 10.603⁵⁰, de 17 de dezembro de 2002, destinada à *proteção, contra* o uso comercial *desleal*, de informações relativas aos *resultados de testes* ou relacionadas a outros dados *não* divulgados, apresentados às autoridades competentes como condição para *aprovar* ou manter o *registro* para a *comercialização* de (a) produtos *farmacêuticos* de uso *veterinário*, (b) *fertilizantes*, (c) *agrotóxicos*, assim como (d) seus componentes e afins (paráfrase do art. 1º, *caput*⁵¹).

(5) E o regime jurídico da Lei n. 12.270, de 24 de junho de 2010⁵², a enfeixar medidas de *suspensão* de (a) concessões ou (b) de outras obrigações do País relativas aos direitos de *propriedade intelectual* e correlatos, em casos de *descumprimento* de *obrigações multilaterais* por Estado-membro da Organização Mundial do Comércio — OMC, quando o Brasil tenha sido *autorizado* pelo Órgão de Solução de Controvérsias da OMC a *assim proceder* (paráfrase do art. 1º).

Em suma, consoante elucida a susomencionada Lei n. 12.270/2010 (art. 2º, inciso IV, alíneas *a* a *k*), os direitos concernentes à *propriedade intelectual* abarcam (a) *obras literárias, artísticas e científicas*, (b) *artistas intérpretes* ou *executantes*, *produtores de fonogramas* e *organismos de radiodifusão*, (c) *programas de computador*, (d) *marcas*, (e) *indicações geográficas*, (f) *desenhos industriais*, (g) *patentes de invenção* e de *modelos de utilidade*, (h) *cultivares* ou *variedades vegetais*, (i) *topografias* de circuitos integrados, (j) *informações confidenciais* ou *não divulgadas*, e (k) *demais* direitos de propriedade intelectual estabelecidos pela legislação brasileira vigente.

Inclui-se no rol do direito de propriedade a salvaguarda ao *nome empresarial* (o qual tem como espécies “o nome ou a firma do empresário individual, a razão social das”⁵³ *sociedades empresárias* atuantes “sob a firma e a denominação das sociedades anônimas e limitadas”⁵⁴), à luz da exegese

⁵⁰ BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da propriedade intelectual: uma introdução à propriedade intelectual; bases constitucionais da propriedade intelectual; a doutrina da concorrência; a propriedade intelectual como um direito de cunho internacional; propriedade intelectual e tutela da concorrência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, t. 1, p. 9.

⁵¹ BRASIL. Lei n. 9.456, de 25 de abril de 1997. Institui a Lei de Proteção de Cultivares e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9456.htm>. Acesso em: 17 maio 2011.

⁵² BRASIL. Lei n. 12.270, de 24 de junho de 2010. Dispõe sobre medidas de suspensão de concessões ou outras obrigações do País relativas aos direitos de propriedade intelectual e outros, em casos de descumprimento de obrigações do Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9456.htm>. Acesso em: 17 maio 2011.

⁵³ SILVEIRA, Newton. *Propriedade intelectual: propriedade intelectual, direito de autor, software, cultivares e nome empresarial*. 4. ed. Barueri: Manole, 2011, p. 16.

⁵⁴ *Ibid.*, loc. cit.

ampliativa do texto vigente do art. 1º, n. 2, da CUP⁵⁵, ou seja, interpretando-o *em conformidade* com o art. 1.155 do CCB/2002⁵⁶, que cunha a locução *nome empresarial*, em vez da expressão *nome comercial* adotada pelo texto literal do art. 1º, n. 2, da CUP⁵⁷ e da proteção às firmas e denominações *comerciais* assegurada pelo art. 2º, inciso VIII, da Convenção da OMPI⁵⁸, de modo que se entenda que a ordem jurídica brasileira *não apenas* resguarda o *nome comercial* (das sociedades *comerciais*) como também *outras* espécies do gênero *nome empresarial*⁵⁹, proteção a abarcar, dessarte, os nomes das sociedades empresárias *em geral*, *tanto* das sociedades comerciais *quanto* das demais sociedades empresárias (*verbi gratia*, as sociedades industriais, financeiras, securitárias e prestadoras de serviços⁶⁰) e das empresas individuais, isto é, das outras pessoas (jurídicas e físicas) que *também* (tais quais as sociedades comerciais) desempenham atividade econômica voltada à *produção ou circulação de bens ou de serviços* (paráfrase do art. 966, *caput*, do CCB/2002). (A primazia do *nome empresarial*, em detrimento do *nome comercial*, decorre de o Estatuto Civil de 2002 ter *unificado* as “obrigações civis e comerciais, mediante o conceito de empresa”⁶¹, sob a égide do Livro II da sua Parte Especial, intitulado *Do Direito de Empresa*.)

⁵⁵ Art. 1º, n. 2, da CUP, *ipsissima verba*: “2) A proteção da propriedade industrial tem por objeto as patentes de invenção, os modelos de utilidade, os desenhos ou modelos industriais, as marcas de fábrica ou de comércio, as marcas de serviços, o *nome comercial* e as indicações de proveniência ou denominações de origem, bem como a repressão da concorrência desleal.” Cf. BRASIL. Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial. Anexo do Decreto n. 1.263, de 10 de outubro de 1994. Ratifica a declaração de adesão aos arts. 1º a 12 e ao art. 28, alínea 1, do texto da revisão de Estocolmo da Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and1263-94.pdf>. Acesso em: 23 mai. 2011, grifo nosso.

⁵⁶ Art. 1.155 do Código Civil de 2002, *ad litteram*: “Art. 1.155. Considera-se nome empresarial a firma ou a denominação adotada, de conformidade com este Capítulo, para o exercício de empresa.” Cf. BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 25 mai. 2011.

⁵⁷ BRASIL. Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial. Anexo do Decreto n. 1.263, de 10 de outubro de 1994. Ratifica a declaração de adesão aos arts. 1º a 12 e ao art. 28, alínea 1, do texto da revisão de Estocolmo da Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and1263-94.pdf>. Acesso em: 23 maio 2011.

⁵⁸ BRASIL. Anexo do Decreto n. 75.541, de 31 de março de 1975. Promulga a Convenção que institui a Organização Mundial da Propriedade Intelectual. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-75541-31-marco-1975-424175-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 25 maio 2011.

⁵⁹ Adotado pelo empresário individual e pela sociedade empresária, constante de contrato ou estatuto societário, o nome empresarial consiste em proteção no âmbito das “relações de crédito” e contra a concorrência desleal. Cf. SILVEIRA, Newton. *Propriedade intelectual*: propriedade intelectual, direito de autor, *software*, cultivares e nome empresarial. 4. ed. Barueri: Manole, 2011, p. 16.

⁶⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*: direito de empresa. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1, p. 27.

⁶¹ KLEE, Antonia Espindola Longoni. A unificação do direito privado e as relações entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil. *Revista CEJ*, Brasília, DF, v. 11, n. 39, out.-dez. 2007, p. 69. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewArticle/948>>. Acesso em: 9 jun. 2011.

5 A PROPRIEDADE INTELECTUAL EM BIOTECNOLOGIA NO DIREITO BRASILEIRO

Apropriedade intelectual em biotecnologia se materializa por intermédio (1) da *proteção jurídica às cultivares* (regulada pela Lei n. 9.456/1997, a Lei de Proteção de Cultivares) e (2) da *patente de invenção biotecnológica* (regulada pela Lei n. 9.279/1996, a Lei de Propriedade Industrial)⁶².

A propriedade intelectual de *cultivares* possui regime jurídico *diferenciado (sui generis)*⁶³, já que as *novas variedades* ou melhoramentos vegetais se encontram “*explicitamente excluídas* da patenteabilidade pela nova Lei de Propriedade Industrial”⁶⁴, porquanto a Lei n. 9.279/1996, por meio dos seus arts. 18, inciso III⁶⁵, e 10, inciso XI⁶⁶, *veda* patentes de *plantas e partes* de plantas (além de proibir patentes de genes, animais e partes de animais e microrganismos, salvo os microrganismos transgênicos⁶⁷)⁶⁸.

O regime jurídico de propriedade intelectual de que cuida a *Lei n. 9.456/1997* (Lei de Proteção de Cultivares) diz respeito ao registro da *própria* variedade vegetal fruto do melhoramento de *determinada* planta ou oriunda do *cruzamento* de linhagens *preexistentes* de plantas *naturais* ou *modificadas*

⁶² DEL NERO, Patrícia Aurélia. *Biotechnologia: análise crítica do marco jurídico regulatório*. São Paulo: RT, 2008, p. 48.

⁶³ IACOMINI, Vanessa. Os direitos de propriedade intelectual e a biotecnologia. In: IACOMINI, Vanessa (Org.). *Propriedade intelectual e biotecnologia*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 24. Nesse sentido: DI BLASI, Gabriel; TEDESCHI, Patrícia Pereira. A proteção de cultivares no Brasil. In: ROMEO-CASABONA, Carlos Maria; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Org.). *Desafios jurídicos da biotecnologia*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007. Cap. 15, p. 432.

⁶⁴ SCHOLZE, Simone Henriqueta Cossetin. *Patentes, transgênicos e clonagem: implicações jurídicas e bioéticas*. Brasília, DF: UnB, 2002, p. 117, grifo nosso.

⁶⁵ Art. 18, inciso III, da Lei n. 9.279/1996, *ipsis verbis*: “Art. 18. Não são patenteáveis: [...] III - o todo ou parte dos seres vivos, exceto os microrganismos transgênicos que atendam aos três requisitos de patenteabilidade - novidade, atividade inventiva e aplicação industrial - previstos no art. 8º e que não sejam mera descoberta.” Cf. BRASIL. Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm>. Acesso em: 17 mai. 2011, grifo nosso, ortografia adaptada ao Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa assinado em 16 de novembro 1990.

⁶⁶ Art. 10, inciso XI, da Lei n. 9.279/1996, *verbatim*: “Art. 10. Não se considera invenção nem modelo de utilidade: [...] IX - o todo ou parte de seres vivos naturais e materiais biológicos encontrados na natureza, ou ainda que dela isolados, inclusive o genoma ou germoplasma de qualquer ser vivo natural e os processos biológicos naturais.” Cf. BRASIL. Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm>. Acesso em: 17 maio 2011, grifo nosso.

⁶⁷ Fundamento legal: art. 18, inciso III, *in fine*, da Lei n. 9.279/1996 (dispositivo cuja redação se transcreveu em nota de rodapé anterior). Cf. BRASIL. Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm>. Acesso em: 17 maio 2011.

⁶⁸ VARELLA, Marcelo Dias. Políticas públicas para propriedade intelectual no Brasil. In: Marcelo Dias Varella (Org.). *Propriedade intelectual e desenvolvimento*. São Paulo: Aduaneiras/Lex, 2005. Cap. 5, p. 229.

geneticamente, ao passo que a *biopatente* se vincula ao regime de propriedade intelectual de que trata a *Lei n. 9.279/1996* (Lei de Propriedade Industrial), ou seja, este diploma legislativo – ao contrário *daquele* – não concerne à proteção jurídica da propriedade intelectual da *nova* variedade vegetal, mas ao *resguardo* da propriedade intelectual relativa à *tecnologia* que propiciou o advento dessa cultivar (a *biopatente*, em outras palavras, não incide sobre a própria variedade vegetal, mas sobre a *tecnologia* que proporcionou o surgimento desse melhoramento vegetal).

Nesse sentido, exemplificam Di Blasi e Tedeschi:

Com o intuito de facilitar o entendimento referente à *diferença* entre o *objeto* protegido pelo *registro cultivar* e o *objeto* protegido pela *patente*, em linhas gerais, vale afirmar que o *primeiro* trata da *própria* espécie vegetal, cujo resultado foi obtido por meio de *melhoramento* de uma *planta* ou de *cruzamento* de *linhagens* de *plantas*, naturais ou geneticamente modificadas, que já existem. Esse resultado será denominado *cultivar protegida*. Já o *segundo* objeto pode tratar, por exemplo, da *tecnologia* de um *vegetal* geneticamente modificado, cujo objetivo é conferir *alguma* característica *nova* a esse *vegetal* em relação à *mesma* espécie de vegetal que *já* existe na natureza. Por exemplo, uma espécie transgênica para resistir ao ataque de alguma espécie de praga, sendo que em condições naturais essa espécie não resistiria.⁶⁹

5.1 Requisitos para o registro de cultivares

Os requisitos para o *registro de cultivares* dizem respeito (1) à *novidade*, (2) à *distinguibilidade*, à (3) *denominação própria*, (4) à *homogeneidade* e (5) à *estabilidade*.

5.1.1 *Novidade*

No caso das cultivares, ao contrário das patentes de invenções e modelos de utilidade (art. 11, *caput* e § 1º, da Lei n. 9.279/1996), o requisito da *novidade* não significa exigir “que a variedade vegetal seja *absolutamente* nova”⁷⁰, em nível *mundial*, quanto ao “*estado da técnica*”⁷¹, mas que não tenha “sido comercializada em prazo *anterior* à proteção da variedade”⁷².

⁶⁹ DI BLASI, Gabriel; TEDESCHI, Patrícia Pereira. A proteção de cultivares no Brasil. In: ROMEO-CASABONA, Carlos María; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Org.). *Desafios jurídicos da biotecnologia*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007. Cap. 15, p. 432-433, grifo nosso.

⁷⁰ Ibid., p. 433, grifo nosso.

⁷¹ Ibid., loc. cit., grifo nosso.

⁷² Ibid., loc. cit.

Nesse diapasão, aos olhos das balizas do art. 3º, inciso V, da mencionada Lei n. 9.456/1997, a *nova cultivar* (a) *não* deve ter sido oferecida à venda no Brasil *há mais de 12 (doze) meses* relativamente à *data do pedido de proteção* e, além disso, (b) *não* deve ter sido oferecida à venda *no exterior* (ainda que com a anuência do obtentor) *há mais de 6 (seis) anos*, em caso de espécies de *árvores e videiras*, e *há mais de 4 (quatro) anos*, no tocante às *demais espécies*.

Art. 3º [...]

[...]

V - *nova cultivar*: a cultivar que *não* tenha sido oferecida à venda no Brasil *há mais de doze meses em relação à data do pedido de proteção* e que, *observado* o prazo de comercialização no Brasil, *não tenha sido oferecida à venda em outros países*, com o consentimento do obtentor, *há mais de seis anos para espécies de árvores e videiras e há mais de quatro anos para as demais espécies*; [...]⁷³

5.1.2 *Distinguibilidade*

A *distinguibilidade* (também referida⁷⁴ por *distintividade*⁷⁵) se reporta ao “*conjunto de qualidades que [...] a distingue das demais cultivares*”⁷⁶, tais quais a coloração, a resistência e a textura⁷⁷.

Explica Varella: “A planta *não* poderá ser *idêntica* a uma *já* existente na natureza e, obviamente, também *não* poderá ser *idêntica* a uma *já* registrada no *país* ou em países com os quais o Brasil *mantém tratados*.”⁷⁸

⁷³ BRASIL. Lei n. 9.456, de 25 de abril de 1997. Institui a Lei de Proteção de Cultivares e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9456.htm>. Acesso em: 17 mai. 2011, grifo nosso.

⁷⁴ DI BLASI, Gabriel; TEDESCHI, Patrícia Pereira. A proteção de cultivares no Brasil. In: ROMEO-CASABONA, Carlos María; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Org.). *Desafios jurídicos da biotecnologia*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007. Cap. 15, p. 433.

⁷⁵ Por cautela, adota-se neste trabalho o vocábulo *distinguibilidade*, em vez de *distintividade* (empregado pelo magistério de Di Blasi e Tedeschi), porquanto o primeiro consiste em palavra consolidada em dicionários influentes da língua portuguesa do Brasil, a exemplo dos Dicionários Aurélio e Houaiss, ao passo que o termo *distintividade* é de registro mais incipiente, já se encontrando consignado no *Vocabulário Ortográfico da Língua Portuguesa — VOLP*, organizado pela Academia Brasileira de Letras – ABL. Cf. ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. *Vocabulário ortográfico da língua portuguesa*. 5. ed. São Paulo: Global, 2009. Disponível em: <<http://www.academia.org.br/abl/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?sid=23>>. Acesso em: 13 jun. 2011; FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 695; INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS. *Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. 1 CD-ROM.

⁷⁶ DI BLASI, Gabriel; TEDESCHI, Patrícia Pereira. Op. cit., loc. cit., grifo nosso.

⁷⁷ Ibid., loc. cit.

⁷⁸ VARELLA, Marcelo Dias. *Propriedade intelectual de setores emergentes: biotecnologia, fármacos e informática*; de acordo com a Lei n. 9.279, de 14-5-1996. São Paulo: Atlas, 1996, p. 85, grifo nosso.

Para que determinada variedade vegetal receba a proteção jurídica da Lei n. 9.456/1997, *desnecessário* se revelar “*mais rentável* que o original”⁷⁹, porém *imprescindível* “possuir distância genética *mínima* das demais”⁸⁰.

O critério da *distinguibilidade* visa a prevenir o “melhoramento *cosmético*”⁸¹: sua finalidade radica em evitar “as ‘*maquilagens*’ ou *fraudes biotecnológicas*”⁸² que buscam constituir “uma *nova planta*”⁸³ de modo *apenas* aparente, somente se modificando em tal vegetal “*pequena* característica de *pouca* importância”⁸⁴.

O art. 3º, inciso IV, da multicitada Lei n. 9.456/1997, ao concernir à *clara distinguibilidade* “de outras cultivares *conhecidas*”⁸⁵, *restringe* a exigência de *novidade* ao *universo* da fauna *conhecida* (*não* impõe a novidade em relação a *toda* a fauna *existente*), sob a premissa implícita de que não se conhece toda a fauna, aspecto que, segundo Varella, “*não é* perceptível *em grande* parte das legislações *estrangeiras*”⁸⁶ (ano-base: 1996).

Art. 3º [...]

[...]

IV - cultivar: a variedade de qualquer gênero ou espécie vegetal superior que seja *claramente distinguível* de outras cultivares *conhecidas* por *margem mínima de descritores*, por sua *denominação própria*, que seja *homogênea* e *estável* quanto aos *descritores* através de *gerações sucessivas* e seja de espécie passível de *uso* pelo *complexo agroflorestal*, *descrita em publicação especializada disponível e acessível ao público*, bem como a *linhagem componente de híbridos*; [...]⁸⁷

⁷⁹ Ibid., loc. cit., grifo nosso.

⁸⁰ Ibid., loc. cit., grifo nosso.

⁸¹ Ibid., p. 94, grifo nosso.

⁸² Ibid., p. 85, grifo nosso.

⁸³ Ibid., p. 94, grifo nosso.

⁸⁴ Ibid., loc. cit., grifo nosso.

⁸⁵ BRASIL. Lei n. 9.456, de 25 de abril de 1997. Institui a Lei de Proteção de Cultivares e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9456.htm>. Acesso em: 17 mai. 2011, grifo nosso.

⁸⁶ VARELLA, Marcelo Dias. *Propriedade intelectual de setores emergentes*: biotecnologia, fármacos e informática; de acordo com a Lei n. 9.279, de 14-5-1996. São Paulo: Atlas, 1996, p. 94, grifo nosso.

⁸⁷ BRASIL. Lei n. 9.456, de 25 de abril de 1997. Institui a Lei de Proteção de Cultivares e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9456.htm>. Acesso em: 17 mai. 2011, grifo nosso.

A *pedra de toque* do critério da distinguibilidade reside na “*descrição biológica da variedade*”⁸⁸, da qual se extrai “a *definição técnica*”⁸⁹ a *diferenciar uma variedade vegetal de outra*.

5.1.3 Denominação própria

O critério da distinguibilidade tem como corolário o critério da *denominação própria*, o que pressupõe “denominação *correta*, para evitar confusões no momento da *busca* de determinada cultivar ou mesmo na *verificação dos demais requisitos*”⁹⁰.

5.1.4 Homogeneidade

Por *homogeneidade* ou *uniformidade* compreende-se a *capacidade* da cultivar “de *não* produzir variações *durante* diferentes multiplicações”⁹¹, a *indispensabilidade* de “que o *conjunto de descritores* que *identificam* a planta esteja *presente* em *todas* as cultivares”⁹² e o caráter *uniforme* das plantas “em suas características *relevantes*, *salvo* as variações *previsíveis* [...] em razão das particularidades de sua *multiplicação* ou *reprodução*”⁹³.

Em síntese, “as plantas de *uma* variedade devem ser *todas iguais* ou *muito semelhantes*, dependendo do *grau de similaridade* da natureza do *método de propagação*”⁹⁴.

⁸⁸ MIRANDA, Juliana Fonseca e. *Propriedade intelectual e biotecnologia agrícola: análise de caso do controle da produção brasileira de soja pela Monsanto*. 67 f. Monografia (Graduação) — Curso de Direito, Brasília, DF, 2005, p. 41. Disponível em: <<http://www.uniceub.br/curso/Mestrado/Casoteca/casos/PROPRIEDADE%20INTELLECTUAL%20E%20BIOTECNOLOGIA%20AGRICOLA.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2011, grifo nosso.

⁸⁹ VARELLA, Marcelo Dias. Op. cit., loc. cit., grifo nosso.

⁹⁰ Id. Biodiversidade: o Brasil e o quadro internacional. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, DF, v. 40, n.1, jan.-jun. 1997, p. 135. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbpi/v40n1/v40n1a05.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2011, grifo nosso.

⁹¹ DI BLASI, Gabriel; TEDESCHI, Patrícia Pereira. A proteção de cultivares no Brasil. In: ROMEO-CASABONA, Carlos María; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Org.). *Desafios jurídicos da biotecnologia*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007. Cap. 15, p. 433, grifo nosso.

⁹² VARELLA, Marcelo Dias. Biodiversidade: o Brasil e o quadro internacional. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, DF, v. 40, n.1, jan.-jun. 1997, p. 135. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbpi/v40n1/v40n1a05.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2011, grifo nosso.

⁹³ MIRANDA, Juliana Fonseca e. *Propriedade intelectual e biotecnologia agrícola: análise de caso do controle da produção brasileira de soja pela Monsanto*. 67 f. Monografia (Graduação) — Curso de Direito, Brasília, DF, 2005, p. 41. Disponível em: <<http://www.uniceub.br/curso/Mestrado/Casoteca/casos/PROPRIEDADE%20INTELLECTUAL%20E%20BIOTECNOLOGIA%20AGRICOLA.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2011, grifo nosso.

⁹⁴ Ibid., loc. cit., grifo nosso.

5.1.5 Estabilidade

Imbricado no requisito da *homogeneidade*, o requisito da *estabilidade* diz respeito à exigência de que a cultivar tenha “as *mesmas* características *preponderantes* descritas nas gerações *pretéritas* a ela”⁹⁵ e que *preserve* “suas *características* ao longo das gerações *seguintes*”⁹⁶, de forma que as características da variedade continuem “*inalteradas* depois de *repetida* propagação ou, no caso de *ciclo específico* de propagação, *ao final* de cada ciclo”⁹⁷.

O registro de determinada variedade vegetal *deixará de ser válido* “caso haja *grande variabilidade genética* do cultivar, *ao longo do tempo*, o que pode ocorrer, quando da evolução natural das espécies”⁹⁸.

Em outras palavras, parafraseando-se os termos do art. 3º, inciso VIII, da multicitada Lei n. 9.456/1997, a cultivar, ao ser *reproduzida em escala comercial*, precisa *manter* a sua *homogeneidade* por meio de *gerações sucessivas*.

Art. 3º [...]

[...]

VIII - cultivar *estável*: a cultivar que, *reproduzida em escala comercial*, *mantenha a sua homogeneidade através de gerações sucessivas*;⁹⁹ [...]

Assim sendo, a “*variedade* deve [...]”¹⁰⁰ – pontua Miranda – “*permanecer a mesma* num período de *repetida propagação* de sementes ou outros métodos”¹⁰¹. Conclui Varella: “Logo, se a produtividade da planta *cai rapidamente*, como nos *híbridos*, a cultivar *não é* estável e, portanto, não pode ser protegida.”¹⁰²

⁹⁵ DI BLASI, Gabriel; TEDESCHI, Patrícia Pereira. Op. cit., loc. cit., grifo nosso.

⁹⁶ VARELLA, Marcelo Dias. *Propriedade intelectual de setores emergentes*: biotecnologia, fármacos e informática; de acordo com a Lei n. 9.279, de 14-5-1996. São Paulo: Atlas, 1996, p. 85, grifo nosso.

DI BLASI, Gabriel; TEDESCHI, Patrícia Pereira. Op. cit., loc. cit., grifo nosso.

⁹⁷ MIRANDA, Juliana Fonseca e. Op. cit., p. 42. Disponível em: <<http://www.uniceub.br/curso/Mestrado/Casoteca/casos/PROPRIEDADE%20INTELCTUAL%20E%20BIOTECNOLOGIA%20AGRICOLA.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2011, grifo nosso.

⁹⁸ VARELLA, Marcelo Dias. Op. cit., p. 95, grifo nosso.

⁹⁹ BRASIL. Lei n. 9.456, de 25 de abril de 1997. Institui a Lei de Proteção de Cultivares e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9456.htm>. Acesso em: 17 maio 2011, grifo nosso.

¹⁰⁰ MIRANDA, Juliana Fonseca e. *Propriedade intelectual e biotecnologia agrícola*: análise de caso do controle da produção brasileira de soja pela Monsanto. 67 f. Monografia (Graduação) — Curso de Direito, Brasília, DF, 2005, p. 42. Disponível em: <<http://www.uniceub.br/curso/Mestrado/Casoteca/casos/PROPRIEDADE%20INTELCTUAL%20E%20BIOTECNOLOGIA%20AGRICOLA.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2011, grifo nosso.

¹⁰¹ Ibid., loc. cit., grifo nosso.

¹⁰² VARELLA, Marcelo Dias. Biodiversidade: o Brasil e o quadro internacional. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, DF, v. 40, n.1, jan.-jun. 1997, p. 135. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbpi/v40n1/v40n1a05.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2011, grifo nosso.

Em essência, a manutenção da *homogeneidade* redundante na *estabilidade*:

[...] a planta será *homogênea* quando suas características são transmitidas *ao longo das gerações*. Será *estável* quando *ao longo* de seus ciclos reprodutivos *não* sofrer alterações genéticas significativas, *mantendo* suas características *principais*, com descritores *estáveis*, ou seja, *mantendo* a sua *homogeneidade*.¹⁰³

No entanto, caso se afigure necessário escoimar eventuais dúvidas quanto à estabilidade, recomenda-se o cultivo de “uma nova geração”¹⁰⁴ ou o advento de “uma nova colheita de sementes”¹⁰⁵, com o fito de *aferrar* “se a variedade mostra as *mesmas* características exibidas no material *fornecido* para os testes”¹⁰⁶.

5.2 Requisitos para o registro de patentes de invenção biotecnológica

Já os requisitos para o registro de patentes de invenção biotecnológica se relacionam – tais quais os requisitos das patentes brasileiras de invenções em geral – (1) à *novidade*, (2) à *atividade inventiva*, (3) à *aplicação industrial*, (4) à *suficiência descritiva* e à (5) *anuência prévia* da ANVISA.

5.2.1 *Novidade*

O requisito da *novidade* se reporta à *exigência* de que a *invenção* não esteja inserida no *estado da técnica* “à época do depósito do pedido de patente”¹⁰⁷.

O que é *estado da técnica*? Conforme preceitua o art. 11, § 1º, da Lei n. 9.279/1996, o *estado da técnica* se constitui de “*tudo aquilo tornado acessível ao público antes da data de depósito do pedido de patente, por descrição escrita ou oral, por uso ou qualquer outro meio, no Brasil ou no exterior, ressalvado o disposto nos arts. 12, 16 e 17*”¹⁰⁸.

¹⁰³ VIEIRA, Adriana Carvalho Pinto; VIEIRA-JÚNIOR, Pedro Abel. A tutela jurídica da propriedade intelectual e os direitos dos consumidores. *Revista Brasileira de Sementes*, Londrina, v. 22, n. 1, jan.-jun. 2000, p. 28-29, grifo nosso.

¹⁰⁴ GALVÃO, A. Paulo M. Direitos de propriedade intelectual em inovações vegetais arbóreas para plantios florestais no Brasil. Colombo, Embrapa Florestas, 2001.43 f, p. 30. Disponível em: <<http://www.cnpf.embrapa.br/publica/seriedoc/edicoes/doc55.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2011, grifo nosso.

¹⁰⁵ Ibid., loc. cit., grifo nosso.

¹⁰⁶ Ibid., loc. cit., grifo nosso.

¹⁰⁷ RICCIARDELLI, Juliana. *Os genes humanos no alvo das patentes*. São Paulo: LCTE, 2009, p. 93, grifo nosso.

¹⁰⁸ BRASIL. Lei n. 9.609, de 19 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L9609.htm>>. Acesso em: 17 maio 2011, grifo nosso.

Em outras palavras, o *estado da técnica*, dentro do conceito de *novidade absoluta* acolhido pelo art. 11, § 1º, da Lei n. 9.279/1996, abarca *tudo* o que se tornou *acessível ao público em qualquer parte do mundo* (*desnecessário que a revelação ocorra em local público: “o que importa é se a informação estava acessível e passível de compreensão pelo público”*¹⁰⁹), de forma *escrita* ou *oral*, seja para *várias* pessoas, seja para um *único* indivíduo, desde que *quem obteve*, de forma *não* autorizada, o conhecimento dessa invenção tenha *condições de compreender* o seu teor e *transmiti-lo* a outrem. *Excetua-se* a divulgação a pessoas “*vinculadas por uma obrigação de confidencialidade com o inventor*”¹¹⁰ (nesse caso, *recomenda-se* ao inventor “*o cuidado de comunicar e deixar clara essa obrigação quando da divulgação do evento*”¹¹¹).

O estado da técnica deve ser admitido como tudo o que foi tornado acessível ao público, em todos os recantos do mundo – antes da data de depósito do pedido de patente –, por divulgação escrita ou oral (inclusive desenhos, ilustrações, palestras, exposições, utilizações etc.) que seja capaz de auxiliar a decidir se a invenção ou o modelo de utilidade é novo ou não. Ou seja, a difusão de informações a respeito da invenção ou do modelo de utilidade, em qualquer parte do mundo, torna inválido o seu pedido de patente. [...]

[...]

Para fins da Lei nº 9.279/96, o termo *público* pode ser considerado desde uma multidão de pessoas até uma única pessoa, mas na condição que essa pessoa possua capacidade de entender e comunicar o conteúdo da invenção, desde que não tenha recebido a informação como segredo.¹¹²

Daí se infere que o art. 11, § 1º, da Lei n. 9.279/1996 “define a novidade de forma *negativa*, como sendo tudo aquilo que *não* está compreendido no estado da técnica”¹¹³.

Parafraseando-se a dicção do art. 11, § 2º, da Lei n. 9.279/1996, será considerado estado da técnica, para fins de aferição de novidade, *a partir da data do depósito*, ou da *prioridade reivindicada*, desde que venha a ser *publicado*, mesmo que *subsequentemente*. Destarte, “no momento em

¹⁰⁹ LABRUNIE, Jacques. Requisitos básicos para a proteção das criações industriais. In: JABUR, Wilson Pinheiro; SANTOS, Manoel J. Pereira dos. *Propriedade intelectual: criações industriais, segredos de negócio e concorrência desleal*. São Paulo: Saraiva, 2007. Cap. 2, p. 113, grifo nosso. (Série GVlaw)

¹¹⁰ Ibid., p. 114, grifo nosso.

¹¹¹ Ibid., loc. cit., grifo nosso.

¹¹² DI BLASI, Gabriel. *A propriedade intelectual: os sistemas de marcas, patentes, desenhos industriais e transferência de tecnologia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 193-194.

¹¹³ LABRUNIE, Jacques. Requisitos básicos para a proteção das criações industriais. In: JABUR, Wilson Pinheiro; SANTOS, Manoel J. Pereira dos. *Propriedade intelectual: criações industriais, segredos de negócio e concorrência desleal*. São Paulo: Saraiva, 2007. Cap. 2, p. 111, grifo nosso. (Série GVlaw)

que são publicados os pedidos, estes passam a compor o estado da técnica retroativamente à data do depósito ou da prioridade reivindicada”¹¹⁴.

O *período de graça* consubstancia “a garantia provisória da novidade de uma invenção”¹¹⁵. Franqueia “ao titular do direito”¹¹⁶, em momento anterior à solicitação da patente, “a prioridade para revelar à sociedade as características do objeto da criação, bem como sua aplicação, sem prejudicar sua novidade”¹¹⁷. Permite que a invenção seja *testada* quanto à sua *viabilidade* no âmbito do mercado, *sem* que essa exposição aos eventuais fornecedores e consumidores *obste* sua patenteabilidade (*evita-se* que, ao se realizar tal sondagem mercadológica, “o objeto de uma invenção seja considerado estado da técnica, ou tomado como anterioridade, no momento da análise de um pedido de privilégio”¹¹⁸).

O *período de graça* resta positivado no art. 12 da Lei n. 9.279/1996, *in verbis*:

Art. 12. Não será considerada como estado da técnica a divulgação de invenção ou modelo de utilidade, quando ocorrida durante os 12 (doze) meses que precederem a data de depósito ou a da prioridade do pedido de patente, se promovida:

I - pelo inventor;

II - pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI, através de publicação oficial do pedido de patente depositado sem o consentimento do inventor, baseado em informações deste obtidas ou em decorrência de atos por ele realizados; ou

III - por terceiros, com base em informações obtidas direta ou indiretamente do inventor ou em decorrência de atos por este realizados. Parágrafo único. O INPI poderá exigir do inventor declaração relativa à divulgação, acompanhada ou não de provas, nas condições estabelecidas em regulamento.¹¹⁹

“Esse dispositivo [art. 12 da Lei n. 9.279/96] é de *considerável importância* para a solução de uma patente, na medida em que admite *expressamente* a possibilidade de *primeiramente* divulgar ao público – em seu aspecto mais amplo – o conteúdo *científico* ou *tecnológico* que” – reflexiona

¹¹⁴ Ibid., p. 115, grifo nosso.

¹¹⁵ DI BLASI, Gabriel. Op. cit., p. 194, grifo nosso.

¹¹⁶ Ibid., loc. cit.

¹¹⁷ Ibid., loc. cit., grifo nosso.

¹¹⁸ Ibid., loc. cit., grifo nosso.

¹¹⁹ BRASIL. Lei n. 9.609, de 19 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L9609.htm>>. Acesso em: 17 maio 2011, grifo nosso.

Del Nero¹²⁰ – “*irá consubstanciar a solução*, desde que esta seja formalizada, perante o INPI, observado o prazo final e improrrogável de 12 meses”. Por outro lado, adverte: “se o pedido não for formalizado ao longo desse prazo, o solicitante perde o direito sobre o conteúdo de sua invenção, pois a patente não será concedida, ainda que o seu objeto cumpra todos os requisitos legais, se não houver a observância do requisito da novidade”¹²¹.

“Ao pedido de patente depositado em país que mantenha acordo com o Brasil, ou em organização internacional, que produza efeito de depósito nacional,” – determina o art. 16, caput, da Lei n. 9.279/1996¹²² – “será assegurado direito de prioridade, nos prazos estabelecidos no [respectivo] acordo, não sendo o depósito invalidado nem prejudicado por fatos ocorridos nesses prazos”. Nesse contexto, Lambrunie recorda que se cuida de “regra da prioridade criada [originalmente] pela [atrás mencionada] Convenção da União de Paris [para a Proteção da Propriedade Industrial], constante do art. 4º”¹²³, a franquear o direito de propriedade “ao depositante de um pedido de patente em um país da União, o depósito, dentro do prazo de doze meses, contados do primeiro depósito, o mesmo pedido de patente, nos outros países da União, sem que a novidade seja atingida por eventuais divulgações ocorridas durante este período de doze meses”¹²⁴.

5.2.2 Atividade inventiva

A atividade inventiva pressupõe “invenções in concreto”¹²⁵ com “efeito técnico diferencial”¹²⁶, expressa ideias com utilidade prática e se relaciona a atos de criação que não poderiam ter sido realizados “em condições normais de criação”¹²⁷ por técnico especializado na matéria (“não necessitando este ser alguém que conheça profundamente o assunto”¹²⁸), para quem “a invenção

¹²⁰ DEL NERO, Patrícia Aurélio. *Biotecnologia: análise crítica do marco jurídico regulatório*. São Paulo: RT, 2008 p. 158, grifo nosso.

¹²¹ Ibid., loc. cit., grifo nosso.

¹²² BRASIL. Lei n. 9.609, de 19 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L9609.htm>>. Acesso em: 17 maio 2011, grifo nosso.

¹²³ LABRUNIE, Jacques. Requisitos básicos para a proteção das criações industriais. In: JABUR, Wilson Pinheiro; SANTOS, Manoel J. Pereira dos. *Propriedade intelectual: criações industriais, segredos de negócio e concorrência desleal*. São Paulo: Saraiva, 2007. Cap. 2, p. 116, grifo nosso. (Série GVlaw)

¹²⁴ Ibid., loc. cit., grifo nosso.

¹²⁵ RICCIARDELLI, Juliana. *Os genes humanos no alvo das patentes*. São Paulo: LCTE, 2009, p. 93.

¹²⁶ DI BLASI, Gabriel. *A propriedade intelectual: os sistemas de marcas, patentes, desenhos industriais e transferência de tecnologia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 201, grifo nosso.

¹²⁷ Ibid., loc. cit., grifo nosso.

¹²⁸ LABRUNIE, Jacques. Op. cit., p. 117.

não pode ser *óbvia* ou *evidente*¹²⁹ (de modo que a invenção *não* deve decorrer “de maneira *óbvia* ou *evidente* daquilo que constitui o estado da técnica”¹³⁰).

O art. 10, inciso IX, da Lei n. 9.279/1996¹³¹ *exclui* do conceito de invenção “o *todo* ou *parte* dos seres vivos e materiais biológicos encontrados na natureza”¹³², assim como os materiais biológicos *isolados* da natureza, “*inclusive* o *genoma* ou *germoplasma* de qualquer ser vivo natural e os processos *biológicos naturais*”¹³³.

Na seara da *atividade inventiva*, Ricciardelli prevê a discussão, no futuro, se os *genes humanos* consistem em *descobertas* ou em *invenções*, “visto que se tomados por descobertas, *não* serão objetos passíveis de patenteamento e ao contrário, se considerados invenção humana, os genes *poderão* ser, [sic] objeto de patente”¹³⁴. Para a referida jurista, a *atividade inventiva* reside “no processo de *purificação* e *miscigenação*”¹³⁵ de determinada substância *descoberta* na natureza *em meio* a outras substâncias, com vistas se alcançar “um resultado *novo*, isto é, *não* existente *até então*”¹³⁶.

5.2.3 Aplicação industrial

Parafraseando-se a *literalidade* do art. 15 da Lei n. 9.279/1996¹³⁷, o critério da *aplicação industrial* concerne à *exigência* de que a invenção seja *suscetível* de utilização ou *produção em qualquer* tipo de indústria (“deve-se interpretar o termo ‘indústria’ da *forma mais ampla possível*”¹³⁸ – “*tudo aquilo* que pode ser objeto de *exploração prática* e executável *industrialmente*”¹³⁹)¹⁴⁰,

¹²⁹ Ibid., loc. cit., grifo nosso.

¹³⁰ Ibid., loc. cit., grifo nosso.

¹³¹ BRASIL. Lei n. 9.609, de 19 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L9609.htm>>. Acesso em: 17 mai. 2011.

¹³² Ibid., loc. cit., grifo nosso.

¹³³ Ibid., loc. cit., grifo nosso.

¹³⁴ RICCIARDELLI, Juliana. Op. cit., p. 95, grifo nosso.

¹³⁵ Ibid., p. 94, grifo nosso.

¹³⁶ Ibid., loc. cit., grifo nosso.

¹³⁷ BRASIL. Lei n. 9.609, de 19 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L9609.htm>>. Acesso em: 17 maio 2011.

¹³⁸ LABRUNIE, Jacques. Requisitos básicos para a proteção das criações industriais. In: JABUR, Wilson Pinheiro; SANTOS, Manoel J. Pereira dos. *Propriedade intelectual: criações industriais, segredos de negócio e concorrência desleal*. São Paulo: Saraiva, 2007. Cap. 2, p. 120, grifo nosso. (Série GVlaw)

¹³⁹ DI BLASI, Gabriel. *A propriedade intelectual: os sistemas de marcas, patentes, desenhos industriais e transferência de tecnologia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 205-206, grifo nosso.

¹⁴⁰ Ao examinar o TRIPS, pondera Varela que o conceito de *indústria*, para fins de patentes, pode variar de acordo com os interesses de cada país: “A consideração do que *seja ou não* indústria *também* faz parte da *margem de manobra* dos países e pode ser utilizada, ainda que de forma muito mais

ou seja, diz respeito à “*necessidade de que o objeto idealizado possa ser utilizado pela indústria de forma a ser fabricado e disponibilizado para o consumo*”¹⁴¹ com *repetibilidade*, de modo que possa “ser repetida indefinidamente *sem a intervenção pessoal*”¹⁴² do ser humano (nessa linha de raciocínio, não se adéquam ao conceito de *aplicação industrial* “os métodos de tingir cabelo”¹⁴³).

A este respeito, vale ainda ressaltar que a interpretação do INPI do conceito de aplicação industrial é *flexível*, sendo aplicável *também* às indústrias *agrícolas* e *extrativas* e a *todos* os produtos *manufaturados* ou *naturais*. O termo *indústria*, portanto, abrange *qualquer atividade física de caráter técnico*, pertencendo ao campo *prático e útil*, distinto do campo artístico.¹⁴⁴

Em síntese, a *aplicação industrial* pressupõe efeito *técnico* (a *transcender* a dimensão *meramente abstrata*, do plano das ideias, ou extrapolar o efeito *apenas estético*) com “*aplicação objetiva, concreta, em escala e forma industrial*”¹⁴⁵.

5.2.4 Suficiência descritiva

Conforme preconiza o art. 24, *caput*, da Lei n. 9.279/1996 e lembram Souza, Appel e Souza¹⁴⁶, o relatório relativo a pedido de *patente de invenção* (exigência também aplicável a relatório de pedido de patente de *modelo de utilidade*) “deverá descrever *clara e suficientemente* o objeto, de modo a *possibilitar sua realização por técnico* no assunto e indicar, quando for o caso, a *melhor forma de execução*”¹⁴⁷.

restrita do que nos critérios anteriores, como uma ferramenta possível de *controle da concessão de direitos de propriedade*. Certos *produtos agrícolas*, por exemplo, podem ser considerados como *fora do setor industrial* e, portanto, *excluídos* das patentes. O *mesmo* para processos mais relacionados com *serviços*, como *técnicas operatórias* ou *cirúrgicas*.” Cf. VARELLA, Marcelo Dias. Políticas públicas para propriedade intelectual no Brasil. In: Marcelo Dias Varella (Org.). *Propriedade intelectual e desenvolvimento*. São Paulo: Aduaneiras/Lex, 2005. Cap. 5, p. 196-197, grifo nosso.

¹⁴¹ RICCIARDELLI, Juliana. *Os genes humanos no alvo das patentes*. São Paulo: LCTE, 2009, p. 93, grifo nosso.

¹⁴² POZ, Maria Ester Dal; BARBOSA, Denis Borges. Incertezas e riscos no patenteamento de biotecnologias: a situação brasileira corrente. In: IACOMINI, Vanessa (Org.). *Propriedade intelectual e biotecnologia*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 122, grifo do autor.

¹⁴³ *Ibid.*, loc. cit., grifo nosso.

¹⁴⁴ SOUZA, Edson; APPEL, Patricia Pontual; SOUZA, Tatiana A. Silveira de. Proteção da inovação biotecnológica. *Revista da ABPI*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 70, maio-jun. 2004, p. 22, grifo nosso.

¹⁴⁵ POZ, Maria Ester Dal; BARBOSA, Denis Borges. Op. cit., loc. cit., grifo do autor.

¹⁴⁶ SOUZA, Edson; APPEL, Patricia Pontual; SOUZA, Tatiana A. Silveira de. Op. cit., loc. cit.

¹⁴⁷ BRASIL. Lei n. 9.609, de 19 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L9609.htm>>. Acesso em: 17 maio 2011, grifo nosso.

Entretanto, em “caso de *material biológico essencial* à realização prática do objeto do pedido, que não possa ser descrito *na forma*”¹⁴⁸ do supracitado *caput* do art. 24 da Lei n. 9.279/1996, e não esteja “acessível ao público”¹⁴⁹, o parágrafo único do art. 24 da Lei n. 9.279/1996 prevê a *suplementação* do relatório “por *depósito do material* em instituição autorizada pelo INPI ou indicada em acordo internacional”¹⁵⁰.

5.2.5 Anuência prévia da ANVISA

Relativamente aos produtos e processos *farmacêuticos* — observam Souza, Appel e Souza¹⁵¹ —, a concessão de patentes *também* “dependerá da prévia anuência da *Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA*”¹⁵², na exata inteligência do art. 229-C da Lei n. 9.279/1996 (incluído pelo art. 1º da Lei n. 10.196, de 14 de fevereiro de 2001¹⁵³).

6 CONCLUSÃO

Em poucas palavras, a propriedade intelectual traduz o direito de uma pessoa física ou jurídica sobre determinado bem *incorpóreo, imaterial, intangível* ou *intelectual*, o qual se

convola em *propriedade intelectual*, quando é adaptado para que seja inserido no mercado.

Assim, *ao contrário* da propriedade *stricto sensu, tradicional, clássica* ou *propriamente dita*, relacionada à *coisa* (bem *material, corpóreo* ou *tangível*), a propriedade *intelectual* incide sobre bens jurídicos *imateriais* ou *incorpóreos* e se norteia por legislação *própria e distinta* do plexo normativo do Direito das Coisas cuja *matriz* é o Livro III da Parte Geral do Código Civil brasileiro de 2002 — CCB/2002 (arts. 1.196 a 1.510, mormente o art. 1.288,

¹⁴⁸ Ibid., loc. cit., grifo nosso.

¹⁴⁹ Ibid., loc. cit.

¹⁵⁰ Ibid., loc. cit., grifo nosso.

¹⁵¹ SOUZA, Edson; APPEL, Patricia Pontual; SOUZA, Tatiana A. Silveira de. Proteção da inovação biotecnológica. *Revista da ABPI*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 70, maio-jun. 2004, p. 22.

¹⁵² BRASIL. Lei n. 9.609, de 19 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L9609.htm>>. Acesso em: 17 maio 2011, grifo nosso.

¹⁵³ BRASIL. Lei n. 10.196, de 14 de fevereiro de 2001. Altera e acresce dispositivos à Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10196.htm>. Acesso em: 19 maio 2011.

no qual radicam os caracteres da propriedade material e que espelha o cerne do direito de propriedade sobre coisas, ou seja, bens *materiais*). Embora a propriedade intelectual possua legislação própria, o Livro III da Parte Geral do CCB/2002 serve de eventual legislação *subsidiária* dos regimes jurídicos da propriedade *intelectual*.

Desse modo, a propriedade *lato sensu* engloba tanto a propriedade *stricto sensu* (a incidir sobre os bens *materiais* ou *corpóreos*) quanto a propriedade intelectual (a recair sobre os bens *imateriais* ou *incorpóreos*).

Os direitos intelectuais são direitos *imateriais* justamente porque dizem respeito a bens jurídicos *imateriais*, *incorpóreos* ou *intangíveis*, ou seja, relacionam-se aos bens jurídicos que, se considerados em si mesmos, encontram-se *desprovidos* de *corpo perceptível* pelos sentidos humanos, *mesmo que* venham a ser *usufruídos* via *suportes físicos*, por intermédio dos quais os bens *imateriais* se apresentam no mundo *material* e podem adquirir eventual *utilidade* e *exploração econômica*, a exemplo de um *romance*, lido ao se compulsar um *livro em formato de brochura* ou ao se folhear um livro eletrônico (*e-book*) extraído da Rede Mundial de Computadores, bem como do *software* utilizado por meio da base física do *computador*, no qual foi *instalado* graças à plataforma material, consubstanciada, *verbi gratia*, em um *CD*, em um *DVD* ou em um *pen drive* (exemplificação ilustrativa da tecnologia em voga na primeira metade da década de 2010 – se este texto tivesse sido escrito, *exempli gratia*, na década de 1990, cogitar-se-ia o exemplo de um *disquete*, de uso corrente naquele decênio).

Além do aspecto da *imaterialidade* ou da *ausência* de *corporeidade*, os direitos de propriedade *intelectual* se *distinguem* dos direitos de propriedade *material*, pois os direitos de propriedade *intelectual* se *limitam* no tempo (possuem *prazo certo* para serem *explorados* economicamente de modo *exclusivo* pelo seu titular), *ao contrário* dos direitos de propriedade relativos a bens *materiais*, os quais têm prazo *indeterminado* para a *exclusiva* exploração econômica pelos respectivos titulares (*ad exemplum*, o direito de propriedade sobre terras cuja titularidade décadas a fio pertence a agricultor que retira sua subsistência da atividade agrícola desenvolvida em tal imóvel).

Os direitos de *propriedade intelectual* ou direitos autorais *lato sensu* concernem à *ampla gama* de direitos relacionados à proteção do *autor* de criações concebidas pelo *intelecto* humano e com valor *econômico*, com ressonância em múltiplos segmentos da vida em sociedade (tais quais as ambiências *artística*, *acadêmica*, *religiosa*, *desportiva*, *midiática* ou *empresarial*), espalhados em *diferentes* regimes jurídicos.

Reflexo da *abrangência* dos direitos intelectuais, a Parte II do Acordo sobre Aspectos dos Direitos da Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio – Acordo ADPIC (mais conhecido pela sigla anglófona *TRIPS* – *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* – ou como *Acordo TRIPS*) encerra o *direito do autor e direitos conexos* (Seção 1, arts. 9º a 14), *marcas* (Seção 2, arts. 15 a 21), *indicações geográficas* (Seção 3, arts. 22 a 24), *desenhos industriais* (Seção 4, arts. 25 a 26), *patentes* (Seção 5, arts. 27 a 34), *topografias de circuitos integrados* (Seção 6, arts. 35 a 38), *proteção de informação confidencial* (Seção 7, art. 39) e *controle de práticas de concorrência desleal* em contratos de licenças (Seção 8, art. 40).

Antes mesmo do advento da Parte II do TRIPS (Seções 1 a 8), o inciso VIII do art. 2º da *Convenção de Estocolmo*, de 14 de julho de 1967 (que instituiu a *Organização Mundial de Propriedade Intelectual* – OMPI), já compreendia no raio de alcance da *propriedade intelectual* não apenas as *obras literárias, artísticas e científicas* e as *interpretações dos artistas intérpretes e as execuções dos artistas executantes, dos fonogramas e das emissões de radiofusão*, mas também as *invenções* em todos os domínios da atividade humana, as *descobertas científicas*, os *desenhos e modelos industriais*, as *marcas industriais, comerciais e de serviço*, bem como as *firmas comerciais e denominações comerciais*, além da *proteção contra a concorrência desleal* e de *todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual* nos domínios *industrial, científico, literário e artístico*.

No Direito *brasileiro*, o regime jurídico *geral* dos direitos intelectuais radica na Lei n. 9.601, de 19 de fevereiro de 1998, a Lei dos Direitos Autorais – LDA, a regular a proteção jurídica dos direitos *morais* (art. 24, incisos I a VII) e *patrimoniais* (art. 37, incisos I a X) dos autores de obras literárias, artísticas e científicas (direito autoral padrão).

A *par* do regime jurídico *geral* de propriedade intelectual positivado na indicada Lei n. 9.601/1998, no âmbito dos *direitos intelectuais* também ganha destaque, no ordenamento jurídico pátrio, o regime jurídico dos direitos de *propriedade industrial* ou dos *direitos industriais*, relacionado a manifestações do intelecto humano a repercutirem no ambiente do *comércio* e da *indústria* (inclusive na seara da indústria *agrícola* e *extrativista*, assim como dos produtos *manufaturados* e *minerais*), reguardadas pela Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996 (a Lei de Propriedade Industrial – LPI ou o Código da Propriedade Industrial – CPI), por meio das concessões (a) de *patentes de invenção* e de *modelo de utilidade* (art. 2º, inciso I), (b) do *registro de desenho*

industrial (art. 2º, inciso I), (c) do *registro de marca* (art. 2º, inciso I), (d) do *registro de indicações geográficas* (art. 182, parágrafo único) e do registro de contratos de *transferência de tecnologia e franquia* (art. 211, *caput*), bem como da (e) repressão às *falsas indicações geográficas* (art. 2º, inciso I) e da (f) repressão à *concorrência desleal* (art. 2º, inciso I).

Afora os dois *principais* regimes jurídicos brasileiros de proteção aos *direitos intelectuais* – regulados nas mencionadas Leis ns. 9.601/1998 (Direito Autoral Padrão) e 9.279/1996 (Direito Industrial) –, existem *quatro* microssistemas jurídicos também pertinentes à propriedade intelectual, mas com abrangência *menor* e escopo *mais* restrito:

(1) O regime jurídico dos direitos de propriedade intelectual (industrial) *específicos de programas de computador*. Disciplinado pela Lei n. 9.609, de 19 de fevereiro de 1998, a denominada Lei do *Software* – LS.

(2) O regime jurídico dos direitos de propriedade intelectual (industrial) *específico das topografias dos circuitos integrados*. Disciplinado pela Lei n. 11.484, de 31 de maio de 2007, a Lei da Topografia dos Circuitos Integrados – LTCI.

(3) O regime jurídico dos direitos de propriedade intelectual *específico das cultivares* (variedades vegetais novas). Disciplinado pela Lei n. 9.456, de 25 de abril de 1997, a Lei de Proteção de Cultivares – LPC.

(4) O regime jurídico da Lei n. 10.603, de 17 de dezembro de 2002, destinada à *proteção, contra* o uso comercial *desleal*, de informações relativas aos *resultados de testes* ou relacionadas a outros dados *não* divulgados, apresentados às autoridades competentes como condição para *aprovar* ou manter o *registro* para a *comercialização* de (a) produtos *farmacêuticos* de uso *veterinário*, (b) *fertilizantes*, (c) *agrotóxicos*, assim como (d) seus componentes e afins (paráfrase do art. 1º, *caput*).

(5) E o regime jurídico da Lei n. 12.270, de 24 de junho de 2010, a enfeixar medidas de *suspensão* de (a) concessões ou (b) de outras obrigações do País relativas aos direitos de *propriedade intelectual* e correlatos, em casos de *descumprimento* de *obrigações multilaterais* por Estado-membro da Organização Mundial do Comércio – OMC, quando o Brasil tenha sido *autorizado* pelo Órgão de Solução de Controvérsias da OMC a *assim proceder* (paráfrase do art. 1º).

Apropriedade intelectual em biotecnologia se materializa por intermédio (1) da *proteção jurídica às cultivares* (regulada pela Lei n. 9.456/1997, a Lei de Proteção de Cultivares) e (2) da *patente de invenção biotecnológica* (regulada pela Lei n. 9.279/1996, a Lei de Propriedade Industrial).

A propriedade intelectual de *cultivares* possui regime jurídico *diferenciado* (*sui generis*), já que as *novas* variedades ou melhoramentos vegetais se encontram excluídas, de modo explícito, pela Lei n. 9.276/1996, porquanto o referido diploma legislativo, por meio dos seus arts. 18, inciso III, e 10, inciso IX, *veda* patentes de *plantas* e *partes* de plantas (além de proibir patentes de genes, animais e partes de animais e microrganismos, salvo os microrganismos transgênicos).

O regime jurídico de propriedade intelectual de que cuida a *Lei n. 9.456/1997* (Lei de Proteção de Cultivares) diz respeito ao registro da *própria* variedade vegetal fruto do melhoramento de *determinada* planta ou oriunda do *cruzamento* de linhagens *preexistentes* de plantas *naturais* ou *modificadas geneticamente*, ao passo que a *biopatente* se vincula ao regime de propriedade intelectual de que trata a *Lei n. 9.279/1996* (Lei de Propriedade Industrial), ou seja, *este* diploma legislativo – ao contrário *daquele* – *não* concerne à proteção jurídica da propriedade intelectual da *nova* variedade vegetal, mas ao *resguardo* da propriedade intelectual relativa à *tecnologia* que propiciou o advento dessa cultivar (a *biopatente*, em outras palavras, *não* incide sobre a própria variedade vegetal, mas sobre a *tecnologia* que proporcionou o surgimento desse melhoramento vegetal).

Os *requisitos* para o *registro de cultivares* dizem respeito (1) à *novidade*, (2) à *distinguibilidade*, à (3) *denominação própria*, (4) à *homogeneidade* e (5) à *estabilidade*.

Já os requisitos para o registro de patentes de invenção biotecnológica se relacionam — tais quais os requisitos das patentes brasileiras de invenções em geral — (1) à *novidade*, (2) à *atividade inventiva*, (3) à *aplicação industrial*, (4) à *suficiência descritiva* e à (5) *anuência prévia* da ANVISA.

INTRODUCTION TO INTELLECTUAL PROPERTY AND TO THE REGISTRATION REQUIREMENTS OF INTELLECTUAL PROPERTY IN BIOTECHNOLOGY IN BRAZIL

ABSTRACT: This article aims to provide the legal community the fundamentals of intellectual property in Brazilian law, the differences between that property and property *stricto sensu*, the Brazilian legal regimes on intellectual property and the requirements for the registration of cultivars and bio-patents.

KEYWORDS: property *stricto sensu* and intellectual property; legal regimes of intellectual property; biotechnological intellectual property.

REFERÊNCIAS

ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. *Vocabulário ortográfico da língua portuguesa*. 5. ed. São Paulo: Global, 2009. Disponível em: <<http://www.academia.org.br/abl/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?sid=23>>. Acesso em: 13 jun. 2011.

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. Livro introdutório ao Direito das Coisas e o Direito Civil. In: ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda; ALVIM, Thereza Celina Diniz de Arruda; CLÁPIS, Alexandre Laizo. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 11, t. 1.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ARAÚJO, Nizete Lacerda; GUERRA, Bráulio Madureira. *Dicionário de propriedade intelectual*. Curitiba: Juruá, 2010.

BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da propriedade intelectual: a proteção do software; do sigilo dos testes para registro de comercialização; topografia de circuitos integrados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, t. 3.

_____. _____.: uma introdução à propriedade intelectual; bases constitucionais da propriedade intelectual; a doutrina da concorrência; a propriedade intelectual como um direito de cunho internacional; propriedade intelectual e tutela da concorrência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, t. 1.

BASSO, Maristela. A proteção da propriedade intelectual e o direito internacional atual. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 41, n. 162, p. 287-309, abr.-jun. 2004. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/965>>. Acesso em: 25 maio 2011.

BRASIL. *Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial*. Anexo do Decreto n. 1.263, de 10 de outubro de 1994. Ratifica a declaração de adesão aos arts. 1º a 12 e ao art. 28, alínea I, do texto da revisão de Estocolmo da Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and1263-94.pdf>. Acesso em: 23 maio 2011.

_____. *Decreto n. 635, de 21 de agosto de 1992*. Promulga a Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial, revista em Estocolmo a 14 de julho de 1967. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/decret/1992/decreto-635-21-agosto-1992-449103-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 25 maio 2011.

_____. *Decreto n. 1.355, de 30 de dezembro de 1994*. Promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguaí de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D1355.htm>. Acesso em: 23 maio 2011.

_____. *Decreto n. 75.541, de 31 de março de 1975*. Promulga a Convenção que institui a Organização Mundial da Propriedade Intelectual. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-75541-31-marco-1975-424175-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 25 maio 2011.

_____. *Decreto n. 75.572, de 8 de abril de 1975*. Promulga a Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial, revisão de Estocolmo, 1967. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/mult_prop_indus_1830.htm>. Acesso em: 25 maio 2011.

_____. *Decreto n. 75.699, de 06 de maio de 1975*. Promulga a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 9 de setembro de 1886, revista em Paris, a 24 de julho de 1971. Disponível em: <<http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2007/10/decreto-75699.pdf>>. Acesso em: 25 maio 2011.

_____. *Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996*. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm>. Acesso em: 17 maio 2011.

_____. *Lei n. 9.456, de 25 de abril de 1997*. Institui a Lei de Proteção de Cultivares e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9456.htm>. Acesso em: 17 maio 2011.

_____. *Lei n. 9.609, de 19 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L9609.htm>>. Acesso em: 17 maio 2011.

_____. *Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998*. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9610.htm>>. Acesso em: 17 maio 2011.

_____. *Lei n. 10.196, de 14 de fevereiro de 2001*. Altera e acresce dispositivos à Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10196.htm>. Acesso em: 19 maio 2011.

_____. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 25 mai. 2011.

_____. *Lei n. 10.603, de 17 de dezembro de 2002*. Dispõe sobre a proteção de informação não divulgada submetida para aprovação da comercialização de produtos e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10603.htm>. Acesso em: 17 maio 2011.

_____. *Lei n. 11.484, de 31 de maio de 2007*. Dispõe sobre os incentivos às indústrias de equipamentos para TV Digital e de componentes eletrônicos semicondutores e sobre a proteção à propriedade intelectual das topografias de circuitos integrados, instituindo o Programa de Apoio ao Desenvolvimento Tecnológico da Indústria de Semicondutores – PADIS e o Programa de Apoio ao Desenvolvimento Tecnológico da Indústria de Equipamentos para a TV Digital – PATVD; altera a Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993; e revoga o art. 26 da Lei n. 11.196, de 21 de novembro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111484.htm>. Acesso em: 17 maio 2011.

_____. *Lei n. 12.270, de 24 de junho de 2010*. Dispõe sobre medidas de suspensão de concessões ou outras obrigações do País relativas aos direitos de propriedade intelectual e outros, em casos de descumprimento de obrigações do Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9456.htm>. Acesso em: 17 maio 2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1.

_____. *Manual de direito comercial*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
DEL NERO, Patrícia Aurélia. *Biotecnologia: análise crítica do marco jurídico regulatório*. São Paulo: RT, 2008.

DI BLASI, Gabriel. *A propriedade intelectual: os sistemas de marcas, patentes, desenhos industriais e transferência de tecnologia*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

DI BLASI, Gabriel; TEDESCHI, Patrícia Pereira. A proteção de cultivares no Brasil. In: ROMEO-CASABONA, Carlos María; SÁ, Maria de Fátima Freire de (Org.). *Desafios jurídicos da biotecnologia*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007. Cap. 15, p. 419-448.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1.

GALVÃO, A. Paulo M. Direitos de propriedade intelectual em inovações vegetais arbóreas para plantios florestais no Brasil. Colombo, Embrapa Florestas, 2001.43 f. Disponível em: <<http://www.cnpf.embrapa.br/publica/seriedoc/edicoes/doc55.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2011.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

IACOMINI, Vanessa. Os direitos de propriedade intelectual e a biotecnologia. In: IACOMINI, Vanessa (Org.). *Propriedade intelectual e biotecnologia*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 13-30.

INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS. *Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. 1 CD-ROM.

INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL. Convenção da União de Paris. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/menu-superior/legislacao/dirma_legislacao/oculto/CUP.pdf>. Acesso em: 21 maio 2011.

KLEE, Antonia Espíndola Longoni. A unificação do direito privado e as relações entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil. *Revista CEJ*, Brasília, DF, v. 11, n. 39, p. 64-73, out.-dez. 2007. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewArticle/948>>. Acesso em: 9 jun. 2011.

LABRUNIE, Jacques. Requisitos básicos para a proteção das criações industriais. In: JABUR, Wilson Pinheiro; SANTOS, Manoel J. Pereira dos. *Propriedade intelectual: criações industriais, segredos de negócio e concorrência desleal*. São Paulo: Saraiva, 2007. Cap. 2, p. 99-129. (Série GVlaw)

LEITE, José Rubens Morato; VARELLA, Marcelo Dias. Biodiversidade e instrumentos jurídicos relevantes. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, n. 22, p. 155-178, ago.-nov. 1998. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/20345/biodiversidade_instrumentos_juridicos.pdf?sequence=1>. Acesso em: 13 jun. 2011.

MIRANDA, Juliana Fonseca e. *Propriedade intelectual e biotecnologia agrícola: análise de caso do controle da produção brasileira de soja pela Monsanto*. 67 f. Monografia (Graduação) — Curso de Direito, Brasília, DF, 2005. Disponível em: <<http://www.uniceub.br/curso/Mestrado/Casoteca/casos/PROPRIEDADE%20INTELECTUAL%20E%20BIOTECNOLOGIA%20AGRICOLA.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2011.

PINHEIRO, Leandro Figueiredo; BRANT, Cássio Augusto Barros. Aspectos polêmicos da proteção jurídica da biotecnologia no Brasil. FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Org.). *Direito civil: atualidades IV — teoria e prática no Direito Privado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 237-258.

POZ, Maria Ester Dal; BARBOSA, Denis Borges. Incertezas e riscos no patenteamento de biotecnologias: a situação brasileira corrente. In: IACOMINI, Vanessa (Org.). *Propriedade intelectual e biotecnologia*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 93-138.

RICCIARDELLI, Juliana. *Os genes humanos no alvo das patentes*. São Paulo: LCTE, 2009.

SCHOLZE, Simone Henriqueta Cossetin. *Patentes, transgênicos e clonagem: implicações jurídicas e bioéticas*. Brasília, DF: UnB, 2002.

SILVEIRA, Newton. *Propriedade intelectual: propriedade intelectual, direito de autor, software, cultivares e nome empresarial*. 4. ed. Barueri: Manole, 2011.

SOUZA, Edson; APPEL, Patricia Pontual; SOUZA, Tatiana A. Silveira de. Proteção da inovação biotecnológica. *Revista da ABPI*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 70, p. 19-49, maio-jun. 2004.

VARELLA, Marcelo Dias. Biodiversidade: o Brasil e o quadro internacional. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, DF, v. 40, n.1, p. 123-141, jan.-jun. 1997. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbpi/v40n1/v40n1a05.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2011.

_____. Políticas públicas para propriedade intelectual no Brasil. In: Marcelo Dias Varella (Org.). *Propriedade intelectual e desenvolvimento*. São Paulo: Aduaneiras/Lex, 2005. Cap. 5, p. 171-232.

_____. *Propriedade intelectual de setores emergentes: biotecnologia, fármacos e informática; de acordo com a Lei n. 9.279, de 14-5-1996*. São Paulo: Atlas, 1996.

VIEIRA, Adriana Carvalho Pinto; VIEIRA-JÚNIOR, Pedro Abel. A tutela jurídica da propriedade intelectual e os direitos dos consumidores. *Revista Brasileira de Sementes*, Londrina, v. 22, n. 1, p. 23-30, jan.-jun. 2000.

WIKIPEDIA. *General Agreement on Tariffs and Trade*. Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/General_Agreement_on_Tariffs_and_Trade>. Acesso em: 25 maio 2011.

DAS INIQUIDADES NA VISÃO JURÍDICA DA TUTELA DE MULHERES COM TRANSTORNO MENTAL GRAVE

Ione Missae da Silva Nakamura¹

RESUMO: O artigo em questão aborda as iniquidades existentes na visão jurídica da tutela de mulheres diagnosticadas com transtorno mental. Ele resulta de nossas pesquisas de mestrado, em que investigamos tanto o abuso, quanto a violação de direitos de mulheres pacientes – usuárias dos serviços psiquiátricos do Hospital de Clínicas Gaspar Vianna (HCGV), em Belém do Pará. Analisamos, inicialmente, as implicações jurídico-normativas do sistema jurídico brasileiro, demonstrando que o transtorno mental considerado grave provoca inúmeras consequências jurídicas. Indicamos, ao longo do texto, a íntima relação entre Medicina e Direito, o que, de acordo com nossa pesquisa etnográfica, exclui da vida social pessoas, notadamente mulheres diagnosticadas com transtorno mental com base em parâmetros de controle jurídico-institucional. No presente artigo, discutimos não somente o instituto da incapacidade civil, mas também outras categorias que mobilizam um discurso político alternativo na seara do Direito, notadamente no que diz respeito à compreensão das relações assimétricas de gênero, tendo em vista a necessidade de promover a dignidade da pessoa humana em suas múltiplas realidades.

PALAVRAS-CHAVE: Iniquidades. Tutela. Mulheres diagnosticadas com transtorno mental.

No ordenamento jurídico brasileiro, inúmeras são as implicações jurídicas do transtorno mental considerado grave – enfermidade que, segundo a medicina psiquiátrica, inviabiliza uma vida independente e a interação com a sociedade de forma produtiva. Nesse aspecto, constata-se uma aliança entre Medicina e Direito que, com base em parâmetros de controle social, exclui da vida social pessoas, notadamente mulheres com transtorno mental. Toma-

¹ Promotora de Justiça do Estado do Pará. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Especialista em Direito Ambiental e Políticas Públicas (UFPA) e mestre em Direitos Humanos (UFPA).

se como exemplo um instituto do direito civil relacionado à interdição da capacidade civil, ou seja, a impossibilidade ou invalidade de praticar vários atos jurídicos, como casar, comprar, vender, doar, ter a guarda dos próprios filhos.

A incapacitação jurídica está vinculada, geralmente, ao comprometimento do juízo crítico e da volição (vontade consciente). Para o Direito Civil, toda pessoa é considerada como sujeito de direitos e deveres², sendo dotada de personalidade, isto é, de capacidade de direito (de aquisição ou fruição de direitos) e de capacidade de fato ou de ação (exercício por si só dos direitos que possui). Nesse contexto, quem possui as duas capacidades (de direito e de fato) é denominado “plenamente capaz”; porém, aqueles que têm apenas a capacidade de direito, necessitando de outra pessoa para substituí-los ou completar a sua vontade, são chamados “incapazes”.

Conforme Gonçalves³, os recém-nascidos e os loucos têm somente a capacidade de direito (de aquisição de direitos), podendo, por exemplo, herdar. Mas não têm capacidade de fato (de exercício); para propor qualquer ação em defesa da herança recebida, precisam ser representados pelos pais e curadores. A incapacidade para o Direito é a restrição de legal ao exercício de atos da vida civil. Pode ser dividida em incapacidade absoluta e relativa. A incapacidade absoluta, prevista nas hipóteses do artigo 3.º do Código Civil (CC) de 2002, acarreta a proibição total do exercício por si só do direito. O ato jurídico somente poderá ser praticado por um representante legal ou judicialmente nomeado, não possuindo validade, sendo nulo, o ato praticado pelo absolutamente incapaz.

Artigo 3.º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I – os menores de dezesseis anos;

II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

A incapacidade relativa, prevista nos casos do artigo 4.º do Código Civil, possibilita que a pessoa pratique certos atos da vida civil, na maior parte dos casos, assistida pelos responsáveis, sob pena de anulação do ato jurídico.

² BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 11 jan. 2002. Artigo 1.º do Novo Código Civil: “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil**: parte geral. 12. ed. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 1, p. 35-44 (Sinopses jurídicas).

Artigo 4.º. São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II – os ébrios habituais, os viciados em tóxico, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III – os excepcionais⁴, sem desenvolvimento mental completo;

IV – os pródigos⁵.

Parágrafo único – A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

As incapacidades são supridas no campo jurídico pela representação e pela assistência dos pais ou responsáveis⁶, ou pela cessação do motivo determinante, seja a comprovação da maioridade ou a ausência de doença mental ou enfermidade que limite o discernimento da pessoa para exercer os seus direitos. Para designar os absolutamente incapazes para exercer atos da vida civil, a lei civil usa a expressão: “privados do necessário discernimento por enfermidades ou deficiência mental”, o que compreende todos os casos de doença mental permanente e duradoura caracterizada por graves alterações das faculdades psíquicas. Estabelece, por outro lado, a lei civil uma gradação da enfermidade mental, ao considerar relativamente incapazes os que “por deficiência mental possuam discernimento reduzido”⁷.

Os que possuem condição psíquica vista como normal, mas não podem discernir ou exprimir sua vontade por causas transitórias – por exemplo, alguma patologia (arteriosclerose, excessiva pressão arterial, paralisia) ou estado de embriaguez não habitual, uso eventual e excessivo de entorpecentes ou substâncias alucinógenas, hipnose ou outras causas semelhantes – serão considerados, enquanto durar a causa, como absolutamente incapazes de exercer atos da vida civil. Quanto aos excepcionais, entre os quais se encontram também os surdos-mudos, é importante frisar que, se tiverem educação especial e puderem exprimir plenamente sua vontade, serão considerados capazes. Destaca-se que os ébrios habituais (alcoólatras) e viciados em substâncias entorpecentes (toxicômanos) são considerados relativamente incapazes, pois

⁴ Trata-se dos portadores de necessidades especiais, antigamente denominados deficientes físicos.

⁵ “Os pródigos são indivíduos que dissipam seu patrimônio desvairadamente. Trata-se de um desvio de personalidade e não propriamente, de um estado de alienação mental. Pode ser submetido à curatela que limite a disposição do patrimônio (CC, art. 1.782), podendo praticar outros atos da vida civil”.

⁶ Na representação, o absolutamente incapaz não participa, sua vontade não é considerada para o ato civil. Já na assistência, o relativamente incapaz é quem pratica o ato, auxiliado, acompanhado, assistido por seu pai ou responsável (CC, art. 1.634, V).

⁷ O Código Civil anterior, de 1916, quando tratava dos absolutamente incapazes usava a expressão: “loucos de todos os gêneros”, numa visão completamente preconceituosa do fenômeno da loucura.

o Direito considera que possuem algum discernimento para a produção de certos atos jurídicos.

Todavia, nos casos de transtorno mental, de ébrios habituais, viciados em tóxicos e os excepcionais sem completo desenvolvimento mental (incapacidade relativa), o juiz, segundo o estado e o desenvolvimento mental atestado por laudo médico específico, poderá pronunciar uma sentença de interdição parcial, indicando os limites da curatela, conforme determina o artigo 1.772 do Código Civil⁸. No caso das pessoas com transtornos mentais que não possuem o necessário discernimento dos atos da vida civil (incapacidade absoluta), cabe igualmente um processo judicial de interdição, promovido pelos parentes ou pelo Ministério Público, nos termos dos artigos 1.767 e 1.768 do Código Civil⁹, para que seja nomeado pelo juiz um curador, que será o seu representante legal para exercerem os direitos que possuem (capacidade de fato).

A incapacidade absoluta, correspondente à interdição, uma vez declarada por sentença do Estado-juiz, torna todos os atos do interditando nulos, pois a incapacidade mental, nesse caso, é um estado permanente e contínuo atestado por perícia médica, não se admitindo no meio jurídico intervalos de lucidez. É como uma sentença de morte civil. Alexandre Zarias aborda a questão da interdição civil na obra *Negócio público e interesses privados*: a interdição civil e os dramas de família, na qual alinhava a relação entre capacidade civil e doença como pressupostos legais e sociológicos para a interdição e ainda levanta interessante discussão sobre as formas de interação social e a construção do processo de interdição que revelam a lógica institucional da família, da medicina e da justiça, que avaliam, diagnosticam e atribuem uma sentença a uma pessoa, o que significa atribuir ou retirar a capacidade de gerir os próprios bens ou a própria pessoa:

A interdição é um mecanismo legal de natureza civil, que pertence à área do direito de família, mediante o qual, por meio de um processo jurídico, procura-se nomear alguém para que possa administrar os bens e a pessoa, ou somente os bens, de quem não possa mais fazê-lo por

⁸ Artigo 1.772: “Pronunciada a interdição das pessoas a que se referem os incisos III e IV do art. 1.767, o juiz assinará, segundo o estado ou o desenvolvimento mental do interdito, os limites da curatela, que poderão circunscrever-se às restrições constantes do art. 1.782”.

⁹ Artigo 1.767: “Estão sujeitos a curatela: I – aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil; II – aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade; III – os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos; IV – os excepcionais sem completo desenvolvimento mental; V – os pródigos”. Artigo 1.768: “A interdição deve ser promovida: I – pelos pais ou tutores; II – pelo cônjuge ou por qualquer parente; III – pelo Ministério Público”.

si só. É algo nascido de um interesse privado, circunscrito à esfera familiar, tornado um negócio público pelo acionamento da justiça e da medicina, mas também pelos efeitos que procura produzir no âmbito da vida civil de uma pessoa e da sociedade em geral¹⁰.

Comenta o autor que nem toda doença mental gera incapacidade civil, porém a pessoa considerada incapaz é tida como “doente”. Uma questão crucial é: como o comportamento tido como “desviante” é transformado em “desequilíbrio mental” (doença) para justificar a interdição? Como pensam e agem as instituições? Tais questionamentos também encontram eco no presente trabalho, uma possível resposta pode ser encontrada na finalidade normalizadora e excludente das instituições jurídicas e médicas. Busca-se, por meio do laudo médico, um elo entre a conduta da pessoa interditada e uma catalogação de doença mental para justificar o processo de interdição da capacidade para praticar determinados atos civis. Com isso, visa-se afastar do convívio social, retirar da sociedade pessoas não aptas a produzir negócios jurídicos válidos, embora o discurso jurídico também aponte a suposta proteção da pessoa interditada.

De fato, o que se constata é a preocupação principal com a validade dos negócios civis praticados e a proteção do patrimônio privado e uma preocupação secundária com a proteção das pessoas com enfermidade mental cuja gravidade comprometa a capacidade civil. Na maioria dos casos, a família busca o processo de interdição para auferir valores de benefícios previdenciários (aposentadoria por invalidez) ou assistenciais (amparo assistencial) destinados à pessoa que se tornou totalmente incapacitada para o trabalho ou que, pela deficiência diagnosticada, não tem condições de prover sua própria subsistência, necessitando do auxílio estatal¹¹. Em alguns casos, as famílias transformam a pessoa interditada numa fonte de renda. Noutros casos, os familiares buscam a interdição para proibir que a pessoa dilapide o patrimônio familiar¹². Outro efeito jurídico é a possibilidade de ruptura da

¹⁰ ZARIAS, Alexandre. **Negócio público e interesses privados**: a interdição civil e os dramas de família. São Paulo: Hucitec; ANPOCS, 2005, p. 24.

¹¹ Artigo 203 da Constituição Federal de 1988: “A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: I – a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; II – o amparo às crianças e adolescentes carentes; III – a promoção da integração ao mercado de trabalho; IV – a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; V – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei”.

¹² Alexandre Zarias demonstra que, para os pobres e sem recursos, as famílias acionam a Justiça como agência de encaminhamento para obter benefícios previdenciários e assistenciais em razão de o

vida conjugal, ou seja, a separação pedida pelo cônjuge sob o fundamento de o outro ter sido acometido, após o casamento, de doença mental grave, de cura improvável, que torne impossível a vida em comum. O artigo 1.572, parágrafo 2.º, do Código Civil de 2002, dispõe:

Art. 1.572. Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum.

§ 2.º O cônjuge pode ainda pedir a separação judicial quando o outro estiver acometido de doença mental grave, manifestada após o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum, desde que, após uma duração de dois anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável.

Em minha dissertação de mestrado, abordei o caso de Maria José que, no meu ponto de vista, é emblemático nesse sentido:

Quando conversamos, ela tinha 40 (quarenta) anos de idade e, na entrevista, declarou-se “morena”. Maria José contou-me que “foi casada e que teve duas filhas (década de 80). Após o nascimento da segunda filha, teve depressão pós-parto e enfrentou crises nervosas e brigas com o marido – pois ela alegava que ele tinha ‘outra’. Não demorou muito para vir a separação”. Aí, então, Maria José entrou novamente em crise e foi internada no Hospital das Clínicas, por várias vezes. O ex-marido assumiu um novo relacionamento e deixou as filhas com a sua mãe (com a avó paterna)¹³.

Em razão das várias internações psiquiátricas, Maria José perdeu a guarda das duas filhas, que foram criadas pela avó e pelas tias. Ela relatou que “toda vez que saía do HC, ia morar com a sua mãe”. Porém, quando a sua mãe faleceu, os irmãos expulsaram-na de casa. Ela ficou pelas ruas por um tempo até que os irmãos foram obrigados a aceitá-la de volta em casa, em virtude da intervenção de um delegado de polícia. Ela acrescentou ainda que “sentia muita falta das filhas. Todavia, sempre que ia visitá-las ocorriam confusões envolvendo as tias e a avó paterna das meninas – que dizem que ela é louca e que não pode ficar sozinha com as filhas porque ela é perigosa, fechando a porta na sua cara”. Ao ver a porta fechada, “grita, faz escândalo, faz confusão

interditando ter sofrido um traumatismo por acidente de trânsito, retardamento mental acentuado, acidente vascular cerebral ou outra doença que destitua o indivíduo de autonomia corporal ou cognitiva. Já para as famílias mais abastadas, a Justiça funciona como agência de controle, com o intuito velado ou explícito de proteger o patrimônio (privado), alijando o parente (interditando) da condição de pleno cidadão a fim de que não usufrua plenamente do patrimônio amealhado (ZARIAS, 2005, p. 12).

¹³ Trecho das anotações do caderno de campo.

na rua. Mas é porque esse desrespeito a magoa muito”. Ela “não pode sair com as filhas e sempre que vai vê-las é vigiada pelos familiares do ex-marido”. De qualquer modo, “as filhas a rejeitam e têm muita vergonha dela, não querendo saber como está nem, tampouco, indo visitá-la, quando fica no Hospital de Clínicas”.

Nesse caso, vemos claramente que o marido, ao constatar que a esposa enfrentou uma depressão pós-parto, promoveu a separação judicial do casal, ficando com a maior parte dos bens, e requereu a guarda das filhas, que foram criadas pela avó paterna. O abandono pelo marido e a retirada da convivência familiar causaram abalos morais e psicológicos, pois as filhas têm medo da mãe biológica: cresceram ouvindo que a “mãe era louca”! A doutrina civilista ensina que essa modalidade de separação é denominada separação-remédio, na qual a vida em comum do casal termina pela impossibilidade da convivência pelo acometimento de doença incurável. Ora, nada mais conveniente para nossa sociedade machista, pois, aliadas a esse comando normativo, existem condutas e normas de condutas baseadas no gênero, ensinadas por gerações, no sentido de que o homem não consegue cuidar sozinho da esposa doente, porém a esposa deve cuidar do marido inválido até a morte. Ou seja, existe uma expectativa social de que as pessoas devem agir de acordo um modelo previamente definido socialmente. Tais condutas e normas não são assimiladas de forma simples e mecânica, mas são imposições que podem gerar conflitos e resistências.

É significativo o número de abandonos de mulheres diagnosticadas com transtorno mental pelos seus companheiros e maridos. Já na esfera penal, há dois polos distintos: de um lado, quem comete a infração penal (autor ou agressor) e, de outro, quem sofre a agressão (vítima). Com relação ao agressor ou à agressora, é fundamental constatar se a pessoa, no momento em que cometeu a infração penal, possuía dolo, ou seja, vontade e consciência da ilicitude. Em outras palavras, se possuísse vontade e consciência, era considerada imputável, isto é, capaz de ser responsabilizada pelo ato criminoso. Por outro lado, a falta de sanidade mental ou a menoridade de 18 anos¹⁴ pode levar ao reconhecimento da inimputabilidade, nos termos do artigo 26 do Código Penal (CP)¹⁵:

¹⁴ O menor de 18 anos é presumidamente pela lei penal imaturo, consequentemente, incapaz de culpabilidade (aspecto puramente biológico).

¹⁵ BRASIL. Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal brasileiro. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 31 dez. 1940.

Artigo 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Parágrafo único – A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

A insanidade mental é questão complexa, pois exige, além da comprovação biológica da doença mental, da perturbação mental, do desenvolvimento mental retardado ou incompleto¹⁶, um aspecto psicológico, que é a falta de discernimento, a incapacidade de entender e de autodeterminar-se de acordo com esse entendimento. Noutro sentido, em regra, a emoção, a paixão, a embriaguez não são causas que geram inimizabilidade, isto é, ausência ou redução da pena. Somente no caso de embriaguez completa e acidental (caso fortuito ou força maior) é que se admite a inimizabilidade.

Artigo 28 – Não excluem a imputabilidade penal:

I – a emoção¹⁷ e a paixão¹⁸;

II – a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos.

§ 1.º – É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

§ 2.º – A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

¹⁶ Os doutrinadores do Direito Penal reproduzem preconceitos sobre o que compreendem por desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Como exemplo, cito o conceito apresentado por Cezar Roberto Bittencourt: “O desenvolvimento mental retardado envolve as oligofrenias (idiotia, imbecilidade e debilidade mental). Em outros termos é aquele que não atinge a maturidade psíquica (casos fronteiriços apresentam em regra situações atenuadas ou residuais de psicoses ou oligofrenias)”; “desenvolvimento mental incompleto abrange os surdos-mudos e os silvícolas inadaptados. Nesse caso, imprescindível comprovar a incapacidade de compreensão e de autodeterminação decorrente da deficiência, uma vez que é possível se adequar ao meio social e suas normas morais e de conduta. O caso dos índios não é de natureza patológica, mas decorre de ausência de adaptação à vida social urbana ou rural e sua escala de valores” (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 103-114).

¹⁷ Emoção é uma viva excitação do sentimento. É uma forte e transitória perturbação da efetividade a que estão ligadas certas variações somáticas ou modificações particulares das funções orgânicas (Ibid, p. 109).

¹⁸ Paixão é a emoção em estado crônico, perdurando como um sentimento profundo e monopolizante (amor, ódio, vingança, fanatismo, desrespeito, avareza, ambição, ciúme, etc.) (BITENCOURT, loc. cit.).

Esses estados emocionais não eliminam a censurabilidade da conduta, mas podem vir a ter a pena diminuída, satisfeitos alguns requisitos legais¹⁹. Ressalvados esses casos, os estados emocionais ou passionais só poderão servir como modificadores da culpabilidade se forem sintomas de uma doença mental, isto é, se forem estados mentais patológicos, ultrapassando a mera emoção/paixão e ingressando na esfera da anormalidade psíquica, cuja origem não importa se tóxica, traumática, congênita, adquirida ou hereditária. As formas e modalidades de embriaguez são:

- a) não acidental: intencional (dolosa – responde pelo delito – adoção da teoria *actio libera in causa*) ou culposa (imprudente – não queria embriagar-se, sendo previsível a conduta delituosa);
- b) acidental: caso fortuito²⁰ ou força maior²¹ (pode excluir ou diminuir a responsabilidade penal);
- c) pré-ordenada (se embriaga a fim de cometer o delito);
- d) habitual ou patológica²².

O Código Penal adotou o sistema vicariante ou unitário, impondo ao condenado uma pena repressiva ou uma medida de segurança assistencial. Dessa forma, existem três possibilidades de responsabilização penal:

- a) inimputáveis não respondem porque não têm capacidade para sofrer juízo de censurabilidade, são isentos de pena, não podem ser condenados (são absolvidos) e recebem medida de segurança enquanto perdurar o problema mental;
- b) imputáveis têm plena capacidade, respondem pelo crime e cumprem a pena imposta;
- c) semi-imputáveis respondem pelo fato criminoso, mas sofrem diminuição da pena de 1/3 a 2/3, por terem a capacidade de discernimento reduzida; podem ter a pena convertida em medida de segurança, conforme o caso.

Comprovada a inimputabilidade do agente por meio de laudo médico, a absolvição impõe-se, aplicando-se a medida de segurança. Na hipótese dos

¹⁹ Requisitos legais: injusta provocação da vítima, domínio da emoção/paixão nos casos de lesão corporal e homicídio (minorantes) ou influência da emoção/paixão (atenuante) (BITENCOURT, 2002, p. 110).

²⁰ Imprevisível, embora evitável.

²¹ Inevitável, embora previsível. Exemplo: eventos naturais.

²² A embriaguez habitual difere da patológica. O habitualmente embriagado tende ao alcoolismo crônico, que é uma anomalia psíquica. Já a embriaguez patológica assemelha-se à verdadeira psicose, devendo ser tratada juridicamente como uma doença mental (BITENCOURT, op. cit., p. 113).

fronteiriços, isto é, da culpabilidade diminuída, é obrigatória a condenação, com redução da pena; somente depois, se conveniente e comprovadamente necessária, poderá ser substituída pela medida de segurança²³. A medida de segurança pode ser internação em hospitais psiquiátricos ou tratamento ambulatorial em manicômios judiciais, nos termos do artigo 96 do Código Penal.

Artigo 96. As medidas de segurança são:

I – internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado;

II – sujeição a tratamento ambulatorial.

Parágrafo único: Extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta.

Há autores, como Luiz Flávio Gomes, que defendem a inconstitucionalidade da medida de segurança em razão da indeterminação temporal da internação ou do tratamento ambulatorial, conforme preconiza o artigo 97 do Código Penal:

Artigo 97. Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com a detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.

§ 1.º – A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação da periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 a 3 anos.

§ 2.º – A perícia médica realizar-se-á ao termo do prazo mínimo fixado e deverá ser repetida de ano em ano, ou a qualquer tempo, se o determinar o juiz da execução.

§ 3.º – A desinternação, ou a liberação, será sempre condicional, devendo ser restabelecida a situação anterior se o agente, antes do decurso de 1 ano, pratica fato indicativo de persistência de sua periculosidade.

§ 4.º – Em qualquer fase do tratamento ambulatorial, poderá o juiz determinar a internação do agente, se essa providência for necessária para fins curativos.

Tal dispositivo fere o princípio da legalidade, da igualdade e da prescritibilidade da pena, pois o indivíduo não pode submeter-se a pena ou a medida de segurança além da pena máxima prevista para o delito²⁴. Se o fato for apenado com a pena de reclusão, a medida de segurança será sempre

²³ BITENCOURT, 2002, p. 103-114.

²⁴ GOMES, Luiz Flávio. Medidas de Segurança e seus limites. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, 2, abr./jun. 1993, p. 64.

a internação. E se ela for desnecessária? A lei penal levou em conta o fato praticado e não o ser humano, o que choca com a internação como último recurso a ser adotado. Por fim, a pessoa com transtorno mental que cometeu um crime e foi submetida à internação compulsória deve ser tratada com dignidade, em locais adequados ao novo Estatuto da Saúde Mental brasileira – a Lei n.º 10.216/2001²⁵.

Assim, a internação aplicada como medida de segurança nada mais é do que uma interdição penal, que possui suposto objetivo terapêutico, porém leva a uma segregação social, tal qual a prisão. Com relação à mulher em situação de violência, se ela possui um diagnóstico de transtorno mental, observa-se uma nítida dificuldade de ver processado o agressor, uma vez que o discurso reinante é de que ela é totalmente incapaz. Sua palavra é frequentemente desacreditada pelo próprio agressor, que pode ser um membro da família ou da própria instituição médico-hospitalar. Dessa feita, uma primeira dificuldade é como identificar as mulheres diagnosticadas com transtorno mental vítimas de violência. A lei penal pune a violência cometida contra pessoa com deficiência, alienação, debilidade mental (termos pejorativos que estão em desuso, pela carga preconceituosa); todavia, para provar a autoria do delito, são necessárias denúncias dos profissionais da saúde (relatos dos abusos e violências às autoridades públicas) ou de testemunhas.

Para exemplificar, no crime de lesão corporal (CP, art. 129, § 11), a pena será aumentada de 1/3 se a vítima for portadora de deficiência. Nos crimes sexuais (CP, art. 224), presume-se a violência se a vítima é alienada mental ou débil mental, se o agente conhecia essa circunstância ou se a vítima não pode por qualquer outra causa oferecer resistência. No entanto, o artigo 224 do CP foi revogado pela Lei n.º 12.015/2009, vigorando para a hipótese de crime sexual praticado contra pessoa com deficiência mental, segundo o artigo 217-A, § 1.º, do CP (estupro de vulnerável):

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: (*Incluído pela Lei n.º 12.015, de 2009*)

Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. (*Incluído pela Lei n.º 12.015, de 2009*)

§ 1.º – Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o

²⁵ BRASIL. Lei n.º 10.216, de 6 de abril de 2001. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 9 abr. 2001.

necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. (*Incluído pela Lei n.º 12.015, de 2009*)²⁶

A responsabilização do agressor na seara penal depende ainda da prova da materialidade do crime e de sua autoria. A materialidade é a prova da existência do crime, normalmente comprovada por exame pericial, quando o crime deixa vestígio. Já a autoria é a indicação de quem teria cometido a agressão ao bem jurídico tutelado pelo direito penal. Além desses dois requisitos, é necessário que a conduta praticada seja antijurídica (contrarie o direito) e não esteja no rol de excludentes de legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal, estado de necessidade, previstos no artigo 23 do Código Penal.

Os aspectos materiais e processuais citados, especialmente a necessidade de robusta prova para condenação, protegem os indiciados pela prática do crime a fim de que não se condene eventualmente um inocente. Tudo se resume na célebre frase: Na dúvida, a absolvição! Nesse sentido, o direito penal coloca a vítima como ator secundário, importante apenas como circunstância probatória do crime, pois seu testemunho (palavra da vítima) é uma prova importante no processo. Mas se a vítima possui transtorno mental? Em razão da doença mental, sua palavra como prova perde a robustez para o profissional do direito, causando no senso comum uma sensação de impunidade, pois nem sempre ao final do processo criminal será possível provar a materialidade e a autoria de forma a levar à responsabilização dos agressores, o que reforça a agressão contra mulheres que possuem transtorno mental. Logo, a valoração da prova consistente no depoimento da mulher diagnosticada com transtorno mental vítima de crime sexual, por exemplo, precisa ser repensada à luz dos direitos humanos das mulheres.

Por outro lado, reconhecemos que a violência não acontece somente contra quem já possui algum transtorno mental. Ao contrário, a violência pode gerar uma série de transtornos mentais nas mulheres. A mulher adoece numa relação familiar conturbada pelo alcoolismo, pelas drogas, pela violência física, emocional, sexual, moral, patrimonial, especialmente quando essa violência ocorre no âmbito familiar e doméstico, reduto em que ela deveria sentir-se mais protegida por aqueles com quem supostamente mantém uma relação de afetividade. A despeito desse indicativo, pode-se afirmar que a violência contra a mulher e o desrespeito aos seus direitos humanos e fundamentais

²⁶ Grifos nossos.

ainda são uma constante no Brasil. De acordo com Maria Amélia de Almeida Teles, a violação dos direitos humanos das mulheres é uma prática cotidiana e acha-se naturalizada nas relações de gênero impostas às mulheres, que são as suas vítimas preferenciais. De acordo com a autora, esse triste fenômeno é o mais democraticamente distribuído na sociedade brasileira e cresce constantemente, vindo a se confundir até mesmo com a violência urbana e, também, com a violência social²⁷.

Porém, nos casos de mulheres diagnosticadas com transtorno ou sofrimento mental, esse quadro de violação de direitos parece agravar-se ainda mais, pois, como se pôde ver nos relatos das falas e depoimentos que colhi em campo, em nenhuma das situações observou-se um esforço, quer de familiares, quer da equipe técnica, para apurar mais diligentemente as reclamações e denúncias que as vítimas fizeram durante as conversas que tínhamos, ali no setor de saúde mental da FHCGV – embora em um ou outro caso tenha havido alguma boa vontade da parte dos funcionários. Se sistematizarmos cada um dos casos, constatar-se-á o seguinte:

- a) essas mulheres sofreram algum abuso ou violação de direitos;
- b) todas elas carregam a pecha de “loucas”, “descompensadas”;
- c) cada uma está sendo submetida a determinado tratamento ou acompanhamento médico-psiquiátrico que, justamente por isso, deslegitima a sua fala, o seu discurso;
- d) elas são desacreditadas e sempre são passíveis de suspeita;
- e) geralmente são abandonadas pelos amigos e familiares, quer por não terem condições de acompanhá-las, quer por sentirem medo ou vergonha;
- f) cada uma tem, a seu modo, a percepção de sua situação de “interna” ou “usuária” dos serviços oferecidos pela FHCGV;
- g) todas têm demandas judiciais;
- h) nenhuma delas conta com assessoria ou acompanhamento jurídico de advogados ou defensores públicos.

A que tipo de violência são submetidas essas mulheres? Elas, certamente, são submetidas inicialmente à violência de gênero que, segundo Maria Amélia de Almeida Teles, caracteriza-se por uma amplitude conceitual, em que o “poder masculino” é incentivado pela lógica da dominação machista. Esse

²⁷ TELES, Maria Amélia de Almeida. Violação dos direitos humanos das mulheres. In: TELES, Maria Amélia de Almeida. **O que são direitos humanos das mulheres**. São Paulo: Brasiliense, 2007. p. 62-87.

tipo de violência funda-se em uma violência simbólica, que, por sua vez, toma corpo e transfigura-se em muitas situações, como, por exemplo, a violência física, psicológica e intelectual. Disso decorre que a violência contra a mulher apresenta-se sob múltiplas formas, que se conjugam e se associam entre si, agravando-se ainda mais quando se trata de mulheres diagnosticadas com transtorno mental, visto que são duplamente vulneráveis, pois são mulheres e lhes é atribuído um transtorno ou sofrimento mental.

Após essa breve explanação sobre alguns institutos jurídicos voltados para a tutela das pessoas com transtorno mental grave, verifico que a ciência jurídica ainda está longe de efetivamente proteger essas pessoas, especialmente as mulheres diagnosticadas com transtorno mental. A ciência jurídica também reproduz os preconceitos sociais e está longa de ser neutra, por justamente tratar de valores que se ajustam a determinado tempo e modo de viver em sociedade.

No âmbito do direito penal, por exemplo, Iara Ilgenfritz Silva, na obra *Direito ou Punição? Representação da sexualidade feminina no Direito Penal*, aborda a questão da mulher como objeto de violência sexual e a maneira como a lei, a doutrina e a jurisprudência conseguem adaptar definições de normalidade, estabelecidas pelas estruturas de poder dominantes, ao corpo da mulher. De acordo com a autora, o código penal possui dupla função: proteger a sexualidade da mulher e reprimir, com punições, quem não a respeitar. O problema, contudo, reside na maneira pela qual é feita essa proteção? A que tipo de mulher se estende? De que sexualidade se está falando? Essa proteção não está adstrita ao texto legal, mas a interpretações e valores implícitos, não da sexualidade da mulher em si, mas da sexualidade social feminina, construída e legitimada socialmente²⁸. Iara Silva assevera que as concepções jurídicas dos atributos considerados femininos, como a honestidade, a pureza ou a inocência, a fragilidade e a passividade da mulher na relação sexual, são construídas socialmente:

A concepção da mulher inscrita no direito é a concepção masculina de pensar a mulher. O direito foi escrito pelos homens e para os homens, um manual de princípios transmitidos de geração para geração reflete normas, práticas e métodos, de como conservar a mulher no papel estereotipado que a nossa sociedade lhe presenteou: o papel de esposa e mãe. O preconceito e a discriminação sofridos pela mulher não são privilégios do direito ou dos homens brasileiros; são um

²⁸ SILVA, Iara Ilgenfritz da. **Direito ou punição?** Representação da sexualidade feminina no direito penal. Porto Alegre: Movimento, 1985, p. 34.

fenômeno social-coletivo, mundial e milenar que, ao longo da história, tem se manifestado em vários planos: filosófico, religioso, cultural, educacional, psiquiátrico, além de estar no plano das convicções populares. [...] Ao Direito coube, certamente, institucionalizar em leis e normas toda essa gama de preconceitos e discriminações espalhadas no corpo social, pois é certo que as discriminações jurídicas têm sido sempre produzidas por prévias discriminações sociais²⁹.

Iara Silva destaca que a ideologia machista atravessa a legislação e a doutrina penal e aloja-se no aparelho judicial do Estado (inclusive, entre as juízas que dele fazem parte). Trata-se de um código axiomatizado da sexualidade feminina, que se materializa e opera numa complexa rede de dispositivos tendentes a domesticar corpos e palavras, condutas e intenções³⁰. E continua:

Falar de mulher está se tornando comum na sociedade, mas falar de mulher e do Direito é um assunto ao mesmo tempo difícil e inovador. Enquanto as demais ciências sociais abrem o diálogo para a problemática feminina específica e as interações sexuais como prática já bem antiga, o discurso do Direito permanece incomunicável e incomunicado. Porque colocar na ordem do dia a questão da mulher significa para o Direito balançar toda a sua estrutura a nível de discurso hegemônico, linear, a-histórico, na modalidade lei/doutrina/jurisprudência, que formam uma perfeita cadeia de conceitos sobre a mulher e que se sucedem de maneira harmônica, permanente, conservadora e funcional. Significa também questionar valores fortemente cristalizados a respeito de casamento, procriação, sexualidade, etc., significa ainda ter que se aliar a outras formas de saber para estabelecer rupturas, e ter que desorganizar formas seculares de concepções simbólico/ideológicas sobre a mulher³¹.

Desde a época em que o trabalho de Iara Silva foi publicado (1985) até os dias atuais, muitos paradigmas foram rompidos e vitórias dos movimentos feministas foram alcançadas. A luta feminina no Direito pode ser lembrada desde a Lei do divórcio, do direito a alimentos, do reconhecimento da união estável, entre muitas outras. No campo penal, somente em 2005, houve alteração do Código Penal, com a Lei n.º 11.106, para retirar o conceito machista de mulher “honesta”, extinguir a punibilidade com o casamento da vítima de crimes sexuais com o agressor ou terceiros, há muito já em desacordo com a sociedade atual, mas mantida como expressão do machismo no código

²⁹ Ibid., p. 13.

³⁰ SILVA, 1985, p. 11.

³¹ SILVA, loc. cit.

penalista brasileiro. Em 2006, a Lei Maria da Penha (Lei n.º 11.340³²) possibilitou um avanço significativo no combate à violência que ocorre no âmbito privado (violência doméstica e familiar).

Em 7 de agosto de 2009, o Código Penal passou por uma sensível mudança no sentido de sepultar para sempre o título dos crimes contra os costumes e substituí-lo por crimes contra a dignidade sexual. O crime de estupro foi unificado com ato libidinoso diverso da conjunção carnal e passa a ter como sujeitos passivos (vítimas) homens e mulheres. Dentre outras mudanças significativas contidas na Lei n.º 12.015/2009, destaca-se o fato de, nos crimes sexuais, a ação penal processar-se mediante a representação da vítima e, se a vítima for menor de 18 anos ou for vulnerável, a ação penal ser pública incondicionada. Muito ainda há que ser feito para que o ordenamento jurídico efetivamente possa garantir igualdade de direitos entre homens e mulheres, pois ainda existem ranços de preconceitos nas práticas judiciais relacionadas à mulher.

Segundo a igualdade formal entre sexos, prevista na Constituição de nosso país, em seu artigo 5.º, parágrafo 1.º, inciso I, homens e mulheres devem ser tratados de forma igual perante a lei. No entanto, a igualdade material – isto é, o acesso às oportunidades – não se aplica de forma plena às mulheres, em razão do preconceito de gênero, que ainda persiste em nossa sociedade, colocando a mulher em desvantagem social. Daí a necessidade do debate sobre as diferenças necessárias para atender às demandas femininas em todas as áreas da vida social.

Na verdade, as instituições ligadas ao processo de reparação ou à busca de direitos não estão preparadas para atender mulheres nessas circunstâncias. A Delegacia de Polícia, a Defensoria Pública, o Ministério Público, o Poder Judiciário não possuem uma estrutura para receber demandas diretamente dessas mulheres, nem atendê-las para encaminhamento de seus conflitos. O atendimento jurídico de uma mulher que apresenta sintomas de transtorno mental é direcionado pelos profissionais para um processo de interdição, é encarado como uma doença, o que leva, muitas vezes, a uma internação no Hospital de Clínicas.

³² BRASIL. Lei n.º 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8.º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 8 ago. 2006.

De todo modo, o que se verificou ao longo da pesquisa é que muitos profissionais da área jurídica ainda não estão sensibilizados pela questão da saúde mental da mulher a ponto de tratá-la de forma diferenciada, atendendo às peculiaridades da mulher diagnosticada com transtorno mental. Isso de alguma forma faz com que essas mulheres sejam violentadas institucionalmente, pois a tutela e a proteção consistem também na negação de sua existência social, de sua cidadania efetiva.

REFERÊNCIAS

AZEREDO, Sandra. Teorizando sobre gênero e relações raciais. *Revista de Estudos Feministas*, Rio de Janeiro, número especial, p. 203-216, 2. sem. 1994.

BARSTED, Leila de Andrade Linhares. *Violência contra a mulher e cidadania: avaliação de políticas públicas*. Rio de Janeiro: CEPIA (Cidadania, Estudo, Pesquisa, Informação e Ação), 1994 (Cadernos CEPIA, n. 1).

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal brasileiro. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 31 dez. 1940.

BRASIL. Lei n.º 10.216, de 6 de abril de 2001. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 9 abr. 2001.

BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei n.º 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8.º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 8 ago. 2006. BRASIL. Ministério da Saúde. *Legislação de saúde mental: 1990/2004*. 5. ed. Brasília, DF, 2004.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Saúde mental no SUS: acesso ao tratamento e mudança no modelo de atenção*. Relatório 2003-2006. 2007. Disponível em: <<http://www.datasus.gov.br>>. Acesso em: 9 set. 2009.

CINTRA JUNIOR, Dyrceu de Aguiar Dias. Direito e saúde mental. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 2, n. 3, p. 77-87, nov. 2001.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM n.º 1.598/2000. Normatiza o atendimento médico a pacientes portadores de transtorno mental. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 18 ago. 2000. Seção I, p. 63.

DREZETT, Jefferson. Programa de Assistência Integral à Vítima de Violência Sexual. In: REUNIÓN INTERNACIONAL VIOLENCIA: ÉTICA, JUSTICIA Y SALUD PARA LA MUJER. 2000. *Anais...* Monterrey, Nuevo León, México, 2000.

DIAS, Míriam Thaís Guterres. Saúde mental: é possível uma política de saúde pública, coletiva, integral e de cidadania. *Divulgação em Saúde para Debate*, Rio de Janeiro, n. 23, p. 86-95, dez. 2001.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. *Cadernos da PUC*, Rio de Janeiro, n. 16, p. 103-112, 1978.

_____. *Vigiar e punir*. Petrópolis: Vozes, 1996.

_____. *História da loucura na Idade Clássica*. São Paulo: Perspectiva, 1999.

_____. *A ordem do discurso*: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. 10. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

GOMES, Luiz Flávio. Medidas de Segurança e seus limites. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, 2, p. 62-80, abr./jun. 1993.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil*: parte geral. 12. ed. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 1 (Sinopses jurídicas).

MATTOS, Virgílio de. *Crime e Psiquiatria*: uma saída: preliminares para a desconstrução das medidas de segurança. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

PRADO, Ramón. La Psiquiatria: ética y derechos humanos. *Revista del Hospital Psiquiátrico de La Habana*, La Habana, v. 40, n. 3, p. 242-256, sept.-dic. 1999.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. *Gênero, patriarcado, violência*. São Paulo. Fundação Perseu Abramo, 2004 (Brasil Urgente).

SCOTT, Joan W. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. *Educação & Realidade*, Porto Alegre, v. 20, n. 2, p. 71-97, jul./dez. 1995.

SILVA, Iara Ilgenfritz da. *Direito ou punição?* Representação da sexualidade feminina no Direito Penal. Porto Alegre: Movimento, 1985.

SILVEIRA, Maria Lúcia. Iniquidades no atendimento à saúde ligadas a gênero: o caso das mulheres. In: ADELMAN, Miriam; SILVESTREIN, Celsi Brönstrup (Org.). *Coletânea gênero e plural*: um debate interdisciplinar. Curitiba: UFPR, 2002. p. ...-...

TELES, Maria Amélia de Almeida. Violação dos direitos humanos das mulheres. In: TELES, Maria Amélia de Almeida. *O que são direitos humanos das mulheres*. São Paulo: Brasiliense, 2007. p. 62-87.

UNITED NATIONS. General assembly. *A/RES/46/119. The protection of persons with mental illness and the improvement of mental health care*. 17 Dec. 1991. Disponível em: <<http://www.un.org>>. Acesso em:.

———. *Resolution 34/180. Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW)*. 3 Sept. 1981. Disponível em: <<http://www.un.org>>. Acesso em:.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Resource Book on Mental Health, Human Rights and Legislation*. Geneva, 2005.

ZARIAS, Alexandre. *Negócio público e interesses privados: a interdição civil e os dramas de família*. São Paulo: Hucitec; ANPOCS, 2005.

A “CONVENÇÃO DE BELÉM DO PARÁ” E A DIVERSIDADE CULTURAL

José Edvaldo P. Sales¹

Paulo Juaci de Almeida Brito²

RESUMO: O presente artigo objetiva apresentar uma visão sobre a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, que ficou conhecida como a “Convenção de Belém do Pará”, a partir de uma perspectiva da Antropologia e dos Direitos Humanos. Serão apontados alguns aspectos jurídicos da Convenção para, posteriormente, a discussão centralizar-se no ponto principal que é a temática da violência contra a mulher e a diversidade de culturas.

PALAVRAS-CHAVE: “Convenção de Belém do Pará”. Violência contra a mulher. Diversidade de culturas.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 OS DIREITOS HUMANOS E O ESTADO MODERNO. 3 OS DIREITOS HUMANOS E A MULHER COMO SUJEITO DE DIREITOS. 4 AS RELAÇÕES DE PODER HISTORICAMENTE DESIGUAIS ENTRE HOMENS E MULHERES. 5 OS DEVERES DOS ESTADOS-PARTES NA “CONVENÇÃO DE BELÉM DO PARÁ” E O BRASIL NESSE CONTEXTO. 6 DIVERSIDADE DAS CULTURAS E A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER. 6.1 **A diversidade cultural.** 6.2 **A visão cultural e a mulher.** 6.3 **O gênero como categoria analítica.** 6.4 **A visão cultural e a violência.** 6.5 **A interpretação da “Convenção de Belém do Pará” a partir dos saberes locais e o respeito ao relativismo cultural.** 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Os fundamentos sobre os quais repousam a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, adotada pela

¹ Graduado em Direito (UFPA). Especialista em Direito Eleitoral (UNISUL/SC). Mestrando do PPGD da UFPA. Promotor de Justiça/Estado do Pará.

² Graduado em Direito. Advogado. Professor do ICJ da UFPA. Mestrando do PPGD da UFPA.

Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, em 06 de junho de 1994, e ratificada pelo Brasil³, estão nos direitos humanos e, especificamente, em princípios como a igualdade entre homens e mulheres, e a dignidade humana. A “Convenção de Belém do Pará”⁴, como ficou conhecida, reveste-se de importância no contexto internacional e muito mais para os Estados Americanos⁵ dado o caráter generalizado da situação de violência contra a mulher. Tanto é assim que o tema já havia sido objeto de deliberação da Organização das Nações Unidas (ONU) por intermédio da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, de 18 de dezembro de 1979^{6,7}.

Não se pretende aqui elaborar um comentário da Convenção, artigo por artigo. Antes, o texto procura apresentar uma visão panorâmica das regras da Convenção a partir dos seus fundamentos principiológicos como a igualdade e a dignidade humana no contexto dos Direitos Humanos. Mas, não é só. A relação desenvolvida com a Antropologia imprime feição muito peculiar ao texto, pois esse ramo do conhecimento tem, principalmente em assuntos como esses, uma importância suficientemente grande para permitir ao estudioso uma visão mais ampla, além da jurídica, sobre a condição da violência e da mulher. Nesse contexto, serão apresentados também alguns aspectos do tratamento dispensado pelo Brasil, signatário da Convenção, ao assunto.

³ Aprovada pelo Decreto Legislativo n. 107, de 31 de agosto de 1995, e promulgada pelo Decreto n. 1.973, de 01 de agosto de 1996.

⁴ As expressões “Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher” e “Convenção de Belém do Pará” serão utilizadas indistintamente ao longo do texto. Esta última expressão deve-se ao fato de a Convenção ter sido expedida em Belém do Pará no dia 09 de junho de 1994.

⁵ A “Convenção de Belém do Pará” foi elaborada e aprovada no contexto da Organização dos Estados Americanos.

⁶ Promulgada pelo Decreto n. 4.377, de 13 de setembro de 2002, que também revoga o Decreto n. 89.460, de 20 de março de 1984.

⁷ Os dois documentos internacionais mencionados têm uma razão histórica de ser, que é muito bem sintetizada por MONDAINI (2006:182-183): “Desde o século XIX, com o desenvolvimento da sociedade capitalista, o papel das mulheres na vida social veio se transformando de uma maneira nunca antes vista. De uma forma não-linear, as mulheres começaram a romper os limites impostos pela tradicional sociedade paternalista, ocupando o espaço público até então monopolizado pelos homens. Em outras palavras, a mulher deixava de ser sua realidade como algo reservado exclusivamente ao ambiente doméstico (a casa), passando a lutar pelo direito de participar também da vida pública (a rua). Com a entrada do século XX, a luta pela emancipação feminina foi fortemente impulsionada pelas reivindicações em torno da extensão do direito de voto às mulheres. A partir da década de 1960, a luta do movimento feminista pela igualdade de condições sociais com os homens amplia-se ainda mais, passando as mulheres a reclamar o direito de ter o poder de decisão sobre tudo aquilo que dissesse respeito ao seu corpo: era a luta pela liberdade sexual e reprodutiva. Sob a pressão da opinião pública feminista, a ONU acabou por reconhecer a importância do tema ao organizar quatro conferências mundiais sobre a mulher, no espaço de vinte anos. Assim, da Conferência do México, em 1975, à Conferência de Pequim, em 1995, a luta pela igualdade de gênero tornou-se de fato uma luta universal.”

O tema é relevante e tem reflexo em toda a sociedade. Tem razão CRUZ (2012) ao dizer que a “violência contra as mulheres não é um problema de mulheres: é um problema dos homens, é um problema de toda a sociedade”. Essa abrangência é que permite a análise ora feita, isto é, a violência contra a mulher a partir dos Direitos Humanos e da Antropologia. Trata-se de uma aproximação entre as duas ciências num tema controvertido, atentando-se aqui para a advertência feita por GEERTZ (1997:253) em não se fazer “um esforço para impregnar costumes sociais com significados jurídicos, nem para corrigir raciocínios jurídicos através de descobertas antropológicas, e sim um ir e vir hermenêutico entre os dois campos”.

2 OS DIREITOS HUMANOS E O ESTADO MODERNO

No plano internacional (ONU e OEA), a criação de tratados e convenções com titularidades específicas (como por exemplo, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, a Convenção sobre os Direitos da Criança, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e a “Convenção de Belém do Pará”) marca a passagem da tutela do homem abstrato (na Carta Internacional de Direitos, constituída da Declaração Universal de Direitos Humanos – DUDH – e dos Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais [PIDCP e PIDESC]) para a tutela do ser humano concreto⁸.

O discurso liberal da cidadania, que nasceu no seio do constitucionalismo e na emergência do Estado Liberal, consagradores de uma ótica contratualista influenciada pelas ideias de Locke, Montesquieu e Rousseau, reduzia os direitos humanos aos direitos à liberdade, à segurança, à propriedade e à resistência à opressão (PIOVESAN, PIOVESAN e SATO, 2010, p. 239-249). A ideia era limitar e controlar o poder do Estado que, com o absolutismo, mostrava-se excessivo, abusivo e arbitrário. Com isso visava-se tão somente a abstenção do Estado para a vida social (refrear o poder estatal), permitindo que as relações sociais evoluíssem plenamente (liberdade para o cidadão). A tônica era assegurar os direitos de liberdade negativa para o cidadão em geral, idealmente falando.

⁸ Também no plano interno dos Estados de Direito percebe-se essa passagem, embora menos nitidamente.

A Constituição foi o instrumento jurídico que, fundamentando a separação de poderes, o respeito à supremacia da Lei e os direitos fundamentais [liberdade, segurança, propriedade e resistência à opressão], permitiu o controle do Estado, ao mesmo tempo em que o convertia de Estado Liberal em Estado Constitucional (SALDANHA, *apud* PIOVESAN, PIOVESAN e SATO, 2010:240). Não era previsto qualquer direito de natureza social e nem se pensava o direito de igualdade por uma ótica material e substantiva.

Na medida em que a sociedade se movimenta e as angústias e insatisfações tornam a vida social rebuliça, torna-se necessário repensar o valor da igualdade, que é enriquecido com a sua materialização, a partir da concretização dos titulares de direitos, ao mesmo tempo em que aumenta o número de bens que são merecedores de tutela por parte do Estado, mediante a previsão dos direitos à prestação (como por exemplo, os direitos sociais, econômicos e culturais e, mesmo, os direitos políticos). Também há um alargamento do próprio conceito de sujeito de direito, que passou a abranger, além do indivíduo, as entidades de classe, as organizações sindicais, os grupos vulneráveis e a própria humanidade (PIOVESAN; PIOVESAN; SATO, 2010, p. 241). A partir daí, ao lado de um sistema geral de proteção, dado pela Carta Internacional de Direitos (e pelas Convenções Regionais, como é o caso da Convenção Americana de Direitos Humanos), organiza-se o sistema especial de proteção (ou, seria melhor dizer, sistemas especiais de proteção), que adota como sujeito de direito o indivíduo historicamente situado, na peculiaridade de suas relações sociais (PIOVESAN; PIOVESAN; SATO, 2010, p. 242).

A especificação do sujeito de direito exige, por parte do Estado, não mais uma simples abstenção, de forma a assegurar a liberdade dita negativa; agora, o Estado tem a obrigação de atuar com ações sociais afirmativas com o fim de materializar o direito à igualdade e consolidar as liberdades fundamentais.

3 OS DIREITOS HUMANOS E A MULHER COMO SUJEITO DE DIREITOS

De início cabe logo esclarecer que o texto não se ocupará da distinção entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. As razões, basicamente, são duas: a primeira, é que a abordagem desenvolvida não será exclusivamente jurídica e, por isso, classificações dessa natureza não são tão relevantes; a segunda, é que ao longo da exposição será dada prioridade ao uso da

expressão Direitos Humanos haja vista que o texto normativo adotado como referencial é a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. Não se descuida, todavia, da distinção feita de que os Direitos Fundamentais são a positivação no plano interno daqueles Direitos Humanos reconhecidos no âmbito internacional por intermédio dos documentos expedidos pelos órgãos competentes⁹.

Quanto aos Direitos Humanos na tradição ocidental, sua defesa, segundo BRAGATO (2009, p. 233-253), “tem as suas raízes na exaltação do indivíduo e na incomparável importância do ser humano derivada de sua própria racionalidade. (...) A ideia de um direito fundado na racionalidade humana estabeleceu-se na cultura jurídica europeia do século XVII, partindo da existência de direitos inatos do ser humano ao desenvolvimento de sua personalidade e, portanto, anteriores ao Estado Civil, produto do contrato social”. Afirma BRAGATO (*Idem*):

Os direitos subjetivos individuais, invioláveis e necessários são entendidos como consequência lógica e imediata da natureza humana e, por isso, valem contra o Estado, que só existe para garantir as precárias liberdades individuais pré-existentes ao contrato social. Assim, a racionalidade tornou-se o nome do atributo humano que fundamenta a moralidade devido ao fato de que os seres humanos são os únicos aptos, não somente a sentir, mas a conhecer e a transformar. Há, portanto, um distanciamento da relação com Deus como fundamento da igualdade de todos os seres humanos, transferindo-se, na modernidade, para a razão humana. Por outro lado, a passagem da condição de ser humano à de pessoa é uma operação legal; daí a modernidade ser a época em que o mundo foi subjetificado. A lei, portanto, define quem é pessoa, o que equivale a dizer, quem tem direitos e quais são estes direitos. O Estado tornou-se o lugar por excelência do seu exercício e o sujeito devedor dos direitos humanos. (BRAGATO, 2009).

Esses conceitos têm sua origem no Ocidente, com o desenvolvimento da sociedade ocidental europeia, e por isso, há dificuldades em universalizar a noção de direitos humanos em face de desconfianças geradas em função de os preceitos desenvolvidos nas teses ocidentais não terem alcançado a proteção senão do homem burguês, branco e ocidental, o que, frequentemente contrapõe essas noções à de relativismo cultural. Pode-se afirmar, ainda, que,

⁹ O esclarecimento é de PÉREZ LUÑO: “Los *derechos humanos* poseen una insoslayable dimensión deontológica. Se trata de aquellas facultades inherentes a la persona que deben ser reconocidas por el derecho positivo. Cuando se produce esse reconocimiento aparecen los *derechos fundamentales*, cuyo nombre evoca su función fundamentadora del orden jurídico de los Estados de Derecho.” (2006:235-236)

se é verdade que para a afirmação do ser humano enquanto pessoa racional foi necessária a defesa da individualidade, por outro lado, o extremismo de se considerar o indivíduo acima da sociedade, na construção do ser humano, permitiu a emergência de um “sujeito autocentrado e egoísta”, em busca da garantia de seus direitos contra quem quer que seja, o que, na prática, resulta na redução do ser humano, pois isso nos coloca diante de uma sociedade atomizada e individualista, originadora de “um mundo extremamente desigual e fragmentado”.

A correção de rumos passa, certamente, pelo reconhecimento do valor da mulher como parte integrante essencial da sociedade humana. Ao se falar em direitos humanos e da mulher como sujeito de direito não se está concebendo as mulheres como uma categoria diferenciada ou para além do humano. Ao contrário, a mulher está inserida no conceito de direitos humanos. Todavia, esse destaque é necessário porque existe, como se verá mais adiante, um histórico de desigualdades construídas entre homens e mulheres a ponto de haver críticas como a feminista registrada por BONETTI (2001, p. 146) de que, por exemplo, a Declaração dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), de 1948, mesmo tendo como suporte uma ideia de humanidade abstrata, o referencial seria masculino, isto é, o homem ocidental e branco.

É assim que a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher trata a mulher como sujeito de direitos, o que pode ser percebido em expressões repetidas como “toda mulher tem direito”. Nem sempre foi assim, por exemplo, no caso da cultura brasileira. A mulher já foi considerada relativamente capaz e, portanto, necessitando da autorização do marido para atos da vida civil¹⁰. Diversos direitos, assim, são tidos pela Convenção como inerentes à condição da mulher como sujeito de direitos tais como o respeito à vida, à integridade física, mental e moral, à liberdade e à segurança pessoais, a não ser submetida a tortura, entre outros (art. 4º).

O contraposto de práticas discriminatórias é a igualdade. A igualdade é um desses direitos. A pessoa humana quando é vítima de preconceitos está diante da própria negação do seu direito a ser tratado de forma igual. Daí lembrar DALLARI (2004, p. 48) que é “por isso que a Organização das Nações Unidas (ONU) condena os preconceitos, e em muitos países existem

¹⁰ Situação que apenas foi superada com a Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962 (Estatuto da Mulher Casada).

leis proibindo que as pessoas sejam tratadas como inferiores por motivo de raça, de cor ou de sexo [é aqui que se destaca a situação da mulher]”.

A igualdade é como que um desdobramento da dignidade. A Declaração da ONU de 1948 reporta-se em seu art. 1º que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. Veja-se aí a estreita relação estabelecida entre os dois princípios (igualdade e dignidade). A dignidade decorre da própria condição de ser humano independentemente de quaisquer circunstâncias no tempo e no espaço. DALLARI (2004, p. 15) afirma que para “os seres humanos não pode haver coisa mais valiosa do que a pessoa humana”. Sobre a dignidade LÉVI-STRAUSS (1986, p. 51) faz importante observação, sob o enfoque antropológico, de que “Os povos estudados pelos etnólogos não concedem a dignidade de uma condição verdadeiramente humana senão aos seus membros e confundem os outros com a animalidade”¹¹. Essa perspectiva ganha realce porque foca a ideia de dignidade no indivíduo e dentro do ambiente (comunidade) onde ele vive. É extremamente difícil se conceber o que é dignidade sem o indivíduo e muito menos de maneira descontextualizada. Concepções abstratas de conceitos como esse (dignidade da pessoa humana) tendem a cair num vazio, pois acabam não correspondendo a nenhuma realidade específica.

4 AS RELAÇÕES DE PODER HISTORICAMENTE DESIGUAIS ENTRE HOMENS E MULHERES

A violência contra a mulher não é um dado específico de determinado lugar do mundo. Historicamente as mulheres têm sido vitimadas pela violência. Desde a América, África e Europa, para ficar apenas nesses continentes, dados estatísticos apontam para isso. Por exemplo, CRUZ (2012) registra que:

A violência contra as mulheres é uma mancha negra que envergonha toda a humanidade. Fenômeno tão extenso que, segundo está apurado, as mulheres dos 15 aos 44 anos são mais susceptíveis de ser afectadas ou mortas como consequência de violência masculina que em consequência de cancro, malária, acidentes de viação ou guerra. As Nações Unidas referem que 200 milhões de mulheres desapareceram: mulheres que deveriam ter nascido ou crescido mas que foram mortas

¹¹ É sabido que outras espécies animais, como, por exemplo, entre os canídeos, não fazem a mesma distinção, o que permite que elas aceitem no seu grupo indivíduos pertencentes a outros grupos da mesma espécie, ou, às vezes, até mesmo, indivíduos de espécies diferentes.

por infanticídio ou aborto selectivo. A África do Sul registra a maior incidência de violação no mundo. Uma mulher é violada em cada 20 segundos; e só uma em 35 apresenta queixa na polícia.

(...) Na Irlanda em 98 mais de metade das mulheres assassinadas foram-no pelos seus companheiros ou maridos. Na Finlândia 22% das mulheres sofreram de violência por parte dos seus companheiros. Em Portugal, por semana, cerca de 6 mulheres, em média, são vítimas de crime contra a vida, praticados por homens. E os exemplos poderiam continuar. (CRUZ, 2012).

A Cartilha “O que devem saber os profissionais de saúde para promover os direitos e a saúde das mulheres em situação de violência doméstica” (2003, p. 11) indica os seguintes dados sobre uma forma específica de violência contra a mulher – a violência doméstica (física) e a violência sexual cometida por parceiros sexuais:

Ano	País-Cidade	Amostra	Idade	Violência Física na vida	Violência Sexual na vida
1991/92	Canadá-Toronto ¹	420	18-64 anos	27,0%	15,2%
1995	Nicarágua-Léon ²	360	15-49 anos	52,0%	21,7%
1993	Reino Unido – Norte de Londres ¹	430	16 anos	30,0%	23,0%
2000/01	Brasil – São Paulo ²	940	15-49 anos	25,8%	9,6%
2000/01	Brasil – Zona da Mata PE ²	1188	15-49 anos	32,0%	14,5%

1. entrevista com todas as mulheres

2. entrevista com mulheres que tiveram companheiros pelo menos uma vez na vida

Fonte: Heise et al, 1999, Schraiber et al, 2002a.

No caso do Brasil, o “Dossiê: violência contra a mulher” da Rede Nacional Feminista de Saúde e Direitos Reprodutivos (Regional Pernambuco) de 1999 (*apud* LIMA, 2011) consigna que:

O Brasil é o campeão em violência doméstica num *ranking* de 54 países, os números são alarmantes: a cada 16 segundos uma mulher é agredida por seu companheiro e 70% das mulheres assassinadas foram vítimas de seus próprios maridos. Pesquisas revelam que a principal queixa que encaminha uma mulher a uma delegacia é a lesão corporal, que também demanda um número significativo de atendimentos nos centros de saúde. Aproximadamente 80% dos casos são enquadrados enquanto crime doloso, onde o agressor tinha a intenção e decidiu pela agressão. Os casos restantes se referem a estupro, atentado violento ao pudor, ameaças e sedução. As pesquisas ainda evidenciam que apenas 1/3 dos casos é denunciado, alimentando a impunidade.

As causas dessa violência repousam em dados históricos. Um registro é feito por CRUZ (2012) de que na década de 60 um tribunal português classificava o comportamento violento de um marido com relação a sua mulher como “moderado poder de correcção doméstica”. Cita outro caso em que outro tribunal português lançou culpa sobre duas jovens, vítimas de violação, sublinhando que elas não deveriam ter seguido a pé numa estrada situada numa região considerada “coutada do macho latino”. Essa posição de submissão da mulher, incluindo práticas de violência, a partir dos números vistos e também dos períodos em que essas formas de agressão vêm ocorrendo, denuncia que o que se vivencia na atualidade é resultado de um processo histórico que se estabeleceu, e que hoje se procura corrigir, nas relações de poder entre homens e mulheres. E aqui, ressalte-se, a violência deve ser vista a partir do que os documentos internacionais apontam como tal, conjugando-se isso com a realidade cultural de cada local.

5 OS DEVERES DOS ESTADOS-PARTES NA “CONVENÇÃO DE BELÉM DO PARÁ” E O BRASIL NESSE CONTEXTO

O capítulo III da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher ocupa-se dos deveres dos Estados-Partes quanto à adoção de meios para o fiel cumprimento das determinações contidas no documento internacional. As medidas são variadas, amplas e progressivas. O próprio Estado não deve ser autor de violência contra a mulher, e deve velar para que suas autoridades e funcionários em geral igualmente não a perpetrem. As principais ações incluem a criação de mecanismos na legislação interna propiciando, assim, medidas jurídicas para que o agressor seja punido e se abstenha de prosseguir nos atos de violência em todas as suas formas. A mulher também deve ser alvo das medidas dos Estados incluindo a reparação de danos sofridos, proteção contra atos ulteriores de violência, acesso aos mecanismos judiciais e assim por diante.

O Brasil é signatário da “Convenção de Belém do Pará” e possui documentos legislativos que tratam da violência contra a mulher. Não se pretende aqui fazer um levantamento de todos esses documentos. Todavia, três merecem destaque. O primeiro deles, pela ordem de importância e de precedência, é a Constituição Federal de 1988. Antes, porém, cumpre destacar que esse interesse pela luta em favor dos direitos das mulheres tem relação

próxima com a assinatura feita pelo Brasil, em 1981, da Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres das Nações Unidas. Foi a partir desse momento que os “Conselhos de defesa dos direitos das mulheres são criados a nível federal, estadual e municipal, com a função de propor políticas públicas voltadas à questão da mulher e de fiscalizar e pressionar o Estado para realizá-las” (BONETTI, 2001, p. 144-145).

A Constituição de 1988, na medida em que listou entre seus princípios fundamentais a igualdade entre homens e mulheres e a dignidade da pessoa humana, para mencionar apenas estes, e também quando expressamente determinou ao Estado brasileiro a criação de mecanismos para coibir a violência no âmbito da família (art. 226, § 8º), estava objetivando, entre outros aspectos da sociedade brasileira, o combate à violência contra a mulher e, em consequência, a efetivação dos direitos já reconhecidos no plano internacional.

Além da Constituição, outras duas leis são relevantes. A primeira delas é a Lei nº 10.778, de 24 de novembro de 2003, que “Estabelece a notificação compulsória, no território nacional, do caso de violência¹² contra a mulher que for atendida em serviços de saúde públicos ou privados”. Essa lei está regulamentada pelo Decreto nº 5.099, de 03 de junho de 2004, e remete de forma expressa aos documentos internacionais dos quais o Brasil seja signatário. A outra é a Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006, (a conhecida “Lei Maria da Penha”¹³) que “Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da

¹² O art. 1º, § 2º, dessa lei explicita as formas de violência por ela abrangidas, a saber: “§ 2º Entender-se-á que violência contra a mulher inclui violência física, sexual e psicológica e que: I - tenha ocorrido dentro da família ou unidade doméstica ou em qualquer outra relação interpessoal, em que o agressor conviva ou haja convivido no mesmo domicílio que a mulher e que compreende, entre outros, estupro, violação, maus-tratos e abuso sexual; II - tenha ocorrido na comunidade e seja perpetrada por qualquer pessoa e que compreende, entre outros, violação, abuso sexual, tortura, maus-tratos de pessoas, tráfico de mulheres, prostituição forçada, sequestro e assédio sexual no lugar de trabalho, bem como em instituições educacionais, estabelecimentos de saúde ou qualquer outro lugar; e III - seja perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra”.

¹³ “Esse ‘nome’ atribuído à Lei 11.340/06 encontra a sua razão de ser na luta desenvolvida pela vítima Maria da Penha Maia Fernandes que, diante da inoperância da legislação brasileira, sofreu reiteradas violências no âmbito familiar, culminando por ser vítima de uma tentativa de homicídio por parte do seu então marido, o qual tentou desviar a sua responsabilidade através da simulação de que a vítima teria sido atacada por ladrões desconhecidos e que haviam fugido. Essas agressões foram seguidas de outras, terminando por deixar marcas físicas (paraplegia irreversível) e psicológicas, mas não impediram que a dor e o sofrimento fossem canalizados em favor da luta contra a violência. Ressalte-se que a luta da biofarmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes não se deu apenas no âmbito interno, tendo ela o discernimento de levar a sua batalha pelos direitos humanos das mulheres aos campos internacionais, principalmente pela omissão brasileira em implementar medidas investigativas e punitivas contra o agressor, dentro do denominado razoável prazo de duração do processo, o que culminou com uma condenação do Estado brasileiro perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão da OEA.” (SOUZA, 2007:30).

Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher”, entre outras disposições.

6 DIVERSIDADE DAS CULTURAS E A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Esse parece ser, no contexto da abordagem desenvolvida ao longo deste artigo, o ponto mais controvertido. Não há como – e aqui as divergências são mínimas para não dizer inexistentes – admitir que não exista a diversidade das culturas. Esse é um fato e sobre ele estão de acordo a Antropologia e o Direito. Os desdobramentos disso em esferas como a da violência contra a mulher é que, não poucas vezes, têm gerado controvérsias.

6.1 A diversidade cultural

A diversidade das culturas existe. Essa diversidade não impede, todavia, a convivência ou coexistência entre elas. Para LÉVI-STRAUSS (1960, p. 233-234) as culturas humanas não são diferentes da mesma maneira entre si e nem no mesmo plano; e que, além disso, essa diversidade está no presente e no passado e é “muito maior e mais rica que tudo o que estamos destinados a conhecer a seu respeito”. E cabe desde logo dizer que não é possível admitir uma cultura “melhor” e outra, conseqüentemente, “pior”. São todas culturas e como tais são encaradas pelos seus respectivos indivíduos. LÉVI-STRAUSS (1986, p. 26) chama a atenção para o fato de que:

(...) a diversidade de culturas não poria outro problema para além do facto objectivo desta diversidade. Nada impede, com efeito, que culturas diferentes coexistam e que prevaleçam entre elas relações relativamente tranqüilas, que a experiência histórica prova poderem ter fundamentos diferentes. Logo, cada cultura se afirma como a única verdadeira e digna de ser vivida; ignora as outras, chega mesmo a negá-las como culturas. (LÉVI-STRAUSS, 1986, p. 26).

Essa diversidade de culturas consiste num modo de viver peculiar de cada povo e, “no tempo e no espaço corresponde a uma série de expressões, algumas sadias, outras não, de uma realidade subjacente estável – a natureza essencial do homem” (GEERTZ, 2001:61). Em alguns aspectos é possível

fazer aproximações e até mesmo encontrar semelhanças entre culturas diferentes. Em outros, porém, o distanciamento pode ser, e não raro acontece, muito grande. Um aspecto de relevância para a compreensão do debate aqui proposto é o de se ter a consciência daquilo que GEERTZ (1997:259) explicitou dizendo que “a parte ‘jurídica’ do mundo não é simplesmente um conjunto de normas, regulamentos, princípios, e valores limitados, que geram tudo que tenha a ver com o direito, desde decisões do júri, até eventos destilados, e sim parte de uma maneira específica de imaginar a realidade”. Daí a necessidade de uma aproximação de uma outra visão – a antropológica – para melhor explicitação do tema ligado à violência contra a mulher.

6.2 A visão cultural e a mulher

A grande função do Estado, em relação à Sociedade de onde surge, é propiciar condições para assegurar a essa sociedade a capacidade de viver em sua relação com os demais elementos integrantes da Natureza, especialmente outros grupos sociais organizados, bem como possibilitar o seu desenvolvimento e, se possível, sua relativa conservação no evoluir de relações sociais harmônicas e pacíficas. Desde Heráclito, o ser humano compreende que o comum nas suas relações com a Natureza (outros seres humanos e grupos sociais nela incluídos) é a transformação. Exceção é conservar. Falando em termos de seres humanos, isto é, o binômio indivíduo/sociedade, o grande problema do desenvolvimento e da transformação é a desestabilização social, tendo em vista que isso põe em risco a própria sobrevivência do grupo e dos indivíduos, mas esse desenvolvimento e essa transformação social podem ocorrer sem a desestabilização da sociedade.

Como o Estado impede essa desestabilização? Organizando um sistema de controles, submetendo, assim, todos os integrantes da comunidade no processo societário (e socializante) a um conjunto de normas cuja infração provoca o acionamento de sanções. Controle social pode ser entendido como: a) os recursos de que dispõe uma determinada sociedade para assegurar-se da conformidade de comportamentos de seus membros a um conjunto de regras e princípios estabelecidos; b) as formas organizadas com que a sociedade responde às transgressões de seus integrantes (RAMIREZ; MALARÉE, 2001, p. 15-34). Tratando globalmente do tema relacionado à mulher, violência e cultura, pode-se falar em sistemas sociais globais, constituído de diferentes subsistemas, os quais podem ser classificados em formais e informais. São

exemplos de subsistemas informais, a escola, o partido político, associações de bairro etc. Subsistema formal por excelência é o Direito.¹⁴

Contemporaneamente, em quase todas as culturas, se não em todas, em face de conflitos de relação de poder que se instalam socialmente, a posição da mulher em sociedade é vivenciada, na prática, de forma inferiorizada em relação à do homem. Mas, se essa diferença de tratamento existe na prática em função do controle social que a classe ou categoria que se coloca como dominante nas relações sociais impõe sobre as classes ou categorias dominadas nessas mesmas relações sociais, isso não significa ausência de reação a essa imposição, o que resulta, na medida da intensidade dessa reação, em transformações no seio da sociedade integrada por classes dominantes e dominadas. E essa reação vem a manifestar-se em todas as dimensões, especialmente a jurídica (inclusive a dimensão penal^{15, 16}).

¹⁴ Nos ensinamentos de RAMIREZ e MALARÉE (2001:15-34), o controle social apresenta-se em duas ordens: a) Controle social de ação: pelo qual se busca obter a aceitação, por parte do indivíduo, do sistema de valores da ordem social, até um ponto de aceitação como próprios (mecanismos de socialização); b) Controle social de reação: pelo qual se busca determinar os diferentes grupos de condutas desviadas (patológica, criminológica ou indesejada) e a respectiva resposta ou reação social (medicação, criminalização ou neutralização). Dependendo da natureza do órgão que exerce o controle social de reação, esse pode ser: a) informal; b) formal.

O controle social informal é realizado por órgãos ou instituições que o exercem complementarmente a sua função primordial. São instituições como a família, a vizinhança, a escola, a igreja, o centro de trabalho, o partido político etc... O controle social informal rege-se por um sistema normativo informal de usos, costumes, tradições e apelos a um código ético ou moral não escrito, bem como a reciprocidade. Suas sanções podem ser, dependendo das circunstâncias, muito duras, arbitrárias ou desproporcionais (perda do posto de trabalho, isolamento social, perda de consideração social, de posição social, críticas sociais).

O controle social formal (controle penal, inclusive) é exercido por instâncias criadas exatamente para exercê-lo, como a polícia, os tribunais, o Direito (D. Penal, inclusive), o procedimento (inclusive o procedimento penal), os estabelecimentos penitenciários em sentido amplo, os quais estão regidos pelo direito escrito. O Direito Penal não é o único meio de controle social que se exerce por meio de normas jurídicas que prevêem sanções formalizadas por certas condutas. Outros ramos do Direito também o fazem como, por ex., o Direito administrativo. O Direito penal deve ser a *ultima ratio* nesse controle.

¹⁵ O Direito Penal constitui parte de um *sistema dinâmico de funções* podendo-se distinguir mecanismos de produção das normas (**criminalização primária**), mecanismos de aplicação das normas e de execução da pena e das medidas de segurança (**criminalização secundária**). O controle penal, conquanto seja a forma mais brutal e manifesta de controle, possui mecanismos próprios limitadores e de auto-controle democrático e, por isso mesmo, é o que menos se presta a manipulação, abusos e arbitrariedades. (MOLINA, 2007:26)

¹⁶ O momento de atuação do controle social “penal”, segundo os ensinamentos de Antonio Molina, deve se dar: a) quando fracassam os mecanismos de controle social “informal”, os quais devem intervir previamente; b) quando a conduta desviada, anti-social, revele uma especial relevância, isto é, uma concreta, transcendental, grave e intolerável forma de ofensa a um bem jurídico relevante. A correta atuação do controle social “penal” deve observar: a) a natureza subsidiária desse subsistema; b) “a necessidade de uma correta *coordenação* das duas classes de instâncias (formais e informais) visando à obtenção de uma eficaz prevenção do crime”. Como instrumento de controle social utilizado pelo Estado no exercício do *jus puniendi* em razão da prática de condutas ofensivas a bens jurídicos tutelados por norma jurídico-penal, o Direito Penal, para exercer seu papel de *ultima ratio*, precisa estar de tal forma estruturado que assegure o evoluir pacífico e harmônico das relações sociais, dessa forma propiciando ao Estado e à própria sociedade condições de preparar o cidadão para as melhores

A mulher pode ser vivenciada culturalmente em uma concepção de sexo e em uma concepção de gênero. Qualquer que seja a concepção, mas isso vale especialmente para o gênero, implica ela uma condição relacional, pois não é possível falar em mulher ou em gênero (nem mesmo em sexo), sem se fazer referência aos homens. Ao mesmo tempo, rejeita-se a mera diferença de ordem biológica, recusando-se, assim, esse aspecto como elemento caracterizador de alguma suposta forma de subordinação de um em relação ao outro, além do reconhecimento do termo “gênero” como uma forma de indicar “construções culturais”, ou seja, “a criação inteiramente social de ideias sobre os papéis adequados aos homens e às mulheres” (SCOTT, 1990, p. 71-98). Gênero é, então, visto como “uma categoria social imposta sobre um corpo sexuado”. Gênero, conforme os ensinamentos de SCOTT (1990, p. 76), “ênfatisa todo um sistema de relações que pode incluir o sexo, mas não é diretamente determinado pelo sexo, nem determina diretamente a sexualidade”. Por sua vez, a sexualidade é uma parte integrante da personalidade que se desenvolve, tal como diversas outras características, ao longo da vida. Pode ser reconhecida como uma forma de prazer, de comunicação, de relação e de bem-estar. A personalidade, da qual a sexualidade faz parte, pode ser examinada em um plano não jurídico e em um plano jurídico.

Em um plano não jurídico, mais propriamente psicológico, FRIEDMAN e SCHUSTACK (2007, p. 2) afirmam que a personalidade tem oito aspectos principais que, reunidos, ajudam-nos a compreender a natureza complexa do indivíduo. Definem a psicologia da personalidade como o estudo científico das forças psicológicas que tornam as pessoas únicas. Para esses autores (2007, p. 17) o indivíduo é influenciado por: a) *aspectos inconscientes*, “forças que não estão na consciência imediata”; b) *forças do ego*, “que oferecem um sentimento de identidade ou *self*”; c) uma pessoa ser reconhecida como um *ser biológico*, com “uma única natureza genética, física, fisiológica e temperamental”; d) ser *condicionado e modelado* pelas experiências e pelo ambiente à sua volta; e) ter uma *dimensão cognitiva*, “as pessoas pensam e interpretam o mundo ao seu redor”; f) ser um conjunto de *traços, habilidades e predisposições* específicos, com suas “determinadas capacidades e inclinações”; g) uma *dimensão espiritual* em relação à própria vida, que “os enobrece e os induz

condições de integração social, assegurando-lhe a participação dialética do poder econômico e do poder político e, dessa forma, o crescimento individual e social. No perfil de Estado Democrático de Direito, como é o caso do brasileiro, o DP somente atuará como *ultima ratio* desse controle social, se fundamentado ou materializado por dados obtidos da Criminologia e “manufaturados” através da Política Criminal. (MOLINA, 2007:26)

a ponderar sobre o significado de sua existência” e; h) uma natureza que é fruto de “uma *interação* contínua entre a pessoa e determinado ambiente”. Para esses dois autores, “a complexidade humana está fundada em várias influências – dentre as quais se incluem predisposições biológicas, experiências passadas, estruturas cognitivas, reforçamento, necessidades circunstanciais e motivações para a auto-realização”.

Embora sejam inúmeras as diferenças reconhecidas entre homens e mulheres, tanto em uma dimensão físico-morfológica, quanto na dimensão da personalidade (por ex., homens desenvolveram o ciúme sexual, enquanto que as mulheres desenvolveram o ciúme emocional), também não é raro o encontro de semelhanças, com características antes consideradas masculinas sendo encontradas em mulheres heteroafetivas e vice-versa (por ex., mulheres bem mais agressivas e homens bem menos agressivos que a média); “embora haja diferenças impressionantes entre ‘ser homem’ e ‘ser mulher’, [estudos têm demonstrado que] é também verdade que há mais variações entre as mulheres e entre os homens do que entre homens e mulheres; as classificações sobrepõem-se significativamente. Ou seja, as personalidades dos homens e das mulheres têm mais semelhanças do que diferenças” (FRIEDMAN; SCHUSTACK, 2007, p. 371-405). Mas elas existem, inclusive no plano, aspecto ou dimensão da sexualidade (SCOTT, 1990, p. 71-98).

6.3 O gênero como categoria analítica

O gênero é definido por SCOTT (*Idem*) em duas partes diversas interrelacionadas, mas analiticamente diferenciadas:

O núcleo da definição “repousa numa conexão integral entre duas proposições: 1) O gênero é um elemento constitutivo de relações sociais baseadas nas diferenças percebidas entre os sexos e (2) o gênero é uma forma primária de dar significado às relações de poder. As mudanças, não unidirecionais, na organização das relações sociais correspondem a mudanças nas representações do poder, baseadas nas diferenças percebidas, o gênero implica quatro elementos interrelacionados”: a) os símbolos culturalmente disponíveis que evocam representações simbólicas (contraditórias frequentemente): Eva e Maria, mitos de luz e escuridão, purificação e poluição, inocência e corrupção; b) conceitos normativos que expressam interpretações dos significados dos símbolos e tentam limitar e conter suas possibilidades metafóricas (oposição binária do homem e da mulher, do masculino e do feminino); c) uma concepção de política e uma referência às instituições e à organização

social (buscando ampliar o contexto do âmbito meramente familiar [parentesco, baseado na troca de mulheres], incluindo o mercado de trabalho [segregação sexual], a educação [idem], o sistema político [idem]); d) identidade subjetiva: transformação da sexualidade biológica dos indivíduos enquanto passam por um processo de enculturação (reprodução do gênero explicada pela psicanálise [explicação não exclusivamente baseada no medo da castração]). Embora nenhum dos quatro elementos, citados acima, possa operar sem os demais, eles não o fazem simultaneamente. (SCOTT, 1990).

O gênero, na visão de SCOTT (1990, p. 88), é um campo primário no interior do qual, ou por meio do qual o poder é articulado. Embora não seja o único campo, mostra-se como uma forma persistente e recorrente de possibilitar a significação do poder no ocidente, nas tradições judaico-cristãs e islâmicas. Mas os conceitos de poder, embora se baseiem no gênero, nem sempre se referem literalmente ao gênero em si mesmo; além do mais, as diferenças biológicas, especialmente as que referem à divisão do trabalho de procriação e de reprodução operam, nas palavras de PIERRE BOURDIEU, como “fundadas ilusões coletivas” (*apud* SCOTT, 1990, p. 88) e, “na medida em que essas referências estabelecem distribuições de poder [...], o gênero torna-se implicado na concepção e na construção do próprio poder”. MAURICE GODELIER (*apud* SCOTT, 1990, p. 89) chega mesmo a afirmar que as diferenças entre corpos, relacionadas com o sexo, são constantemente solicitadas não só a testemunhar as relações sociais [e as relações de poder] e, mais do que isso, a legitimar essas relações^{17, 18}.

É bom observar que sempre que as mulheres apresentam uma ativa participação na vida político-social, os regimes de governo manifestam-se de forma democrática. O estado de bem-estar social, por exemplo, apresenta-se concretamente como uma ideologia política construída a partir de conceitos generificados, que traduzem um paternalismo protetor através de leis dirigidas

¹⁷ Em SCOTT (*Idem*) verifica-se, por exemplo, que a exploração agrícola baseava-se em definições específicas da oposição entre masculino e feminino e a própria espiritualidade medieval da Europa fundamentava-se na importância atribuída às relações entre os conceitos do masculino e do feminino. Por sua vez, quando se trata de informar sobre símbolos de poder político, a alusão simbólica a relações sexuais entre um homem e um rapaz (na Idade Média islâmica e na Grécia clássica), sugere uma certa irrelevância das mulheres para qualquer noção de política e de vida pública. Enfim, quando se fala em dominação, força, autoridade central e poder dominante, essas expressões são representadas como masculinos (os inimigos, os forasteiros, os subversivos e a fraqueza são representados como femininos); disso resultou que esse código foi traduzido em leis que afastaram as mulheres de esferas de poder.

¹⁸ Uma interessante analogia pode ser feita nos dias de hoje, com o que está ocorrendo no Oriente Médio, onde as mulheres vem sendo afastadas sistematicamente de manifestarem-se politicamente e, dessa forma, são colocadas longe das esferas de poder (por ex., em recente processo eleitoral no Egito).

às mulheres e crianças. Os socialistas utópicos da França e da Inglaterra e os anarquistas europeus possuíam um discurso de complementação de papéis sociais de homens e mulheres (constituindo um “indivíduo social”) ou de recusa na hierarquização dos diferentes sexos. No entanto, mesmo os líderes socialistas e de sindicatos da época apresentavam semelhança em um aspecto do discurso com o discurso dos reformadores burgueses, ambos davam à parte considerada fraca e submissa a codificação generificada feminina, e à parte considerada forte e dominadora, a codificação generificada masculina (SCOTT, 1990, p. 91-92)¹⁹.

Na medida em que as significações de gênero e de poder são construídas reciprocamente, SCOTT (1990, p. 93) conclui que as categorias de “homem” e de “mulher” são, ao mesmo tempo, “vazias e transbordantes”. “Vazias, porque não têm nenhum significado último, transcendente. Transbordantes, porque mesmo quando parecem estar fixadas, ainda contêm dentro delas definições alternativas, negadas ou suprimidas”. E de qualquer modo, reconhece que ainda há muito o que explorar nessas categorias para esclarecer a relação das mulheres com o poder de Estado e para torná-las visíveis nesse processo.²⁰

6.4 A visão cultural e a violência

Nem toda sociedade defende intransigentemente a dignidade humana fundamentada na individualidade, do que resulta em questionamentos sobre a alegada superioridade do modo de vida e da cultura ocidental europeia, mas defende sim a dignidade humana a partir de algo transcendente que não propriamente a razão humana. A partir dessa visão, a noção de direitos humanos pode muito bem ser defendida por todos os povos. E se, no plano dimensional da racionalidade e da dignidade humana, encontramos dificuldades de convivência entre sociedades culturalmente tão díspares, como as culturas ocidentais e as culturas orientais, maior dificuldade podemos experimentar no exame da questão jurídica (BRAGATO, 2009, p. 233-253).

A violência é algo ínsito à condição de ser vivo; consequentemente todo ser humano vivo traz inerentemente em si a violência até como forma de desenvolvimento individual e social. Sabe-se, por exemplo, que o indivíduo,

¹⁹ A mesma concepção é dada para os temas da guerra, da diplomacia e da alta política.

²⁰ De qualquer modo, basta dar uma olhada em quem são os chefes de Estado e de Governo nos principais membros da Comunidade Econômica e Política Internacional, para se reconhecer que, de alguma forma, vem crescendo a participação das mulheres no poder político, o que parece corresponder a um crescimento na densidade de dirigentes econômicos do gênero feminino no setor privado.

que surge a partir da junção do genoma de duas células germinativas, sai da condição física de ser unicelular, passando por sucessivas fases evolutivas (mórula, gástrula, feto, criança recém-nata, lactente, infante e adolescente) até a idade adulta jovem (18 a 25 anos) e, daí, transformando-se em adulto maduro, alcançando a velhice, chegando ao êxito letal e na assimilação da matéria orgânica de que era constituído (por outros seres vivos), ao mesmo tempo em que permanece vivo na tradição e na memória dos que dele dependeram em vida e, algumas vezes, dependem mesmo depois de morto.

O exame da transformação do indivíduo, desde a fase inicial de embrião até a fase final da velhice, permite-nos afirmar que o processo não ocorre meramente através da incorporação ou adição de novos elementos celulares ao conjunto anterior. Na medida em que o indivíduo transforma-se, passando por suas sucessivas fases evolutivas, desde o embrião até a velhice, verifica-se que isso não pode ocorrer sem que os indivíduos desgastados pelo uso e pelo tempo, sejam substituídos por novos indivíduos. Como cada elemento integrante do conjunto existe na forma de elemento celular dentro de um determinado intervalo de tempo e como não é possível o crescimento individual irrestrito, sem substituição de elementos desgastados por indivíduos novos, e como a própria transformação, orgânica e dialeticamente falando²¹, implica na transformação qualitativa do conjunto, dá-se ao elemento que se transforma, sendo substituído por novo elemento (ou ao seu desaparecimento e substituição pelo outro), o nome de “elemento morto”, e ao processo em que isso ocorreu, dá-se o nome de “morte”²².

Mas essa violência (natural), de certa forma chega mesmo a ser desejável. A violência torna-se socialmente significativa e indesejável quando ela resulta em transformação forçada ou não natural do modo de vida de organismos ou de grupos sociais, ou mesmo de sociedades inteiras. A violência indesejável e socialmente danosa deve ser bloqueada ou refreada para permitir o desenvolvimento harmônico e pacífico do ser humano (binômio indivíduo/sociedade). Um dos subsistemas que exerce o controle sobre o desenvolvimento orgânico e social é o sistema jurídico.

²¹ “Dialeticamente falando” no sentido de que cada elemento, em seu processo de transformação, relaciona-se com outro que, igualmente se transforma, na medida em que sofre a influência do anterior e naquele exerce influência para a sua transformação. E como ambos se transformam qualitativamente e não apenas quantitativamente, pode-se falar na lei dialética da passagem da quantidade para a qualidade.

²² Em qualquer organismo constituído por um ou vários sistemas, esse fenômeno pode ocorrer. O mesmo se afirma de sociedades e grupos sociais.

6.5 A interpretação da “Convenção de Belém do Pará” a partir dos saberes locais e o respeito ao relativismo cultural

A “Convenção de Belém do Pará” contém dispositivo importante de caráter interpretativo (art. 14) na medida em que esclarece que ela não pode ser compreendida de forma limitada ou restrita frente a documentos provenientes da Organização dos Estados Americanos ou a outros internacionais que prevejam iguais ou maiores proteções à mulher. Isto significa que essa Convenção pode e deve conviver com outros documentos no intuito de assegurar plenamente os direitos da mulher de não sofrer violência.

No exemplo da sociedade brasileira, o modelo jurídico-legal adotado evidencia que essa sociedade trilha a tradição do reconhecimento de ideais democráticos fundamentados na pluralidade do pensamento e da cultura, haja vista a materialização da ideia de pessoa humana na defesa de direitos das minorias (idosos, crianças, pobres, índios, mulheres vítimas de violência doméstica, negros, pessoas com deficiências físicas e mentais) leva em conta as profundas diferenças existentes entre todos os seres humanos. Essa tradição reforça-se com a criação de diferentes estatutos para a defesa das diversas minorias reconhecidas no texto constitucional.

A perspectiva apresentada pela Convenção é a de que a violência contra a mulher é “uma violação dos direitos humanos e das liberdades fundamentais e limita total ou parcialmente à mulher o reconhecimento, gozo e exercício de tais direitos e liberdade”. Embora a Convenção aponte (art. 2º) exemplificativamente em que consistiria essa violência, esse é um conceito, assim como o de mulher, que está muito atrelado à realidade local, a cada cultura. A violência no documento internacional ora considerado é entendida como “qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada” (art. 1º).

Existe uma relação muito estreita entre o conceito de violência e a influência exercida pela cultura local. Isso não pode ser desconsiderado, pois os efeitos que uma determinada prática resulta na concepção de violência tem reflexos no plano jurídico. Partindo do relativismo cultural, nem toda prática será compreendida como violência danosa ou indesejável, podendo mesmo ser entendida como benéfica para o indivíduo e para o grupo social por ele integrado. Fazer com que um jovem de 13 anos introduza suas mãos em duas “luvas” trançadas contendo inúmeras formigas “tucandeiras” pode ser uma

desejada “cerimônia de passagem” inclusive pelo jovem futuro guerreiro. LÉVI-STRAUSS (1986, p. 40) consigna que as barreiras culturais chegam a caracterizar-se numa determinada maneira a ponto de imprimir sua marca ao corpo, como por exemplo, por estilos de costumes, por mutilações corporais e por comportamentos gestuais. A efetivação dos direitos garantidos por documentos internacionais, como é o caso da “Convenção de Belém do Pará”, em cada realidade local é questão controvertida (SANTOS, 2001, p. 26), mas que só pode ocorrer partindo-se dessa visão de forte cunho antropológico.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discussão no plano internacional de temas como o da violência contra a mulher somente se tornou possível a partir da existência de organismos internacionais como a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização dos Estados Americanos (OEA). Diversos documentos foram expedidos ao longo do tempo em que esse debate se instaurou. Aqui dois deles são destacados: a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994) e a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1979) (ONU).

O debate deu-se por uma necessidade vislumbrada no mundo todo: a violência reiterada contra a mulher. Aqui não se está negando a diversidade de culturas; ao contrário, dentro daquilo que cada cultura considera como práticas salutaras para aquela própria sociedade, existe extrapolação desses limites, e a mulher sofre atos de violência. Não é a pretensão daqueles organismos internacionais desconsiderar as culturas, mas fornecer instrumentos que inibam as violações ocorridas, ou, ao menos, fomentar a discussão a respeito no âmbito de cada realidade local.

A mulher é sujeito de direitos e, por isso, tem dignidade e deve ser tratada de forma igual em contraposição a um histórico de desigualdades. Esses são princípios fundamentais sobre os quais repousam a “Convenção de Belém do Pará”. Reconhecer direitos à mulher não significa aniquilar a diversidade cultural. Aliás, o Direito é uma expressão da cultura de cada povo, pois assim “como a navegação, a jardinagem e a poesia, o direito e a etnografia também são artesanatos: funcionam à luz do saber local” (GEERTZ, 1997:249). Os direitos devem ser reconhecidos e efetivados em favor da mulher, inclusive o de não ser violentada (a violência em todas as suas formas).

A “Convenção de Belém do Pará” pode (e deve) ser interpretada respeitando-se o relativismo e a diversidade cultural. O Brasil, por exemplo, aderiu à Convenção e vem implementando no plano interno os direitos lá previstos através de sua legislação constitucional e infraconstitucional. A sociedade brasileira é mantida por um Estado Social e Democrático de Direito, que é fundado, entre outros, nos princípios da dignidade humana e do pluralismo político e tendo como poder soberano o poder popular, o qual é exercido diretamente nos termos da Constituição e indiretamente através de seus representantes, igualmente escolhidos nos termos do texto constitucional. É o que reza a Carta Política de 1988, que contém dispositivos específicos sobre a mulher. Apesar disso, o que só revela a seriedade com que o tema deve ser tratado, a mulher brasileira ainda é vitimada constantemente, dentro e fora do lar, e, por isso, ainda há muito a fazer. Isso não é muito diferente em outros países.

Não é possível tratar de forma adequada de temas complexos (e mesmo nos simples, se é que existem), como são a violência e a mulher, com a visão solitária do jurista. Outros saberes, e aqui o destaque é dado à Antropologia, devem necessariamente servir de ferramentas para uma compreensão mais efetiva do que é pretendido nos documentos internacionais. Não se pode, dessa maneira, simplesmente de “cima para baixo” (de um organismo internacional para uma realidade local) aplicar-se documentos de teor normativo sem que os Estados-Partes tratem disso no plano interno (sem desconsiderar os fundamentos principiológicos daqueles documentos) e, principalmente, sem que o aplicador dessas normas (internacionais e nacionais) desconsidere a diversidade cultural.

REFERÊNCIAS

BONETTI, Alinne de Lima. *Novas configurações: direitos humanos das mulheres, feminismo e participação política entre mulheres de grupos populares porto-alegrenses*. In: *Antropologia e direitos humanos*. Prêmio ABA/FORD. Regina Reyes Novaes e Roberto Kant de Lima (Org.). Niterói: EdUFF, p. 137-201, 2001.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. *Pessoa Humana e Direitos Humanos na Constituição Brasileira de 1988 a partir da Perspectiva Pós-Colonial*. São Leopoldo: tese de doutoramento, 2009.

CARTILHA “O que devem saber os profissionais de saúde para promover os direitos e a saúde das mulheres em situação de violência doméstica”. 2. ed., 2003. Disponível em: <http://www.mulheres.org.br/violencia/documentos/cartilha_violencia.pdf> Acesso em: 04 dez. 2011.

CRUZ, Ana Maria Braga da. *Violência contra as mulheres* – uma questão de direitos humanos. Jornal “a Página”, ano 11, nº 113, Jun. 2002, p. 16. Disponível em: <http://www.mulheres-ps20.ipp.pt/Violencia_Domest_Temas.htm>. Acesso em: 6 dez.2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. 2. ed. reform. São Paulo: Moderna, 2004.

FRIEDMAN, Howard S.; SCHUSTACK, Miriam W. *Teorias da Personalidade: da teoria clássica à pesquisa moderna*. 2. ed., tradução de Beth Honorato, São Paulo: Prentice Hall, 2007.

GEERTZ, Clifford. *Nova luz sobre a antropologia*. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

_____. *O saber local: novos ensaios em antropologia interpretativa*. Tradução Vera Mello Joscelyne. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

LÉVI-STRAUSS, Claude. *Raça e cultura*. In: O olhar distanciado. Viseu-Portugal: Edições 70, 1986.

_____. *Raça e história*. In: COMAS, Juan *et alli*. Raça e ciência I. São Paulo: Perspectiva, 1960.

LIMA, Christiane. *Violência contra a mulher: um atentado aos direitos humanos*. Disponível em: <<http://elo.com.br/portal/colunistas/ver/220590/violencia-contra-a-mulher--um-atentado-aos-direitos-humanos.html>>. Acesso em: 06 dez. 2011.

MOLINA, Antonio García-Pablos de. In GOMES , Luiz Flávio, MOLINA, Antonio García-Pablos de e BIANCHINI, Alice. *Direito Penal*. Vol.1: Introdução e Princípios Fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MONDAINI, Marco. *Direitos humanos*. São Paulo: Contexto, 2006.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La tercera generación de derechos humanos*. Navarra – España: Editorial Aranzadi, 2006.

PIOVESAN, Flávia; PIOVESAN, Luciana; SATO, Priscila. Implementação do Direito à Igualdade 2010:239-249. In: PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMIREZ, Juan J. Bustos; MALARÉE, Hernán Hormazábal. *Lecciones de Derecho Penal*. Vol. 1, Madrid: Editorial Trotta, 2001.

SANTOS, Daniela Cordovil Corrêa dos. *Antropologia e direitos humanos no Brasil*. In: Antropologia e direitos humanos 2. Prêmio ABA/FORD. Roberto Kant de Lima (Org.). Niterói: EdUFF, p. 11-36, 2001.

SCOTT, Joan. *Gênero: Uma categoria útil de análise histórica*. Porto Alegre: Educação e Realidade, 16(2), jul.-dez., p. 71-98, 1990.

SOUZA, Sérgio Ricardo. *Comentários à lei de combate à violência contra a mulher*. Curitiba: Juruá, 2007.

O TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA COMO INSTRUMENTO DE ATUAÇÃO DE UM MINISTÉRIO PÚBLICO RESOLUTIVO NA SOCIEDADE GLOBALIZADA

Larissa Clare Pochmann da Silva¹

Márcio Leal Dias²

RESUMO: O presente artigo objetiva destacar a relevância do Compromisso de Ajustamento de Conduta como instrumento de acesso à justiça para a tutela de direitos transindividuais, bem como a sua importância para o resgate de um Ministério Público resolutivo, mais próximo da sociedade na solução de conflitos em uma sociedade globalizada.

PALAVRAS-CHAVE: Tutela coletiva. Ministério Público. Termo de Ajustamento de Conduta. Efetividade de direitos.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 O COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. 3 PRINCÍPIOS DO COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA. 3.1 **Impessoalidade**. 3.2 **Publicidade**. 3.3 **Eficiência**. 3.4 **Acesso à justiça**. 4 A DEFESA DOS INTERESSES METAINDIVIDUAIS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. 5 O CAC COMO INSTRUMENTO DE ATUAÇÃO DE UM MINISTÉRIO PÚBLICO RESOLUTIVO. 6 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O encurtamento do tempo e da distância que caracterizam a sociedade globalizada multiplicam as lesões de massa e as lesões a direitos que transcendem o de um indivíduo, atingindo classes ou grupos. Tem-se uma sociedade de risco, cujo desafio é compatibilizar progresso e proteção a direitos.

Se no campo tecnológico se multiplicam as lesões, no campo jurídico começa a se despertar o interesse pela forma mais adequada de solução de

¹ Mestranda em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Advogada no Rio de Janeiro.

² Mestrando em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Promotor de Justiça de 2ª Entrância do Ministério Público do Estado do Pará.

conflitos. Considerando que o Ministério Público é uma instituição consolidada e símbolo de uma sociedade democrática, que busca uma tutela efetiva de direitos, objetiva-se analisar um instrumento específico que tem titularidade para atuar: o Termo de Ajustamento de Conduta, também denominado Compromisso de Ajustamento de Conduta.

Por meio de sua análise no ordenamento jurídico, seus princípios e sua relevância para o acesso à justiça, em um cenário não restrito ao Poder Judiciário, mas em um cenário amplo de tutela efetiva de direitos, analisar-se-á como o Termo de Ajustamento de Conduta pode ser um importante instrumento de atuação do Ministério Público, de realização de um Ministério Público social, preocupado com a efetividade de direitos.

2 O COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O compromisso ou termo de ajustamento de conduta é instrumento positivado em nosso ordenamento (art. 5º, § 6º, da Lei 7347/1985, introduzido pela Lei nº 8.069/1990), havendo a doutrina³ que aponta a Lei 7244/1984, referente à criação e funcionamento dos Juizados de Pequenas Causas, como o antecedente histórico desta figura jurídica, por prever, antes de sua revogação, que o acordo escrito celebrado pelas partes e referendado pelo Ministério Público teria validade de título executivo.

Contudo, o Estatuto da Criança e do Adolescente (L 8069/90), em seu art. 211, foi o pioneiro em dispor sobre compromisso de ajustamento de conduta, atribuindo-lhe eficácia de título executivo extrajudicial. Inexiste, por sua vez, notícia da presença de instituto assemelhado no direito estrangeiro.

Trata-se de uma ferramenta usada, com afinco, pelos membros do *Parquet*, embora permitido o seu manuseio pelos outros legitimados, na perspectiva de aperfeiçoamento do acesso à justiça e maximização dos instrumentos de resolução de conflitos coletivos dentro de uma sociedade globalizada⁴, em que

³ “Indica-se como antecedente do ajuste de conduta o parágrafo único do artigo 55 da lei dos Juizados de Pequenas Causas [...]. Tal dispositivo foi o precursor da possibilidade de a atuação extrajudicial do Ministério Público gerar um título executivo extrajudicial. (RODRIGUES, 2011, p. 86).

⁴ Em relação à globalização, José Eduardo Faria descreve que “Globalização é um conceito aberto e multiforme, que envolve problemas e processos relativos à abertura e liberalização comerciais, à integração funcional de atividades econômicas internacionalmente dispersas, à competição interestatal por capitais voláteis e ao advento de um sistema financeiro internacional sobre o qual os governos têm decrescente capacidade de controle. Nesta perspectiva, globalização é um conceito relacionado às idéias de “compressão” de tempo e espaço, de comunicação em tempo real e dissolução de fronteiras

corriqueiramente se percebe o progresso e as novas tecnologias gerando lesões de massa ou a direitos que não pertencem exclusivamente a um indivíduo e precisando achar um equilíbrio entre progresso e proteção a direitos.

A leitura da disposição legal do termo de ajustamento de conduta⁵ indica que o Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público (União, Estados, Distrito Federal, Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público), ao terem a notícia de que uma pessoa provocou ou está na iminência de provocar danos a interesses transindividuais, poderão convencer o infrator a celebrar um ajuste de conduta e o termo assinado contará com a eficácia de título executivo extrajudicial.

Assim como o inquérito civil e o procedimento administrativo não são requisitos para o ajuizamento de ação coletiva, tais instrumentos também são dispensáveis para a celebração de ajustamento de conduta, podendo o Ministério Público, ao se convencer da ocorrência de dano coletivo, realizar acordo com o infrator, para o restabelecimento da legalidade e reparação do direito violado. O professor Ricardo Leonel corrobora esta posição, ao sustentar que:

Não obstante seja frequente o compromisso elaborado pelo Ministério Público no inquérito civil, entendemos, com o devido respeito a pensamento diverso, que nada impediria sua realização sem a instauração do procedimento investigatório, se com a remessa de representação ou peças de informação já dispõe o *Parquet* dos dados necessários. Se o inquérito é dispensável para a propositura da ação, com maior razão não se mostra imprescindível para a elaboração do compromisso de ajustamento. (LEONEL, 2011).

A natureza jurídica deste instrumento, porém, é controversa. Ao tratar da natureza jurídica de termo de ajustamento, José dos Santos Carvalho Filho⁶ o considera como “um ato jurídico unilateral quanto à manifestação volitiva, e bilateral somente quanto à formalização”. Por sua vez, Hugo Nigro Mazzilli⁷ sustenta que tal termo é um ato administrativo negocial, já que

geográficas, de multilateralismo político e de policentrismo decisório.” (FARIA, 2010, p. 3).

⁵ O CNMP, por meio da Resolução nº 23/2007, em seu art. 14, tratou do compromisso de ajustamento de conduta, ao dispor que: “O Ministério Público poderá firmar compromisso de ajustamento de conduta, nos casos previstos em lei, com o responsável pela ameaça ou lesão aos interesses ou direitos mencionados no artigo 1º desta Resolução, visando à reparação do dano, à adequação da conduta às exigências legais ou normativas e, ainda, à compensação e/ou à indenização pelos danos que não possam ser recuperados.” Disponível em: www.cnmp.gov.br. Acesso em 26/09/2011.

⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública (comentários por artigo)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 216.

⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 359.

haveria compromisso somente do causador do dano, sem obrigações para o legitimado.

Em posição diversa, Marcelo Abelha Rodrigues e Rodrigo Klippel sustentam a natureza transacional do ajustamento de conduta, pois

Trata-se, grosso modo, de uma especial forma de transação que pode ser conduzida pelos órgãos públicos legitimados à propositura da ação civil pública e que visa a exterminar uma lide referente a direitos metaindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos), readequando-se a conduta infratora a tais direitos à legalidade. (RODRIGUES; KLIPPEL, 2009, p. 215).⁸

Com efeito, tais pensamentos são afastados pela pesquisa de Geisa Rodrigues⁹, ao esclarecer que “*no caso do ajustamento de conduta não pode o obrigado impor ao órgão público a sua celebração, nem o contrário. Não se pode, portanto, qualificar esse instituto de negócio unilateral*”, concluindo, assim, que ele é um negócio jurídico bilateral. Posição diversa é levantada por Ricardo de Barros Leonel, pois, na opinião dele:

O compromisso de ajustamento de conduta, como forma de conciliação, amolda-se melhor à espécie denominada ‘submissão’, [...], pela impossibilidade de renúncia total ou parcial dos legitimados quanto ao direito material. (LEONEL, 2011, p. 349-350).¹⁰

Como o ajustamento de conduta objetiva a negociação de condições para o cumprimento da lei, com o estabelecimento de prazos, obrigações, medidas coercitivas e instrumentos para a efetivação do direito afrontado, parece que a interpretação mais adequada é a de que o referido termo é um negócio jurídico bilateral. Isso porque, muito embora seja defeso ao legitimado renunciar a direitos, há o diálogo para se tentar obter um consenso sobre a operacionalização do direito, configurando-se, neste particular, um dos elementos da negociação bilateral.

No entanto, pelo Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, é expressamente conferida a natureza de transação ao compromisso de ajustamento de conduta, muito embora a doutrina já tenha se manifestado que não estariam configurados os requisitos da transação, apesar da disposição legal, pois:

⁸ A homologação judicial do TAC e a formação da coisa julgada coletiva em matéria ambiental. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *O novo processo civil coletivo*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, p. 215.

⁹ RODRIGUES, Op. Cit., p. 132.

¹⁰ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: RT, 2011, p. 349-350.

diversamente do que vem previsto no ACBPC, o compromisso de ajustamento de conduta não pode ser considerado uma verdadeira e própria transação, porque a transação importa poder de disponibilidade, e os órgãos públicos legitimados à ação civil pública ou coletiva, posto tenham disponibilidade do conteúdo processual da lide (como de resto é comum aos legitimados de ofício, como substitutos processuais que são), não detêm disponibilidade sobre o próprio direito material controvertido. [...]. Assim, o compromisso de ajustamento de conduta é antes um ato administrativo negocial (negócio jurídico de direito público), que consubstancia uma declaração de vontade do Poder Público coincidente com a do particular (o causador do dano, que concorda em adequar sua conduta às exigências da lei). (MAZZILLI, 1988, p. 238).¹¹

De outra sorte, apesar de opiniões em sentido contrário¹², deve ser considerado como termo de ajustamento de conduta somente aquele pactuado fora do Poder Judiciário, ou seja, em um inquérito civil ou procedimento administrativo, pois, uma vez judicializada a demanda, completada a relação processual e celebrado um acordo entre o legitimado e o réu, os elementos do compromisso de conduta não estarão mais presentes em sua inteireza, configurando-se este pacto, desta forma, como um compromisso judicial¹³, com eficácia de título executivo judicial (art. 475-N, III, CPC) e, portanto, sujeito a cumprimento de sentença, caso a obrigação seja inadimplida.

¹¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Compromisso de ajustamento de conduta – análise à luz do Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos*. In: WATANABE, Kazuo. *Acesso à Justiça e Sociedade Moderna*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coords.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 238.

¹² “Levando-se em conta a presença ou não de órgão judicial, duas são as modalidades pelas quais se consubstancia o **compromisso extrajudicial**. [...] A outra é o **compromisso judicial**, assim considerado apenas porque firmado pelo réu perante o juiz e no curso de ação civil pública”. (CARVALHO FILHO, 2007, p. 219-220).

¹³ No julgamento do REsp 299400/RJ, a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em voto-vista da Min. Eliana Calmon, por maioria, entendeu que, de maneira excepcional, é permitida a transação de direitos difusos, no curso de ação civil pública, conforme ementa do julgado abaixo:

“**PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR DANO AMBIENTAL – AJUSTAMENTO DE CONDUTA – TRANSAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – POSSIBILIDADE.**

1. A regra geral é de não serem passíveis de transação os direitos difusos.

2. Quando se tratar de direitos difusos que importem obrigação de fazer ou não fazer deve-se dar tratamento distinto, possibilitando dar à controvérsia a melhor solução na composição do dano, quando impossível o retorno ao status quo ante.

3. A admissibilidade de transação de direitos difusos é exceção à regra.

4. Recurso especial improvido.”

3 PRINCÍPIOS DO COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

3.1 Impessoalidade

O princípio da impessoalidade está previsto no art. 37 da Constituição Republicana e, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁴, significa que a administração pública tem de tratar todos os particulares sem discriminação, favoritismo ou perseguições, o que traduz o comando do princípio da igualdade.

Arelado a esse princípio está o da imparcialidade, pelo qual a administração pública deve ser imparcial em suas ações, dando tratamento igualitário ao administrado e examinando sua pretensão na relação com o poder público¹⁵.

O Compromisso de Ajustamento de Conduta deve fornecer ao administrado tratamento imparcial, reconhecendo seu direito, caso possua razão, ou indeferindo justificadamente sua pretensão, caso esteja equivocado.

Este princípio possui relevância para que se alcance a melhor solução da controvérsia. Como expõe Ana Luiza de Andrade Nery:

Se a administração não for imparcial ao celebrar o ajuste, vai conferir *animus* de lide para o ajustamento de conduta e a melhor solução para a tutela dos direitos difusos não será alcançada, violando o princípio da imparcialidade. (NERY, 2011, p.86).¹⁶

3.2 Publicidade

A publicidade está prevista no art. 37, *caput*, da Constituição Republicana e pode ser compreendida como a necessidade da maior transparência possível na atuação da Administração.

Este princípio é fundamental no Compromisso de Ajustamento de Conduta, para permitir que a coletividade tenha ciência da negociação realizada entre o poder público e o administrado.

Para atender a esse princípio, no dia 21 de junho de 2011, adveio a Resolução Conjunta do Conselho Nacional de Justiça com o Conselho

¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 110

¹⁵ Sobre o tema: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 37.ed, 2011, p. 33/34

¹⁶ NERY, Ana Luiza de Andrade. *Compromisso de Ajustamento de Conduta: Teoria e Análise de Casos Práticos*. São Paulo: RT, 2011, p. 86

Nacional do Ministério Público, nº 2, prevendo¹⁷, até 31 de dezembro de 2011, um cadastro de ações civis públicas, compromissos de ajustamento de conduta e inquéritos civis, que poderão ser acessados pela *internet* a qualquer interessado em saber sobre a tutela coletiva.

3.3 Eficiência

Este princípio também está previsto no art. 37, *caput*, da Constituição Republicana e significa que a administração deve agir com presteza, perfeição e rendimento funcional¹⁸.

Em homenagem a esse princípio, o compromisso de ajustamento de conduta (CAC) deverá observar medidas para que a atuação da administração seja feita com o menor dispêndio de tempo e de recursos financeiros possíveis, evitando-se formalidades, para que se prime pela satisfação e pela utilidade dos atos administrativos para o alcance do interesse da coletividade.

3.4 Acesso à justiça

A busca por justiça é uma constante ao longo da história da humanidade¹⁹, mas o conceito de justiça varia de acordo com o tempo e com a cultura de cada sociedade. No direito processual, o ícone dessa reflexão foi o “Movimento Universal de Acesso à Justiça”, retratado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth na obra “Acesso à Justiça”, a partir de pesquisas desenvolvidas no denominado “Projeto Florença”.

Para esses autores, a expressão acesso à justiça sintetiza duas finalidades básicas do sistema judicial: a acessibilidade de todos de forma igualitária a esse sistema e a capacidade que ele tem de produzir resultados socialmente justos²⁰.

A primeira onda renovatória do Direito centralizou seus esforços na superação dos obstáculos econômicos e financeiros para o efetivo acesso à justiça. Uma ordem jurídica não pode ser considerada justa se o seu

¹⁷ Resolução disponível em: www.cnj.jus.br/ Acesso em 18/09/2011.

¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. Cit., p. 96/97.

¹⁹ Sobre a análise das variantes da busca por justiça ao longo da história da humanidade, remetemos a: CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública. Uma Nova Sistematização da Teoria Geral do Processo*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007 e CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryan. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Sérgio Antônio Fabris, 2002.

²⁰ CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryan. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Sérgio Antônio Fabris, 2002, p. 8.

acesso depende das condições econômicas de seus titulares. As barreiras econômicas resultam do custo da justiça: custas, honorários de advogado, riscos de sucumbência, que podem desestimular o cidadão a procurar a tutela jurisdicional para a salvaguarda dos seus direitos²¹.

Já a segunda onda renovatória identifica como obstáculo ao acesso à justiça a dificuldade organizacional em solucionar conflitos decorrentes dos fenômenos de massa²². Nessa perspectiva, os esforços da segunda onda estão concentrados na necessidade de implementação da tutela dos interesses e direitos coletivos “*lato sensu*”. Foi constatado que a concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos transindividuais. O processo era visto apenas como um assento entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais.

Como forma de solucionar a dificuldade organizacional, Cappelletti sustentou a criação de ações especificamente voltadas a atender os interesses coletivos, titularizadas por legitimados extraordinários e com eficácia para além das partes do processo, abrangendo um grupo (efeito *erga omnes*).

Por fim, a terceira onda renovatória do Direito parte do pressuposto de que determinados tipos de procedimentos tradicionais são inadequados para uma tutela justa e busca soluções para a questão da efetividade. Dessa forma, a terceira onda concentra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Esse enfoque proporciona o envolvimento do Estado como um todo no acesso à Justiça, não só pela via judicial, mas também pela criação de políticas públicas de incentivo aos meios alternativos de solução de conflitos, como a conciliação, a arbitragem e a mediação.

A efetividade preconizada pela Terceira Onda é informada por valores como celeridade, participação no processo e capacidade de produzir tutelas adequadas à satisfação do direito material.

Portanto, hoje, o enfoque do acesso à justiça, nas palavras de Kazuo Watanabe, busca reunir essas duas finalidades em uma só: “*não se trata*

²¹ GRECO, Leonardo. *O Acesso ao Direito e à Justiça in* Estudos de Direito Processual, Rio de Janeiro: Faculdade de Direito de Campos, 2005, pp. 197/224.

²² CAPPELLETTI, Mauro. *Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. In:* Revista do Processo, vol. 74. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 84.

*apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e, sim, viabilizar o acesso à ordem jurídica justa” (WATANABE, 1988, p.128)*²³.

Neste sentido, o compromisso de ajustamento de conduta surgiu no contexto de procurar meios alternativos eficientes para a proteção dos direitos transindividuais e busca meios econômicos e justos para a tutela desses direitos, tentando propiciar uma tutela tão ou mais efetiva do que a que se obteria em juízo²⁴.

4 A DEFESA DOS INTERESSES METAINDIVIDUAIS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Segundo baliza constitucional, o Ministério Público brasileiro é indivisível²⁵, uno²⁶ e os seus membros, no exercício de suas atribuições, contam com independência funcional, para o exercício de suas atribuições na defesa do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis²⁷.

Na seara dos direitos coletivos, o *Parquet*, após a notícia de fatos que permitam o ajuizamento de ação coletiva, tem a atribuição de apurar o evento e, num juízo de conveniência e oportunidade, deliberar sobre a propositura ou não da competente demanda judicial, pois “*diante do conflito, a atitude*

²³ WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coords.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128.

²⁴ RODRIGUES, Op. Cit., p. 105

²⁵ “Este princípio é uma decorrência natural do princípio da unidade e nele poderia estar compreendido. Significa que a instituição, o organismo, não pode ser dividido. Quando um membro da instituição substitui outro, é o próprio Ministério Público que continua a atuar. Um pode ser substituído por outro, sem qualquer vinculação de opinião, e sem que tal fato cause a cindibilidade da instituição.” (CARNEIRO, Paulo Cezar. *O Ministério Público no Processo Civil e Penal: promotor natural, atribuição e conflito*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 42).

²⁶ “a unidade do Ministério Público não significa que qualquer de seus membros poderá praticar qualquer ato em nome da Instituição, mas sim, sendo um organismo, os seus membros apresentam (não representam) a instituição sempre que atuarem, mas a legalidade de seus atos encontram no âmbito da divisão de atribuições e demais princípios e garantias impostas pela lei”. CARNEIRO, Paulo Cezar. *Ibid.*, p. 42.

²⁷ Ao tratar dos direitos disponíveis reclamados pelo Ministério Público, o professor Humberto Dalla Bernardina de Pinho afirma que “muitos ainda não compreenderam que o cerne da questão não é a disponibilidade ou não do direito individualmente considerado, ou ainda a sua vinculação a determinado ramo da ciência do Direito, mas sim o reflexo social deste, o que indica a necessidade de se garantir a livre atuação de uma instituição que promova sua defesa de forma irrestrita, ante a possibilidade de perecimento do mesmo, quer seja pela falta de interesse dos outros legitimados, quer seja pela falta de conscientização de alguns setores sociais e políticos de nosso país.” (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A natureza jurídica do direito individual homogêneo e sua tutela pelo Ministério Público como forma de acesso à justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pp. 125-126).

correta é encontrar uma forma que favoreça sua composição construtiva.” (CALMON, 2007, p.25).²⁸

Acredita-se que, para a pacificação de conflitos coletivos, o Ministério Público deverá tentar as vias que lhe sejam possíveis (diligências, audiência pública, termo de ajustamento de conduta, inquérito civil público, procedimento administrativo, requisições) e, na impossibilidade de resolução administrativa e com o objetivo de esgotar os caminhos para ver contemplado o direito material da coletividade violado ou na iminência de lesão²⁹, provocar a tutela jurisdicional apropriada para o caso concreto.

De todo o modo, com o manuseio das medidas extrajudiciais, há a impressão de que a comunicação entre o mundo da vida e o Ministério Público se torna mais legítima, na medida em que a razão comunicativa entre os sujeitos agiria com a finalidade de alcançar o consenso entre os cidadãos e o órgão legitimado para a representação dos direitos da coletividade, apesar deste já contar com autorização legal/constitucional para representar os interesses metaindividuais.

No caso das ações coletivas, a legitimidade do Ministério Público é de ordem extraordinária³⁰ e autônoma, pois os interesses discutidos no feito dizem respeito a pessoas estranhas aos pólos do processo, mas que têm seus direitos defendidos pelo legitimado e são atingidas pelo resultado da lide, o que não afasta o manuseio da ação pelo próprio lesado, bem como o seu pedido de exclusão da demanda coletiva.

Por sua vez, a resolução de conflitos fora do Judiciário é debatida em vários países, sendo que, conforme Owen Fiss, nos Estados Unidos, há o movimento da solução alternativa de controvérsias (ADR – *Alternative Dispute Resolution*), o qual “*busca a redução da quantidade de processos iniciados, a maioria de suas propostas é dedicada à negociação ou mediação anteriores ao processo judicial.*” (FISS, 2004, p.122).³¹

²⁸ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 25.

²⁹ Em passagem sobre a tutela preventiva, José dos Santos Carvalho Filho ressalta que “não se faz suficiente que o Estado resolva as lides perante ele apresentadas. É necessário ainda que a solução do conflito tenha idoneidade bastante para lhe assegurar eficácia. Na verdade, de nada adiantaria a tentativa de composição do litígio se, ao momento de ser resolvido, não mais houvesse condição efetiva e prática de garantir o direito daquele que, sendo seu titular, recorre aos órgãos jurisdicionais. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública comentário por artigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 105).

³⁰ Para Flávio Luiz Yarshell, legitimação extraordinária é “*aquela que resulta de disposição legal, e não exatamente da titularidade imediata da relação de direito material*”. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 369.

³¹ FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e sociedade*. Tradução de Carlos Alberto de Salles. São Paulo: RT, 2004, p. 122.

De fato, a negociação, dentre as modalidades de autocomposição, mostra-se como a mais próxima às atribuições do Ministério Público para a defesa dos interesses coletivos em conflito, vez que compreende um pacto direto entre as partes, sem a intercessão de terceiros e realizado fora da esfera judicial.

Para Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, a negociação é:

O entendimento mantido entre os envolvidos em um conflito, diretamente ou mediante representantes, leigos ou profissionais, com o objetivo de resolvê-lo de modo amigável. Permite iniciar um diálogo inexistente, retomar o abandonado ou prosseguir em conversações amistosas e frutíferas. Na negociação, não há, portanto, a participação de terceiro, com a incumbência de facilitar ou decidir a resolução de conflito. O ideal é que a negociação se desenvolva sem que haja o início de qualquer procedimento judicial. (MENDES, 2009, p. 59).³²

De efeito, além da atuação judicial na defesa de interesses transindividuais, seja na qualidade de legitimado extraordinário, seja como fiscal da lei, o Ministério Público tem destacado papel no uso de instrumentos extraprocessuais para a efetivação de direitos de ordem coletiva.

5 O CAC COMO INSTRUMENTO DE ATUAÇÃO DE UM MINISTÉRIO PÚBLICO RESOLUTIVO

A legislação brasileira confere uma série de instrumentos ao membro do Ministério Público, para a defesa de direitos metaindividuais, sendo considerável a preferência pela propositura de demandas judiciais.

Após pesquisa empírica acerca do compromisso de ajustamento de conduta, realizada no âmbito do Ministério Público Federal brasileiro, Geisa Rodrigues destaca que:

Existe uma efetiva percepção dos membros da Instituição da importância do compromisso de ajustamento de conduta, mas o que falta é criar uma ambiência mais favorável para o instituto com maior estímulo à prática do ajuste bem como maior controle. (RODRIGUES, op. cit., p.276).³³

³² MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 59.

³³ RODRIGUES, Op. Cit., p. 276.

É certo que, no ambiente processual, as partes contam com um procedimento mais aberto, pois, por meio do devido processo, em regra, há a possibilidade de maneio de recursos e a necessária assistência de advogado.

No entanto, o próprio processo coletivo é regido pelo princípio da economia, pautado pela busca do resultado na atuação do direito, com o menor uso possível das atividades processuais.³⁴

A par disso, é certo que o direito de ação é garantia constitucional, assim, quando provocado, o Judiciário, ao compor o conflito, tentará entregar a tutela jurisdicional adequada, como forma de realização de direitos, nos termos do ordenamento jurídico vigente, o que não afasta os meios alternativos de solução das controvérsias.

Neste contexto e no exercício de um constitucionalismo compromissório, em um Estado Constitucional voltado para a realização de justiça social, a ser implementada não apenas pelo Judiciário, mas também pelos demais órgãos incumbidos da defesa e preservação do Estado Democrático, o Ministério Público deve se organizar para o manuseio dos mecanismos mais eficientes para a efetivação de direitos metaindividuais, com o objetivo de garantir não apenas o exercício da cidadania, mas também a realização da justiça, independente da judicialização de demandas.

Pelo modelo de Estado traçado na Constituição Republicana e ante a ideia de que o sistema jurídico precisa ser lido a partir do texto constitucional e das normas de direitos humanos, verifica-se que a concepção de acesso à justiça acabou por ser vista como uma carga de valor e não apenas como acesso ao judiciário, incluindo, portanto, a oportunidade da pessoa obter justiça de maneira ampla e efetiva, sem que, para isso, haja a imprescindibilidade do ingresso em juízo dada a existência de outros palcos e atores para a análise da pretensão e resgate dos valores democráticos.

Assim, a resolução de conflitos de ordem coletiva fora do processo parece atentar ao fenômeno da terceira onda de acesso à justiça, já largamente analisada, no cenário pátrio, a partir das pesquisas e estudos de Mauro Cappelletti e Bryant Garth³⁵.

Logo, sem olvidar a independência funcional do membro do Ministério Público, este, ao se deparar com uma controvérsia relacionada a direitos metaindividuais, terá a tarefa de verificar a possibilidade de solucionar

³⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito processual coletivo*. In: GRINOVER; MENDES & WATANABE, Op. Cit., 2007, p. 13.

³⁵ CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryan. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Sérgio Antônio Fabris, 2002.

a demanda por meio autônomo, já que a celebração de eventual termo de ajustamento de conduta, consoante acima assinalado, não representa renúncia de direitos, mas sim a fixação de prazos para a restauração da ordem jurídica, o que atentaria para o alcance possivelmente mais rápido e eficaz do valor justiça.

De fato, conforme conclusões de Geisa Rodrigues, obtidas após pesquisa de dados nacionais sobre o termo de ajustamento de conduta, tal instrumento tem efetivo potencial para a ampliação do acesso à justiça, por representar uma solução alternativa de conflito eficaz e compatível com as dificuldades havidas para a satisfação da demanda coletiva, além de ser um mecanismo breve, seguro, de poucos riscos e com mais celeridade que o procedimento da via judicial.

Além disso, Geisa ressalta que, para o alcance das metas do compromisso de ajustamento de conduta, a participação do Poder Judiciário, como garantidor de direito, é fundamental, principalmente, nos casos de execução do título extrajudicial, com a sensibilidade da magistratura para o fato de que o obrigado já firmou o compromisso de cumprimento das obrigações assinaladas no título executivo extrajudicial³⁶.

Desta maneira, na solução de conflitos coletivos, embora desejável o exercício dos instrumentos de democracia participativa, com a abertura do procedimento administrativo ou inquérito civil público à sociedade, o membro do Ministério Público tem, por atribuição constitucional, o papel de atuar como intermediador dos conflitos coletivos, após eventual contato com a comunidade e desempenhar esforços para obter, na qualidade de negociador, o ajustamento da conduta com o suposto infrator, sendo que, pelo princípio da indeclinabilidade da jurisdição, a fase de negociação não poderia ser considerada como requisito para o ajuizamento de ação coletiva, muito embora, para a efetividade de direitos transindividuais, represente uma conduta recomendável.

6 CONCLUSÃO

O Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) foi positivado em nosso ordenamento jurídico na década de 80 e se revela como um importante instrumento à disposição do Ministério Público, à medida que o mesmo, ao

³⁶ RODRIGUES, op.cit., p. 277.

se convencer da ocorrência de dano coletivo, pode, sem necessidade de ir ao Poder Judiciário, restabelecer da legalidade e reparação do direito violado.

Nessa medida, o TAC se revela também como um importante mecanismo de acesso à justiça, sendo um meio além da jurisdição para a busca meios econômicos e justos para a tutela de direitos transindividuais.

Além disso, ainda neste contexto e no exercício de um constitucionalismo compromissório, voltado para a realização de justiça social, a ser implementada não apenas pelo Judiciário, mas também pelos demais órgãos incumbidos da defesa e preservação do Estado Democrático, o Ministério Público deve se organizar para o manuseio dos mecanismos mais eficientes para a efetivação de direitos metaindividuais, com o objetivo de garantir não apenas o exercício da cidadania, mas também a realização da justiça, independente da judicialização de demandas.

Logo, sem olvidar a independência funcional do membro do Ministério Público, este, ao se deparar com uma controvérsia relacionada a direitos metaindividuais, terá a tarefa de verificar a possibilidade de solucionar a demanda por meio autônomo, já que a celebração de eventual termo de ajustamento de conduta, não representa renúncia de direitos, mas sim a fixação de prazos para a restauração da ordem jurídica, o que atentaria para o alcance possivelmente mais rápido e eficaz do valor justiça.

REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2001.

CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryan. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Sérgio Antônio Fabris, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. *Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça*. In: Revista do Processo, vol. 74. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública. Uma Nova Sistematização da Teoria Geral do Processo*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *O Ministério Público no Processo Civil e Penal: promotor natural, atribuição e conflito*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública (comentários por artigo)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FARIA, José Eduardo. *Sociologia Jurídica Direito e Conjuntura*. 2.ed. GV Law, 2010.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *O novo processo civil coletivo*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.

FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e sociedade*. (Trad. Carlos Alberto de Salles). São Paulo: RT.

GRECO, Leonardo. *O Acesso ao Direito e à Justiça in Estudos de Direito Processual*, Rio de Janeiro: Faculdade de Direito de Campos, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Direito processual coletivo*. In: GRINOVER; MENDES & WATANABE. 2007.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo: RT, 2011.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. São Paulo: Saraiva, 2009.

———. Compromisso de ajustamento de conduta – análise à luz do Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO (Coord.), Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 238.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MENDES, Aluisio Gonçalves de. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 37.ed, 2011.

NERY, Ana Luiza de Andrade. *Compromisso de Ajustamento de Conduta: Teoria e Análise de Casos Práticos*. São Paulo: RT, 2011.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A natureza jurídica do direito individual homogêneo e sua tutela pelo Ministério Público como forma de acesso à justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.); DINAMARCO, Cândido Rangel (Coord.); WATANABE, Kazuo (Coord.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

O CONCEITO JURÍDICO DO CRIME ORGANIZADO APÓS A CONVENÇÃO DE PALERMO

Louise Rejane de Araújo Silva¹

RESUMO: A Convenção de Palermo adotada em Nova York em 15 de novembro de 2000, em seu art. 2º, alínea “a”, apresentou linhas gerais conceituais das Organizações Criminosas. Referida Convenção foi introduzida em nosso ordenamento jurídico pelo Decreto nº 5.015/2004, com base no Decreto Legislativo nº 231/2003, tendo assim a mesma paridade de uma lei ordinária, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, e constitui uma norma penal interpretativa, cuja finalidade é reforçar o combate contra as Organizações Criminosas no âmbito nacional e internacional.

PALAVRAS-CHAVE: Convenção de Palermo. Conceito Jurídico. Organizações Criminosas. Decreto Legislativo nº 231/2003. Decreto nº 5.515/2004. Norma Penal Interpretativa.

1 INTRODUÇÃO

Existe um conceito jurídico sobre crime organizado no Brasil? Discute-se sobre a existência ou não de um conceito jurídico que seja extraído de nosso ordenamento jurídico para as chamadas organizações criminosas. A existência fática de tais organizações é inquestionável. Ouve-se com frequência, em conversas informais, na mídia, no meio policial, e se vê a nomenclatura organizações criminosas em processos judiciais.

Com efeito, existem leis nacionais que tratam especificamente sobre organizações criminosas, como a Lei nº 9.034/85, a qual estipulou meios de provas e técnicas de investigação, que devem ser aplicadas quando se esteja diante dessas organizações, e outras que as mencionam expressamente, como a Lei nº 9.613/98, que prevê como crime a lavagem de dinheiro oriunda de crimes praticados por organizações criminosas.

¹ Promotora de Justiça do Estado do Pará. Pós-graduada *lato sensu* com especialidade em Direito Tributário pela Universidade da Amazônia (UNAMA), conveniada com a Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes, e pós-graduada *lato sensu* em Ciências Criminais pela Universidade Anhanguera (Uniderp), conveniada com a Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes.

Inobstante tal tratamento legislativo, há quem entenda, como Luiz Flávio Gomes (2010) e Marco Aurélio Melo, Ministro do Supremo Tribunal Federal, conforme voto proferido no HC 96.007-SP, que tais leis são corpos sem alma, que não têm eficácia, pois não conceituam o que são as organizações criminosas.

Pois bem, ousa-se discordar desse entendimento, haja vista a introdução em nosso ordenamento jurídico pelo Decreto nº 5.015/2004, com base no Decreto Legislativo nº 231/2003, da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, que prevê em seu art. 2º, alínea “a”, um conceito que define, em linhas gerais, tais empresas criminosas, o que implica na legitimidade de centenas de investigações, processos e até decisões judiciais que envolvam ou envolveram as organizações criminosas. É o que será demonstrado doravante.

2 DA ÁRDUA TAREFA DE CONCEITUAR AS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

Com efeito, não é novidade que existe grande dificuldade em conceituar de forma taxativa todos os fenômenos apresentados pelas organizações criminosas. Esse fato é visto por renomados doutrinadores do Direito, a exemplo de Luiz Flávio Gomes (2010), como um fator que dificulta a responsabilização pelos crimes cometidos por essas verdadeiras empresas delinquentes. Mesmo nos casos em que participar de organizações criminosas não seja considerado, por si só, como crime, a exemplo do que ocorre no Brasil, existe grande importância em se ter, ao menos, linhas gerais conceituais do que sejam essas organizações, para que se possa melhor combatê-las. Por outro lado, deve ser ponderado, se a exigência de um conceito, com todos os elementos de uma organização criminosa predefinidos em lei, não será uma porta aberta para a impunidade de vários criminosos organizados, dada à dificuldade fática em enumerá-los de forma taxativa.

Essa dificuldade se caracteriza pelos inúmeros ramos de organizações criminosas, cada uma traçando sua linha de atuação de acordo com o seu ramo principal de atividade, a exemplo da prática de tráfico de entorpecentes, de armas, de pessoas, crimes contra o Sistema Financeiro (colarinho branco), fraudes à licitação, etc. Ademais, sabe-se que as organizações criminosas adotam determinados arranjos de acordo com as peculiaridades locais das

áreas onde atuam, facilitadoras de sua criação, manutenção e expansão, tais como as condições políticas, nível de corrupção, segurança pública deficitária, quantidade de moeda circulante, presença não efetiva da Polícia, do Ministério Público, do Poder Judiciário, enfim, do Estado como realizador de políticas públicas.

Não se pode desconsiderar, também, que essas organizações criminosas são como camaleões, que se utilizam dos avanços tecnológicos, da perspicácia, da ganância humana (corrupção/propina), etc. para mudarem suas vestes com muita rapidez, e com isso camuflam-se para não serem desbaratadas pelo Sistema de Segurança Pública.

Sobre a dificuldade de se ter um conceito de organização criminosa, Pino Arlacchi e Dalla Chiesa, cuja obra é “La palude e La città”, de 1987, de Milano, na Itália, apud Marcelo Mendroni, asseveram que:

Seria necessário que a definição sempre contivesse análises recentes a respeito das atividades das organizações criminosas, referindo os seus tentáculos internacionais e o desenvolvimento do mercado sempre crescente de tráfico de drogas, de armas e as infiltrações por eles provocadas no âmbito da economia. (ARLACCHI; CHIESA apud MENDRONI, 2009, p. 11).

Salvatore Aleo, apud Marcelo Mendroni (2009, p. 11), que escreveu o livro com o título “Criminalità organizzata e sfruttamento delle risorse territoriali. La responsabilità penale per l’organizzazione criminosa: profili teorici e sistematici”, também de Milão, Itália, publicado em 2004, sustenta que “o principal problema da tipificação de organização criminosa reside na carência da determinação de fatos objetivos, pelos quais alguém poderia ser considerado ‘participante’”. (grifo nosso).

Marco Lagazzi, na obra “La Criminalità organizzata-moderne metodologia di ricerca e nuove ipotesi esplicative- La ricerca in tema di criminalità organizzata: approcci interpretativi e problematiche metodologiche”, de 1993, também em Milão, Itália, apud Marcelo Mendroni, sobre o temário neste tratado, menciona que:

É evidente que o tratamento técnico jurídico do fenômeno das organizações criminosas apresenta um grave problema porque impõe previsões normativas diferenciadas para que possam abranger o “fattispecie” não homogêneo, mas ao mesmo tempo capaz de compreender entre eles características bastante semelhantes. (LAGAZZI apud MENDRONI, 2009, p. 12).

Assim, observa-se que mesmo os países com histórica luta contra o crime organizado, a exemplo da Itália, e que possuem um tipo incriminador para as organizações criminosas, não conseguem abranger todas as formas de manifestação daquela.

3 O TRATAMENTO DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO ANTES DA CONVENÇÃO DE PALERMO

Antes da introdução da Convenção de Palermo em nosso ordenamento jurídico, já existiam leis que tratavam expressamente sobre organizações criminosas, a exemplo da Lei nº 9.034/85, chamada de Lei do Crime Organizado, que estipulou meios de provas e técnicas de investigação, que devem ser aplicadas quando se esteja diante dessas organizações.

Contudo, conforme consigna Ricardo Andreucci (2009, p. 571), a Lei nº 9.034/85 já gerou muita confusão doutrinária e jurisprudencial acerca dos efetivos contornos da expressão crime organizado, tendo em vista que seu art. 1º referia-se apenas às ações praticadas por quadrilha ou bando. Esse fato fazia com que alguns doutrinadores entendessem que o conceito de crime organizado deveria conter os elementos do delito de quadrilha ou bando.

A Lei nº 10.217, de 11 de abril de 2001, alterou a Lei nº 9.034/85, incluindo de forma explícita, as expressões organizações ou associações criminosas de qualquer tipo. Todavia, ainda assim as controvérsias acerca do conceito de organização criminosa continuaram surtindo efeitos, também e especialmente, na aplicação do art. 1º, inciso VII, da Lei nº 9.613/98, que criminaliza a lavagem de dinheiro oriundo de crimes praticados por organizações criminosas.

Com efeito, a Lei nº 10.217/2001 delineou a existência de três conteúdos diversos, quais sejam: quadrilha ou bando (art. 288, CP); associação criminosa (art. 14 da Lei de Tóxicos; art. 18, inciso III, da Lei nº 2.889/56) e organização criminosa. Entrementes, ainda assim a doutrina capitaneada por Luiz Flávio Gomes entende que referida lei não definiu o que, em termos jurídicos, representa uma organização criminosa, asseverando sobre essa que:

Cuida-se, portanto, de um conceito vago, totalmente aberto, absolutamente poroso. Considerando-se que (diferentemente do que ocorria antes) o legislador não ofereceu nem sequer descrição típica

mínima do fenômeno, só nos resta concluir que, nesse ponto, a lei (9034/95) passou a ser letra morta. Organização Criminosa, portanto, hoje, no ordenamento jurídico brasileiro, é uma alma (uma enunciação abstrata) em busca de um corpo (de um conceito normativo, que atenda o princípio da legalidade). Se as leis do crime organizado no Brasil (Lei 9034/95 e Lei 10.217/01), que existem para definir o que se entende por organização criminosa, não nos explicaram o que é isso, não cabe outra conclusão: desde a 12.04.2001 perderam a eficácia todos os dispositivos legais fundados nesse conceito que ninguém sabe o que é. (GOMES, 2010, p. 3).

Luiz Flávio Gomes (2010, p. 2) expressa que, na sua visão atual, o crime organizado, no Brasil envolve: a) a quadrilha ou bando, que recebeu o rótulo de crime organizado, conforme a Lei nº 10.217/01, apesar de ser fenômeno completamente distinto do verdadeiro crime organizado; b) as associações criminosas, já tipificadas no nosso ordenamento jurídico (art. 14 da Lei de Tóxico, art. 2º da Lei nº 2.889/56). E, continua ele, que aludido conceito, por consequência e juridicamente falando, não abrange: a) a organização criminosa, por falta de definição legal; b) o concurso de pessoas (os requisitos da estabilidade e permanência levam à conclusão de que associação criminosa ou quadrilha ou bando jamais podem ser confundidos com o mero concurso de pessoas, que é sempre eventual e momentâneo).

Por outro lado, Luiz Flávio Gomes (2010, p. 3-4) enfatiza que a Ciência Criminológica aponta características marcantes sobre as organizações criminosas: hierarquia estrutural, planejamento empresarial, claro objetivo de lucro, uso de meios tecnológicos avançados, recrutamento de pessoas, divisão funcional de atividades, conexão estrutural ou funcional com o poder público e/ou com o poder político, oferta de prestações sociais, divisão territorial das atividades, alto poder de intimidação, alta capacitação para fraude, conexão local, regional, nacional ou internacional.

Assim, a política criminal, a doutrina e a jurisprudência não só consideram que existem organizações criminosas, como a encaram com preocupação, tendo em vista o seu grande poder destrutivo para nossa sociedade.

Conclui Luiz Flávio Gomes afirmando que:

Ao legislador incumbe a tarefa urgente de definir, em lei, o que devemos entender por ela (...). A não ser que algum magistrado venha a usurpar a tarefa do legislador e diga do que se trata. Mas até onde vão os limites da Constituição vigente, não se vislumbra a mínima possibilidade de qualquer juiz desempenhar esse anômalo papel. (GOMES, 2010, p. 4).

Ressalta-se que o referido autor menciona (1997, p. 89 e ss.) que, antes da Lei nº 10.217/2001, inferia que a Lei nº 9.034/95 só valia para crime resultante de organização criminosa, que, no seu entendimento, não se confundia com o art. 288 do Código Penal (CP).

Deveras, a necessidade de se ter uma definição, mesmo que não exaustiva, das organizações criminosas era imperativa, posto que a realidade demonstra já existirem, de fato, organizações criminosas nacionais e internacionais com as características apontadas pelas Ciências Criminais, em que pesem as Leis nºs 9.034/95 e 10.217/01 não terem delimitado um conceito jurídico do que se tratavam.

Assim, o legislador, ao criar a Lei nº 9.034/95, a Lei do Crime Organizado, obviamente, já contemplava a existência fática das organizações criminosas enquanto grupo de pessoas com atividade permanente tipicamente empresarial, mas com a finalidade de praticar crimes graves para alcançar benefício financeiro ou material, que se utilizam da corrupção de funcionários públicos como biombos de suas atividades ilícitas; do temor, por intermédio da implantação da lei do silêncio, para assegurar sua impunidade; e do tráfico de drogas, de arma e de pessoas (prostituição/submissão à condição análoga de escravo), e da pornografia, como fontes de rendas altamente lucrativas.

Contudo, essa lei realmente não conceituou o que seriam essas organizações, ou pelo menos não definiu os traços delineadores básicos dessas, o que deu azo a uma certa confusão entre organizações criminosas e a figura de bando ou quadrilha, sendo que essas já eram figuras conceituadas, pois tipificadas como crime autônomo no art. 288 do Código Penal.

A Lei nº 10.217/01, por sua vez, deixou claro que as organizações e as associações criminosas eram fenômenos distintos das figuras típicas de bando ou quadrilha, mas novamente silenciou quanto aos elementos caracterizadores de uma organização criminosa. Ricardo Antônio Andreucci, a respeito, registra o seguinte entendimento:

Mesmo com a redação dada ao art. 1º da Lei nº 9.034/95 pela Lei nº 10.217/2001, o problema da conceituação de crime organizado não estava solucionado, uma vez que surgiram mais dúvidas ainda sobre a eventual equiparação de bando ou quadrilha a organização criminosa, e mesmo sobre a distinção entre organização criminosa e associação criminosa. Diante da omissão conceitual da legislação, passaram os estudiosos a considerar que, ao invés de conceituar crime organizado, suportando o risco de ver o conceito desatualizado com o passar dos anos e com o incremento da tecnologia criminosa, melhor seria

identificar os elementos constitutivos básicos do crime organizado, de maneira a identificá-lo e assim rotulá-lo à vista da análise da situação concreta apresentada. (ANDREUCCI, 2009, p. 572, grifo nosso).

Ricardo Andreucci (2009, p. 572-573) aponta, “partindo de uma perspectiva de política criminal para a fixação dos critérios de determinação do crime organizado, (...) como integrante do conceito de crime organizado a atividade grupal, mais ou menos estável, ordenada para a prática de crimes grave.” (Grifo nosso).

Com efeito, entende-se que esse silêncio pode ser interpretado como um aval implícito para que os operadores do Direito e os seus estudiosos conceituem as empresas criminosas de acordo com os parâmetros já dados pela política criminal, o que pode ser imputado à grande dificuldade de se conceituar, de forma fechada, taxativa, o que elas representam. De fato, policiais, membros do Ministério Público e os magistrados, há muito, quando percebem que uma série de crimes graves é praticada por grupos com características empresariais, alta organização, com alto poder de intimidação e lesivo, reconhecem estarem diante de organizações criminosas e trabalham para a aplicação das leis nacionais que as mencionam.

Como exemplos de leis nacionais que versam sobre organizações criminosas, destacam-se: a Lei nº 9.034/95, que prevê meios de provas e técnicas de investigação mais contundentes no combate aos crimes praticados por essas empresas meliantes, com interceptação telefônica, ação controlada - flagrante esperado, infiltração policial, etc.; a Lei nº 9.613/98 (art.1º, inciso VII), que trata da lavagem de dinheiro de crimes praticados por organizações criminosas); e a Lei nº 7.210 (art. 52, § 2º), de 11 de junho de 1984 (Lei de Execuções Penais), que prevê a colocação, no regime disciplinar diferenciado, do sentenciado sobre o qual recaem fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas.

Mas, a conceituação casuística de crime organizado com o fim de justificar a aplicação de leis mais duras para os seus integrantes é sempre preocupante, daí a permanência da necessidade de uma lei conceituá-la. Afinal, um conceito definido em lei também serve para que não se aplique tal tratamento legislativo contra criminosos que atuam de forma isolada ou, mesmo em grupo, de forma eventual, para se evitar desgastes e excessos desnecessários; fugindo, pois, de uma atuação racional ou proporcional.

Muitos continuavam a chamar a atenção para a árdua tarefa de o legislador conceituar o crime organizado, como visto acima, e opinavam

sobre como deveria ser esse estruturado, a exemplo de Rodrigo Carneiro, para quem:

A conceituação de *lege ferenda* deve ser concisa e recorrer minimamente a conceitos indeterminados e abertos tão somente para diferenciar quadrilha ou bando, com as notas de delinquência que não se observavam à época da edição do Código Penal de 1940: estrutura hierarquizada com divisão de tarefas, mediante o exercício de atos de empreendimento criminal (negócio-crime), buscando vantagem material ou econômica financeiro. Note-se que os Tribunais pátrios não se baseiam em ilações, probabilidades, conjecturas e elucubrações acerca da estabilidade e permanência da associação criminosa, julgando a presença desses requisitos de forma objetiva, e o alargamento de requisito para configuração da organização criminosa terá como consequência a imprescindibilidade do aperfeiçoamento da colheita probatória, para que o acusado ou investigado não se exima da responsabilidade penal por falha da atividade de polícia judicial ou acusatória do Ministério Público. (CARNEIRO, 2009, p. 159, grifo nosso).

4 O CONCEITO DE CRIME ORGANIZADO DADO PELA CONVENÇÃO DE PALERMO E SUA INTRODUÇÃO EM NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO

No contexto mundial, a preocupação dos países integrantes da Organização das Nações Unidas (ONU) em intensificar o combate às organizações criminosas, frisando-se bem que sua existência fática nunca foi contestada, em que pese ter sido sob o ponto de vista jurídico, fez com que tais países se reunissem e criassem a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, adotada em Nova York, em 15 de novembro de 2000.

Essa Convenção visa promover a cooperação entre os países signatários para prevenir e combater, mais eficazmente, a criminalidade organizada transnacional, objetivo esse que está estampado em seu art. 1º. A Convenção de Palermo, como ficou conhecida, apresenta mecanismos de coleta de dados, provas e estatísticas e formas de enfrentamento do crime organizado. O Brasil aderiu a essa Convenção e adotou, sob o ponto de vista do processo legislativo constitucional, todos os mecanismos para introduzi-la em nosso ordenamento jurídico.

Com efeito, a Convenção da Organização das Nações Unidas (ONU) em apreciação, após ter sido adotada pela União Federal, representada pelo

Presidente da República ou pelo Ministro das Relações Exteriores, arrimada no art. 21 da Constituição Federal, foi ratificada pelo Congresso Nacional Brasileiro por intermédio do Decreto Legislativo nº 231, de 29 de maio de 2003, com base no art. 49, inciso I, da Carta Magna, sendo, ato seguinte, promulgada pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, momento esse em que a Convenção adquiriu executoriedade.

O Decreto Legislativo nº 231 menciona o seguinte:

PROJETO DE DECRETO LEGISLATIVO (SF) Nº 13, DE 2003

Autor: COMISSÃO - Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional

Ementa: Submete à consideração do Congresso Nacional o texto da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional e seus dois Protocolos, relativos ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea e à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, celebrados em Palermo, em 15 de dezembro de 2000.

Data de apresentação: 13/03/2003

Situação atual: Local: 17/07/2003 - Subsecretaria de Arquivo

Situação: 04/06/2003 - TRANSFORMADA EM NORMA JURIDICA

Outros números: Origem no Legislativo: CD PDC 00006 / 2003, CD MSG 00048 / 2002 Norma jurídica gerada: DLG-000231 de 2003

Indexação da matéria: Indexação: APROVAÇÃO, ATO INTERNACIONAL, CONVENÇÃO INTERNACIONAL, (ONU), COMBATE, CRIME ORGANIZADO, LAVAGEM DE DINHEIRO, CORRUPÇÃO, CONFISCOS, TRÁFICO INTERNACIONAL, MIGRANTE, TRANSPORTE, VIA TERRESTRE, VIA MARÍTIMA, VIA AÉREA, PREVENÇÃO, REPRESSÃO, PUNIÇÃO, TRÁFICO, PESSOAS, MULHER, CRIANÇA, PAÍS, BRASIL, CIDADE, PALERMO, PAÍS ESTRANGEIRO, ITÁLIA.

Observações: PROMULGADO PELO PRESIDENTE DO SENADO FEDERAL, SEN JOSÉ SARNEY. DECRETO LEGISLATIVO 000231 DE 2003, PUBLICADO NO DOU Nº 103, 30 05 2003, PAG 00006. (RETIFICAÇÃO FEITA NO DSF 15 07 2003, PAG 17927). (BRASIL, 2003, grifo nosso).

O Decreto nº 5.015/2004, por sua vez, preceitua que:

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e Considerando que o Congresso Nacional aprovou, por meio do Decreto Legislativo nº 231, de 29 de maio de 2003, o texto da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, adotada em Nova York, em 15 de novembro de 2000; Considerando que o Governo brasileiro depositou

o instrumento de ratificação junto à Secretaria-Geral da ONU, em 29 de janeiro de 2004; Considerando que a Convenção entrou em vigor internacional, em 29 de setembro de 2003, e entrou em vigor para o Brasil, em 28 de fevereiro de 2004;

DECRETA:

Art. 1º A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, adotada em Nova York, em 15 de novembro de 2000, apensa por cópia ao presente Decreto, será executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém.

Art 2º São sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão da referida Convenção ou que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional, nos termos do art. 49, inciso I, da Constituição.

Art. 3º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 12 de março de 2004; 183º da Independência e 116º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Samuel Pinheiro Guimarães Neto

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 15.3.2004 (BRASIL, 2004, grifo nosso).

O Supremo Tribunal Federal (STF) proclama (e.g., “Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa” – ADI 1480 MC/DF – Rel. Min. Celso de Mello, j. 04.09.1997), a paridade dos tratados internacionais com as leis ordinárias, quando observados os mecanismos do processo constitucional formal, donde se infere que a Convenção de Palermo, após ter sido integrada em nosso ordenamento jurídico, passou a ter o mesmo *status* de uma lei ordinária.

Ora, a ratificação da Convenção de Palermo pelo nosso ordenamento não representa a criminalização automática da participação em organizações cujos integrantes atuam concertadamente para fins de praticar crimes graves ou os enunciados na aludida Convenção, mas integra em nosso ordenamento práticas tendentes a combater tais organizações, como a infiltração policial, a interceptação telefônica, etc., com a finalidade de responsabilizá-las pelos crimes que cometeram, que podem ser corrupção, lavagem de dinheiro, obstrução ao trabalho da Justiça, homicídios, roubos, estelionatos, e para tanto fornece elementos básicos de conceituação do que devem ser consideradas as organizações criminosas.

Pois bem, extrai-se o conceito de organização criminosa do art. 2º da Convenção, o qual trata, frise-se bem, de “Terminologia”, para fins de aplicação daquela. Veja-se:

Artigo 2 Terminologia para efeitos da presente Convenção, entende-se por: Citado por 48

a) “Grupo criminoso organizado” - grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material; (...) (Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional, 2004).

Ressalta-se que se a Convenção de Palermo, pelo simples ato de conceituar uma organização criminosa, já estivesse criminalizando a participação em grupo dessa natureza, não mandaria que os Estados Partes criminalizassem-na, conforme se depreende do art. 5º da aludida Convenção, que assevera:

Artigo 5 Criminalização da participação em um grupo criminoso organizado 1. Cada Estado Parte adotará as medidas legislativas ou outras que sejam necessárias para caracterizar como infração penal, quando praticado intencionalmente:

a) Um dos atos seguintes, ou ambos, enquanto infrações penais distintas das que impliquem a tentativa ou a consumação da atividade criminosa:

i) O entendimento com uma ou mais pessoas para a prática de uma infração grave, com uma intenção direta ou indiretamente relacionada com a obtenção de um benefício econômico ou outro benefício material e, quando assim prescrever o direito interno, envolvendo um ato praticado por um dos participantes para concretizar o que foi acordado ou envolvendo a participação de um grupo criminoso organizado;

ii) A conduta de qualquer pessoa que, conhecendo a finalidade e a atividade criminosa geral de um grupo criminoso organizado, ou a sua intenção de cometer as infrações em questão, participe ativamente em:

a. Atividades ilícitas do grupo criminoso organizado;

b. Outras atividades do grupo criminoso organizado, sabendo que a sua participação contribuirá para a finalidade criminosa acima referida;

b) O ato de organizar, dirigir, ajudar, incitar, facilitar ou aconselhar a prática de uma infração grave que envolva a participação de um grupo criminoso organizado.

2. O conhecimento, a intenção, a finalidade, a motivação ou o acordo a que se refere o parágrafo 1 do presente Artigo poderão inferir-se de circunstâncias factuais objetivas.

3. Os Estados Partes cujo direito interno condicione a incriminação pelas infrações referidas no inciso i) da alínea a) do parágrafo 1 do

presente Artigo ao envolvimento de um grupo criminoso organizado diligenciarão no sentido de que o seu direito interno abranja todas as infrações graves que envolvam a participação de grupos criminosos organizados. Estes Estados Partes, assim como os Estados Partes cujo direito interno condicione a incriminação pelas infrações definidas no inciso i) da alínea a) do parágrafo 1 do presente Artigo à prática de um ato concertado, informarão deste fato o Secretário Geral da Organização das Nações Unidas, no momento da assinatura ou do depósito do seu instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão à presente Convenção. (Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional, 2004, grifo nosso).

Observa-se que a norma do art. 5º da Convenção de Palermo é mandatária e vincula os Estados-Partes à criminalização da participação em organizações criminosas, porém, como não poderia deixar de ser, não estipulou um prazo para o nosso Poder Legislativo, conservando, assim, a soberania de todos os países participantes em respeito à independência dos seus legisladores. Dessa forma, entende-se que o art. 2º, alínea “a”, da Convenção de Palermo, foi formal e legitimamente inserido em nosso ordenamento jurídico como uma norma interpretativa que veio explicar o conceito de organização criminosa e permitir a perfeita aplicação de todos os dispositivos legais da Lei de Lavagem de Dinheiro, da Lei do Crime Organizado, da Lei de Execução Penal e da Lei de Tráfico de Entorpecentes, e de qualquer outra lei que verse sobre essas empresas delinquentes.

Sobre a interpretação da lei penal, Luiz Flávio Gomes refere que:

Significa descobrir o seu significado, o seu sentido, a sua extensão (ou seja, seu âmbito de abrangência). Toda lei necessita de interpretação, ainda que seja clara (...) o que se interpreta, de outro lado, é o sentido da lei, não a vontade do legislador (a *mens legis*, não a *mens legislatoris*), embora ela constitua um dos critérios de interpretação. Interpretação, em suma, significa a fixação do sentido normativo objetivo do texto legal. (GOMES, 2004, p. 162, grifo nosso).

Considerando que existem interpretações doutrinárias, jurisprudenciais, autênticas ou legislativas, teleológica e sistemática, conclui-se que, antes da entrada em vigor da Convenção de Palermo em nosso ordenamento jurídico, as interpretações sobre a Lei nº 9.034/95, alterada pela Lei nº 10.217/2001, Lei nº 9.613/98 e Lei nº 7.210, alterada pela Lei nº 10.792/2003, que mencionam organizações criminosas, eram doutrinárias e jurisprudenciais.

Com o ingresso do conceito de organizações criminosas constante da Convenção de Palermo em nosso ordenamento jurídico, passamos a ter

uma interpretação autêntica ou legislativa (feita pelo próprio legislador), representada por uma norma penal interpretativa, pois não se olvide que a Convenção de Palermo ingressou em nosso Direito com força de lei ordinária.

O Brasil há muito possui um típico exemplo de uma lei interpretativa na seara penal, qual seja, o art. 327 do Código Penal, que conceitua funcionário público para fins penais ao prescrever que: “Considera-se funcionário público, para fins penais quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.”

Assim, da mesma forma deve-se entender atualmente que se considera como organizações criminosas, para fins penais, grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material, conceito previsto no art. 2º, alínea “a”, da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado.

Por outro lado, *de lege lata*, deve ser considerado que a aplicação das leis acima mencionadas depende de uma interpretação sistemática, ou seja, levando em consideração todo o ordenamento jurídico, em especial o Decreto nº 5.015/2004; não se restringindo, portanto, a uma interpretação pura e simples de cada um delas.

O Superior Tribunal de Justiça também perfilha esse entendimento, uma vez que a Quinta Turma, no HC 77.771-SP, rel. Min. Laurita Vaz, j. 30.05.08, aceitou a definição para uso no direito penal interno brasileiro. Vejamos:

HABEAS CORPUS. LAVAGEM DE DINHEIRO. INCISO VII DO ART. 1.º DA LEI Nº 9.613 /98. APLICABILIDADE. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. CONVENÇÃO DE PALERMO APROVADA PELO DECRETO LEGISLATIVO Nº 231, DE 29 DE MAIO DE 2003 E PROMULGADA PELO DECRETO Nº 5.015 , DE 12 DE MARÇO DE 2004. AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA A PERSECUÇÃO PENAL.

1. Hipótese em que a denúncia descreve a existência de organização criminosa que se valia da estrutura de entidade religiosa e empresas vinculadas, para arrecadar vultosos valores, ludibriando fiéis mediante variadas fraudes - mormonte estelionatos -, desviando os numerários oferecidos para determinadas finalidades ligadas à Igreja em proveito próprio e de terceiros, além de pretensamente lucrar na condução das diversas empresas citadas, algumas por meio de “testas-de-ferro”, desvirtuando suas atividades eminentemente assistenciais, aplicando seguidos golpes.

2. Capitulação da conduta no inciso VII do art. 1.º da Lei nº 9.613/98, que não requer nenhum crime antecedente específico para efeito da configuração do crime de lavagem de dinheiro, bastando que seja praticado por organização criminosa, sendo esta disciplinada no art. 1.º da Lei nº 9.034/95, com a redação dada pela Lei nº 10.217/2001, c.c. o Decreto Legislativo nº 231, de 29 de maio de 2003, que ratificou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, promulgada pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. Precedente. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Habeas Corpus nº 77.771-SP, 2008).

Acresça-se que a utilização imediata do conceito sobre organização criminosa previsto na Convenção de Palermo também é favorável aos réus no processo penal, especialmente os que são acusados por tráfico de entorpecentes, já que a Lei nº 11.343/2006, art. 33, § 4º, prevê a redução de pena para o agente que não integrar uma organização criminosa. Essa redução pode ser tão expressiva a ponto de, inclusive, propiciar que um sentenciado por tráfico de drogas possa iniciar o cumprimento inicial de sua pena em regime semiaberto ou substituir uma pena restritiva de liberdade por uma restritiva de direito, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal proferida em 24/11/2009, no bojo do HC 101291/SP, pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, cujo Relator foi o Ministro Eros Graus, no seguinte sentido:

EMENTA: Tráfico Ilícito de Entorpecentes: Cumprimento em Regime Aberto e Conversão em Pena Restritiva de Direitos. A Turma, superando restrição fundada no Enunciado 691 da Súmula do STF, concedeu habeas Corpus a condenado pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes (Lei 11.343/06, art. 33) para determinar que tribunal de justiça substitua a pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos ou, havendo reversão, que o início do cumprimento da pena privativa de liberdade se dê no regime aberto. Assentou-se que a quantidade de pena imposta de três anos, não constando circunstâncias desfavoráveis ao paciente, que não registra antecedentes, permitiria não só a que pena tivesse início no regime aberto (CP, art. 33, 2º, c), mas, também, substituição por pena restritiva de direitos (CP, art. 44, 2º, segunda parte). (BRASIL. Superior Tribunal Federal, Habeas Corpus nº 101291, 2009).

Não se pode desconsiderar que a Lei nº 9.613/1998 prevê como crime antecedente da lavagem de dinheiro todos aqueles praticados por organização criminosa (art. 1º, inciso VII), e também prevê um aumento de pena (1/3 a 2/3) do delito de lavagem de dinheiro, quando o crime antecedente, à exceção do crime de lavagem de dinheiro, seja cometido por intermédio de organização criminosa ou habitualmente. No caso específico da Lei nº 9.613/1998, que

criminaliza a lavagem de dinheiro (*Money Laundry*), o legislador previu como conduta antecedente os crimes praticados por organizações criminosas, tratando-se, portanto, de uma Lei de Segunda Geração. Ressalta-se que as Leis de Primeira Geração são aquelas que preveem como crime antecedente somente o narcotráfico; já as Leis de Segunda Geração ampliaram o rol dos crimes antecedentes incluindo, por exemplo, o tráfico de armas, corrupção, etc. As Leis de Terceira Geração, por sua vez, consideram qualquer vantagem financeira obtida com ilícito penal como objeto de lavagem de dinheiro.

5 A EXISTÊNCIA DE DIVERGÊNCIA QUANTO À UTILIZAÇÃO DO CONCEITO DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS PREVISTA NA CONVENÇÃO DE PALERMO

Mesmo com a promulgação do Decreto nº 5.015/2004, que introduziu a Convenção de Palermo em nosso ordenamento jurídico, doutrinadores renomados passaram a contestar a utilização do conceito nela previsto, levantando a bandeira de que até hoje não temos, no Brasil, uma lei que defina (texto legal explicativo) o conceito (a ideia) de crime organizado, como veremos adiante.

Luiz Flávio Gomes, capitaneando esse grupo de estudiosos, contesta o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma, no HC 77.771-SP, rel. Min. Laurita Vaz, j. 30.05.08, o qual foi antes transcrito, com os seguintes argumentos:

1º) a definição de crime organizado contida na Convenção de Palermo é muito ampla, genérica, e viola a garantia da taxatividade (ou de certeza), que é uma das garantias emanadas do princípio da legalidade; 2º) a definição dada, caso seja superada a primeira censura acima exposta, vale para nossas relações com o direito internacional, não com o direito interno; de outro lado, é da essência dessa definição a natureza transnacional do delito (logo, delito interno, ainda que organizado, não se encaixa nessa definição). Note-se que a Convenção exige “(...) grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material”. Todas as infrações enunciadas na Convenção versam sobre a criminalidade transnacional. Logo, não é qualquer criminalidade organizada que se encaixa nessa definição. Sem a singularidade da

transnacionalidade não há que se falar em adequação típica, do ponto de vista formal;

3º) definições dadas pelas convenções ou tratados internacionais jamais valem para reger nossas relações com o Direito penal interno em razão da exigência do princípio da democracia (ou garantia da *lex populi*). (GOMES, 2009, p.1).

Referido doutrinador (2009, p.1) sustenta que “o Tratado de Palermo (que definiu o crime organizado transnacional), por exemplo, não possui valor normativo suficiente para delimitar internamente o conceito de organização criminosa (até hoje inexistente no nosso país)”. Afirma, ainda (2009, 1), que tratados e convenções internacionais não podem servir de fonte do Direito Penal incriminador por não representarem a vontade popular representada pelo Parlamento, alegando que, quando esse aprova a celebração de um tratado ou convenção internacional celebrada pelo Poder Executivo, não discute os seus termos; ou o aprova integralmente ou o desaprova. Por fim, sustenta (2009, 1) que “a dimensão democrática do princípio da legalidade em matéria penal incriminatória exige que o parlamento brasileiro discuta e crie a norma. Isso não é a mesma coisa que referendar. Referendar não é criar ‘ex novo.’”

Tal entendimento começou a ser esposado pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Marco Aurélio no julgamento do HC 96.007/SP, ocorrido em 10.11.2009, em que era relator, oportunidade em que deferiu o *writ* para trancar uma ação penal promovida pelo *Parquet*. O Ministro Dias Toffoli acompanhou o relator, e, após, a Ministra Carmen Lúcia pediu vistas, não tendo havido modificação da situação processual até a presente data, conforme informação do site do Supremo Tribunal Federal. Os termos do voto do Ministro Marco Aurélio Melo foram publicados pelo Informativo nº 567, do STF, cujo teor é o seguinte:

Inicialmente, ressaltou que, sob o ângulo da organização criminosa, a inicial acusatória remeteria ao fato de o Brasil, mediante o Decreto 5.015/2004, haver ratificado a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional - Convenção de Palermo (“Artigo 2 Para efeitos da presente Convenção, entende-se por: a) ‘Grupo criminoso organizado’ - grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material;”). Em seguida, aduziu que, conforme decorre da Lei 9.613/98, o crime nela previsto dependeria do enquadramento das condutas especificadas no art. 1º

em um dos seus incisos e que, nos autos, a denúncia aludiria a delito cometido por organização criminosa (VII). Disse que o *parquet*, a partir da perspectiva de haver a definição desse crime mediante o acatamento à citada Convenção das Nações Unidas, afirmara estar compreendida a espécie na autorização normativa. Tendo isso em conta, entendeu que tal assertiva mostrar-se-ia discrepante da premissa de não existir crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (CF, art. 5º, XXXIX). Asseverou que, ademais, a melhor doutrina defenderia que a ordem jurídica brasileira ainda não contempla previsão normativa suficiente a concluir-se pela existência do crime de organização criminosa. Realçou que, no rol taxativo do art. 1º da Lei 9.613/98, não consta sequer menção ao delito de quadrilha, muito menos ao de estelionato – também narrados na exordial. Assim, arrematou que se estaria potencializando a referida Convenção para se pretender a persecução penal no tocante à lavagem ou ocultação de bens sem se ter o delito antecedente passível de vir a ser empolgado para esse fim, o qual necessitaria da edição de lei em sentido formal e material. Estendeu, por fim, a ordem aos co-réus. Após, pediu vista dos autos a Min. Cármem Lúcia. (BRASIL. Superior Tribunal Federal, Habeas Corpus nº 96.007, 2009).

Pois bem, o Ministro Marco Aurélio entendeu que a conduta prevista no art. 1º, inciso VII, da Lei nº 9.613/98 é atípica, sob o entendimento de que, ainda hoje, não existe em nosso ordenamento jurídico definição de crime organizado, que está apenas definido na Convenção de Palermo de 2000, introduzida no Brasil por meio de simples decreto.

Todavia, o entendimento doutrinário de Luiz Flávio Gomes, acima registrado, e a referida decisão dos Ministros Marco Aurélio e Dias Toffoli, do Supremo Tribunal Federal, não devem prevalecer, *venia concessa*, diante dos termos da Convenção de Palermo.

Com efeito, conforme posicionamento já exarado ao norte, o art. 2º, alínea “a”, da Convenção de Palermo trouxe apenas uma terminologia, um conceito, do que sejam organizações criminosas, conceito esse, frise-se bem, que trouxe delineamentos gerais, a exemplo do número de integrantes, da prática de crimes graves ou outros enunciados na Convenção, que, praticamente em sua totalidade, já são previstos como crimes autônomos no Brasil, a exemplo da corrupção, forma de atuação planejada, estabilidade temporal, etc. O fato de a Convenção estipular apenas esse conceito genérico facilita que os Estados Partes possam complementar tais conceitos levando em consideração as particularidades e diversidades que as organizações criminosas apresentam em seu âmbito interno.

Tratando-se de um conceito que foi introduzido no Brasil pelo Decreto nº 5.015 por fazer parte da Convenção de Palermo, e não em criminalização automática da participação em organização criminosa, não há que se falar em observância estrita aos princípios da legalidade/taxatividade. Ademais, não é a Convenção de Palermo propriamente dita que regula a relação interna entre o Estado brasileiro e seus súditos; é o Decreto nº 5.015, que promulgou o Decreto Legislativo nº 231, o qual, por sua vez, ratificou (leia-se: aprovou) a celebração da mencionada Convenção pelo Presidente da República.

Acresça-se, outrossim, que a introdução da Convenção de Palermo em nosso ordenamento jurídico observou o princípio da democracia (*Lex Populli*), tendo em vista que o parlamento aprovou a celebração daquela, o que significa que os representantes deste país leram todo o teor da Convenção, inclusive o seu art. 2º, alínea “a”, e o seu art. 5º, e aceitaram-no, por isso consentiram expressamente que se tornasse lei.

Ora, se tivesse algum ponto que os nossos parlamentares não aceitassem, o Brasil poderia denunciar tal parte utilizando-se dos instrumentos que o Direito Internacional Público prevê para esse tipo de situação. Mas não foi o que aconteceu, donde se presume que os representantes do povo brasileiro quiseram aprovar integralmente a Convenção de Palermo.

Ademais, a Convenção, quando conceituou uma organização criminosa para efeito de sua própria aplicação, não exigiu que aquela apresentasse a característica da transnacionalidade, do que se infere que os traços gerais sobre organização criminosa devem ser aplicados por todos os Estados signatários, inclusive para as organizações criminosas nacionais.

De lege referenda, se o legislador pátrio entendesse criminalizar a participação em uma organização criminosa, ao tipificar as elementares do delito teria que adotar o conceito previsto na Convenção de Palermo, tendo em vista que o Brasil a adotou.

Não poderia o legislador fugir, por exemplo, do número de integrantes de uma organização criminosa de três ou mais pessoas, da estabilidade (existente há algum tempo), da atuação planejada (concertada), do propósito de sua organização (cometer uma ou mais infrações) e da finalidade dessa (obtenção de um benefício financeiro ou material). Poderia, sim, acrescentar alguma(s) característica(s) que não foi(ram) mencionada(s) pela Convenção de Palermo, mas que no territorial nacional apresenta(m)-se de forma corriqueira nas organizações criminosas, a exemplo da estrutura hierarquizada.

Ad argumentandum, traria uma grande confusão se a lei delineasse

os elementos de uma organização criminosa nacional de forma divergente dos elementos de uma organização criminosa transnacional, para fins de criminalização da conduta.

Tomemos o seguinte exemplo: na prática da luta contra o tráfico de drogas, as investigações da Polícia e do Ministério Público atuam também contra o tempo exíguo, inclusive para estarem autorizadas as interceptações telefônicas e para que se realize o chamado flagrante prorrogado ou diferido - ação controlada; contra a falta de recursos da polícia para manter uma operação, o que leva os policiais a interceptarem uma operação mediante a prisão dos envolvidos já conhecidos e a apreensão da droga que já está em vista.

Sabe-se que o mapeamento das rotas do tráfico de drogas indica que a maioria dos entorpecentes vem de além das fronteiras nacionais e são encaminhadas para além dessas, bem como que o prosseguimento das investigações provavelmente levaria à coleta de provas de envolvimento de estrangeiros e da origem, também estrangeira, da substância entorpecente; mas estamos no Brasil: o que é o ideal, provavelmente não é o possível.

Assim, se o caráter nacional ou transnacional da organização criminosa fosse, *ad argumentandum*, utilizado como elemento de diferenciação para, por exemplo, estipular o número de integrantes (nacional: 4 e transnacional: 3), a depender do momento em que a polícia interviesse e realizasse o flagrante, haveria mudança dos requisitos para que fosse conferido o tratamento do direito penal material e quiçá o processual, o que na prática poderia gerar muita confusão.

Ademais, o art. 34, item 2, ao dispor sobre a aplicação da Convenção, dispensa a natureza transnacional dos delitos por si elencados, a exemplo da lavagem de dinheiro. O item 3, também do art.32, assevera que, nos casos em que a organização criminosa apresente atuação internacional, o Estado Parte deverá tomar medidas mais enérgicas e severas para o seu combate. O artigo 34, itens 2 e 3, preceitua o seguinte:

Artigo 34. Aplicação da Convenção 1. Cada Estado Parte adotará as medidas necessárias, incluindo legislativas e administrativas, em conformidade com os princípios fundamentais do seu direito interno, para assegurar o cumprimento das suas obrigações decorrentes da presente Convenção.

2. As infrações enunciadas nos Artigos 5, 6, 8 e 23 da presente Convenção serão incorporadas no direito interno de cada Estado Parte, independentemente da sua natureza transnacional ou da implicação de

um grupo criminoso organizado nos termos do parágrafo 1 do Artigo 3 da presente Convenção, salvo na medida em que o Artigo 5 da presente Convenção exija o envolvimento de um grupo criminoso organizado.

3. Cada Estado Parte poderá adotar medidas mais estritas ou mais severas do que as previstas na presente Convenção a fim de prevenir e combater a criminalidade organizada transnacional. (Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional, 2004, grifo do autor).

Nesse sentido, também é o entendimento de Rodrigo Carneiro:

Quanto ao âmbito de atuação da organização criminosa em mais de um país, a própria CCOT, mais adiante no seu art. 34, item 2, ao dispor a respeito da aplicação da Convenção, dispensa a natureza transnacional dos delitos que elenca (lavagem de dinheiro, corrupção, participação em grupo criminoso organizado, obstrução á justiça), para incorporação ao direito interno. Ou seja, os termos da CCOT são perfeitamente aplicáveis aos ordenamentos jurídicos de cada país que a subscreveu, independentemente de a organização criminal apontar atuação internacional de organização criminosa. Há uma grande lógica nessa consideração. Nunca se pode descartar que uma organização criminosa possua ramificação em outro país (logística, uso de rotas, contatos, operacional, execução de delitos, ocultação de produtos do crime), mas é ineficaz e geradora de impunidade, a persecução criminal que imprescinda de demonstração da nota de transnacionalidade do delito para sua investigação e repressão. Apenas o tempo gasto na investigação, conjugada a uma eficiente rede de informações, cooperação internacional e técnicas modernas de investigação é que, reunidos, serão capazes de identificar a nota da transnacionalidade do delito. O tráfico doméstico de drogas, cuja investigação se encerrou na prisão dos transportadores da droga (mula) ou dos transportadores do dinheiro obtido de forma ilegal (*cash couriers*), não permite afirmar que a organização não tenha nível organizacional internacional. (CARNEIRO, 2009, p. 169-170, grifo nosso).

O entendimento dos Ministros Marco Aurélio Melo e Dias Toffoli exarado no HC 96.007-SP pode gerar efeitos práticos graves, seja para as investigações que ainda estão em andamento, seja para decisões que, inclusive, já transitaram em julgado, que tratam das organizações criminosas.

Os Promotores de Justiça do Grupo de Atuação Especial de Repressão aos Crimes Econômicos, órgão do Ministério Público de São Paulo, Arthur Pinto de Lemos Júnior, Gilberto Leme Marcos Garcia e Márcia Monassi Mougenot Bonfim, fazem uma espécie de panorama dessa situação ao comentarem o voto do Ministro Relator Marco Aurélio Melo da seguinte forma:

A tese jurídica acolhida pelo Ministro, com o devido respeito, interpreta de forma equivocada os dispositivos penais constitucionais e coloca em risco inúmeras ações penais em trâmite na Justiça, resultantes de incansável trabalho do Ministério Público brasileiro e das Polícias Federais e Estaduais na luta contra o crime organizado, especialmente quanto à reciclagem do dinheiro de origem ilícita na economia e no sistema financeiro. O caso em julgamento, que não terá o seu mérito aqui discutido, envolve exatamente a hipótese de uma suposta organização criminosa ter lavado os valores auferidos da prática de inúmeros estelionatos. Com a devida vênia, a questão colocada em debate não envolve “crime de organização criminosa”, conduta que, de fato, não está tipificada em nosso ordenamento jurídico. Ao revés, os pacientes são acusados de lavagem de bens e valores oriundos de crimes de estelionatos praticados por verdadeira organização criminosa”. Não se pretende, dessa forma, o reconhecimento de delito que não está previsto em lei (crime de organização criminosa) em ofensa ao princípio da legalidade/tipicidade, mas sim a punição de delito de lavagem de capitais oriundos de crimes (qualquer um) cometidos por organização criminosa. (LEMOS JÚNIOR; GARCIA; BONFIM, 2009, p. 24, grifo nosso).

Portanto, mais do que discussões doutrinárias, o Poder Judiciário, em especial o nosso Pretório Excelso, deve considerar as consequências práticas de sua decisão a respeito da existência do conceito de organização criminosa no Brasil, salientando, mais uma vez, o entendimento já esposado de que não se trata de reconhecer a tipificação da conduta de participar dessas empresas meliantes, e sim utilizar o art. 2º da Convenção de Palermo como norma penal interpretativa.

6 A (DES)NECESSIDADE DE SE TIPIFICAR A CONDUTA DE PARTICIPAR DE UMA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

Sobre o clamor de alguns doutrinadores, como Luiz Flávio Gomes (2010) e os Ministros do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio Melo e Dias Toffoli, conforme voto proferido no HC 96.007-SP, acerca da necessidade de se tipificar a participação em uma organização criminosa para se ter como válido um conceito sobre elas, com observância dos princípios da legalidade estrita e da taxatividade, deve-se ponderar acerca do “efeito rebote” que pode advir para o combate da criminalidade organizada se um dia a conduta de participar de uma organização criminosa vier a ser criminalizada no Brasil.

Isso porque, conforme dito anteriormente, existe grande dificuldade em exaurir todas as formas de participação em uma organização criminosa, dada à variedade imensurável de apresentação de todos os fenômenos de tais empresas delinquentes, o que não é um (des)privilegio do Brasil, uma vez que países desenvolvidos também passam por essa tormentosa dificuldade.

Assim, todas as vezes que houvesse uma nova forma de manifestação, por meio de novos mecanismos de golpes e de fonte de alimentação de tais empreendimentos criminosos, poder-se-ia implicar a atipicidade da nova conduta, e a readequação da legislação para subsumi-la resultaria em alguns anos de garantia de impunidade para as mentes brilhantes do crime.

Marcelo Mendroni cita o exemplo da dificuldade dos Estados Unidos da América em apresentar um conceito fechado sobre o crime organizado e indaga acerca da real necessidade em tipificar a participação em organizações criminosas, chamando a atenção para a possível válvula de escape que um conceito exaustivo pode conceder para a impunidade. O posicionamento do aludido autor é interessante e merece ser descrito:

Observa-se que existem diversas definições com pontos semelhantes, mas de conteúdo geral distinto. E pergunta-se qual é a correta? Resposta: todas e nenhuma. Explica-se. Na verdade, não se pode definir organização criminosa através de conceitos estritos ou mesmo de exemplos de conduta criminosas como sugerido. Isso porque não se pode engessar este conceito, restringindo-o a essa ou àquela infração penal, pois elas, as organizações criminosas, detêm incrível poder variante. Elas podem alternar as suas atividades criminosas, buscando aquela atividade que se torne mais lucrativa, para tentar escapar da persecução criminal ou para acompanhar a evolução mundial tecnológica e com tal rapidez, que, quando o legislador pretender alterar a lei para amoldá-la à realidade- aos anseios da sociedade-, já estará alguns anos em atraso. E assim ocorrerá sucessivamente. (MENDRONI, 2009, p. 18-20).

Sobre a experiência dos Estados Unidos da América, Patrik J. Ryan, citado por Marcelo Mendroni (2009, p. 18-19), assevera que o Estado de Nova York - ressalte-se, um dos mais assolados pela criminalidade organizada -, quando escreveu o seu Ato de Controle ao Crime Organizado em 1986, considerou que, por causa de sua imensa diversidade de natureza, é impossível precisar o que é organização criminosa.

Indaga então Patrick Ryan, ainda citado por Marcelo Mendroni (2009, p. 19): “Sem uma definição funcional, como poderemos identificar e combater uma organização criminosa?” E responde: “Um consenso está se formando

que cada definição funcional deverá refletir o tipo de atividade, melhor do que definir o tipo de crime- o que ela faz, melhor do que ela é”.

Diante disso, conclui o autor acima mencionado:

Portanto, como experimentar uma definição sobre organizações criminosas que se adapte e tenha validade para operacionalização na prática em todos os Estados-membros de um país com dimensões continentais como o Brasil, se os EUA, mais acostumados a lidar com o tema, e que tem realidades socioeconômicas e culturais mais homogêneas, não o estabeleceram de forma definitiva? O dispositivo legal teria na verdade que abranger todas as hipóteses de infrações penais praticadas por uma organização criminosa, como, por exemplo, extorsões, ameaças, homicídios, seqüestros, roubos de carro e de cargas, receptação, tráfico ilícito de entorpecentes, os diversos crimes contra a Administração Pública, lavagem de dinheiro, exploração de jogos ilegais e crimes dele decorrentes, crimes fiscais etc., todos muito evidentes na realidade de nosso país etc. (...) Eventual definição que incorpore a legislação penal vigente fará restringir os dispositivos processuais que lhe possam ser aplicados, caso a sua tipificação se torne difícil. No exemplo de criação de uma nova espécie de organização criminosa- que sempre existirá em decorrência de avanços tecnológicos das ciências-, deixará para trás a definição estampada na lei penal e impedirá a aplicação de dispositivos processuais eficientes para o seu combate. Caso contrário, de ser o tipo penal muito aberto, ocorrerá o contrário, a possível tipificação de qualquer bando que se disponha a praticar crimes- mesmo sem organização que, por princípio, lhe deva ser inerente. Melhor, em nosso entender, a investigação dos crimes que pratique a organização criminosa, sem previsão de punição pela mera associação criminosa- tal como acontece com a “quadrilha ou bando”. (MENDRONI, 2009, p. 19-20).

Portanto, devem ser consideradas as vantagens e as desvantagens de se tipificar, por si só, a participação em organizações criminosas. Pondere-se que a criminalização dessa implicaria, na verdade, na responsabilização penal antecipada pelo início do *inter criminis* de cada um dos delitos que a empresa mediante organiza-se para praticar, como corrupção, crimes contra o sistema financeiro, assassinatos, fraudes, etc. Assim, cada um dos agentes seria responsabilizado pelos crimes que praticaram, mais pelo fato de terem formado uma organização criminosa.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir de tais considerações, entende-se que não é tão simples, como alegam alguns renomados estudiosos, criminalizar a conduta de participar de organizações criminosas, fato que se confirma quando se sabe que existem projetos de lei em tramitação que tentam aprovar tal tipo. Mas, ao mesmo tempo, não podemos fechar os olhos para a existência de pessoas que se organizam com certa estabilidade para planejar e executar crimes graves, como a corrupção, o tráfico de drogas e o tráfico de armas, impondo medo, ameaças e assassinando, com o fim de obter vantagem material. Afirma-se que seria atípica a conduta daquele que lava o dinheiro, ou seja, dá aparência de dinheiro limpo àquele numerário que foi obtido por crimes como corrupção, estelionato, tráfico de pessoas, etc.

Existem organizações criminosas que possuem soldados, pessoas especialistas em matar seus desafetos; que formam parceiros para ingressarem em universidades de Direito, na Advocacia, no Judiciário e nos órgãos de segurança pública; que possuem esquema de propinas; que impõem terror às comunidades por si dominadas, submetendo-as à lei do silêncio; e que ameaçam policiais, membros do Ministério Público e juízes, bem como os familiares destes, buscando a impunidade ao dificultar o trabalho da Justiça. Para realizar todo o seu potencial criminoso, utilizam-se de diversas formas de execução, o que dificulta ter um conceito fechado do que sejam tais organizações criminosas.

Diferentemente do que falam alguns operadores do Direito, entende-se, com a máxima vênia, que a falta de um conceito fechado, observado o princípio da legalidade, da taxatividade, não faz das leis penais que tratam das organizações criminosas um “fantasma”. Como dito acima, justamente pelo fato de ainda não se ter o tipo incriminador de organizações criminosas no Brasil é que o conceito previsto na Convenção de Palermo, que ingressou em nosso ordenamento jurídico com *status* de lei ordinária, deve ser entendido como uma lei interpretativa, ou seja, veio estabelecer as linhas gerais do conceito de organizações criminosas, diferenciando-o do conceito de bando e quadrilha, de modo a facilitar a aplicação de todos os dispositivos legais nacionais que tratam dessas verdadeiras empresas de cometer delitos.

Se não fosse assim, as Leis n.ºs 9034/95 (regulamenta meio de prova e procedimentos investigatórios de ilícitos praticados por organizações criminosas), 9.613/98 (Lavagem de Dinheiro), 11.340 (Entorpecentes) e

7210/1984 (Execuções Penais) possuiriam realmente dispositivos fantasmas. Porém, o dever que os operadores do Direito possuem, de dar relevo à interpretação sistemática levando em consideração todo o ordenamento jurídico, não nos permite essa conclusão, diante da adoção, pelo Brasil, da Convenção de Palermo.

Ora, um pensamento formalista, apegado às minúcias de princípios, em detrimento das necessidades da realidade, muitas vezes obstrui a realização da justiça. O entendimento de Luiz Flávio e dos Ministros Marco Aurélio e Dias Toffoli, com a máxima vênia, torna morta a letra da lei e compromete ações e julgamentos, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, que acataram o conceito de organização criminosa previsto na Convenção de Palermo; por isso o desfecho do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do HC 96.007-SP é aguardado com tanta ansiedade pela nossa comunidade jurídica.

A nosso ver, o conceito de organização criminosa definido pela Organização das Nações Unidas pode e deve ser utilizado como norma interpretativa penal, de modo a alcançar a máxima efetividade ou eficiência das normas penais de Direito Material e Processual, inclusive aquelas que trazem benefício para os réus, como é o caso do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.340/2006.

Sob outro viés, deve ser ponderado acerca da real necessidade de criminalizar a conduta de participar de organizações criminosas, fato que se confirma quando se sabe que, no Brasil, existem projetos de lei em tramitação que tentam aprovar tal tipo, bem como pela análise da realidade de outros países, como a Itália e os Estados Unidos da América. Isso porque, *de lege referenda*, se o legislador entender de tipificar tal conduta, estará vinculado aos requisitos básicos, não exaustivos, previstos no art. 2ª, alínea “a”, da Convenção de Palermo, sem olvidar a tarefa árdua de estabelecer um conceito fechado, exigível pelos princípios da legalidade/taxatividade, que contemple as particularidades transeuntes e não transeunte das organizações criminosas que atuam no âmbito nacional e no âmbito transnacional. Nessa hipótese, *ad argumentandum*, o legislador deverá acautelar-se para não deixar rastros que possam levar à impunidade dos que conduzem um grupo organizado para o cometimento de crimes como exitosas empresas, mas voltadas para o mal.

Pode também, *de lege referenda*, o Poder Legislativo pátrio optar por continuar a não criminalizar a participação em organização criminosa, por entender que a tipificação de tal conduta pode comprometer a efetiva responsabilidade de todas as formas de manifestação do fenômeno dessas empresas criminosas, considerando que essas são como camaleões, que se

utilizam dos avanços tecnológicos, da perspicácia e da ganância humana (corrupção/propina), etc. para mudarem suas vestes com muita rapidez, e considerando, ainda, que o tempo necessário para se promover a tipificação penal das novas formas de manifestação das organizações criminosas representaria períodos de impunidade às mentes brilhantes do crime. Nesse último caso, o operador do Direito pode continuar usando o conceito da Convenção de Palermo, com a identificação de outros elementos característicos dessas que aparecem corriqueiramente no cotidiano da persecução penal, para o fim de aplicar as leis nacionais que versam sobre as organizações criminosas.

Destaca-se que, caso o parlamento pátrio assim entenda, o Brasil deve utilizar os mecanismos previstos no Direito Internacional Público para denunciar a parte da Convenção Internacional que determina, em seu art. 5º, que os Países Partes incriminem a participação em organizações criminosas e apenas utilizem as linhas gerais conceituais sobre o que se entende por organizações criminosas, como norma interpretativa para aplicar os dispositivos penais.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo. *Legislação Penal Especial*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

BONFIM, Márcia Monassi Mougenot; GARCIA, Gilberto Leme Marcos; LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto de. *Doutrina e Tratado define organização criminosa*. Material da 4ª aula da Disciplina Criminalidade Econômica e Organizada, ministrada no Curso de Especialização Televirtual em Ciências Penais- Universidade Anhanguera-Uniderp/REDE LFG. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-nov-20/conceito-organizacao-definido-tipificar-lavagem>. Acesso em: 10 jan. 2010.

BRASIL. Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional. *Projeto de Decreto Legislativo (SF) nº 13*. Submete à consideração do Congresso Nacional o texto da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional e seus dois Protocolos, relativos ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea e à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, celebrados em Palermo, em 15 de dezembro de 2000. Diário do Senado

Federal, mar. 2003. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=18/03/2003&paginaDireta=03652>. Acesso em: 20 set. 2011.

BRASIL. Senado. Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional, *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 15 mar. 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 77.771-SP, de 30 de maio de 2008, da 5ª Turma do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Brasília, DF, 2008, *Diário da Justiça Eletrônico*, 22 set. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 96.007, de 10 de novembro de 2009, Brasília, DF, 2009, Informativo STF [eletrônico], n. 567, 9 a 13 nov. 2009.

———. *Habeas Corpus* nº 101291, de 24 de novembro de 2009, da 2ª Turma do Superior Tribunal Federal, Brasília, DF, 2009, *Diário da Justiça Eletrônico*, 12 fev. 2010.

CARNEIRO, Rodrigo. 2009.

CARTONI, Daniela. *Normatização de Trabalhos Acadêmicos*. Material da 2ª Aula da Disciplina “Metodologia da Pesquisa”, ministrada nos Cursos de Pós Graduação Lato Sensu Televirtuais- Anhanguera-UNIDERP/REDE LFG, 2010. Disponível em: <http://savi.lfg.eduead.com.br/eduead/mod/resource/view.php?id=39470>. Acesso em: 15 mar. 2010.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Aurélio: o Dicionário da Língua Portuguesa*. 6. ed. Curitiba: Positivo, 2005.

GOMES, Ricardo Carneiro. *O Crime Organizado na Visão da Convenção de Palermo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. *Crime Organizado*. 2. ed. São Paulo: RT, 1997.

_____. *Crime Organizado*: que se entende por isso depois da Lei nº 10.217/01? (apontamentos sobre a perda da eficácia de grande parte da Lei 9034/95). Material da 4ª aula da Disciplina Criminalidade Econômica e Organizada, ministrada no Curso de Especialização Televirtual em Ciências Penais universidade AnhanguerA-Uniderp/REDE LFG. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2919>. Acesso em: 10 jan. 2010.

_____. *Definição de crime organizado e a Convenção de Palermo*. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 6 maio 2009.

_____. *Direito Penal: Parte Geral*. 2. ed. São Paulo: RT, 2004.

LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto; GARCIA, Gilberto Leme Marcos; BONFIM, Márcia Monassi Mougenot. Doutrina e tratado define organização criminosa. *Revista Consultor Jurídico*, nov. 2009.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime Organizado: Aspectos Gerais e Mecanismos Legais*. 3. ed. São Paulo: RT, 2009.

NAÇÕES UNIDAS. *Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional*, Nova Iorque, 2000, *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 15 mar. 2004.

RESEK, Francisco. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

EM BUSCA DA JUSTA ORDEM JURÍDICA COLETIVA: REFLEXÕES SOBRE A EFETIVIDADE DA TUTELA DE URGÊNCIA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Paulo Ricardo de Souza Bezerra¹

RESUMO: Focalizando a necessidade da efetivação dos direitos difusos e coletivos, principalmente quanto ao alcance da máxima aplicação da prestação jurisdicional em favor dos cidadãos, foram revisados trabalhos do Direito Processual Civil moderno sobre as ações coletivas, especialmente a ação civil pública e a eficácia da tutela de urgência. Foram obtidas relevantes informações mediante a análise das existentes técnicas, observando-se as relações com os valores privilegiados no Estado constitucional contemporâneo. As reflexões visaram ensinar o juízo crítico das técnicas de urgência no âmbito da ação civil pública e suas correspondentes aplicações, reconhecendo a necessidade de melhor tratamento da matéria para se alcançar instrumentos mais aptos à concretização da efetividade dos direitos difusos e coletivos.

PALAVRAS-CHAVE: Ação civil pública. Tutela de urgência. Direitos coletivos.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 NOÇÕES GERAIS SOBRE AÇÃO COLETIVA E AÇÃO CIVIL PÚBLICA. 3 TÉCNICAS DE URGÊNCIA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. 3.1 **Liminar e tutela específica liminar**; 3.2 **Antecipação total ou parcial da tutela**. 3.3 **Liminar na ação cautelar**. 4 EM BUSCA DA EFETIVIDADE NA TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA: APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE E DO FORMALISMO-VALORATIVO EM PROL DA EFICÁCIA DAS TÉCNICAS DE URGÊNCIA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

¹ Especialista em Direito Processual Civil Individual e Coletivo pelo Centro Universitário do Pará (CESUPA). Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Pará. e-mail: pauloeirenebez@uol.com.br.

1 INTRODUÇÃO

Por constituir motivo de preocupação no hodierno processo civil brasileiro, tem sido bastante considerada a necessidade de se realizar, em tempo razoável, a justa e efetiva prestação jurisdicional. Não há dúvida de que a dinâmica processual civil cada vez mais exige aperfeiçoados mecanismos de sua implementação, seja na estrutura do Poder Judiciário ou no conjunto das ferramentas processuais disponíveis, sempre na busca dos meios que permitam a eficaz e equânime prestação jurisdicional. Nesse diapasão, a específica construção legislativa e doutrinária dos últimos lustros vem demonstrando inegável esforço para o alcance da tão almejada celeridade do procedimento.

O bem jurídico lesado ou passível de lesão, além da ação do tempo natural, em muitas situações sofre as consequências diretas do “tempo procedimental”, o qual, em suas marchas e contramarchas, caminha lentamente até que se efetive o possível equacionamento do conflito para o qual se busca a tutela jurisdicional, conformando desafio constante aos artífices do direito à solução do impasse segurança jurídica X efetividade.

Apesar do relevante atraso de sua inclusão no Código de Processo Civil, em relação à urgência de prestação jurisdicional em sede do processo de conhecimento, também se deu a correspondente formatação e o crescente prestígio dos instrumentos capazes de viabilizar a pronta satisfação ao escopo de rápida tutela buscada pelo jurisdicionado. Vale, nesse passo, destacar a crescente importância e a utilização maciça das técnicas de sumarização do rito, principalmente a antecipação da tutela, a qual restou fortemente assimilada pelos técnicos jurídicos como verdadeiro remédio heróico para o mal da morosidade na efetivação da justiça.² Não obstante serem acertadas as iniciativas dos legisladores, constitui, contudo, fato inegável a lacuna presente quanto ao adequado enfrentamento do problema, representado pela demora na efetivação do direito, e a imprescindível maximização dos mecanismos capazes de assegurar a pronta tutela jurisdicional no sistema processual civil,

² Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida destaca: “A demora normal do processo, decorrente da implementação dos princípios da ampla defesa, do contraditório e da recorribilidade das decisões judiciais, aliada à demora anormal do processo, fruto do aumento do volume de feitos e da complexidade dos litígios, sem o redimensionamento adequado da estrutura do Poder Judiciário, explicam, em grande parte, a importância crescente da tutela antecipatória, que, no sistema processual codificado, abrange tanto a tutela de urgência (CPC, art. 273, I) como a tutela da evidência (CPC, art. 273, II).” Eficácia das Tutelas Urgentes nas Ações Coletivas. Efeitos dos Recursos. Suspensão de Liminar e de Segurança, in: MAZZEI, Rodrigo e NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 374.

acentuadamente nos processos coletivos carentes de eficazes provimentos de urgência.³

Com efeito, é viável apreender que, mesmo com o advento das reformas processuais, principalmente a partir da Constituição Federal de 1988, a urgência da prestação jurisdicional ainda invoca adequada sistematização e real aplicação ante as demandas de natureza transindividual. Vale pontuar ainda, enquanto obstáculo, a verdadeira blindagem edificada “tijolo por tijolo” em prol dos entes públicos e Poderes constituídos.⁴

Há que se buscar a recomendada coerência do Direito Processual Civil Coletivo ante a realidade social e as exigências do Brasil contemporâneo. Diante de tal quadro, não se pode desconsiderar que, em se tratando de instrumento processual subordinado ao chamado procedimento comum, principalmente o ordinário do Código de Processo Civil, a *ação civil pública*, logicamente, está diretamente afetada pelas recentes transformações realizadas no referido arcabouço processual, no que concerne ao tratamento da urgência da prestação jurisdicional.⁵

As disposições dos artigos 273 e 461 do Código de Processo Civil, por conseguinte, devem ser objeto de abordagem crítica e sistêmica em face do conjunto de regras aplicáveis à específica tutela liminar e à tutela cautelar sem olvidar a diretriz consubstanciada na busca incessante da efetividade no âmbito da tutela coletiva.

A partir da conjuntura processual apresentada, cabe ponderar: a) deve ser privilegiada a aplicação das chamadas técnicas de urgência sob verdadeira

³ Nesse diapasão, destaca Marinoni constituir necessário norte “demonstrar como as transformações sociais e do Estado incidiram sobre o ‘novo processo civil’”. Essa é a melhor forma de contribuir para que as mudanças legislativas tenham efetiva repercussão sobre a realidade social, uma vez que o desconhecimento das relações do texto legal com os valores que estão na sua base não apenas gera sua aplicação fria e descomprometida, como ainda conduz a uma leitura ‘reduzitiva do novo’, pois tendente a ver na nova lei o que existia na antiga.” Ressalta, ainda: “É assombroso como os operadores do direito, na maioria das vezes por desconhecimento das razões da lei, acabam realizando interpretações que privilegiam os conceitos doutrinários em detrimento das transformações que se operaram na sociedade e no Estado. A ausência de ligação crítica da lei com a sociedade, aliada à tendência – natural ao ser humano – de ver o velho no novo, além de reduzir o benefício que o ‘novo processo civil’ pode gerar para a sociedade, limita a significação social da doutrina e dos aplicadores do direito.” MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2008, p.75/76.

⁴ Nas demandas coletivas são principalmente afetados os direitos difusos e coletivos, patrocinados tanto pelo Ministério Público quanto pelos demais legitimados, quando litigam com os entes públicos e Poderes constituídos de qualquer das esferas federadas, mercê do sólido escudo processual de que se encontram revestidos através das normas que impõem prazos excessivamente estendidos, oitiva prévia, reexames cogentes da prestação jurisdicional ou suspensão monocrática de liminares, ainda que concedidas nos termos do devido processo legal substancial.

⁵ Aqui se refere aos artigos 273 e 461 do Código de Processo Civil.

camisa-de-força interpretativa, ou seja, em que se exija a circumsrita satisfação aos chamados requisitos processuais próprios e, portanto, negadora da aplicação da fungibilidade entre os diversos instrumentos? b) no âmbito da ação civil pública, a fungibilidade, entre as técnicas de urgência, deve ser tomada em via de mão dupla ou não? c) qual a importância e aplicação prática da norma-objetivo – efetividade – em sede da ação civil pública, mormente considerando as aventadas técnicas de sumarização do procedimento e a sua conexão com os valores do Estado Constitucional ora vivenciado, mercê da noção do formalismo valorativo?

Há que se percorrer, dessa forma, o caminho que permita alcançar luzes sobre a delimitação das técnicas de urgência da tutela jurisdicional, suas importâncias e seus adequados empregos nos domínios da ação civil pública. Buscar o enfrentamento das questões suscitadas tendo por norte a compreensão do papel político conferido à específica ação coletiva e, principalmente, o fim a que se destina – a justa e eficaz composição do conflito de caráter transindividual – balizado pela consideração das imprescindíveis técnicas de urgência de concretização do direito metaindividual ante as contribuições do princípio da fungibilidade do formalismo valorativo, é o desafio que se coloca ao presente estudo.

2 NOÇÕES GERAIS SOBRE AÇÃO COLETIVA E AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Não é difícil entender que a tutela jurisdicional necessite de veículo próprio à sua concretização, sem o que restaria frustrado o cumprimento do dever constitucional que recai sobre o Estado – a justa e efetiva composição da lide. Constitui o Poder Judiciário, nesse quadro, indeclinável pilar do regime democrático e garantidor da feição republicana do Brasil, mercê da divisão das funções estatais em administrativas, legislativas e jurisdicionais, consolidando, por conseguinte, o sistema de freios e contrapesos balizador do exercício do poder político delegado pela comunidade e destinado, em razão última, à satisfação dos anseios populares.

Na lição de Zavascki nenhum “obstáculo pode ser posto ao direito de acesso ao Poder Judiciário, que fará a ‘apreciação’ de qualquer ‘lesão ou ameaça a direito’, segundo dispõe o art. 5º, XXXV, do Texto Constitucional. Assim, quando se fala em tutela jurisdicional, fala-se exatamente em assistência,

amparo, defesa, vigilância que o Estado, por seus órgãos jurisdicionais, presta ao direito dos indivíduos.” (2008, p.5) ⁶

Dado que entender o dever estatal de materializar a justiça exige, inicialmente, alguma delimitação do que vem a ser a tutela dos direitos, não se pode, por outro lado, abrir mão de certa amplitude de visão sobre o leque dos procedimentos existentes no sistema processual civil brasileiro, de forma, exatamente, a viabilizar a percepção de seus traços caracterizadores. Em que se distingue, portanto, a ação coletiva em relação aos demais meios de fazer atuar a norma jurídica? Onde está a sua singularidade?

Por certo que há diversas classificações sobre as ações, as quais ora se pautam pela natureza do bem jurídico a ser tutelado (real ou pessoal), pela máxima aproximação ao conteúdo preponderante da prestação jurisdicional (declaratória, condenatória, constitutiva, mandamental e executiva *latu sensu*) ou pelo tipo de provimento pedido pelo autor (ação de conhecimento, de execução ou cautelar), cabendo neste passo, entretanto, a consideração do Estado-juiz quanto ao elemento objetivo do processo – aqui entendido como o reconhecimento e o tratamento tutelar do bem/direito transindividual que conforma a lide. Por outras palavras, focaliza-se o agir estatal, em sua função jurisdicional, em prol do bem da vida de que o agrupamento humano, sob certos contornos, seja destinatário.⁷

Do ponto de vista da formação objetiva indispensável a todo processo, torna-se viável trabalhar duas categorias bem delimitadas nas relações jurídico-sociais sujeitas à função jurisdicional do Estado, quais sejam, a realização da tutela do bem/direito individual e do bem/direito transindividual. Correspondente à efetivação de tais obrigações estatais, a par das tradicionais ações de promoção dos direitos individuais, expressa o sistema processual instrumentos próprios em favor dos intitulos bens/direitos difusos e

⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 5. Esclarece o autor: “Tutelar (do latim *tueor, tueri* = ver, olhar, observar e, figuradamente, velar, vigilar) significa proteger, amparar, defender, assistir. É com esse sentido que o verbo e os substantivos *tutor* e *tutela*, dele derivados, são empregados na linguagem jurídica, nomeadamente nas expressões *tutela jurídica* e *tutela jurisdicional*. Com efeito, o Estado, que tem por objetivos fundamentais criar uma sociedade livre, justa, solidária e desenvolvida, sem pobreza e desigualdades, sem preconceitos ou discriminações, na qual se garanta o bem de todos (art. 3º da Constituição), e que, para isso, exerce a administração pública e cria as normas reguladoras da convivência social, assumiu também o compromisso de tornar efetiva a aplicação de tais normas, dispensando aos indivíduos lesados ou ameaçados pela violação delas a devida *proteção*.”

⁷ Sujeitos esses que, todavia, deverão, sob alguma forma, estar ligados entre si a partir da lesão ou ameaça de lesão verificada, nem que seja pela existência em um mesmo espaço/tempo social. Quanto ao âmbito da territorialidade, contudo, poderá ser local, regional ou nacionalmente considerado, conforme, inclusive, o microssistema de defesa coletiva estabelecido no Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078/90.

coletivos, sendo que, em relação à última categoria, interessa agora a ação civil pública.⁸

Voltando às tradicionais classificações das ações, importa consignar, não obstante, que se trata de um conjunto de formulações teóricas que perderam substancial valor a partir da hodierna compreensão da própria função jurisdicional, qual seja, o fortalecimento da noção de que toda ação é apenas dirigida ao Estado e vem expressar o poder de exigir deste o exercício da impostergável atividade de concretizar, justa e eficazmente, os direitos do cidadão.

Houve relevante esforço doutrinário quanto à viabilização, no plano teórico, da defesa dos bens coletivos por meio de “legitimado representante”, isto é, estando envolvido na atuação processual, necessariamente por uma postura pró-ativa, não aquele que teve diretamente lesado ou ameaçado o seu direito, e sim uma espécie de “agente qualificado”. Trata o referido enfoque, na verdade, da inegável busca de se alcançar e defender a pauta de coerência lógica no sistema processual tradicional, já que norteadas pela concepção de que só excepcionalmente se tornava possível a defesa, em nome próprio, do direito alheio.⁹

No plano da ordem jurídica, houve o estabelecimento, na Lei da Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor, quanto aos legitimados ativos à defesa dos direitos/interesses difusos e coletivos, englobando, outrossim, a categoria dos intitutados direitos individuais homogêneos.

É realidade incontestável, não obstante, que houve a consolidação do instrumento “ação civil pública”, o qual, ultrapassando o limite da lei ordinária, restou prestigiado em sede constitucional, valendo destacar que se tornou “voz” corrente e prestigiada na jurisprudência nacional de todas as instâncias a nomenclatura conferida.¹⁰

⁸ Cabe a ponderação em virtude das diversas “ferramentas” destinadas à tutela coletiva no ordenamento jurídico, como o mandado de segurança coletivo, a ação popular, a ação coletiva específica do Código do Consumidor.

⁹ Sobre o assunto, Lenza esclarece: “Até o advento da Lei nº 7.347/85, a doutrina cogitava diversas soluções para o problema da *legitimação ativa* em relação à proteção dos bens transindividuais, na medida em que a amplitude dada pela maioria dos doutrinadores e pela jurisprudência à *legitimação ordinária*, qual seja, a confusão em uma única pessoa do *interesse material* e da *legitimidade ativa para a propositura da ação*, regra geral do art. 6º do CPC, era insuficiente para a proteção dos *bens transindividuais*.” LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. 3. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 141.

¹⁰ A Constituição Federal, em seu artigo 129, ao dispor sobre as funções institucionais do Ministério Público, estabeleceu expressamente competir-lhe “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

É indispensável assimilar, ainda, o surgimento das ações coletivas no direito processual. Didier Jr. e Zaneti Jr. definem o instrumento ao ponderar:

(...) conceitua-se processo coletivo como aquele instaurado por ou em face de um legitimado autônomo, em que se postula um direito coletivo lato sensu ou se postula um direito em face de um titular de um direito coletivo lato sensu, com o fito de obter um provimento jurisdicional que atingirá uma coletividade, um grupo ou um determinado número de pessoas. (DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., 2007, p.44).¹¹

Destacam também os processualistas, a respeito das ações coletivas, que estas possuem justificativas de ordem sociológicas e políticas, sendo que, em relação às primeiras, “podem ser verificadas e identificadas no aumento das ‘demandas de massa’, instigando uma ‘litigiosidade de massa’, que precisa ser controlada em face da crescente industrialização, urbanização e globalização da sociedade contemporânea.” (op. cit., p. 35).¹²

De fato, importa reconhecer a realidade social em que milhões de brasileiros não têm acesso à saúde, educação, trabalho, moradia ou segurança, por exemplo. A presença de uma sociedade pautada por profundas desigualdades sociais e econômicas, principalmente de participação política e de acesso aos principais bens da vida, vem, efetivamente, ensejar um conjunto de demandas em que não está em jogo a resolução do conflito singelo de interesses particulares contrapostos, e sim a efetiva prestação jurisdicional com o escopo de fazer valer os fundamentais direitos dos cidadãos, eis que reconhecidos constitucionalmente.¹³

É legítima a qualificação, nesse quadro, da instância jurisdicional enquanto espaço privilegiado à afirmação dos direitos relativos à cidadania, sem que se possa desprezar, contudo, o fato de que o comparecimento, perante o Poder Judiciário, dos grupos em conflito não afasta, ao revés, revela de forma mais incidente as desproporções em que se encontram as classes sociais postas à margem dos bens e direitos contemporaneamente considerados de primeira necessidade.

No contexto, emerge a ação civil pública como ótimo veículo às políticas públicas na busca do cumprimento dos deveres fundamentais do Estado.

¹¹ DIDIER Jr., Fredie e ZANETI Jr., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*. v. 4. Salvador: Podium, 2007, p. 44.

¹² Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., op. cit., p. 35.

¹³ Anota Luiz Guilherme Marinoni: “A existência de procedimentos judiciais adequados à participação de associações na tutela de direitos transindividuais se funda na necessidade de efetiva proteção dos direitos e, nessa perspectiva, pode ser visto como resposta do Estado ao seu dever de proteção.” *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2008, p. 122.

Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. destacam que “ao Poder Judiciário foi conferida uma nova tarefa: a de órgão colocado à disposição da sociedade como instância organizada de solução de conflitos metaindividuais. Tal tarefa decorre da recente ‘politização da Justiça’, entendida como ativismo judicial, sempre coordenado com a atividade das partes e o respeito à Constituição na realização de políticas públicas.”¹⁴

Realmente, a sociedade contemporânea se demarca pela presença crescente das lesões que afetam não uma pessoa diretamente, mas sim um conjunto de indivíduos ou categorias inteiras de cidadãos a exigir, por conseguinte, fórmulas processuais que possam materializar a efetiva garantia e proteção dos direitos transindividuais por parte do Estado-juiz.

Importa considerar que, mediante as ações que buscam viabilizar a tutela dos bens coletivos e difusos, houve, por parte do legislador, a preocupação de instrumentalizar a sua defesa de forma mais eficaz, preocupação essa bastante justificável em face do colapso processual historicamente desenhado à realização da prestação jurisdicional relativa aos direitos individuais. A consideração restou confirmada pela alteração constitucional que inovou o sistema ao trazer a garantia da razoável duração do processo e dos meios de concretização da celeridade processual.¹⁵

No leque das ações coletivas, a ação prevista na Lei 7.347/85 destacou-se como instrumento processual mais utilizado pelos legitimados. O fato é compreensível em virtude de ter-se demonstrado o veículo mais efetivamente qualificado à discussão e efetivação dos novos direitos. Por outras palavras, dentre as ferramentas disponíveis no sistema processual, emergiu a ação civil pública enquanto modalidade apta às exigências referentes ao cumprimento das prestações sociais do Estado.

Em 12 de setembro de 1990, após pouco mais de cinco anos da promulgação da Lei nº 7.347/85 – Lei da Ação Civil Pública –, o sistema de tutela coletiva foi alimentado sobremaneira, mediante a genialidade do conjunto de normas consubstanciadas no intitulado Código de Defesa do Consumidor.

¹⁴ Em ratificação do entendimento em destaque, ver as decisões favoráveis no RE 436.996-6/SP (Relator Ministro Celso de Mello, Acórdão publicado no DJ de 07.11.2005) e no RE. 753565/MS (2005/0086585-2 - 1ª Turma do STJ, Rel. Luiz Fux. j. 27.03.2007. Acórdão publicado no DJ 28.05.2007).

¹⁵ Trata-se da Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.2004, que acresceu ao artigo 5º da Constituição Federal o inciso LXXVIII: – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

A Lei 8.078/90 demonstra acentuada relevância político-social no ordenamento processual ao trazer inegáveis contribuições à defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, formando, no dizer da doutrina especializada, um verdadeiro microsistema do processo coletivo a partir do princípio basilar de proteção ao hipossuficiente. A delimitação normativa dos destinatários da norma de proteção, fornecendo, outrossim, notáveis conceitos-base à atuação do Estado, merece transcrição:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum. (BRASIL. Lei nº 8.078/1990)

Rodolfo de Camargo Mancuso pondera que no “regime original da Lei 7.347/85, a proteção aos consumidores somente se dava em *nível difuso* (compradores de certa marca de automóvel que revelou defeito de fabricação; usuários de certo medicamento tido como nocivo à saúde; a coletividade ludibriada por publicidade enganosa etc.)”, inexistindo, então, previsão para o ressarcimento dos lesados individuais numa única ação coletiva, o que à época era compreensível em se considerando a natureza *ideológica* global da ação de que trata a lei em causa, em contraposição às acanhadas e individualistas concepções do interesse de agir e da legitimação para a causa, então aceitas. Posteriormente, como se sabe, sobreveio o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), conceituando os interesses individuais homogêneos e ensejando o ajuizamento de uma ação coletiva, voltada à prolação de uma condenação genérica, a que se segue uma fase de liquidação, para fins de ressarcimento dos danos pessoalmente sofridos (art. 81, III, 91, 95 e 97).”¹⁶

Apesar de sua importância para viabilizar o atendimento dos conflitos de massa, contribuindo, dessa forma, à própria efetividade da justiça ao aliviar a sobrecarga das demandas que aportariam nos órgãos jurisdicionais, não restou

¹⁶ *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores* (Lei 7.347/85 e legislação complementar). 9. ed., São Paulo: RT., 2004. p. 41 a 43.

a ação civil pública, contudo, imune às amarras da morosidade procedimental. Tornou-se, assim, também nesse especial instrumento processual, impostergável o enfrentamento e a aplicação das imprescindíveis tutelas jurisdicionais de urgência e suas diversas técnicas de operacionalização.¹⁷

3 TÉCNICAS DE URGÊNCIA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Antes de passar à compreensão das respectivas técnicas, cabe reuni-las num quadro em que se especifiquem suas fontes e seus requisitos, procurando, assim, fornecer visão global acerca das tutelas de urgência capazes de realizar a proteção do bem coletivo na ação civil pública:

Técnica de urgência	Fonte normativa	Requisitos
2.2.1 Liminar e Tutela específica liminar.	Art. 12 da LACP Art. 461, §§ 3º e 5º, do CPC Art. 84, §3º, do CDC	“fumus boni juris” e “periculum in mora” relevância do fundamento da demanda e justificado receio de ineficácia do provimento final
2.2.2 Antecipação total ou parcial da tutela.	Art. 273 do CPC	prova inequívoca dos fatos alegados; verossimilhança da alegação; fundado receio de dano irreparável/de difícil reparação; caracterização do abuso de direito de defesa / manifesto propósito protelatório do réu; inexistir perigo de irreversibilidade do provimento.
2.2.3 Liminar na Ação Cautelar	Art. 4º Da LACP	“periculum in mora” e “fumus boni juris” <i>Obs.: De natureza estritamente assecuratória da tutela definitiva do direito</i>

Torna-se necessário, efetivamente, uma visão panorâmica com enfoque nas várias técnicas de emergência aplicáveis no âmbito da prestação jurisdicional, notando-se, inclusive, que, sem maior esforço, é permitido ao

¹⁷ A realidade social demonstra a necessidade de se minimizar as diferenças existentes nas relações jurídicas estabelecidas, de um lado, entre as corporações financeiras, empresas transnacionais, indústrias e organizações de venda de produtos e prestação de serviços disseminados na sociedade, e de outro, os consumidores, os contribuintes, os cidadãos em geral, considerados na categoria-síntese de “hipossuficiente”.

intérprete constatar que está revestido de amplas possibilidades.¹⁸

Cabe um parêntese para registrar que a necessidade de urgente prestação jurisdicional não foi percebida somente no mundo contemporâneo, visto que desde “o Direito Romano, registra a história do Direito Processual casos de tutela de conhecimento em que se permite, até por cognição prima facie, a interferência no mundo fático, com antecipação de efeitos materiais. É o que demonstra RIEGLEB, notável jurista e historiador alemão do Século XIX, professor do grande ADOLPH WACH, indicando em sua magistral obra sobre o processo sumário doze exemplos dessa espécie, dez nas Pandetas - sendo nove de ULPIANO e um de PAULO - e dois nos Códigos, respectivamente de 213 e 331 depois de Cristo.” (OLIVEIRA, 2009, CD-ROM)¹⁹

Antes de tratar de cada técnica de urgência, impõe-se registrar breves considerações sobre os diversos requisitos que foram lançados pelo legislador enquanto elementos condicionadores ao deferimento dos provimentos jurisdicionais.²⁰

Os requisitos comuns do “periculum in mora” e “fumus boni juris”, assim tidos por se relacionarem às diversas técnicas de urgente prestação jurisdicional, podem ser compreendidos, nos limites da abordagem em desenvolvimento, mediante sumários conceitos. Quanto ao primeiro, é tradicionalmente entendido enquanto o risco de se ter por frustrada a prestação jurisdicional devido à emergência tutelar da situação fática, logo, prevê situação de perigo à tutela do direito material objeto da lide. Isto também em virtude do tempo demorado do processo em que está veiculada a pretensão.

Em relação ao segundo requisito, é interpretado como a necessidade de o autor demonstrar ao Poder Judiciário que existe, no sistema legal, a previsão normativa correspondente à instrumentalização da tutela do direito que alega estar em risco. Em verdade, pelo princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional, consagrado na Lei Fundamental, resta bastante mitigado o valor de tal requisito já que a todos está assegurado invocar a tutela do Poder Judiciário em relação aos direitos de que se entende titular, não tendo imposto a Carta Política qualquer outra exigência.

¹⁸ Na área da saúde, as acepções urgência e emergência se distinguem, onde o último termo serve para descrever as situações mórbidas. No presente texto, contudo, os termos serão usados sem distinção para caracterizar as situações de necessária e pronta tutela jurisdicional ao bem coletivo, isto é, sem qualquer mensuração relativa à densidade do risco em si.

¹⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Perfil Dogmático da Tutela de Urgência. *Juris Plenum*, Caxias do Sul: Plenum, v. 1, nº 104, jan./fev. 2009, 2 CD-ROM.

²⁰ Não serão abordados os elementos concernentes à “caracterização do abuso do direito de defesa” e “manifesto propósito protelatório do réu” por não estarem correlacionados à tutela de urgência.

Quanto à “relevância do fundamento da demanda” e “verossimilhança da alegação”, muito dificilmente não ocorreriam em se tratando de ação civil pública, haja vista, inclusive, os direitos que esta busca tutelar e que já foram apresentados no capítulo anterior. Cabe tão somente ponderar que vêm, respectivamente, retratar a importância dos fatos e argumentos jurídicos deduzidos, envolvendo o potencial risco ao direito difuso ou coletivo de per si considerado, e que tais demonstrações se apresentem críveis ao Poder Judiciário através dos próprios dados da realidade.

O justificado receio de ineficácia do provimento final correlaciona-se ao já explanado “periculum in mora”, guardando semelhança também, em face da essência que lhes é própria, aos intitulados “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”. Entende-se dessa forma por considerar imprescindível o emprego da técnica de urgência com o escopo de assegurar a efetiva tutela do direito material coletivo.

3.1 Liminar e tutela específica liminar

Estabelece a Lei 7.347/85, em seu art. 12, que “poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo.”²¹

Não é incompreensível o acentuado emprego do termo “liminar” amarrado conceitualmente ao tempo em que se materializa o provimento judicial no processo. Na doutrina é possível alcançar o conceito de “liminar” a partir de vários critérios, sendo que, em linha etimológica, há clara referência à expressão “in limine”, significando a fase inicial, o período vestibular da ocorrência do fenômeno jurídico-processual.

José dos Santos Carvalho Filho, ao comentar o art. 12 da Lei 7.347/85,

²¹ O tratamento normativo não ficou imune às críticas doutrinárias, cabendo, em síntese, transcrever as reflexões de Sérgio Ferraz: “Cabe observar que defectiva é a disciplina legal da liminar, na própria ação civil pública. A lei sequer cuidou de batizá-la, quanto aos pressupostos de seu cabimento; e, não bastasse isso, possibilitou que, ainda quando configurados os pressupostos que por construção jurisprudencial-doutrinária se vier a eleger, sua concessão repouse em avaliação discricionária (mas sempre expressamente motivada, *ex vi* da Constituição Federal – art. 93, IX – e do CPC – arts. 131 e 458, II) do julgador (‘Poderá o juiz...’), em vez de fazê-la um dever do juiz (como ocorre no mandado de segurança). O exame do arcabouço jurídico como um sistema permite sustentar que devam ser aqui tidos, como os marcos ensejadores da liminar, aqueles mesmos levados em conta para o mandado de segurança (conclusão a que se chega com a visão comparativa do § 1º do ora analisado art. 12, calcado visivelmente em lei disciplinadora daquele writ, a saber, a Lei 4.348/64) e para a ação popular (afirmação esteada na referência contida no art. 1º da Lei 7.347/1985).” Provimentos Antecipatórios na Ação Civil Pública. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005, p. 567-573.

nos afirma que:

Tem o sentido de ato judicial de natureza cautelar, concedido logo ao início do processo e documentado através de mandado, que tem por fim prevenir a ocorrência de danos aos interesses difusos ou coletivos cuja proteção é perseguida na ação civil. (CARVALHO FILHO, 1995, p.269).²²

Observe-se, desde logo, que ao se referir o intérprete à decisão emanada de autoridade judiciária competente no momento em que oferece a necessária aproximação conceitual, peca, noutro plano, pelo viés de valorizar de forma extremada o aspecto temporal. Visando à melhor depuração intelectual do instituto processual, torna-se útil não vincular o seu significado ao momento vestibular do procedimento. É imprescindível, por conseguinte, alcançar-lhe o conteúdo, apreender a extensão própria de seu significado, sob pena de se trabalhar com formulação insuficiente, equívoco a ser evitado ao máximo no campo doutrinário.

Aceitando o ácido desafio, Zavascki apresenta relevante pensamento acerca do ato decisório:

O termo *liminar* não tem sentido unívoco, especialmente no direito positivo. Segundo um critério estritamente topográfico, como o adotado por De Plácido e Silva, liminar é ‘derivado do latim *liminaris*, de *limen* (porta, entrada) para indicar tudo que se faz *inicialmente*, em *começo*. Liminar, pois, quer exprimir *desde logo*, *sem mais tardança*, *sem qualquer outra coisa*’. Nesse sentido, a palavra representaria um adjunto adverbial de tempo. Bem se vê, no entanto, que tal critério apanha somente um aspecto pouco representativo da palavra liminar, sendo absolutamente insuficiente para identificar seu significado real e completo. Não há dúvida de que, de um modo geral, quando se fala em liminar está-se referindo a provimento judicial decretado ao início do processo. Pelo critério topográfico, seria liminar a decisão que, por exemplo, indeferisse a citação de litisconsorte e não seria liminar decisão que, após contestação e antes da sentença, deferisse alimentos provisionais. Não é apenas em razão do momento de seu aparecimento que a decisão do juiz é considerada uma ‘liminar’. Há liminares proferidas após justificação ou após a citação do demandado e nem por isso, apesar de já ultrapassada a *porta de entrada*, deixam de ser consideradas liminares. Na verdade, o sentido mais comum da palavra liminar é o que decorre da formulação elíptica da expressão ‘medida liminar’. Com esse sentido, a palavra não realça o *momento* da decisão, mas sim o seu *conteúdo*. Quando se requer uma liminar se está

²² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública: comentários por artigo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, p.269.

pedindo *alguma coisa*, e não apenas que a decisão seja proferida em *dado momento*. E quando se defere uma liminar se está expedindo um provimento com *certo conteúdo*, e não, simplesmente decidindo *initio litis*. (ZAVASCKI, 2008, p.197/198).²³

Consuelo Yoshida, reportando-se ao avanço das fórmulas processuais que visaram conferir maior efetividade ao processo civil, panorama no qual estão incluídas as técnicas de urgência, destaca: “o foco das atenções recai sobre o *provimento liminar*. Para sua caracterização não basta o critério topográfico, devem ser associados outros aspectos. O provimento liminar é aquele proferido no curso do processo, via de regra *initio litis*, mediante cognição sumária, dotado de conteúdo antecipatório e finalidade cautelar ou satisfativa, conforme o caso.”²⁴

O acerto da crítica quanto à impossibilidade da restrição no entendimento do instituto em virtude de sua localização topográfica vem, entretanto, acompanhado de limitada percepção quanto à essência da “liminar”. A partir do entendimento de Consuelo Yoshida, a prestação jurisdicional sob enfoque sempre expressaria a materialização da tutela cautelar ou, em outro plano, concretizaria a antecipação da tutela almejada com o matiz de definitividade.

Ocorre que, no plano da realidade, a medida de urgência sob crítica análise nem sempre revela traço de cautelaridade e tampouco, em outras situações processuais, vem demonstrar perfil de antecipação da tutela. Com efeito, em diversas de suas aplicações não está subordinada a tais correspondentes limites conceituais. Cabe detalhar as razões de tal assertiva.²⁵

Alcides Munhoz da Cunha, comentando as reformas do Código de Processo Civil de 1973, oportunamente assinala:

(...) quando se imiscuíram no âmbito do Processo de Conhecimento do Livro I as chamadas tutelas antecipatórias (artigos 273 e 461), e

²³ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 197/98. Discorda-se do autor quando, no desenvolvimento de seu trabalho, subordina a liminar nos contornos da antecipação da tutela ou da ação cautelar.

²⁴ A doutrinadora também acentua que os “providimentos liminares têm natureza mandamental ou executiva *lato sensu*, que, como visto, se caracterizam pela unidade procedimental, em que atos de cognição se fundem com atos de execução ou de cumprimento, sem solução de continuidade: através da cognição, o julgador conhece e decide se estão presentes os requisitos exigidos para a concessão do provimento; e, de imediato, ordena seu cumprimento, fazendo atuá-lo, a fim de que atinja seu escopo no caso concreto.” Op. cit., p. 376/77.

²⁵ Contribui para o fato o caráter multifacetado da tutela de urgência, conforme assinalado por Lamy: “A tutela de urgência desafia obstáculos de toda ordem. Para tanto, utiliza-se da técnica cautelar, da técnica antecipatória, da técnica inibitória, da técnica específica, do procedimento sumário, das liminares, nos procedimentos especiais, e das demais leis esparsas, preocupadas com o tempo no processo.” LAMY, Eduardo de Avelar. *Flexibilização da Tutela de Urgência*. 2ª ed. Curitiba: Juruá. p. 40.

quando se inaugurou o procedimento monitório (art. 1.102), situam-se no âmbito de um movimento reformista que ultrapassa as fronteiras brasileiras e que nasceu sob a inspiração de Mauro Cappelletti, na Itália, que inaugurou a fase da instrumentalidade do processo, visando a reaproximar o direito material do direito processual, com vistas a imprimir-lhe maior efetividade, donde a superveniência das chamadas ondas renovatórias do processo, tais como a do acesso à justiça, a da legitimação dos interesses metaindividuais e, mais recentemente, a do retorno às tutelas diferenciadas, basicamente das tutelas sumárias. No Brasil, as reformas têm causado maiores perplexidades porque, tendo o CPC de 1973 recepcionado, em toda a plenitude, o ideal da ordinarização, desabituararam-se os operadores do direito quanto ao trato das tutelas sumárias, que eram então confundidas com a tutela cautelar. Trata-se, entretanto, como já disse, certa feita, Ovídio Baptista da Silva, do retorno de uma antiga novidade, que já existia explicitamente no tempo das Ordenações, do Regulamento 737 e até mesmo no tempo de vigência do CPC de 1939, cujos procedimentos injuncionais das ações cominatórias e cuja disciplina das ações executivas, que admitam uma fase preliminar de cognição para accertamento dos títulos executivos extrajudiciais, configuravam casos típicos de tutela sumária de direitos. O que se tem visto, porém, é que o hábito com a ordinarização constante vem provocando grande confusão e incompreensão quanto à assimilação da natureza e da funcionalidade das reformas, desnaturando o espírito da instrumentalidade e revigorando um formalismo arcaico, com a preocupação de se distinguir entre tutela cautelar, que incide sobre o fumus, e tutela sumária, que se enquadra no âmbito da tutela de direitos, sob o critério circunstancial da antecipação dos efeitos satisfativos dos interesses em lide. (CUNHA, 2009, CD-ROM, v.1).²⁶

A primeira indagação que poderia surgir em relação à liminar corresponderia, assim, a saber qual a possível distinção que o instituto teria em face da tutela cautelar e da antecipação da tutela jurisdicional.

A diversidade das situações que desafiam o escopo de alcançar a efetiva prestação jurisdicional coletiva desenha traços diferenciais entre liminar, tutela cautelar e antecipação dos efeitos da tutela. Não implicam, porém, na negação da característica comum referente ao aspecto central de que todas essas técnicas vêm revestidas, qual seja a materialização da cognição sumária.

A resposta que se impõe ao questionamento reside na percepção de que a liminar da *ação civil pública* não traz em seu âmago, obrigatoriamente, o foco de obter a satisfação de uma pretensão veiculada na petição inicial com o anseio da definitividade, tampouco se encontra vinculada à função

²⁶ CUNHA, Alcides Munhoz da. A tutela jurisdicional de direitos e a tutela autônoma do fumus boni iuris. *Juris Plenum*, Caxias do Sul: Plenum, v. 1, nº 104, jan./fev. 2009. 2 CD-ROM.

instrumental de assegurar a eficácia da tutela do direito material coletivo e que, eventualmente, demarcaria o objeto litigioso da demanda.

Pensar em alguns exemplos de ação civil pública pode elucidar as reflexões ora apresentadas. Existem diversas situações de liminar buscadas junto ao Poder Judiciário, em que os provimentos almejados não se sujeitam às balizas das técnicas de tutela cautelar e de antecipação da tutela jurisdicional. Assim, o instrumento processual sob enfoque tem ensejado a concessão de liminares em que resta determinado pelo Poder Judiciário a transferência de certo número de presos de justiça até que o Estado realize a reforma ou ampliação da cadeia pública, a quebra do sigilo bancário e fiscal sem que se verifique qualquer situação de risco aos dados pretendidos, a confirmar ou não o enriquecimento ilícito do ímprobo agente público (aqui se atende mais aos rígidos cânones constitucionais de salvaguarda aos direitos fundamentais do indivíduo e da coletividade), ou mesmo o arbitramento de multa ao demandado renitente violador de alguma norma de proteção na área da infância e juventude, dos direitos dos consumidores ou afeta ao meio ambiente. Não há como se reconhecer em tais tutelas os traços de satisfação antecipada do bem da vida perseguido pelo instrumento processual, e ainda mais com o anseio de definitividade, assim como não se verifica a alma da cautelaridade, haja vista seus requisitos conformadores, conforme melhor se entenderá posteriormente.²⁷

²⁷ Confirmando a diversidade das situações alcançadas pela liminar na ação coletiva, atestando significado à reflexão apresentada, ver as seguintes decisões: “*STJ-211622: PROCESSUAL CIVIL - RECURSO ESPECIAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE RESPONSABILIDADE POR DANOS CAUSADOS AO MEIO AMBIENTE - CONCESSÃO DE LIMINAR PARA APRESENTAÇÃO DE DIAGNÓSTICO AMBIENTAL - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - SÚMULA 282/STF - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL PREJUDICADO*. 1. Se o Tribunal não emite juízo de valor a respeito das teses trazidas para apreciação no recurso especial, incide o óbice da Súmula 282/STF por ausência de pré-questionamento. Em consequência, fica prejudicada a análise do dissídio jurisprudencial. 2. Recurso especial não conhecido. (Recurso Especial nº 686462/PR (2004/0135066-4), 2ª Turma do STJ, Rel. Eliana Calmon. j. 07.08.2007, unânime, DJ 16.08.2007); *TJGO-034251) AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CADEIA PÚBLICA DE ITAPACI DE GOIÁS. MEDIDA LIMINAR. REFORMA DO ESTABELECIMENTO. JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. RESERVA DO POSSÍVEL. MULTA*. 1 - Já consolidado pela jurisprudência que, diante da excepcionalidade e urgência da situação, pode o juiz, de plano, conceder liminar em face da Fazenda Pública, sem que se possa alegar ofensa ao contraditório, já que o mesmo será diferido. Hipótese excepcional em que a regra exigida pelo art. 2º da Lei nº 8.437/92 deve ser mitigada. 2 - Não há que se falar em impossibilidade da concessão da liminar com base no art. 1º, parágrafo 3º, da Lei nº 8.437/92, posto que a reforma da cadeia não é a pretensão principal, mas tão-somente medida paliativa, para que se possa resguardar a integridade dos presos e a segurança da população, até que se construam o estabelecimento prisional da cidade de Itapaci de Goiás, sendo este último o pedido principal. 3 - Diante da fundamentalidade que assume a segurança pública e com maior relevo ainda a dignidade da pessoa humana, torna-se legítima a adoção de provimentos jurisdicionais, pelo Poder Judiciário para concreção destes direitos previstos em nossa Carta Magna, sem que se possa falar em ofensa ao pacto federativo e a separação dos poderes. 4 - A par da existência do princípio da reserva do possível,

Sobre as técnicas, Marinoni pondera:

No título III do CDC foi instituída regra (art. 84) que possui praticamente a mesma redação da insculpida no art. 461 do CPC, permitindo que o juiz imponha um fazer ou um não-fazer mediante ordem sob pena de multa ou por meio de outras medidas executivas – as chamadas ‘medidas necessárias’ –, em decisão interlocutória (tutela antecipatória) ou na sentença (tutela final). Como se vê, do art. 84 do CDC se podem retirar *técnicas processuais* capazes de propiciar uma série de *tutelas específicas*, à semelhança do que ocorre com as técnicas processuais hoje presentes no CPC. (MARINONI, 2008, p. 78).²⁸

Cabe ressaltar que as tutelas específicas previstas no artigo 461 do Código de Processo Civil não estão adstritas a corresponder, necessariamente, à antecipação do provimento jurisdicional pretendido na ação, ou seja, de forma a espelhar a hipótese do artigo 273 do mesmo diploma processual. Podem ser harmonizadas, no contexto de seu deferimento no curso da demanda coletiva, à figura da liminar concedida sob o pálio do art. 12 da Lei da Ação Civil Pública e sem apresentar a satisfação do bem da vida almejado.

O cumprimento de diversas obrigações de fazer ou não fazer podem receber, por parte do Estado-juiz, amplo reforço em prol de sua efetividade com a aplicação das medidas consubstanciadas no § 5º do art. 461 do Código de Processo Civil. As possibilidades consistem em multa, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, em relação às quais não se verifica qualquer óbice no emprego pelo magistrado. Cabe destacar, inclusive, que as medidas reforçadoras previstas no Código de Processo, tendo em consideração a busca de maior efetividade à tutela coletiva, justificam-se plenamente em se tratando de provimentos liminares que se demonstram imprescindíveis aos bens transindividuais, guardada, logicamente, a compatibilidade necessária tomando-se em conta a natureza da decisão, isto é, o respeito a sua essência provisória.

Por certo, com a obtenção da liminar contemplando a medida-reforço na ação civil pública, conforme demonstraram os exemplos, ocorrerá a antecipada satisfação de um interesse processual do legitimado promotor da lide. O fato

o núcleo essencial dos direitos fundamentais de segunda geração, bem como a dignidade da pessoa humana, devem ser garantidos, sendo ilegítima qualquer argumento ou medida que possa implicar em eventual aniquilação. 5 - Possível a aplicação da multa pelo descumprimento da medida, nos termos do art. 12, c/c o art. 13, ambos da Lei nº 7.347/85 - LACP.” Recurso conhecido, mas improvido. (Agravo de Instrumento nº 60449-8/180 (200705124155), 4ª Câmara Cível do TJGO, Rel. Almeida Branco. j. 19.06.2008, unânime, DJ 05.08.2008).

²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 78.

não significará, contudo, que tal liminar tenha efetivado a entrega do próprio bem/direito a ser tutelado em caráter definitivo, ou seja, a concretização da tutela coletiva material.

Obter ordem judicial para a transferência de presos enquanto se reforma a cadeia pública, inclusive com o arbitramento de multa, ou, noutro plano, efetivar a busca e apreensão de máquinas ainda não colocadas em operação até que se apresente um diagnóstico ambiental sobre determinada área, ou mesmo a remoção de uma obra de arte em salvaguarda do patrimônio histórico-cultural, não traduz a imediata satisfação do bem coletivo passível da tutela estatal. Os bens coletivos, nas hipóteses aventadas, podem ser percebidos na segurança pública e na proteção da dignidade da pessoa humana, na higidez do meio ambiente e do patrimônio cultural. Em resumo, deve ser observado que não se desnaturam os conteúdos das diferentes decisões judiciais ainda que sejam utilizadas as mesmas medidas de reforço previstas no artigo 461 do Código de Processo Civil, tudo dependendo do que se pede e para qual finalidade se postula.

3.2 Antecipação total ou parcial da tutela

Por consideração ao que estabelece a Lei da Ação Civil Pública, em seu artigo 19, há aplicação da antecipação da tutela jurisdicional na específica ação coletiva.²⁹

Considerando que o processo civil ordinário restou incrementado no leque dos poderes conferidos ao magistrado com o escopo de viabilizar a máxima efetividade da justiça, muito mais justificável e necessário, no bojo dos conflitos transindividuais, o largo emprego da técnica antecipatória ante a finalidade à que se destina – a tutela do bem coletivo.

O art. 273 do Código de Processo Civil não deixa dúvidas quanto à existência de três ordens de razões a ensejar a antecipação da tutela. Disciplina a regra processual que será possível: 1º) diante de prova inequívoca, geradora de verossimilhança da alegação, ocorrendo, conjuntamente, o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; 2º) diante de prova inequívoca, geradora de verossimilhança da alegação, ocorrendo, conjuntamente, o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu; 3º) quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, revelar-se incontroverso.

²⁹ Art. 19. Aplica-se à ação civil pública, prevista nesta Lei, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei n.5.869, de 11 de janeiro de 1973, naquilo em que não contrarie suas disposições.

Marinoni adverte quanto aos traços caracterizadores da técnica diferenciada de prestação jurisdicional aduzindo que “para se compreender a tutela antecipatória é necessário atentar para o fato de que ela não é marcada pelo sinal da instrumentalidade, ao contrário da cautelar (...) Portanto, negar a diferença entre tutela cautelar e tutela antecipatória não constitui apenas uma opção teórica, mas também uma tomada de posição que pode inviabilizar a tutela de cognição sumária não instrumental e, desta forma, a efetividade da tutela de uma série de situações de direito substancial.”³⁰

Pela ampliação do sistema processual, em se tratando de sentença, ou seja, a decisão judicial de accertamento do direito prolatada após regular procedimento contraditório e em conformidade aos princípios e normas do devido processo legal, ou mesmo de antecipação da tutela jurisdicional, é viável defender o pensamento de que existe a real possibilidade do magistrado socorrer-se de largo espectro de tutela dos direitos.³¹

Com efeito, não se pode desprezar, consoante disposição do parágrafo 3º do artigo 273 do Código de Processo Civil, que “A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.”³²

³⁰ Marinoni destaca ainda: “Aliás, é importante deixar registrado que a melhor doutrina italiana já se rendeu à distinção, *feita no direito brasileiro*, entre tutela cautelar e tutela antecipatória. Veja-se a lição de Ricci: ‘Estou plenamente convicto de que os provimentos antecipatórios possuem *natureza diversa* dos provimentos cautelares; e, portanto, não posso olhar com simpatia uma união indiscriminada dos provimentos antecipatórios e dos provimentos cautelares do ponto de vista da disciplina. É, por outro lado, verdadeiro que a separação teórica entre provimentos antecipatórios e provimentos cautelares nem sempre é advertida na Europa *com a mesma precisão que é advertida na doutrina brasileira*. Mas as minhas convicções levam-me a compartilhar, sobre este tema, das orientações da doutrina brasileira’. Técnica Processual e Tutela dos Direitos. São Paulo: RT, 2008, p. 86.

³¹ Humberto Teodoro Júnior nos pondera: “No sistema primitivo do Código o emprego da cominação de pena pecuniária (‘astreine’) era previsto apenas para as obrigações de fazer e não-fazer (obrigações de prestar fato), por entender-se satisfatório o mecanismo da sub-rogação para realizar a execução das obrigações de quantia certa e de dar. Com a reforma operada pela Lei nº 10.444, de 07.05.2002, no entanto, o uso do meio de coação foi autorizado também para as obrigações de entregar coisa. O sentido da reforma foi o de aumentar a efetividade do processo, abolindo a *actio indicati* e tornando as sentenças condenatórias auto-exeqüíveis. O feitio dessas condenações passou a ser o de sentença executiva *lato sensu*, cumprível mediante simples mandado, tal como já acontecia com as ações possessórias e as de despejo. Dentro desse escopo de reforço da autoridade da sentença, entendeu o legislador de prestigiá-la ainda com o acréscimo da medida coercitiva da *astreinte*. Destarte, não só nas ações sobre obrigações de fazer e não-fazer, mas também nas pertinentes às obrigações de entregar coisa, é possível inserir na ordem judicial a pena pecuniária pelo atraso no seu cumprimento. Essa cominação tem cabimento na sentença condenatória definitiva, mas pode, também, ser empregada nos provimentos de antecipação de tutela deferidos nos termos dos arts. 461, § 4º, e 461-a.” – *Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. Volume I. 47ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 412.

³² A redação do parágrafo 3º foi dada pela Lei nº 10.444, de 7-5-2002 e, quanto ao referido art. 588, houve a sua revogação pela Lei nº 11.232, de 11-12-2005. Também há ressalva para que a referência ao art. 588 seja entendida como ao art. 475-O, que trata atualmente de execução provisória. Conforme ANGHER, Anne Joyce (organizadora). *Vade Mecum acadêmico de direito* – 6ª ed. São Paulo: Rideel, 2008, p. 292.

Por seu turno, as medidas de apoio previstas no parágrafo 5º do artigo 461 do Código de Processo Civil são: a) imposição de multa por tempo de atraso; b) busca e apreensão; c) remoção de pessoas e coisas; d) desfazimento de obras; e) impedimento de atividade nociva. Possibilita a lei processual, inclusive, o uso de força policial em sendo necessário à efetivação da ordem judicial.

Cabe ponderar que se trata de um conjunto de providências ao alvedrio do magistrado, as quais servem, exatamente, para que obtenha a plena eficácia em prol da tutela específica concedida em favor do jurisdicionado. De nada valeria àquele que teve seu bem jurídico lesado se o Estado-juiz, ao prestar a jurisdição, não pudesse, no plano da realidade, viabilizar os meios adequados com o escopo de concretizar de forma imediata o comando da prolatada decisão.

Pautando a compreensão de que a antecipação da tutela jurisdicional corresponde, exatamente, à entrega imediata, pelo Estado-juiz, do bem da vida perseguido pelo jurisdicionado, é ponderável, inclusive por atenção à diretriz da efetividade, que esteja plenamente apta a concretização da tutela específica.³³

A respeito da “prova inequívoca dos fatos alegados” - elemento material vinculador do emprego da técnica antecipatória -, cabe destacar o fato de ser criticável, nas ações coletivas, compreender a regra sob as mesmas lentes ideológicas que foram, em grande parte, edificadas para atender aos direitos individuais.

Em análise sobre a procedência e consequente deferimento dos provimentos urgentes em sede de ação civil pública, tem-se que não há, por exemplo, possibilidade de vir o julgador da demanda pautar-se pela inaceitável exigência de apresentação da (i) “prova inequívoca dos fatos alegados”, ou deixar de concedê-la ante o (ii) “perigo de irreversibilidade do provimento antecipado” e, ainda, negá-la em virtude de que não teria se verificado o (iii) “periculum in mora” ou não estaria caracterizado o (iv) “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”.

³³ Teori Albino Zavascki, a respeito das medidas de reforço ao cumprimento da decisão, nos leciona com bastante pertinência que tais institutos devem se pautar pelos princípios da finalidade e da adequação das formas buscando-se preservar a coerência e razoabilidade do sistema processual. Segundo o doutrinador dois “princípios, em nosso entender, hão de ser considerados na definição do procedimento adequado ao cumprimento da referida medida: o da finalidade e o da adequação das formas. O primeiro determina que os atos executivos sejam concretizados pelo modo que melhor atenda a razão de ser da antecipação da tutela; e o segundo, que o procedimento seja compatível com o conteúdo das providências a serem cumpridas”. ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 168.

Hodiernamente, tem se construído na doutrina do direito processual civil o reconhecimento de que estamos vivendo nova fase do processo, o qual deve estar estritamente correlacionado ao que se proclamou enquanto “devido processo legal substancial”. Em síntese de Paulo Henrique dos Santos Lucon:

O devido processo legal substancial diz respeito à limitação ao exercício do poder e autoriza ao julgador questionar a razoabilidade de determinada lei e a justiça das decisões estatais, estabelecendo o controle material da constitucionalidade e da proporcionalidade. (...) Por esse novo prisma a cláusula do devido processo legal atinge não só a forma, mas a substância do ato, pois existe a preocupação de se conceder a tutela jurisdicional adequada que satisfaça os órgãos jurisdicionais e, mais ainda, a própria sociedade. Essa representa a convergência de todos os demais princípios e garantias, atingindo não só os atos dos órgãos jurisdicionais, mas também os atos legislativos e da administração; refere-se, portanto, ao controle da razoabilidade dos atos estatais. Não é por outra razão que constitui um ‘amálgama entre o princípio da ‘lealdade’ (rule of law) e o da ‘razoabilidade’ (rule of reasonableness) para o controle da validade dos atos normativos e da generalidade das decisões estatais. (LUCON, 2007).³⁴

Em face de tal arcabouço dirigente, a postura ética dentro do processo orienta no sentido de que não seja surpreendida uma das partes pela aplicação da regra da inversão do ônus da prova somente na hora do julgamento, haja vista que, nesse passo, nada mais poderá fazer.³⁵

A utilidade da inversão do ônus da prova consiste, precisamente, na busca de se equiparar as partes envolvidas no dissídio coletivo, conferindo-lhes, assim, real paridade de armas na defesa de suas pretensões.

Em síntese, quanto á necessidade da “prova inequívoca dos fatos alegados”, pautando-se no entendimento de que a técnica da inversão do ônus da prova constitui regra de procedimento, ocorrerá, em verdade, a transferência do encargo probatório ao demandado, razão pela qual já se vê bastante mitigado

³⁴ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido processo legal substancial. *Leituras Complementares de Processo Civil*. 5. ed. Salvador: Podium, 2007.

³⁵ Luiz Guilherme Marinoni defende a posição aduzindo: “A regra do ônus da prova não se dirige apenas ao juiz, mas também às partes, com o fim de dar-lhes ciência de que a prova dos fatos constitutivos cabe ao autor, e a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos, ao réu. É certo que o juiz pode julgar favoravelmente à parte que não cumpriu o ônus da prova, uma vez que o julgamento pode se basear em provas produzidas de ofício ou mesmo em provas produzidas pela parte contrária. Mas isso não retira a importância de que as partes saibam, de forma prévia, a quem incumbe o ônus da prova, pois, se esse ônus não precisa ser necessariamente observado para que a parte obtenha um resultado favorável, não há como negar que a parte deve ter ciência prévia do que deve fazer para ter um julgamento favorável independentemente de outras provas, produzidas de ofício ou pela parte contrária”. *Teoria Geral do Processo*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2007 – *Curso de Processo Civil*; vol. 1, p. 333.

o critério próprio à antecipação da tutela em se tratando da ação civil pública. Impõe-se o reconhecimento de que a profunda digressão existente cinge-se ao momento, e não quanto à aplicação do instituto em sede de ação coletiva.³⁶

Em relação ao reconhecimento da ausência do “perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”, afirma-se a necessidade de ter o requisito legal mitigada a sua aplicação diante do norte de se proteger os direitos transindividuais. Caberá ao julgador, caso a caso, sopesar os interesses contrapostos, sendo vetor de julgamento favorável à técnica antecipatória a valorização primordial dos bens difusos e coletivos. Por outras palavras, deve ser bastante balanceada pelo Estado-juiz a exigência de satisfação a um requisito formal ante o preciso escopo de conferir a máxima tutela jurisdicional aos novos direitos. Não há, em verdade, como deixar de reconhecer a preponderância de valoração dos direitos transindividuais, principalmente ao se deparar o magistrado com situações de acentuado risco ao bem coletivo.³⁷

Bedaque ratifica o entendimento esposado ao afirmar: “O requisito negativo da irreversibilidade pode revelar-se inexigível no caso concreto, pois seria ilegítimo negar-se o Estado a tutelar direito verossímil se presente

³⁶ Por força do exposto dispositivo do Código de Defesa do Consumidor, é imprescindível reconhecer que há bastante divergência a respeito da fase do procedimento em que deverá ocorrer a regra da inversão do ônus da prova. Admitindo-se como adequada no âmbito do processo coletivo, tal regra deve ser materializada no curso do procedimento ou somente caberia sua aplicação pelo juiz por ocasião do julgamento da demanda? Apesar de não ter sido pacificada a matéria, seja a nível doutrinário ou jurisprudencial, argumenta Gisele Góes: ‘Há três teorias acerca do momento para a inversão: a) quase inexpressiva a que defende que é no despacho inicial; b) a corrente minoritária que defende que é na decisão saneadora; e c) a majoritária que defende que é na sentença. Cândido Dinamarco e os autores do anteprojeto de que resultou o Código de Defesa do Consumidor fazem o arrazoado em prol da sentença, porque o ônus de prova é regra de julgamento. Sandra Aparecida Sá dos Santos e Carlos Roberto Barbosa Moreira preconizam que a inversão do ônus da prova na sentença ofende de modo absoluto os princípios do contraditório e da ampla defesa. E, além disso, as regras de ônus da prova são de procedimento e, por isso, devem ser analisadas no bojo do procedimento ordinário e do sumário, concluindo-se que, no rito ordinário, deve ser invertido o ônus no saneamento e, no sumário, se for contestado o pedido e havendo necessidade de provas, uma vez redesignada a audiência de instrução e julgamento (art.278, § 2º), esse é o momento que pode ocorrer a inversão determinada pelo magistrado.’ GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Teoria geral da prova – apontamentos*. Salvador: Podium, 2005, p. 51-52.

³⁷ Luiz Guilherme Marinoni verbera: “É absurdo supor a inexistência de distinção entre ato contrário ao direito e dano diante das novas regras de proteção dos direitos fundamentais. A violação de uma norma pode ter *eficácia continuada*, e assim constituir um ilícito que, na medida de sua eficácia, abra oportunidade a danos. Assim ocorre, por exemplo, diante do ilícito de exposição à venda de produto nocivo à saúde do consumidor. É claro que, nesse caso, o processo civil tem uma importante função a cumprir, que é justamente *a de dar efetividade à norma de proteção*. O meio executivo da busca e apreensão, aí cabível, objetiva prestar tutela de remoção do ilícito, restaurando o desejo da norma violada. Essa tutela olha para trás quando considera o ilícito, mas se dirige para o futuro quando se pensa nos danos que a partir dele podem ser produzidos, o que demonstra, de forma evidente, a separação entre ilícito e dano, provando que o último é uma consequência meramente eventual do primeiro, e que o ilícito de eficácia continuada deve ser removido, pouco importando se já produziu dano ou se constitui apenas ameaça.” MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2008, p.125.

o risco de seu perecimento. Isso porque, se não houver a antecipação, o reconhecimento da existência desse direito passa a ter relevância puramente teórica, uma vez já verificada sua destruição.”³⁸

3.3 Liminar na ação cautelar

A Lei 7.347/85 dispõe:

Art. 4º Poderá ser ajuizada ação cautelar para os fins desta Lei, objetivando, inclusive, evitar o dano ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística ou aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (vetado). (BRASIL. Lei nº 7.347/1985).

Houve, portanto, expreso registro da possibilidade de ajuizamento da ação cautelar, entendida pelo legislador enquanto instrumento habilitado ao cumprimento dos objetivos da Lei da Ação Civil Pública, sem esquecer o enfoque de acentuado caráter preventivo ao destiná-la à salvaguarda dos bens transindividuais.

Não se deve afastar a aplicabilidade do instituto em questão – tutela cautelar –, ou pelo menos tal impropriedade deve ser evitada ao máximo, em relação à moderna concepção atribuída aos provimentos urgentes. Interessa especialmente na tutela cautelar dos direitos difusos e coletivos a obtenção do provimento judicial imediato – liminar –, haja vista a sua vinculação ao traço cognitivo diferenciado (sumário). O que não se deve esquecer, portanto, é o objetivo de alcançar a máxima efetividade em favor dos bens transindividuais por meio de tal técnica.

Nesse diapasão, Marinoni e Arenhart defendem a ideia de que a tutela cautelar “não é uma tutela da jurisdição ou do processo”, e sim “assecuratória da tutela prometida pelo direito material e da situação a que o direito material confere tutela jurídica. Tal tutela é um direito da parte e um dever do Estado, não se fundando no direito de ação, mas sim no próprio plano do direito material.”³⁹

Ante o conteúdo interpretativo apresentado pelo moderno Direito Processual quanto à tutela cautelar, percebe-se que a redação do artigo 4º da Lei da Ação Civil Pública não está em harmonia. Ocorre que não se coaduna

³⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência*. 4ª ed. ver e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 355

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: processo cautelar*. v. 4. São Paulo: RT, 2008, p. 23.

ao norte doutrinário ao mencionar o abrangente escopo do instrumento. É de fácil percepção que traz em seu âmago forte preocupação com a tutela preventiva (“evitar o dano...”), objeto de cristalina contestação doutrinária. Dizem Marinoni e Arenhart que:

além de não ser possível aceitar a teoria que enxerga na função cautelar a tutela do processo, é preciso frisar que a tutela cautelar não se destina a inibir o ilícito (tutela inibitória) e a remover os efeitos concretos do ilícito (tutela de remoção do ilícito), e, portanto, não constitui uma genuína tutela preventiva. (MARINONI; ARENHART, 2008, p.122/123).⁴⁰

Didier Jr., Braga e Oliveira, por seu turno, defendem que a tutela cautelar “é a decisão provisória (urgente, sumária, temporária e precária) que não satisfaz, mas, sim, garante a futura satisfação do direito material deduzido. Não é satisfativa.”⁴¹

A importância do enfoque logo acima destacado desponta sobremaneira se houver a consideração de que a ação civil pública tem maior êxito quando veicula, prioritariamente, as tutelas jurisdicionais preventivas, haja vista as normas de direito material em relação às quais vem expressar inarredável interface.

Em percuciente reflexão sobre o âmago da abordagem, destaca Marinoni:

A percepção de que existe um arsenal de regras objetivando dar proteção a direitos fundamentais absolutamente invioláveis torna urgente a compreensão da real função dessas regras. Tais regras – que dão tutela aos direitos fundamentais – têm o objetivo de evitar danos. Assim, quando ameaçadas de violação, ou mesmo quando violadas, exigem uma modalidade de tutela jurisdicional não preocupada com o dano. Se a finalidade da tutela jurisdicional, ligada à norma de proteção, não é de ressarcimento, mas sim de evitar que a norma seja violada ou de remover o ato que implicou em sua violação, cabe atentar somente para a norma jurídica e para o direito por ela resguardado. Se a função da norma é dar tutela ao direito fundamental, o objetivo da tutela jurisdicional somente pode ser dar efetividade à norma e ao direito, o que não é o mesmo, como é evidente, do que outorgar tutela ressarcitória. (MARINONI, 2008, p. 122/123).⁴²

⁴⁰ MARINONI, 2008, op. cit., p. 122-123.

⁴¹ DIDIER Jr., Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 4. Salvador: Podium, 2007, p. 515.

⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 122-123.

Apesar do nebuloso quadro legal sobre o provimento emergente, Lamy argúi que tal modalidade de efetivação do direito material “é indispensável ao sistema processual, pois a urgência existente em determinados casos demanda tempestividade da prestação jurisdicional. Sem a tutela de urgência, só se decidiria com cognição exauriente, e hoje não se pode mais afirmar nem mesmo que uma decisão demorada é uma decisão segura. Atualmente, mais vale uma decisão efetiva oriunda de cognição sumária, do que uma decisão final marcada pela não efetividade.”⁴³

Em visão radical que somente o futuro poderá conferir veracidade, Didier Jr.,

Braga e Oliveira pontuam que:

Restarão ao processo cautelar autônomo duas únicas utilidades: a) como ação cautelar incidental (art. 800, CPC), tendo em vista a necessária estabilização da demanda acautelada (arts. 264 e 294, CPC), que já fora ajuizada, e também como forma de não tumultuar o processo com o novo requerimento; b) nas hipóteses em que a ação cautelar é daquelas que dispensa o ajuizamento da ação principal, exatamente porque não se trata de medida cautelar (exibição – arts. 844/845, CPC, caução – arts. 826/838, CPC), ou porque não se trata de medida cautelar constritiva (produção antecipada de prova, arts. 846/851, CPC). (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2007, p. 524).⁴⁴

4 EM BUSCA DA EFETIVIDADE NA TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA: APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE E DO FORMALISMO-VALORATIVO EM PROL DA EFICÁCIA DAS TÉCNICAS DE URGÊNCIA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Em relação às técnicas de tutela de urgência, não está dito que na decisão fulcral quanto ao deferimento da ordem liminar ou tutela específica liminar (art. 12 da LACP, art. 461, §3º, do CPC ou art. 84, §3º, do CDC), da antecipação dos efeitos da pretendida tutela (art. 273 do CPC) ou, ainda, quando da prestação jurisdicional de feitiço cautelar (art. 4º da LACP) deverá ocorrer, pelo Estado-juiz, o desprezo radical aos requisitos próprios de todas as técnicas de provimento de urgência e, principalmente, quanto aos fundamentos de fato porventura invocados na ação civil pública.

⁴³ LAMY, Eduardo de Avelar. *Flexibilização da Tutela de Urgência*. 2. ed. Curitiba: Juruá, p. 40.

⁴⁴ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 4. Salvador: Podium, 2007, p. 524.

No campo das medidas de emergência para fazer atuar o direito coletivo, cabe, ainda, apresentar indagação sobre qual seria o fio condutor do ator jurídico, aqui entendido de forma abrangente para incluir tanto os entes legitimados à propositura da demanda metaindividual quanto o Estado-juiz, em relação à aplicação concreta de determinado instrumento processual em resguardo dos direitos difusos e coletivos.

Não se torna aceitável, no quadro contemporâneo do Direito Processual Civil brasileiro, a ocorrência de apego extremado às formas previstas no sistema quando haja necessidade de implementação dos provimentos emergentes. Importa compreender que tem sido recorrente nos tribunais pátrios a recusa da tutela jurisdicional sob o argumento de que não foram observados os contornos próprios de determinada técnica de urgência nas lides coletivas.⁴⁵

⁴⁵ Pode ser constatada a coerência da reflexão mediante a análise de julgados como os que seguem, os quais, não obstante, circunscrevem-se ao tema atual do “Nepotismo”: *TJSC-124086) AGRADO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM O INTUITO DE FULMINAR A OCORRÊNCIA DE NEPOTISMO NO ÂMBITO DO MUNICÍPIO DE MARACAJÁ. CONSTATAÇÃO DE UM ÚNICO CASO. TUTELA ANTECIPADA PARA DETERMINAR O IMEDIATO AFASTAMENTO DO SERVIDOR. INEXISTÊNCIA DE “FUNDADO RECEIO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO”. DECISÃO REFORMADA PARA MANTÊ-LO NO CARGO EM COMISSÃO ATÉ O JULGAMENTO FINAL DA ACTIO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO PARA ESSE FIM.* 1. A ocupação de cargo em comissão por irmão de Vice-Prefeito faz supor a existência de nepotismo, uma vez que há a presunção de que ele foi beneficiado pelo parentesco. Pressupostos da “prova inequívoca” e da “verossimilhança da alegação” satisfeitos. 2. O imediato afastamento do cargo público, no entanto, é medida drástica só autorizada quando for manifesta a possibilidade de acarretar graves prejuízos à parte adversa, o que não há no caso, uma vez que o servidor exerce as funções há muitos anos e recebe remuneração nada exorbitante em contrapartida. Além disso, o Município agravante alega que ele também é detentor de cargo efetivo, situação que merece melhor esclarecimento e recomenda que seja sobrestada a determinação de afastamento do cargo em comissão até o julgamento de mérito da ação civil pública. **Falta do requisito do “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”.** 3. Decisão agravada mantida no que tange à proibição de novas contratações pelo Município de Maracajá. (Agravado de Instrumento nº 2007.035112-8, 1ª Câmara de Direito Público do TJSC, Rel. Vanderlei Romer. unânime, DJ 23.04.2008); *TJMG-152900) AÇÃO CIVIL PÚBLICA - PEDIDO DE CONCESSÃO DE LIMINAR PARA TORNAR SEM EFEITO ATOS DE NOMEAÇÃO E POSSE DE DETENTORES DE CARGOS EM COMISSÃO E FUNÇÕES DE CONFIANÇA - CÂMARA DE VEREADORES MUNICIPAL - SUPOSTAS PRÁTICAS DE NEPOTISMO - LIMINAR INDEFERIDA - AUSÊNCIA DE INFRAÇÃO DIRETA A LEGISLAÇÃO EM VIGOR - RISCO DE COMPROMETIMENTO DA ORDEM ADMINISTRATIVA DO ÓRGÃO - RECURSO DESPROVIDO - DECISÃO MANTIDA.* Não se modifica, em segunda instância, decisão indeferitória de liminar, em ação civil pública, fundamentada, poder discricionário do juiz, mormente quando não há infração direta a lei em vigor e **ausente o “periculum in mora”.** Embora se reconheça a relevância da matéria, objeto da Ação Civil Pública, porquanto diretamente relacionada aos preceitos de ética e boa-fé no âmbito do Poder Público, que encontram amparo nos postulados constitucionais da moralidade e impessoalidade administrativas, é de se indeferir a medida liminar “in casu”, vez que sua concessão poderia comprometer o funcionamento do órgão legislativo, com o imediato afastamento de expressivo número de detentores de cargos em comissão e funções de confiança. Agravado desprovido. (Agravado nº 1.0024.07.770902-0/001(1), 1ª Câmara Cível do TJMG, Rel. Eduardo Andrade. j. 10.06.2008, unânime, Publ. 01.07.2008). No mesmo sentido: Agravado de Instrumento com Suspensividade nº 2007.001345-5, 3ª Câmara Cível do TJRN, Rel. Amaury Moura Sobrinho. j. 24.05.2007 e Agravado de Instrumento nº 70021529912, 1ª Câmara Cível do TJRS, Rel. Irineu Mariani. j. 05.12.2007, DJ 11.01.2008).

A fungibilidade das técnicas de tutela de urgência foi positivada no sistema processual civil através da inclusão do sétimo parágrafo no artigo 273 do Código de Processo Civil, o que decorreu da Lei 10.444, de 7 de maio de 2002. Por essa norma ficou estabelecido que: “Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.”

Dias, acerca da notável diretriz interpretativa, aduz que:

Sendo o princípio da fungibilidade um princípio aberto, ele se manifesta como uma ferramenta sistemática, voltada para a validação do próprio processo como meio de produção de um fim público que é a prestação jurisdicional. Essa percepção concretiza sobretudo um pensamento sistemático na medida em que fica pontuado que a violação formal não deve redundar em obstáculo para a devida atuação do sistema processual posto que esta se revela como um direito fundamental consagrado, inclusive, na carta política. Nessa direção, o princípio da fungibilidade apresenta-se como uma válvula de escape metodológica, para que, em situações de debilidade do sistema positivo quanto à indicação dos meios adequados para se obter uma decisão judicial, seja possível a prestação jurisdicional visando à proteção maior ao direito substancial e à própria sociedade. (DIAS, 2008, p. 59).⁴⁶

Não houve consenso doutrinário, entretanto, sobre qual a extensão a ser conferida ao princípio da fungibilidade na aplicação das normas em questão. Ocorre que, em visão mais restrita, a fungibilidade somente é admitida enquanto via de mão única exatamente em favor da tutela cautelar, conforme previsto pelo legislador.⁴⁷

A visão restritiva não parece ser a melhor solução processual, destacadamente em se tratando dos direitos metaindividuais. Ocorre que, no microsistema da tutela coletiva, tem ótimo cabimento, haja vista os valores fundamentais envolvidos – direitos difusos e coletivos – a máxima aplicação da fungibilidade entre as técnicas de urgente prestação jurisdicional. Trata-

⁴⁶ DIAS, Jean Carlos. *Tutelas de urgência: princípio sistemático da fungibilidade*. Curitiba: Juruá. 2008, p. 59.

⁴⁷ Jean Carlos Dias tem essa posição afirmando: “No que se refere à fungibilidade entre as tutelas cautelares e antecipatórias, parece claro que a norma processual inserida por meio da Lei 10.444/02 fixa a possibilidade de câmbio, facultando ao juiz a concessão de medida cautelar em grau de antecipação de tutela. Em que pese relevante oposição doutrinária, não parece defensável a situação inversa, isto é, concessão de medida antecipatória em grau cautelar, pela clara violação do princípio do devido processo legal.” Op. cit., p. 189. Com entendimento temperado, exigindo a conversão de procedimento no caso de ser deferida a antecipação da tutela no lugar da cautelar, ver DIDIER Jr., Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil, v. 2. Salvador: Podium. 2007, p. 527.

se de caminho de ida e volta, devendo, assim, as técnicas -antecipatória e cautelar – ser empregadas livremente.⁴⁸

No sentido da aplicação irrestrita das técnicas de provimento urgente, Lamy nos apresenta síntese sob a nomenclatura “flexibilização” e vem ofertar visão prospectiva de que o Direito Processual Civil objetivo proporcionará única tutela de urgência:

Foi o legislador, temeroso em ver seu novo instituto cair em desuso ou receber exatamente o mesmo tratamento da técnica cautelar, quem decidiu criar requisitos e procedimentos diferenciados para as técnicas de urgência, como nenhum outro país o fez. Em verdade, afastadas tais diferenças projetadas, restam apenas formas, meios, que satisfazem e asseguram, asseguram e satisfazem, ora preponderando um, ora preponderando outro, para o fim de tutelar a urgência com idêntica função constitucional. Hoje, para melhorar a prestação da tutela jurisdicional urgente, estando cientes os operadores jurídicos da possibilidade de obterem-se sumariamente os efeitos da tutela final de mérito, bem como da possibilidade de apenas assegurá-la, deve-se flexibilizar tais técnicas a ponto de dar-lhes requisitos e procedimentos comuns. Trata-se da tendência de retorno ao sincretismo e de aproximação do processo ao direito material, passando pela reestruturação do processo cautelar então transformado em ‘Livro da Tutela de Urgência’, e por uma reestruturação explícita do CPC. O processo não deixará de ser ciência por voltar a adaptar seus procedimentos ao direito material. Pelo contrário, trata-se uma nova fase de desenvolvimento da disciplina, caracterizada essencialmente pela sua instrumentalidade e conseqüente flexibilização de seus institutos. É nesse cenário que se constata a possibilidade de flexibilização das técnicas de urgência como modificação significativa para a efetividade da jurisdição. (LAMY, 2007, p. 136).⁴⁹

Reconhecer que o prestígio crescente da diretriz – efetividade – carece de melhor permeabilidade no campo das ações coletivas é dever que se impõe em busca da ordem jurídica justa. Não se pense, contudo, que a ótica enviesada vem afetar somente a ação civil pública e que, assim, as demais ações coletivas ficariam livres das interpretações insuficientes do sistema das técnicas de urgência.⁵⁰

⁴⁸ Em reforço do pensamento: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência*. 4ª ed., ver e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006, p.388.

⁴⁹ LAMY, Eduardo de Avelar. Op. cit., p. 136

⁵⁰ Veja-se a seguinte decisão: *TJSP-107947: AÇÃO POPULAR. NEPOTISMO*. Liminar para demissão de todos os servidores que tenham relação de parentesco com o Prefeito e Presidente da Câmara Municipal de Lorena. **Periculum in mora e fumus boni iuris ausentes. Liminar indeferida. Recurso desprovido.** (Agravado de Instrumento nº 7512395000, 10ª Câmara de Direito Público do TJSP, Rel. Urbano Ruiz. j. 18.02.2008).

Trata-se, realmente, de importante lacuna a ser superada para o adequado alcance da realização plena dos direitos difusos e coletivos, os quais, pelos motivos já desenvolvidos, se não puderem ser considerados melhores direitos em relação aos existentes nos conflitos intersubjetivos, representam, sem dúvida, maior envergadura no escopo de satisfação aos objetivos da federação brasileira, insculpidos no artigo 3º da Lei Fundamental.

Com argúcia, anota Marcelo Zenkner:

Entre nós, o mérito de haver trazido para o debate científico a idéia da efetividade do processo, antes mesmo da Constituição de 1988, coube a José Carlos Barbosa Moreira, no ensaio denominado Notas sobre o problema da efetividade do processo. Nesse trabalho, o autor já apontava algumas premissas consensuais da efetividade do processo, quais sejam: a predisposição dos instrumentos processuais de tutela de direitos e de quaisquer outras posições jurídicas de vantagem para que sejam praticamente utilizáveis, sejam quais forem os seus titulares, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos; a extensão da utilidade prática do resultado do processo para assegurar o pleno gozo do direito pelo seu titular, de acordo com o ordenamento; a obtenção desses resultados com o mínimo dispêndio de tempo e de energias. Quatro anos após a publicação do trabalho de Barbosa Moreira, foi promulgada nossa atual Constituição que, em seu art. 5º XXXV, acabou por consagrar o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional ao deixar expresso que ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’. (...). (ZENKNER, 2006, p. 21).⁵¹

A questão fundamental a ser enfrentada, por conseguinte, relaciona-se à preponderância ou não da consideração em busca da efetividade na tutela jurisdicional dos direitos difusos e coletivos, isto em face da estrita observância dos contornos das diversas técnicas de urgência previstas no ordenamento processual.

Não seria despropositado, assim, afirmar que a permanecer e prevalecer o entendimento jurisprudencial, em que se confere valor extremado às formalidades procedimentais em detrimento da necessária efetividade em prol dos direitos difusos e coletivos, ocorrerá, em grande medida, uma espécie de engodo processual na tutela coletiva. E o que é pior, conduzirá ao triste reconhecimento de que em sede de direitos individuais houve e restou prestigiada, mormente em face da aplicação maciça da flexibilização das tutelas de urgência, a progressiva efetividade do processo de conhecimento,

⁵¹ ZENKNER, Marcelo. *Ministério Público e efetividade do processo civil*. São Paulo: RT, 2006.

bônus ainda não alcançado no que concerne à ação civil pública, haja vista a conduta tergiversadora dos aplicadores da lei, em se tratando das técnicas relativas à tutela de urgência.

A bússola que se entende mais apta no sentido de orientar adequada postura profissional vem expressada na aplicação da diretriz consubstanciada na efetividade da tutela coletiva, a qual, não obstante, deverá ser utilizada sob os parâmetros do formalismo valorativo.

Marinoni nos afirma com propriedade:

O princípio da efetividade (relativo à interpretação constitucional), por sua vez, sintetiza a idéia de que os direitos fundamentais devem ser interpretados em um sentido que lhes confira a maior efetividade possível. Ou melhor, no caso de dúvida deve prevalecer a tese que dê a maior efetividade possível ao direito fundamental. (MARINONI, 2008, p. 171).⁵²

Na trilha interpretativa, Mitidiero nos pondera:

O formalismo valorativo no Brasil desembarca com a Constituição de 1988. É nela que devemos buscar as bases de um processo cooperativo, com preocupações éticas e sociais. Superado aquele estágio anterior de exacerbação técnica, de vida breve entre nós, recobra-se a consciência de que o processo está aí para concretização de valores, não sendo estranho à função do juiz a consecução do justo, tanto que se passa a vislumbrar, no processo, o escopo de realizar a justiça no caso concreto, como bem preleciona Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, convocando-se uma racionalidade prática para condução do debate judiciário. (MITIDIERO, 2005, p.38).⁵³

Realmente, a compreensão da efetividade pressupõe o conhecimento acerca do atual papel a ser desempenhado pelo Estado e os valores pelos quais está gizado em suas relações com o conjunto de cidadãos, os quais, para conviverem em conflituosidade controlada, delegaram-no considerável margem do poder de que se encontravam originariamente investidos quanto à solução de seus litígios.

Esse ponto de contato político-jurídico entre Estado e cidadãos, que vem se distinguir pela característica de conformador de um ideal sistema de resolução dos conflitos, não esteve, ao longo dos séculos, dissociado de um conjunto de fatores políticos, econômicos e sociais os mais diversos. Foram

⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos direitos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 171.

⁵³ MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 38.

tais vertentes, inclusive, que desenharam as estruturas de atuação estatal quanto à realização da justiça, fincaram as opções de linguagem técnico-jurídica, conformaram os instrumentos de sua efetivação, estabeleceram os objetivos dos agentes políticos e filtraram os procedimentos destinados a materializar a proteção dos direitos considerados imprescindíveis à própria sobrevivência do tecido social e de suas relações de poder.

Sobre o enfoque, Enrico Tullio Liebamn destaca que: “Não é fácil estabelecer exatamente em qual medida os diversos fatores históricos delineados ensejaram a formação do processo comum, não obstante, se é frequentemente exagerada a importância atribuída aos fatores germânicos, por outro lado, é subestimado o caráter original de um processo que sendo vinculado às transformações do modelo romano, deveria responder às exigências de uma sociedade profundamente alterada em sua estrutura econômica e social e nas suas convicções políticas, morais e religiosas.”⁵⁴

“Nesse ângulo, especialmente debruçando-se sobre as raízes do processo civil brasileiro, Daniel Francisco Mitidiero ressalta:

Até o advento do Código de Processo Civil vigente, o nosso direito processual civil não havia sofrido nenhum acidente histórico notável, capaz de propiciar um distanciamento mais profundo entre a tradição lusitana quinhentista e o direito então praticado (livramo-nos, por certo, da ‘radical renovação dos princípios de direito processual propiciada pelo *Code de Procédure Civile* napoleônico de 1806 que apanhou o direito continental com toda a sua força: vale dizer, conseguimos adiar a invasão francesa para 1973, dando maior espaço para o desenvolvimento natural de nossa tradição cultural). Como é cediço, mesmo após a nossa independência continuaram a ter vigência no Brasil as Ordenações Filipinas, sendo que o processo civil brasileiro só fora alcançado por legislação nacional quando o Decreto n. 763, de 1890, mandou que se aplicasse ao foro cível o Regulamento n. 737, de 1850 (que, nada obstante tenha procurado simplificar algumas formas, manteve basicamente a estrutura do processo, particularizando-se apenas por aportar uma nova técnica legislativa à ordem jurídica nacional). Antes, a Consolidação Ribas, aprovada por Resolução Imperial de 1876, havia apenas recolhido o direito luso-brasileiro então aplicável à praxe forense, tornando-o mais facilmente identificável (...) Com efeito,

⁵⁴ “Non é facile stabilire esattamente in quale misura i diversi fattori storici accennati diedero il loro apporto alla formazione del processo comune, ma certo si è spesso esagerata l’importanza del fattore germânico e si è invece sottovalutato il carattere originale di un processo che, prendendo le mosse dal modello romano, doveva rispondere ai bisogni di una società profondamente mutata nella struttura economica e sociale e nelle sue convinzioni politiche, morali e religiose”. *Manuale di Diritto Processuale Civile – Principi*. 7ª edizione a cura di Vittorio Colesanti, Elena Merlin e Edoardo F. Ricci. Milano: Giuffrè Editore, 2007, p. 40. Tradução do autor.

desde nossas mais fundas raízes experimentávamos o praxismo como modelo processual. Esse quadro só veio a alterar-se com o Código de Processo Civil de 1973, diploma normativo que inaugurou entre nós, inequivocamente, o processualismo, impondo um método científico ao processo civil à força de construções alimentadas pela lógica teórico-positiva, evadindo-o da realidade. (MITIDIERO, 2005, p. 36/38).⁵⁵

O que parece cristalino, seja na intenção do constituinte, seja na do legislador ordinário, é o desejo de que restem efetivamente tutelados e realizados os direitos relativos aos consumidores, ao conjunto dos trabalhadores, aos contribuintes, às crianças e aos adolescentes, aos portadores de necessidades especiais, aos idosos, às mulheres vitimizadas no âmbito familiar, enfim, a todos aqueles sujeitos considerados de interesse maior na responsabilidade tutelar do próprio Estado, por expressarem, exatamente, o coração do corpo social que lhe justifica a própria existência. Pondere-se, em reforço ao pensamento, que nas últimas décadas diversas foram as normas sancionadas no sentido de ampliar o espectro das cogentes prestações sociais estatais e seus veículos processuais, os quais, se não são de exclusiva responsabilidade do Estado, tocam-lhe, contudo, em grande monta mercê das enormes desigualdades que sob todas as ordens tem permeado suas excludentes estruturas política e econômica - campos da saúde, educação, trabalho, saneamento básico, moradia, participação social, por exemplo.⁵⁶

Quanto à melhor compreensão da moderna feição estatal e das características que regem a relação Estado-Cidadãos, importa notar que houve “a tomada de consciência de que não bastava garantir as liberdades diante do Estado, sendo necessário dele exigir não só prestações de *proteção* aos direitos e prestações *sociais* capazes de efetivamente possibilitar que a liberdade pudesse ser usufruída, como também prestações idôneas a viabilizar a *participação* dos particulares na reivindicação de proteção e dos direitos sociais e nos próprios procedimentos judiciais voltados à tutela dos direitos”.⁵⁷

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira nos lembra com bastante pertinência que o processo não encerra um fim em si mesmo e o formalismo de que

⁵⁵ MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 36 a 38.

⁵⁶ Destacando-se as leis mais relevantes na tônica do presente estudo, temos: 7.853/89 (Lei de Proteção aos Portadores de Deficiências), 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), 8.429/92 (Lei da Improbidade Administrativa), 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) e 11.340/2006 (Lei destinada a coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher).

⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme, *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2008.

está revestido não pode ser oco, sem sentido ou descompassado frente à realidade social e os valores fundamentais que permeiam a sociedade. No dizer do cientista “tanto a organização do processo quanto o seu ordenamento e disciplina também não são destituídos de conteúdo”. E continuando sua inovadora proposta de atuação jurídica esclarece:

Ao meditar-se nos fatores externos do formalismo, o pensamento desde logo tende, em formulação esquemática inicial bastante ampla, a fixar-se nos fins do processo, e a noção de fim entrelaça-se, necessariamente, com o valor ou valores a serem idealmente atingidos por meio do processo. Impõe-se, portanto, a análise dos valores mais importantes para o processo: por um lado, a realização de justiça material e a paz social, por outro, a efetividade, a segurança e a organização interna justa do próprio processo (*fair trial*). Os dois primeiros estão mais vinculados aos fins do processo, os três últimos ostentam uma face instrumental em relação àqueles. A par desses valores específicos, mostram-se ainda significativos para o processo os valores constitucionais e os valores culturais relacionados ao meio onde se insere determinado sistema processual. (OLIVEIRA, In: DIDIER JR., 2007, p. 351/372).⁵⁸

A diretriz tem validade tanto para os que promovem os direitos difusos e coletivos quanto, primordialmente, para o Estado-juiz, haja vista sua maior responsabilidade de efetivar a justiça social em face das relevantes desigualdades que o cercam – aspecto já destacado da realidade brasileira – e a crucial função a cumprir da ação civil pública – conferir real efetividade às normas de proteção dos bens transindividuais.

Há que se ressaltar a consideração prevalente em busca da efetividade processual em face dos conflitos de massa, isto é, visando à plena concretização dos direitos metaindividuais carentes de materialização e que, por intermédio da tutela de urgência na ação coletiva, são levados à responsabilidade do Poder Judiciário. A justificação da conduta reside na adoção do formalismo-valorativo enquanto método orientador dos aplicadores da norma jurídica. Como bem assinala Marcelo Zenker:

Se o mister da forma é o fim, a lei que rege a forma deve ser interpretada e aplicada em função dessa finalidade. A interpretação literal da lei processual acaba por empobrecer a sua própria aplicação, de modo a subjugar a função do intérprete, restringindo-o a mero aplicador de fórmulas feitas. O que é imprescindível ao aplicador ou intérprete da lei processual é, antes de tudo, perquirir a valoração normativa inserta em

⁵⁸ O formalismo valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER Jr., Fredie. (Org.). Leituras Complementares de Processo Civil. 5. ed. Salvador: Podium, 2007, p. 351-372.

seu conteúdo. É averiguar, no caso concreto, se o ato alcançou sua meta ou serviu a sua finalidade. (ZENKER, 2006, p.29).⁵⁹

Mitidiero nos leciona que o “direito ao processo só pode ser considerado socialmente efetivo, isto é, efetivo para todos, democraticamente eficiente, se as barreiras prévias ao seu acesso forem vencidas.”⁶⁰ Com a devida vênia, torna-se viável acrescentar a conclusão de que, destacadamente, em sede de ações coletivas a prestação jurisdicional somente poderá ser considerada socialmente efetiva, democraticamente eficaz, se as formalidades procedimentais (leia-se requisitos das técnicas de tutela de urgência) não venham a constituir óbices intransponíveis ao deferimento do emergente provimento no quadro das demandas postas à apreciação do Poder Judiciário. Pelo conteúdo que encerra e pelas considerações já apresentadas, destaca-se a aplicação integral do pensamento no que concerne à ação civil pública, observando-se que aqui, especialmente, o instrumento processual veiculado deve ser gizado pelo juízo de sensível (e não acentuada) probabilidade quanto à ocorrência da lesão ou mesmo da ameaça da lesão ao direito difuso ou coletivo considerado.

5 CONCLUSÃO

O direito processual civil passou por transformações de grande destaque nas últimas décadas, o que, entretanto, não dispensa a necessidade de permanente olhar crítico acerca de seus institutos e da forma pela qual vem conduzindo a satisfação do direito material. Nesse diapasão, a sociedade brasileira precisa redescobrir os caminhos mais adequados à consolidação do Estado Democrático de Direito, assumir a responsabilidade de fazer suas próprias escolhas de caráter político-social, campo em que o universo jurídico-processual está inserto e, logicamente, também não escapa à ação civil pública.

Se por um lado há de se considerar a situação jurídico-processual dos sujeitos, os fatos e argumentos envolvidos na lide, os formalismos abraçados pelo sistema, noutro plano sobrepõe o respeito às mais íntimas convicções político-sociais do país, ou seja, àquelas que conferiram os contornos do Estado Nacional e, por conseguinte, restaram materializadas na Lei Maior

⁵⁹ ZENKER, Marcelo. *Ministério Público e efetividade do processo civil*. São Paulo: RT, 2006, p. 29.

⁶⁰ MITIDIERO, Daniel Francisco, *Elementos para uma Teoria Contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 48.

através do conjunto dos seus valores fundamentais e dos republicanos objetivos abraçados.

Na dialética dos interesses político-sociais contrapostos, certamente algum dos envolvidos haverá de ser sacrificado pelo Estado-juiz. Por tudo quanto já se assimilou da realidade social e considerando o conjunto dos jurisdicionados - destinatário das ações perpetradas pelos profissionais do direito -, há que se prestigiar, em consonância ao quadro evolutivo do processo civil pátrio, a concretização dos direitos difusos e coletivos. Por outras palavras, na ponderação relativa ao confronto entre segurança jurídica e efetividade da tutela dos bens transindividuais impõe-se a escolha pela última alternativa enquanto fio condutor das ações estatais no campo jurisdicional.

Com boa pitada de ousadia é viável concluir que, ao se desejar o fim justo - tutela jurisdicional de urgência em proveito dos direitos difusos e coletivos -, há que se prestigiar e até mesmo procurar instrumentalizar ao máximo, mediante o pleno exercício da criatividade responsável dos atores jurídicos envolvidos e sem menosprezar os critérios éticos e sociais que justificaram suas existências, os justos meios de realizá-lo.

Pautado pelas bases do formalismo valorativo e mediante a irrestrita aplicação do princípio da fungibilidade, compete ao Poder Judiciário, em prol dos objetivos republicanos lavrados na Constituição Federal de 1988, prestar a tutela de urgência na ação civil pública, logo, sem coarctar a efetividade da ação coletiva em virtude da ausência de dado requisito formal de uma técnica, quando ao lado sobram preenchidos outros de análogo provimento de emergência, exatamente destinados a conferir eficácia tutelar aos novos direitos. As ponderações desenvolvidas acerca do processo civil contemporâneo, focalizando-se na imprescindível aplicação das técnicas de tutela de urgência em sua extensão máxima, recomendam a necessária sensibilidade dos artífices jurídicos quanto às novas funções do Estado, à relevância do direito coletivo hodiernamente considerado - valores preponderantes que lhe conformaram e ensinaram a positivação - e ao moderno papel a ser desempenhado pelo instrumento processual sob enfoque. Somente assim a ação civil pública poderá encontrar o seu verdadeiro lugar, sua justificação, em síntese, o real significado de sua função maior - constituir-se veículo bastante apto à realização dos direitos metaindividuais e, assim, elemento inolvidável de concretização da justa ordem jurídica coletiva.

ABSTRACT: This study aimed to examine the possibilities of applying urgency judicial protection techniques concerning collective actions and its relations with the contemporary constitutional State. Based on the current role of collective actions, it focused the search for the maximum effectiveness of urgent matter court provision for citizens. In order to develop this work, there was an intensive literature review on the subjects that dealt with modern civil procedural law and the provision of urgency court and their corresponding techniques. From these readings, relevant information was obtained about the current stage of doctrinal techniques for urgent judicial protection in civil procedural law, specifically in the field of collective actions which enable the opportunity for critical thinking about its correspondent applications.

KEYWORDS: Collective actions. Urgency judicial protection. Collective rights.

REFERÊNCIAS

ANGHER, Anne Joyce (Org.). *Vade Mecum acadêmico de direito*. 6. ed. São Paulo: Rideel, 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. *Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Compilada.htm>. Acesso em: 28 nov. 2011.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências*. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 28 nov. 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública: comentários por artigo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

CUNHA, Alcides Munhoz da. A tutela jurisdicional de direitos e a tutela autônoma do fumus boni iuris. *Juris Plenum*, Caxias do Sul: Plenum, v. 1, n° 104, jan./fev. 2009. 2 CD-ROM.

DIAS, Jean Carlos. *Tutelas de urgência: princípio sistemático da fungibilidade*. Curitiba: Juruá, 2008.

DIDIER JR., Fredie e ZANETI Jr., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*. Salvador: Podium, 2007. v. 4.

DIDIER JR.; BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*, Salvador: Podium, 2007. v. 4.

FERRAZ, Sérgio. Provimentos Antecipatórios na Ação Civil Pública. In: MILARÉ, Édis (Coord.). *A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Teoria geral da prova – apontamentos*. Salvador: Podium, 2005.

LAMY, Eduardo de Avelar. *Flexibilização da Tutela de Urgência*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. 3. ed. São Paulo: RT, 2008.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile – Principi*. 7. edizione a cura di Vittorio Colesanti, Elena Merlin e Edoardo F. Ricci. Milano: Giuffrè Editore, 2007.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Devido processo legal substancial. Leituras Complementares de Processo Civil*. 5. ed. Salvador: Podium, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores (Lei 7.347/85 e legislação complementar)*. 9. ed., São Paulo: RT, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

_____. *Curso de processo civil: Teoria Geral do Processo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2007. v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: Processo cautelar*. São Paulo: RT, 2008. v. 4.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005,

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Perfil Dogmático da Tutela de Urgência. *Juris Plenum*, Caxias do Sul: Plenum, v. 1, nº 104, jan./fev. 2009. 2 CD-ROM.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. Eficácia das Tutelas Urgentes nas Ações Coletivas. Efeitos dos Recursos. Suspensão de Liminar e de Sentença, in: MAZZEI, Rodrigo e NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

ZENKNER, Marcelo. *Ministério Público e efetividade do processo civil*. São Paulo: RT, 2006.

MULHERES E VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: UM OLHAR SOBRE SUBJETIVIDADES ASSUJEITADAS¹

Rosemay de Seixas Brito²

Benedita Ferreira Reis³

RESUMO: Este artigo tem por objetivo refletir sobre o fenômeno da violência doméstica contra a mulher na esfera das relações amorosas à luz de um diálogo entre os estudos de gênero e a psicanálise. O interesse por este tema surgiu a partir da experiência de trabalho no setor de psicologia da Promotoria de Justiça de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, do Ministério Público do Estado do Pará, que atende mulheres em situação de violência residentes no município de Belém. Conforme as informações obtidas no banco de dados da Promotoria de Justiça em questão, relativos ao perfil da “vítima” e do “agressor”, em 95% dos casos, a violência ocorreu nas relações de conjugalidade/afetividade e em cerca de 67% dos casos a mulher já havia sofrido agressão anterior no mesmo relacionamento amoroso. Os estudos de gênero e a psicanálise, principais aportes teóricos utilizados, de forma complementar podem lançar luzes ao melhor entendimento da dinâmica que ora mantém mulheres assujeitadas a relações afetivas violentas, ora as retira dessa condição. A subjetividade dos sujeitos que protagonizam cenas de violência nas relações amorosas é fruto de uma construção social e histórica e um reflexo de sua vida inconsciente.

PALAVRAS-CHAVE: Violência. Gênero. Relações Amorosas. Teorias Feministas. Psicanálise.

1 INTRODUÇÃO

A violência contra as mulheres tem sido tematizada, sob diferentes aspectos, em farta produção de estudos, que a apontam como um fenômeno

¹ Versão resumida do artigo apresentado como trabalho final do III Curso de Especialização em Saúde Mental e Justiça promovido pela Universidade Federal do Pará, em parceria com a Fundação Hospital de Clínicas Gaspar Vianna, e realizado em 2010, sob a orientação da Prof. Ms. Milene Maria Xavier Veloso, da Faculdade de Psicologia, do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal do Pará.

² Psicóloga, especialista em Saúde Mental e Justiça e servidora efetiva do Ministério Público do Estado do Pará, atuando no setor de psicologia da Promotoria de Justiça de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

³ Psicóloga da Fundação Hospital de Clínicas Gaspar Vianna e especialista em Saúde Mental e Justiça.

complexo cujas raízes podem ser buscadas nas relações de poder baseadas no gênero, este entendido como uma construção histórico-social que estabelece papéis diferenciados para homens e mulheres. Em decorrência da organização social patriarcal, centrada no poder do homem, a relação entre os gêneros ocorre de forma assimétrica, desigual, produzindo uma valorização social maior do homem em relação à mulher.

Em face a esse domínio do masculino sobre o feminino houve a necessidade da organização política das mulheres no sentido de criar estratégias de enfrentamento das situações de desigualdade e de violência por elas vivenciadas, nas esferas pública e privada, em especial, nas relações afetivas, no âmbito das quais esse modelo de relações assimétricas entre os gêneros se reproduz.

É importante ressaltar que nesse processo de organização tanto o Movimento Feminista quanto o Movimento de Mulheres, no Brasil, desempenharam um papel imprescindível, pois foi a partir deles que se tornou possível o estabelecimento de um canal de diálogo com o Estado, o qual se viu impelido a implementar políticas públicas voltadas à violência contra a mulher, dentre elas, a implantação, na década de 80, das Delegacias Especializadas no Atendimento às Mulheres e das Casas Abrigos, na década de 90.

Esses avanços na área da proteção à mulher vítima de violência doméstica culminaram com a criação, em 2006, da Lei 11.340, conhecida como Lei Maria da Penha, que define as medidas relativas aos direitos da mulher no âmbito doméstico e familiar contra todo e qualquer tipo de agressão e considera esse tipo de violência como uma das formas de violação dos direitos humanos.

A nova lei, em seu 5º artigo, define a violência doméstica e familiar contra a mulher como sendo “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”⁴. De acordo com este artigo, para que haja o enquadramento na lei é necessário que a violência contra a mulher tenha sido cometida no âmbito doméstico, familiar ou nas relações íntimas de afeto, incluindo as homoafetivas, independentemente de coabitação entre os parceiros.

⁴ BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em: 01 dez. 2011.

A Lei Maria da Penha considera como âmbito doméstico “o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas” e considera como âmbito familiar aquele constituído pelos “indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa”.

O foco deste artigo é a violência contra a mulher que ocorre no âmbito das relações íntimas, isto é, das parcerias amorosas/sexuais. Para tanto, inicialmente realizaremos uma breve exposição da contribuição de alguns estudos feministas sobre a violência contra a mulher realizados no Brasil a partir da década de 80 e, sobretudo, da incorporação, na década seguinte, do gênero como categoria de análise, responsável por introduzir um novo enfoque na literatura sobre essa temática.

A contribuição de outros estudos nessa área, como por exemplo, aqueles que apontam a violência doméstica e familiar como um fenômeno transgeracional por meio do qual padrões de comportamentos violentos são aprendidos e reproduzidos dentro de uma mesma família também serão abordados, assim como algumas categorias da psicanálise, de forma a possibilitar uma reflexão consistente sobre esse fenômeno complexo e multifacetado.

Em seguida serão discutidos os dados relativos ao perfil da clientela atendida na Promotoria de Justiça de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, do Ministério Público do Estado do Pará, tecendo, por fim, algumas considerações acerca do objeto do presente estudo.

O percurso metodológico do trabalho foi construído por meio de um estudo teórico realizado a partir do levantamento bibliográfico e da revisão de literatura relativa ao tema, sobretudo das contribuições de alguns estudos feministas sobre gênero realizados no Brasil, em suas diferentes vertentes e perspectivas teóricas, e da psicanálise.

Além do estudo teórico foi também realizada pesquisa documental utilizando as informações cadastrais do banco de dados da Promotoria de Justiça em questão, no período de julho a dezembro de 2009.

A partir desse banco de informações extraídas de processos e procedimentos que tramitaram nas duas Varas de Juizado de Violência Doméstica e Familiar, do município de Belém, no referido período, foram verificados dados relativos ao perfil da “vítima” e do “agressor” em termos de escolaridade, exercício de atividade remunerada, relatos de agressões anteriores sofridas nas relações afetivas e/ou conjugais, vínculo de afetividade

existente entre a vítima e o agressor (marido, companheiro, namorado, ex-marido, ex-companheiro etc), dentre outros. Na análise dos dados buscou-se estabelecer um paralelo com a literatura científica sobre o assunto.

2 ESTUDOS FEMINISTAS NO BRASIL E VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

As transformações sociais e políticas ocorridas no Brasil a partir de seu processo de redemocratização impulsionaram o desenvolvimento, na década de 1980, de vários estudos feministas voltados à violência contra a mulher, que a princípio objetivavam denunciar, combater e dar visibilidade social a esse tipo de violência.

De uma maneira geral, tais estudos distinguem-se entre si em termos conceituais e incluem diferentes perspectivas e vertentes, as quais foram agrupadas em três grandes correntes teóricas:

[...] a primeira, que denominamos de *dominação masculina*, define violência contra as mulheres como expressão de dominação da mulher pelo homem, resultando na anulação da autonomia da mulher, concebida tanto como “vítima” quanto como “cúmplice” da dominação masculina; a segunda corrente, que chamamos de *dominação patriarcal*, é influenciada pela perspectiva feminista e marxista, compreendendo violência como expressão do patriarcado, em que a mulher é vista como sujeito social autônomo, porém historicamente vitimada pelo controle social masculino; a terceira corrente, que nomeamos de *relacional*, relativiza as noções de dominação masculina e vitimização feminina, concebendo violência como uma forma de comunicação e um jogo do qual a mulher não é “vítima” senão “cúmplice”. (IZUMINO; SANTOS, 2005, p. 148).

A primeira corrente teórica, agrupada pelas autoras acima referidas sob a égide da dominação masculina, tem como principal representante Marilena Chauí, segundo a qual a ideologia da dominação do homem sobre a mulher é reproduzida por ambos, cabendo a cada sexo papéis sociais diferenciados, os quais são marcados por uma desigualdade hierárquica. São conferidos ao homem atributos que o identificam como um ser ativo, em contraposição à mulher, que é vista como um ser dependente e sem autonomia.

Esta concepção da mulher como instrumento da dominação masculina, defendida por Chauí, explicaria a posição tanto de vítima quanto de cúmplice

da violência masculina que a mulher pode vir a ocupar em diferentes momentos de sua vida, situações em que, ao invés de sujeito, passa a ocupar a posição de coisa na relação com o outro:

Em lugar de tomarmos a violência como violação ou transgressão de norma, regras ou leis, preferimos considerá-la sob dois outros ângulos. Em primeiro lugar, como conversão de uma diferença e de uma assimetria numa relação hierárquica de desigualdade com fins de dominação, de exploração e opressão. Isto é, a conversão dos diferentes em desiguais e a desigualdade em relação entre superior e inferior. Em segundo lugar, como ação que trata um ser humano não como sujeito, mas como uma coisa. Esta se caracteriza pela inércia, pela passividade e pelo silêncio, de modo que, quando a atividade e a fala de outrem são impedidas ou anuladas há violência (CHAUI, 1984, p. 35).

Já a segunda corrente teórica, da dominação patriarcal, em que merecem destaque os trabalhos da socióloga Heleieth Saffioti, concebe a violência contra a mulher como decorrente do patriarcado, além de considerá-la dentro de uma perspectiva marxista, visto que para esta autora todas as relações sociais estão inseridas em uma estrutura de classes, considerando assim equivocadas todas as análises que separam relações interpessoais e estruturais. Embora Saffioti (2001) não compartilhe da posição de Chauí (1984) quanto a considerar como “cúmplices” as mulheres que sofrem violência, concebe-as, entretanto, como “vítimas”, uma vez que as percebe como sujeitos cujo poder é exercido de modo desigual nas relações interpessoais que mantêm com os homens:

Se as mulheres sempre se opuseram à ordem patriarcal de gênero; se o caráter primordial do gênero molda subjetividades; se o gênero se situa aquém da consciência; se as mulheres desfrutam de parcelas irrisórias de poder face às detidas pelos homens; se as mulheres são portadoras de uma consciência de dominadas (Mathieu, 1985); torna-se difícil, se não impossível, pensar estas criaturas como cúmplices de seus agressores (SAFFIOTI, 2001, p.126).

Quanto à terceira corrente, nomeada por Izumino e Santos (2005) de relacional, a principal referência é o trabalho de Maria Filomena Gregori intitulado “Cenas e Queixas”, publicado em 1993, em que a autora apresentou uma nova visão da violência contra a mulher, pautada na relativização das perspectivas centradas na dominação-vitimização. Em sua concepção, a mulher é também protagonista e cúmplice da violência que vivencia em suas relações íntimas de afeto, considerada “uma forma de comunicação, ainda que perversa, entre os parceiros” (GREGORI, 1993, p.134).

A concepção de Gregori produziu uma grande repercussão sobre os estudos e práticas de organizações feministas, muito centradas em um discurso vitimista da mulher. Apesar de muitas críticas e reações negativas às concepções desta autora, a partir de então tornou-se possível uma ampliação do olhar sobre a violência contra a mulher para além dos papéis de gênero rígidos e preconcebidos, por meio dos quais homens eram vistos sempre como algozes e mulheres como vítimas no contexto de relacionamentos afetivos violentos, o que dificultava uma análise da dinâmica envolvida em tais relações. Tal como salientam Debert e Gregori:

[...] ao tratar de posições de gênero é preciso considerar que, certamente, existem padrões legitimados socialmente importantes na definição de identidades e condutas. Contudo, é preciso ter em mente que eles devem ser vistos como construções, imagens, referências compostas e adotadas de modo bastante complexo, pouco linear e nada fixo (DEBERT; GREGORI, 2008, p. 178).

Por outro lado, as maiores críticas a Gregori (1993) e a Chauí (1984), por considerarem a mulher como cúmplice da violência sofrida no âmbito de seus relacionamentos afetivos, deveram-se ao fato de ambas, conforme destaca Saffioti (2001, p.126), “tomarem como socialmente iguais categorias de sexo, cujas relações são atravessadas por poder”.

A expressão “mulher em situação de violência” vem sendo utilizada, já há algum tempo, embora o vitimismo ainda se faça presente no cenário brasileiro, através das práticas, discursos e estudos sobre o tema. É crucial, contudo, que não se fique aprisionado à armadilha da vitimização, que coloca a mulher em uma posição passiva em contraposição ao outro, algoz e ativo, não conseguindo apreendê-la em sua condição de sujeito de sua própria mudança.

3 O GÊNERO COMO CATEGORIA ANALÍTICA

No Brasil, a utilização do gênero como categoria de análise passou a ser incorporada nos estudos feministas sobre a mulher no final dos anos 80 e início dos anos 90 do século passado, influenciada pelas discussões que vinham sendo travadas no cenário internacional, em especial na Europa e mais particularmente na França, assim como no continente Norte-Americano, centradas no questionamento do paradigma do patriarcado, segundo o qual papéis sociais rígidos eram atribuídos a homens e mulheres e explicados pela

existência de uma ordem social masculina. O gênero, visto como relação socialmente construída entre os sexos, paulatinamente substituiu a categoria “mulher”, anteriormente empregada pelos estudos feministas.

Sem dúvida, a introdução dessa nova categoria analítica representou um grande avanço e inaugurou um novo olhar nos estudos sobre a mulher, visto que a partir da perspectiva do gênero o foco dos trabalhos e pesquisas nessa área foi deslocado para a análise do feminino e do masculino como construções sociais.

Entre as diferentes conceituações de gênero, a apresentada pela historiadora e feminista americana Joan Scott engloba duas dimensões importantes que estão interrelacionadas e que se mostram fundamentais para qualquer estudo nesse campo. Segundo a autora:

[...] gênero é um elemento constitutivo das relações sociais, baseado em diferenças percebidas entre os sexos [...] Entretanto, minha teorização de gênero está na segunda parte: gênero como uma forma primária de significação de poder...Talvez fosse melhor dizer que gênero é um campo primário no qual ou através do qual o poder é articulado (SCOTT, 1988, p. 42-44).

Na primeira parte de sua conceituação de gênero, Scott chama a atenção para o fato de que as relações de gênero são produzidas socialmente e decorrem de um processo histórico e cultural ao qual homens e mulheres são submetidos em seu processo de socialização. Já na segunda parte, a autora ressalta serem as relações de gênero atravessadas por relações de poder, aspecto primordial de sua formulação. O entendimento das relações de gênero como relações de poder também é compartilhado por autoras como Saffioti (2001), Izumino e Santos (2005), Izumino (2006), além de várias outras.

Já que o poder aparece inextricavelmente ligado à violência que se opera nas relações interpessoais, especialmente as de natureza íntima e de afeto, a concepção desenvolvida por Michel Foucault parece ser aquela que mais se coaduna com o entendimento da complexa dinâmica envolvida em relações amorosas violentas. De acordo com Foucault, para compreender o poder, não devemos tomá-lo:

[...] como um fenômeno de dominação maciço e homogêneo de um indivíduo sobre os outros, de um grupo sobre os outros, de uma classe sobre as outras [...] não é algo que se possa dividir entre aqueles que o possuem e o detêm exclusivamente e aqueles que não o possuem e lhe são submetidos. O poder deve ser analisado como algo que circula, ou melhor, como algo que só funciona em cadeia. Nunca está localizado

aqui ou ali, nunca está nas mãos de alguns, nunca é apropriado como uma riqueza ou um bem. O poder funciona e se exerce em rede. Nas suas malhas os indivíduos não só circulam mas estão sempre em posição de exercer esse poder e de sofrer a sua ação, nunca são alvos inertes e consentidos do poder, são sempre centros de transmissão (FOUCAULT, 1979, p.183).

O poder na concepção foucaultiana não se configura como algo rígido, e sim dotado de um caráter mais fluido que possibilita a sua circulação entre os indivíduos, isto é, uma alternância de tal sorte que um mesmo sujeito pode, num dado momento, encontrar-se em uma posição de dominância e, em outro, em uma posição de subordinação/assujeitamento em sua rede de relações sociais.

O pensamento de Foucault contribui para lançar luzes sobre a intrincada dinâmica interna de relações amorosas pautadas na violência: ainda que muitas vezes a mulher se encontre em uma condição desigual de poder em relação ao homem, também pode passar a exercê-lo em diferentes momentos, tais como naqueles em que decide denunciar seu parceiro por agredi-la e representar formalmente contra ele para que responda criminalmente pelo ato violento cometido.

Todavia, em muitos casos ocorre a permanência da mulher na relação amorosa com o autor da violência, passando a delegar frequentemente à Justiça o papel de “instância mediadora” de conflitos, de modo a tornar possível uma “renegociação do pacto conjugal” que mantém com seu parceiro, conforme destaca Izumino (2004). Em casos mais raros a mulher pode ainda figurar como agente ativo de violência em suas relações íntimas de afeto.

Nos trabalhos produzidos, especialmente a partir da década de 1990, a ênfase passou a recair sobre o aspecto relacional do gênero, assinalando a importância dos estudos passarem a problematizar também a posição do homem nas relações violentas. Já que a relação entre os sexos, na perspectiva de gênero, deve ser concebida como relação social, não há como entender a questão da violência tomando apenas um dos sujeitos implicados de forma isolada. Os estudos mais recentes vêm, portanto, deslocando o foco de suas análises, antes centrado na violência dos homens contra as mulheres, para a relação homem/mulher.

Apesar dos avanços introduzidos pelos estudos de gênero, as políticas públicas voltadas à violência contra a mulher ainda encontram-se basicamente voltadas ao atendimento à mulher em situação de violência doméstica e/ou

familiar, deixando o outro polo da relação, que figura como “agressor”, fora dessas políticas. Além disso, tais políticas parecem ser construídas ainda a partir de uma visão dicotômica entre “vítima” e “agressor”. Apesar da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) trazer no inciso V de seu Artigo 35 a necessidade da criação de centros de educação e reabilitação para os agressores, ainda são incipientes as políticas destinadas a esse fim, sendo o Serviço de Educação e Responsabilização para Homens Autores de Violência de Gênero, de Nova Iguaçu, no Estado do Rio de Janeiro, o pioneiro implantado no Brasil.

Com o objetivo de adquirirem maior abrangência e cientificidade, os estudos feministas desenvolvidos a partir da introdução do gênero como categoria histórica e analítica passaram também a adotá-lo em seu entrecruzamento com outras categorias, como, por exemplo, raça e classe social, consideradas fundamentais ao entendimento mais global das desigualdades de poder existentes nas relações assimétricas entre os gêneros.

Dentro dessa perspectiva, Narvaz e Koller (2006) defendem a necessidade de se considerar marcadores como escolaridade, status ocupacional e situação sócio-econômica, que compõem a categoria classe social nos estudos de gênero, uma vez que tais dados podem também contribuir para o entendimento da posição de assujeitamento e silenciamento da mulher frente à violência que vivencia em suas relações amorosas, bem como da posição de resistência que pode assumir por meio do desenvolvimento de estratégias que possibilitem o rompimento com a relação abusiva. As autoras apontam vários estudos e pesquisas que demonstram que “muitas das mulheres agredidas por seus companheiros, mesmo após tentativas de separação, retornam a conviver com os mesmos” (NARVAZ; KOLLER, 2006, p.9).

Por outro lado, a violência contra a mulher ocorre nas diferentes classes sociais e etnias/raças, já havendo inclusive uma mudança na percepção social a respeito da mulher em situação de violência doméstica, conforme salienta Izumino:

No novo imaginário sobre a violência contra a mulher, também denominada ‘conjugal’ ou ‘doméstica’, a imagem de mulher também sofreu mudanças: ela já não precisa ser necessariamente passiva e submissa; para ser vítima de violência, a mulher pode pertencer à classe média, ser bem-sucedida profissionalmente e de elevado nível de escolaridade. (IZUMINO, 2004, p.79)

Vários estudos demonstram que a transmissão de padrões abusivos de relação se dá por meio de um processo transgeracional dentro de uma mesma

família (VON SMIGAY, 2001; NARVAZ & KOLLER, 2006). Alguns teóricos denominam este fenômeno de aprendizagem social que, de acordo com esta perspectiva, justificaria tanto o comportamento violento do agressor quanto a manutenção de vínculos repetitivos e doentios por parte da mulher em situação de violência doméstica, visto que ambos já teriam vivenciado histórias prévias de agressões no seio da família no processo de socialização de gênero ao qual foram expostos.

Quanto à violência na relação amorosa, Von Smigay (2001) ressalta a existência de dois modelos utilizados para a compreensão do aprisionamento de parceiros a vínculos doentios: o modelo de circularidade e o modelo da espiral. Nesse sentido, salienta que a violência tende a ser ascendente e funciona em círculo, pois:

Geralmente se instaura através de agressões verbais, desqualificação do outro, um insistente menosprezo, passando a atos cada vez mais intensos, mesclando-se violência física a psicológica, muitas vezes sexual; o casal vai se enredando em uma rotina desgastante até que uma crise torna a relação insuportável e um deles ameaça abandonar a cena. Nesse momento uma nova etapa é acionada: a remissão, com o pedido de perdão e as promessas de mudança [...] A terceira etapa, da “lua de mel”, que a ela se segue, dura o tempo em que novamente se iniciam as cenas de violência. Novamente um crescendo se instaura, único momento em que a intervenção externa pode ser recebida como eventual quebra do ciclo/ ou círculo (VON SMIGAY, 2001, p.15).

Alguns fatores têm sido preconizados como tendo influência sobre a dificuldade da mulher em romper os laços com aquele que a agride, como, por exemplo, medo de sofrer novas agressões e de ficar sozinha, dependência econômica, crença de que os parceiros vão mudar, repercussões de uma separação sobre a vida da família e dos filhos, isolamento social, falta de recursos na comunidade, dentre outros (VICENTE, 1999). Alguns estudos apontam, ainda, a existência de fatores de ordem subjetiva que nos falam do *pathos*⁵ de cada sujeito e de sua economia psíquica (CERRUTI; ROSA, 2008).

⁵ *Pathos* é uma palavra de origem grega que significa paixão, passividade, sofrimento, assujeitamento. Sobre a concepção desta palavra em Psicopatologia Fundamental ver CECCARELLI, Paulo Roberto. A contribuição da Psicopatologia Fundamental para a saúde mental. In: **Revista Latinoamericana de Psicopatologia Fundamental**. São Paulo, VI, I, p.13-25, mar. 2003.

4 A PERSPECTIVA PSICANALÍTICA

Conforme se observou até aqui, várias explicações têm sido buscadas para dar conta da questão da violência doméstica contra a mulher, hoje considerada como um fenômeno social complexo que demanda a intervenção de várias áreas, como medicina, saúde pública, psicologia, justiça, dentre outras.

As diferentes concepções teóricas até aqui expostas são importantes para o entendimento da violência doméstica contra a mulher e, em especial, daquela que ocorre no âmbito das relações íntimas de afeto. Entretanto, devido à complexidade de tais relações, acreditamos ser necessário abordá-las também sob a perspectiva da constituição psíquica dos sujeitos, interessando-nos aqui mais especificamente a posição subjetiva da mulher. Para tanto, faremos uma breve incursão pela psicanálise destacando alguns aspectos desta teoria que consideramos importantes à compreensão do feminino.

Dentre os conceitos existentes na teoria psicanalítica, o narcisismo pode ser apontado como primordial, visto constituir-se uma fase intermediária entre o auto-erotismo e o amor objetal. Em seu artigo *Sobre o narcisismo*, de 1914, Freud aponta duas fases que vão caracterizá-lo, sendo uma delas o narcisismo primário, período do desenvolvimento psicosssexual infantil no qual ainda não há uma diferenciação entre o ego e os objetos externos. Nesta fase, a satisfação pulsional provém do próprio corpo e a criança toma a si própria como objeto de amor, investindo toda a libido em si mesma.

O narcisismo primário configura-se, segundo Freud, como uma herança do ideal narcísico dos pais reinvestido na criança, que passa, portanto, a ocupar o lugar daquilo que ficou perdido na vida dos pais:

[...] Se prestarmos atenção à atitude de pais afetuosos para com os filhos, temos de reconhecer que ela é uma revivescência e reprodução de seu próprio narcisismo, que de há muito abandonaram [...] O amor dos pais, tão comovedor e no fundo tão infantil, nada mais é senão o narcisismo dos pais renascido, o qual, transformado em amor objetal, inequivocamente revela sua natureza anterior (FREUD, 1969, p. 107-108).

A segunda fase é descrita por Freud como narcisismo secundário, em que o bebê já consegue estabelecer uma diferenciação entre ele e o mundo externo, bem como identificar quem poderá satisfazer suas necessidades e que passará a constituir-se objeto de investimento de suas pulsões parciais.

Todavia, no narcisismo secundário, ocorre um retorno ao ego da libido retirada dos investimentos objetivos.

A criança ao nascer é completamente dependente dos cuidados do outro, que supre suas necessidades, manifestadas sob a forma de tensões que só podem ser resolvidas por algo vindo de fora. O alívio da tensão e o prazer advindo da satisfação das necessidades dar-se-ão pelo desejo do outro. Esta experiência fica inscrita no inconsciente, podendo ser acionada a qualquer momento, além de constituir-se fundamental às escolhas objetivas futuras.

Ainda em seu artigo *Sobre o narcisismo* (1914) Freud aborda o conceito de ideal do ego, que se diferencia do ego ideal característico da onipotência infantil do narcisismo primário. Ao referirem-se à importância do investimento paterno para a constituição do ideal do ego, Cerruti e Rosa destacam que:

Este investimento dos pais deixa sua herança, o ideal do eu, e é a projeção desse ideal a ser alcançado que substitui o narcisismo da infância. Trata-se de uma fratura estrutural do eu, e que irá delimitar os campos do narcisismo primário e do narcisismo secundário. Dito de outra maneira, há uma divisão estrutural do eu entre o eu ideal, momento da coincidência do eu com o ideal de onipotência narcísica; e um ideal do eu, um lugar que o sujeito irá ocupar com o intuito de corresponder a uma expectativa. Como consequência, a busca de um ideal acarreta um empobrecimento do eu, uma vez que a libido é dele destacada e dirigida aos objetos ideais. Contudo, é também por este redirecionamento da libido que o eu se enriquece, na possibilidade de encontrar satisfação, tanto nas relações objetivas como nas realizações de um ideal (CERRUTI; ROSA, 2008, p. 1060).

O narcisismo é fundamental à estruturação do complexo de Édipo e de nossa identidade sexual. Freud foi o primeiro a apontar a sexualidade humana, pautada nas fantasias infantis, como o principal elemento estruturante da subjetividade.

De acordo com a teoria freudiana, o complexo de Édipo constitui-se a base para os relacionamentos afetivos futuros do sujeito e sua inserção no mundo social. Nessa concepção, as principais estruturas psíquicas encontradas a partir do complexo de Édipo são a neurose, a psicose e a perversão. Para embasar nossa reflexão, tomaremos particularmente a estrutura da neurose, na perspectiva de entender o modo de funcionamento psíquico das mulheres assujeitadas em suas relações afetivas.

A teoria do complexo de Édipo, crucial na concepção freudiana, se configura pelo conflito que se estabelece entre a busca do prazer representado

pelo desejo para com a mãe, primeiro objeto de amor tanto da menina quanto do menino, e a interdição pela função paterna que, detentora do poder, afasta a criança de sua fonte de prazer original.

Para a resolução do Édipo tanto a ameaça de castração quanto o recalçamento irão desempenhar um papel muito importante. No menino esta ameaça é representada pelo medo de perder o objeto fálico (pênis), ao passo que na menina a castração é decorrente da percepção de não ser possuidora deste objeto valorizado (falo), do qual o menino é detentor. Já o recalçamento remete o sujeito à renúncia de seus desejos primitivos relacionados aos seus objetos de amor primordiais, possibilitando a busca de outros objetos substitutos e parciais.

As funções materna e paterna são fundamentais para o processo de subjetivação do sujeito. A materna é responsável por suprir as necessidades e demandas do bebê, investindo-o afetivamente - “mãe suficientemente boa”, na concepção de Winnicott -, que possibilita a entrada do pai (função paterna) na relação fusional existente entre ela (mãe) e o bebê, permitindo que o pai produza um corte nessa célula narcísica, com a introdução da lei, da interdição.

A função paterna, dessa maneira, além de remeter a criança à sua falta originária, isto é, à separação de seu primeiro objeto de amor primordial, é responsável também por introduzir a lei, marca que separa o sujeito do Outro e possibilita sua entrada no universo simbólico, tornando possível a busca de objetos substitutos que visem preencher o vazio de sua condição de sujeito “faltante”, decorrente da castração simbólica.

A psicanálise nos diz que somos sujeitos do desejo e vivemos na busca incessante da satisfação original experimentada com o primeiro objeto de amor - a mãe, para sempre perdido. O pacto edípico assumido no processo de subjetivação é que torna, por sua vez, possível ao sujeito constituir-se como tal, bem como a sua inscrição na cultura. Por meio deste pacto, tanto a sociedade quanto o sujeito saem ganhando, pois, ao abrir mão de seu objeto de amor privilegiado, interditado pela cultura, o sujeito terá, em contrapartida, novos repertórios de desejos com seus outros objetos substitutos.

A neurose, em Freud, é resultante do processo de recalçamento primário e da passagem pela castração simbólica, sendo que o conteúdo recalçado sempre retorna sob variadas formas, uma delas o sintoma. Os sintomas neuróticos são, portanto, derivados do recalçado e constituem-se uma formação ou uma solução de compromisso entre as representações inconscientes recalçadas e as exigências defensivas.

O sintoma, então, carrega a marca de desejos inconscientes e constitui-se uma tentativa insistente de satisfação pulsional. Pode configurar-se tanto como algo gerador de angústia e sofrimento psíquico, quanto também representar um canal de saúde através do qual o sujeito mantém-se psiquicamente organizado.

No artigo *O sintoma, para além da significação*, Maria Cristina Ocariz retoma a concepção freudiana apontando-a como uma defesa necessária à estruturação do sujeito:

O que diferencia a normalidade da patologia é o modo com que o aparelho psíquico se constitui; como ele consegue, em seu processo de constituição e desenvolvimento, montar uma maquinaria defensiva que lhe possibilite administrar o universo pulsional e desejante, que é complexo [...] Dito de outra forma, a defesa não é patológica; é fundamental para que o sujeito possa se estruturar. Reiterando mais uma vez a idéia do sintoma como operação de defesa, podemos considerá-lo a partir de duas perspectivas: a partir de sua vertente de mensagem, portador do saber do inconsciente recalcado, e como defesa frente às intensidades pulsionais excessivas, à dimensão do traumático - de acordo com Freud -, ou do gozo - com Lacan. Segundo meu ponto de vista, serão as vicissitudes da constituição do aparelho psíquico e do repertório de mecanismos e recursos defensivos que virão possibilitar a construção de sintomas mais ou menos saudáveis ou doentios (OCARIZ, 2000, p. 34-35).

É interessante aqui ressaltar que a psicanálise prescinde da necessidade de pensar as categorias normal e patológico, interessando-se, antes de tudo, em verificar em que medida o inconsciente produz mais ou menos sofrimento psíquico para o sujeito.

Cabe também destacar que as diferentes defesas, por mais bem estruturadas que estejam, nunca são plenamente bem sucedidas, visto que o recalque atua sobre os representantes pulsionais proibidos, porém os afetos ligados a esses representantes não sofrem a ação do recalçamento, ficando livres para serem constantemente reinvestidos sobre outras representações autorizadas pelo aparelho psíquico.

Na tentativa de explicar o que acontece com mulheres que permanecem em relações violentas, ou com aquelas que rompem com esse tipo de relação, envolvendo-se, entretanto, recorrentemente em relacionamentos amorosos que apresentam o mesmo perfil dos anteriores, Freud diz que todo amor é uma repetição, visto que não existe amor que não reproduza o protótipo infantil. Assim, conforme Valdívia (1993, p. 6), “quando amamos não fazemos mais que repetir; encontrar o objeto é sempre reencontrá-lo e todo o objeto de amor é substitutivo de algum objeto fundamental prévio à barreira do incesto.”

Em *Uma criança é espancada* (1919), Freud descreve a fantasia de fustigação/castigo vivenciada pela menina e pelo menino, nos primórdios de suas relações objetais com o pai. Tomando como referência o caso da menina, a sua fantasia inconsciente inicial é a de que o pai espanca uma outra criança, odiada por ela, deduzindo daí que se o pai não a maltrata, então é porque a ama.

Já em um segundo momento, a fantasia inconsciente da menina é de que ela foi espancada pelo pai. A fixação da menina nesta segunda fantasia pode implicar uma substituição posterior do pai por alguém que se enquadre nesta categoria paterna. A posição masoquista, de obtenção do prazer pela dor, poderia decorrer, então, do sentimento de culpa relacionado ao desejo incestuoso da menina pelo pai, que envolve uma satisfação libidinal. Disso poderia decorrer sua necessidade constante de punição, o que explicaria a dinâmica de relações agressivas e/ou violentas com os objetos de amor substitutivos que elegeria no futuro.

No artigo *Recordar, repetir e elaborar* (1914), Freud faz pela primeira vez referência ao conceito psicanalítico da compulsão à repetição, central para o entendimento do funcionamento neurótico e da elaboração psíquica. Sabemos que as fantasias inconscientes ligadas aos objetos primordiais de amor quando não elaboradas psiquicamente repetem-se, incansavelmente, tanto nas relações transferenciais com o analista, quanto nas demais relações afetivas mantidas pelo sujeito, na tentativa de reacender o prazer originário. A compulsão à repetição é, portanto, uma maneira de recordar e não deve ser tratada como algo do passado, mas sim como algo que se atualiza nas situações vivenciadas pelo sujeito em sua vida presente e no processo transferencial com o analista.

É também nesse artigo de 1914 que Freud desenvolve outro conceito essencial na teoria psicanalítica: o *acting-out*, ou passagem ao ato pela impossibilidade de elaboração psíquica. Na atuação ou passagem ao ato, o sujeito reproduz em ação algo que foi recalcado, isto é, encena por meio de atos alguma memória antiga afastada da consciência. A passagem ao ato implica, portanto, uma descarga que visa a aliviar a pressão interna produzida pelas pulsões recalçadas.

Diante dos caminhos descortinados pela psicanálise para o entendimento do processo de subjetivação das mulheres em situação de violência nas relações afetivas, o nosso olhar sobre o universo feminino é pautado pelo pressuposto de que o ser está implicado naquilo que vivencia, como sujeito

subjetivo, constituído sob uma ordem simbólica falo-desejo-lei, anterior à ordem social, isto é, um sujeito da linguagem capaz de significar e ressignificar suas experiências amorosas.

Nesse sentido, a escuta do psicólogo pode desempenhar um papel fundamental, de modo a possibilitar que essas mulheres percebam que estão implicadas em suas escolhas amorosas. Tais escolhas constituem-se, a nosso ver, o seu próprio sintoma e, como tal, portam a marca de desejos primitivos e dos engates neuróticos inscritos em seu psiquismo.

5 RESISTÊNCIA, MEDO E VACILAÇÃO: A AMBIVALÊNCIA FRENTE AO “AGRESSOR”

A experiência de trabalho no setor de psicologia da Promotoria de Justiça de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, do Ministério Público do Estado do Pará, responsável pelo atendimento de mulheres em situação de violência nesses dois âmbitos, residentes no município de Belém, instigou-nos a lançar um olhar sobre a dinâmica de suas relações afetivas, bem como sobre as diferentes posições assumidas frente às várias formas de abuso que vivenciam no contexto de suas relações afetivas e sexuais, ora caracterizadas por atitudes de sujeição, ora de resistência/enfrentamento.

Na rotina diária de atendimento da Promotoria de Justiça observa-se certa dificuldade por parte de um número expressivo de mulheres em romper o relacionamento e os laços afetivos com aqueles que as agridem ou as violentam.

Dessa maneira, muito frequentes são as situações inicialmente de dúvida da mulher quanto à formulação legal de uma denúncia contra seu parceiro, assim como as tentativas de desistir em levar adiante o processo criminal contra aquele com quem mantém alguma parceria amorosa. Nos casos que redundam em prisão preventiva do agente da agressão, geralmente por descumprimento de medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha, não menos raras são as manifestações de arrependimento por parte da mulher e as demonstrações de interesse de que o réu preso seja colocado em liberdade.

Por outro lado, observam-se também outras posições, caracterizadas pelo enfrentamento da situação abusiva e violenta vivenciada em suas parcerias amorosas, como nos casos em que a mulher recorre à justiça com o intuito de

reparar os danos físicos, psicológicos, morais e patrimoniais que porventura tenha sofrido na relação com o autor da agressão. Essa posição de resistência reflete-se muitas vezes em uma postura firme adotada pela mulher ao longo dos desdobramentos processuais posteriores à formulação da denúncia.

Tabela 1: Demonstrativo de Informações Cadastrais da Promotoria de Justiça de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher em Belém-Pará *1 *2

MARCADORES	PERFIL		PERFIL DA RELAÇÃO		TIPO DE INFRAÇÃO PENAL	
	AGRESSOR	VÍTIMA	<u>Vínculo entre Agressor e Vítima</u>			
<u>Faixa Etária</u>					Lesão Corporal	41%
18 a 24	13%	21%	Afetividade/conjugalidade	95 %	Ameaça	29%
25 a 29	21 %	23 %	Parentesco	5 %		
30 a 34	21 %	19 %	Agregados	0 %		
35 a 39	19 %	15 %	<u>Tempo de Convivência</u>		Dano	0%
40 a 55	21 %	17 %	- de 5 anos	49 %	Difamação	1%
56 a 64	4 %	3 %	5 a 9 anos	22 %		
Mais de 65	1 %	2 %	10 a 19 anos	22 %		
			+ de 20 anos	7 %	Injúria	1%
<u>Escolaridade</u>			<u>Estado da Convivência</u>		Vias de Fato	13%
Fund. Incompleto	38 %	34 %	Convivendo na data do fato	1 %	Perturbação da Tranquilidade	12%
Fundamental	30 %	29 %	Separados: - de 1 ano	86 %		
Nível médio	27 %	32 %	Separados: 1 a 2 anos	4 %		
Nível Superior	5 %	4 %	Separados: + de 2 anos	9 %		
Analfabeto	0 %	1 %	<u>Relato de Agressão Anterior</u>		Maus Tratos	0%
			Sim	67 %	Homicídio Tentativa de Homicídio	1% 2%
			Não	33 %		
<u>Ativ. Remunerada</u>			<u>Vínculo de Afetividade</u>			
- de 1 SM	1 %	4 %	Companheiro da Vítima	27%		
1 a 5 SM	87 %	45 %	Marido da Vítima	8%		
+ de 5 SM	0 %	0 %	Namorado da Vítima	3%		
Não exerce	12 %	51 %	Ex-companheiro da vítima	51%		
			Ex-marido da vítima	4%		
			Ex-namorado	3%		
			Outros (relação eventual)	4%		

*1: Julho a Dezembro de 2009

*2: Total de feitos computados: 701, com exceção dos quadros Tipo de Infração Penal (782) e Vínculo de Afetividade (420)

Na tabela acima ilustramos o demonstrativo de informações cadastrais da Promotoria de Justiça de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, do Ministério Público do Estado do Pará, referentes ao período de julho a dezembro/2009, divulgados à sociedade, conforme o Artigo 26, Inciso III, da Lei 11.340/2006, que determina a obrigatoriedade do cadastro de casos de violência dessa natureza, pelo Ministério Público.

A tabela apresenta dados de 701 casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, ocorridos no município de Belém, no período acima definido. Os dados, sintetizados em marcadores que compõem a categoria classe social, descrevem o perfil dos “agressores” e das “vítimas”, assim como algumas características da relação entre eles e os tipos de infrações penais cometidas pelo agente da agressão.

Quanto à faixa etária, tanto do “agressor” quanto da “vítima”, verifica-se que a maioria dos casos ocorreu envolvendo pessoas com idade entre 18 e 55 anos (95% dos casos). Há uma queda acentuada no número de agressões por parte de homens com mais de 56 anos (5%). Quanto à escolaridade e atividade remunerada, registra-se um percentual baixo entre pessoas com nível superior e proventos abaixo de um salário mínimo e acima de cinco salários. No entanto, se somados os percentuais referentes àqueles que recebem por trabalhar, observa-se uma diferença acentuada nos registros, já que, entre os “agressores”, 12% não exercem atividade remunerada, fato que ocorre para 51% das vítimas. A dependência econômica presente em mais de 50% das mulheres talvez explique, em parte, a dificuldade para romperem a relação abusiva com o “agressor”.

Conforme salientam Narvaz e Koller (2006), a consideração de marcadores como escolaridade, status ocupacional e situação sócio-econômica é importante, visto que a categoria gênero deve ser analisada em seu entrecruzamento com outras categorias, como por exemplo, classe social. Os dados do perfil do “agressor” e da “vítima” demonstram um percentual baixo de casos de violência entre pessoas com nível superior, em comparação com a alta incidência entre as que têm grau de escolaridade mais baixo.

Quanto aos aspectos da escolaridade e status ocupacional, outros fatores devem também aqui ser questionados, como, por exemplo, se existe sub-notificação de casos de violência por parte de mulheres de extratos sociais mais elevados e com maior nível de instrução e, se, por talvez disporem de outros recursos, tais como acesso a psicoterapias, terapias de família, advogados, recorrem menos à Justiça e à polícia para a mediação dos conflitos

que vivenciam no contexto de suas relações íntimas de afeto. Por outro lado, ainda que esse percentual seja baixo, é um indicativo da ocorrência de violência doméstica contra a mulher entre diferentes classes sociais, conforme destaca Izumino (2004).

Analisando o perfil da relação com respeito ao tipo de vínculo existente entre a “vítima” e o “agressor”, observa-se que em 95% dos casos de violência registrados esse vínculo era de afetividade/conjugalidade e que o percentual das agressões cometidas por pessoas que possuíam alguma relação de parentesco com a “vítima” foi de apenas 5%. As agressões, em 49% dos casos descritos, ocorreram com menos de cinco anos de convivência entre o casal e aproximadamente 67 % das mulheres relataram ter sofrido violência em mais de uma ocasião ao longo do mesmo relacionamento amoroso, fato que denota um padrão de recorrência e permanência na relação abusiva com o “agressor”. A metade das agressões relatadas foi cometida por ex-companheiros, 27% por companheiro e 8% por maridos das “vítimas” e, em 86% dos casos de violência cometida pelo “agressor”, o casal encontrava-se separado há menos de um ano.

Com relação aos tipos de infração penal, observa-se que os crimes de lesão corporal e ameaça figuraram entre os de maior incidência, representando 41% e 29% dos casos, respectivamente. Esses dados parecem denotar que o padrão de violência na relação entre o casal se dá conforme os modelos de circularidade e de espiral citados por Von Smigay (2001), visto que evoluem para episódios de violência mais graves e tendem a se repetir ao longo do relacionamento, já que 67% das mulheres relataram haver sofrido violência por mais de uma vez com o mesmo parceiro.

Os dados da Promotoria de Justiça são bastante semelhantes aos colhidos pela Secretaria de Políticas para as Mulheres (SPM), relativos ao balanço da Central de Atendimento à Mulher- Ligue 180⁶: no período de janeiro a setembro de 2010, os crimes de lesão corporal e ameaça figuraram entre os mais relatados pelas usuárias do serviço e os principais “agressores” foram os maridos, companheiros ou ex-companheiros. Além disso, os dados de tal central, obtidos ao longo do referido período, demonstraram que a violência contra a mulher, nos relacionamentos amorosos, estava presente desde o início da relação e apontaram que 71% das “vítimas” moravam com o “agressor” e que 66.5% não dependiam financeiramente do companheiro.

⁶ Fonte: [http://www.sepm.gov.br/noticias/ultimas_noticias/2010/10/balanco-da-central-de-atendimento-a-mulher/?searchterm=último balanço ligue 180](http://www.sepm.gov.br/noticias/ultimas_noticias/2010/10/balanco-da-central-de-atendimento-a-mulher/?searchterm=ultimo%20balanco%20ligue%20180). Acesso em 26/10/2010. A Secretaria de Políticas para as Mulheres foi criada no governo do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, através da Medida Provisória nº 103, de 1º de janeiro de 2003, convertida na Lei nº 10.683/2003.

Nos dois modelos, tanto no de espiral como no de circularidade, é fundamental que a violência contra a mulher na esfera de suas relações amorosas seja considerada, dentre outros aspectos, como fruto das relações de poder historicamente desiguais entre homens e mulheres, sem, contudo, entendê-las de modo estático, mas dinâmico e relacional, conforme destacam Izumino e Santos (2005). Afora isso, há que se esmiuçar, como assinalado no tópico anterior, a complexa rede de questões subjetivas enredadas às armadilhas do inconsciente da mulher em situação de violência, sem o que a análise do problema perde boa parte de sua substância.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar dos grandes avanços trazidos pelos estudos feministas, em especial a partir da introdução do gênero como categoria histórica e analítica, e pela criação da Lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, responsável por criar mecanismos para coibir a violência doméstica contra as mulheres e por uma série de políticas públicas nessa área, incorporadas às anteriormente existentes, percebe-se ainda a necessidade de um maior entrelaçamento entre tais políticas, que, em geral, ainda não conseguem funcionar como uma rede integrada.

Em Belém/Pará o atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar é realizado pelos seguintes órgãos e instituições: Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, que conta com três varas de juizado especializadas nessa matéria, a Promotoria de Justiça de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, do Ministério Público do Estado do Pará, a Divisão Especializada no Atendimento à Mulher (DEAM), o Núcleo de Atendimento Especializado à Mulher (NAEM/Defensoria Pública), o Centro de Referência Maria do Pará, os abrigos estadual e municipal, a Casa da Mulher, entre outros. Entretanto, faz-se necessário que as políticas nesse campo tenham maior capilaridade no Estado, visto atualmente concentrarem-se sobretudo na capital.

Além disso, tais políticas ainda encontram-se pautadas em uma visão dicotômica que coloca em polos opostos “vítima” e “agressor”. Por isso, acabam por aprisionar a mulher em uma posição passiva da qual ela às vezes pretende desvencilhar-se, ainda que, em muitos casos, essa posição se revele vacilante em função da cultura de gênero na qual ela se insere e da falta de

reconhecimento da mulher de sua implicação subjetiva nas cenas de violência que protagoniza em suas parcerias amorosas.

Apesar de várias políticas públicas voltadas ao combate à violência doméstica e familiar contra a mulher no município de Belém, ainda não existem, contudo, centros de tratamento para “agressores”, conforme estabelece a Lei Maria da Penha. O descompasso também é a tônica em outros estados do Brasil, onde as políticas públicas direcionadas ao atendimento do autor de violência doméstica ainda são incipientes em relação às destinadas à mulher.

A perspectiva relacional do gênero, apontada por estudos mais recentes nesse campo, demonstra a importância de os homens serem também incluídos nas políticas de intervenção voltadas à igualdade de gênero, pois não há como tratar apenas um polo da relação, deixando de fora aquele que agride. Nesse sentido, os centros de educação e reabilitação para os “agressores” possuem um papel fundamental para que os autores de violência possam perceber-se implicados nas cenas que protagonizam em suas parcerias amorosas, possibilitando-lhes repensar a dinâmica relacional violenta que os aprisiona a um ciclo de sofrimento e repetição na convivência com o outro.

A educação e os processos de socialização desempenham importante papel no que tange à violência doméstica e familiar contra a mulher e seu enfrentamento. A reprodução de papéis sociais diferenciados e assimétricos estabelecidos para homens e mulheres, por meio de uma matriz dominante de gênero, pode ser legitimada ou desconstruída no processo de formação dos sujeitos. Concordamos com Saffioti (2001) quanto à necessidade de se pensar uma nova forma de educar, pautada em matrizes alternativas de gênero que possibilitem uma ressignificação das relações de poder entre homens e mulheres.

Do ponto de vista da psicanálise, o amor é sempre a busca da completude perdida na passagem pela castração simbólica. As parcerias amorosas constituídas ao longo da vida situam-se no encontro sempre faltoso do sujeito com a sexualidade e são a expressão de motivações inconscientes. A teoria do recalque assinala, ainda, que as representações inconscientes podem ser reeditadas nas vinculações afetivas atuais, daí a importância da psicanálise como um dos modelos explicativos para a permanência de homens e mulheres em relações amorosas calcadas na violência e permeadas por prazer e dor.

É possível à mulher deixar de ser assujeitada e buscar outras saídas e posições na relação amorosa? Sob a ótica da psicanálise não existem modos uniformizados de resposta. As saídas serão sempre individuais e dependerão da constituição subjetiva de cada sujeito.

Por se tratar de um fenômeno complexo, atravessado por diversos fatores, dentre eles, pela cultura e pela subjetividade dos atores sociais envolvidos, apontamos a importância da utilização de suportes teóricos diversificados, recorrendo ao exame de algumas categorias empregadas nos estudos de gênero, na psicanálise, dentre outras, que, a nosso ver, constituem-se campos teóricos complementares que podem lançar luzes ao melhor entendimento da dinâmica que ora mantém mulheres assujeitadas a relações afetivas violentas, ora as retira dessa condição.

Acreditamos que o olhar mais ampliado sobre essa questão pode trazer grande contribuição aos profissionais que atuam nessa área (psicólogos, assistentes sociais, operadores do direito etc). Consideramos importante também a construção de outras políticas públicas que propiciem a criação de espaços de atendimento psicológico/psicoterápico e de grupos de reflexão, voltados tanto a mulheres em situação de violência doméstica e familiar quanto a homens autores de violência, capazes de oferecer uma escuta de profissionais especializados a esses atores sociais, para fazer circular suas falas e suas experiências, possibilitando, dessa maneira, a implicação subjetiva desses sujeitos em suas vidas e em suas escolhas amorosas.

A subjetividade dos sujeitos que protagonizam cenas de violência nas relações amorosas é, portanto, fruto de uma construção social e histórica e constitui-se um reflexo de sua vida inconsciente. O amor é sempre um terreno delicado e movediço que reacende fantasmas inconscientes e, tal como destaca Plínio Prado Jr. (2010)⁷, “o amor paixão permanece hoje como uma espécie de enigma sem solução. Viver à beira do abismo é aceitar esse enigma [...] Não existe felicidade sem dor, não há paixão sem precipício”.

REFERÊNCIAS

BALANÇO DA CENTRAL DE ATENDIMENTO À MULHER. Disponível em: <[http://www.sepm.gov.br/noticias/ultimas_noticias/2010/10/balanco-da-central-de-atendimento-a-mulher/?searchterm=último balanço ligue 180](http://www.sepm.gov.br/noticias/ultimas_noticias/2010/10/balanco-da-central-de-atendimento-a-mulher/?searchterm=último%20balanço%20ligue%20180)>. Acesso em: 26 out. 2010.

⁷ PRADO JR, Plínio. A arte de viver...à beira do abismo. Conferência ministrada no IV Congresso Internacional de Psicopatologia Fundamental e X Congresso Brasileiro de Psicopatologia Fundamental. Curitiba (Paraná), setembro/2010.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. *Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm> Acesso em: 01 dez. 2011.

CECCARELLI, Paulo Roberto. A contribuição da Psicopatologia Fundamental para a saúde mental. In: *Revista Latinoamericana de Psicopatologia Fundamental*, São Paulo, VI, I, p. 13-25, março 2003.

CERRUTI, Marta Quaglia; ROSA, Miriam Debieux. Em busca de novas abordagens para a violência de gênero: a desconstrução da vítima. In: *Revista Mal-Estar e Subjetividade*, Fortaleza, v. 8, n. 4, p. 1047-1076, dez. 2008.

CHAUÍ, Marilena. Participando do debate sobre mulher. In: *Perspectivas antropológicas da mulher. Sobre mulher e violência*. Rio de Janeiro: Zahar, n. 4, 1984.

DEBERT, Guita Grin; GREGORI, Maria Filomena. Violência e gênero. Novas propostas, velhos dilemas. In: *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 23, n. 66, p.165-211, fev. 2008.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 7. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

FREUD, Sigmund (1914). Recordar, repetir, elaborar. In: *Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud*. Rio de Janeiro: Imago, 1969, v. 12.

_____. (1914). Sobre o narcisismo: uma introdução. In: *Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud*. Rio de Janeiro: Imago, 1969, v. 14.

_____. (1919). Uma criança é espancada. Uma contribuição ao estudo da origem das perversões sexuais. In: *Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud*. Rio de Janeiro: Imago, 1969, v. 17.

GREGORI, Maria Filomena. *Cenas e queixas*: um estudo sobre mulheres, relações violentas e a prática feminista. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

IZUMINO, Wânia Pasinato. Questões atuais sobre gênero, mulheres e violência no Brasil. In: *Revista Praia Vermelha*: Rio de Janeiro: ESS/UFRJ, n. 14 e 15, p. 130-154, 1º/2º sem. 2006.

———. *Justiça e violência contra a mulher*: o papel do sistema judiciário na solução dos conflitos de gênero. 2. ed. São Paulo: Annablume: FAPESP, 2004.

IZUMINO, Wânia Pasinato; SANTOS, Cecília Mac Dowell. *Violência contra as mulheres e violência de gênero*: notas sobre estudos feministas no Brasil. In: *Revista Estudos Interdisciplinares de América Latina y el Caribe*: Israel, Universidade de Tel Aviv, v.16, n. 1, p. 147-164, 2005.

NARVAZ, Martha Giudice; KOLLER, Silvia Helena. Mulheres vítimas de violência: compreendendo subjetividades assujeitadas. In: *Revista Psico*: Porto Alegre: PUCRS, v. 37, n. 1, p. 7-13, jan./abr. 2006.

OCARIZ, Maria Cristina. O sintoma, para além da significação. In: *A clínica conta histórias*. São Paulo: Escuta e Instituto Sedes Sapientiae, p. 33-50, 2000.

PRADO JR, Plínio. A arte de viver...à beira do abismo. Conferência ministrada no *IV Congresso Internacional de Psicopatologia Fundamental e X Congresso Brasileiro de Psicopatologia Fundamental*. Curitiba, set. 2010.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. Contribuições feministas para o estudo da violência de gênero. In: *Cadernos Pagu*: São Paulo:UNICAMP, n. 16, p. 115-136, 2001.

SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil para a análise histórica. In: *Revista Educação e Realidade*, Porto Alegre, v.20, n.2, jul./dez. 1995.

VALDÍVIA, Olívia Bittencourt. A linguagem interminável dos amores. In: *Jornal do Federal*, n. 34, 1993.

VICENTE, Reginandrea G. Violência conjugal: os significados, a recorrência e os modelos de intervenção. In: *Anais do III Congresso Ibero-Americano de Psicologia Jurídica*. São Paulo, 1999.

VON SMIGAY, Karin Ellen. Abordagens possíveis de relações conjugais violentas: o viés de gênero dentro da psicologia. In: *Revista Interações*, São Paulo, Universidade de São Marcos, v. 6, n. 11, p.11-28, jan./jun. 2001.

REPENSANDO A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA PENHORA ON-LINE

Vanessa Bezerra Maneschy¹

RESUMO: O presente artigo, na área do direito processual civil, tem por finalidade analisar a penhora on-line, instituto introduzido pela Lei nº 11.328 de 2006. Constatou-se princípios constitucionais que são violados com a inclusão desta Lei no ordenamento jurídico. Essa análise, associada a uma pesquisa bibliográfica, ensejou o questionamento acerca da constitucionalidade do instituto da penhora on-line.

PALAVRAS-CHAVE: Código de Processo Civil. Penhora on-line. Ofensa a princípios. Inconstitucionalidade.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O nosso Código de Processo Civil já passou por várias alterações. No ano de 2006 o legislador dedicou-se a inovar o processo de execução, que teve sua estrutura significativamente modificada. Dentre as várias alterações² surge, com o advento da Lei 11. 328 de 2006, a figura da penhora por meio eletrônico, mais conhecido como *penhora on-line*.

Classificada como penhora especial por alguns doutrinadores³, a penhora on-line nasce com a finalidade precípua de dar celeridade e efetividade à prestação jurisdicional e sua aplicação pelo Poder Judiciário tem crescido progressivamente.

A penhora on-line vem se sedimentando no ordenamento jurídico pátrio na medida em que a maioria dos doutrinadores⁴ e jurisprudências⁵

¹ Advogada - Gama Malcher Advocacia. e-mail: www.gamamalcher.adv.br; vanessamaneschy@globo.com; vanessamaneschy@gamamalcher.adv.br.

² A principal alteração consiste na criação do sincretismo processual no qual a execução far-se-á em sede de cumprimento de sentença como segunda fase do processo de conhecimento e não mais em processo autônomo.

³ Como Wambier (2008) e Abelha (2008).

⁴ Como por exemplo: Abelha (2008), Wambier (2008), Puchta (2009), Theodoro Jr. (2007), Didier (2009).

⁵ EMENTA: AGRADO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. PENHORA ONLINE. BACENJUD. Segundo os princípios que orientam o processo executivo, todos os atos nele praticados destinam-se a um desfecho único da satisfação do direito material definido em procedimento cognitivo. No deferimento da penhora, não há ofensa ao princípio

recentes vêm se posicionado em favor da constitucionalidade do instituto.

Em que pese um posicionamento quase pacificado relativo a constitucionalidade da penhora on-line, este artigo pretende refletir sobre os princípios que são violados com a aplicação desse instituto e que, por conseguinte, levantam questionamentos acerca de sua constitucionalidade.

2 PENHORA “GENÉRICA” X PENHORA ON-LINE

Segundo reza o artigo 646 do CPC, a execução por quantia certa visa a expropriar bens do devedor a fim de satisfazer o direito do credor consagrado em título executivo. Para que seja possível atingir a expropriação, faz-se necessário um procedimento executivo que se inicia com a penhora.

A penhora em sentido lato, ou seja, a penhora “genérica”, enquanto instituto processual, se apresenta como um ato de natureza executiva que tem por finalidade a identificação de um bem pertencente ao patrimônio do executado e que será alvo da expropriação.

De acordo com Abelha:

A penhora é um ato executivo instrumental (preparatório) da execução por expropriação, e, por via dela, apreende(m)-se bem (ns) do executado, com ou contra sua vontade, guardando-os para a expropriação final que irá satisfazer o crédito exequendo. (ABELHA, 2008, p. 337).⁶

Diante desses conceitos tem-se que a penhora é um ato de identificação, de apreensão e de guarda de um bem do patrimônio do executado, possuindo, portanto uma natureza conservativa, e não consistindo na expropriação em si.

da execução menos gravosa. Consagrando tal entendimento, a lei 11.382/2006 fez incluir o art. 655-A, modificando o inciso I do art. 655, trazendo a previsão normativa para a penhora em dinheiro em instituição financeira, autorizando sua indisponibilidade. DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO. UNÂNIME. (Agravado de Instrumento Nº 70032571937, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luis Augusto Coelho Braga, Julgado em 11/03/2010)

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PLEITO DE PENHORA ONLINE.POSSIBILIDADE NA HIPÓTESE. ARTIGO 655, I DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Possível a constrição de dinheiro na hipótese. O requerimento se deu em conformidade com a ordem legal prevista no art. 655 do Código de Processo Civil, após o advento da lei 11.382/06. Desnecessidade de esgotamento de diligências. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 70033795816, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira, Julgado em 16/12/2009)

⁶ ABELHA, Marcelo. *Manual de Execução Civil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

O efeito da individualização do bem obtido com a penhora tem por objetivo evitar que os demais bens do executado respondam pela execução.

Assim, a penhora “genérica”, nos termos do artigo 644 do CPC, se consuma com identificação seguida da apreensão e o depósito do bem do executado.

Contudo, essa modalidade de penhora não se aplica em todos os casos. Segundo Abelha:

Nem sempre os bens de valor econômico que compõem o patrimônio do executado possuem natureza corpórea, e por isso mesmo não podem ser apreendidos fisicamente. Isso significa dizer que nem todos os bens penhoráveis são apreendidos, guardados ou conservados mediante um procedimento padrão.
(ABELHA, op. cit., p.354).

Nessa seara descrita por Abelha (2008) é que se insere a penhora on-line, uma modalidade específica de penhora que tem um tratamento diferenciado da penhora “genérica”.

A penhora on-line não se limita a apreender certo bem do devedor e deixá-lo à disposição do credor, como nas clássicas penhoras de bens. O instituto tem um objetivo diferenciado conforme se pode observar pela leitura do artigo 655-A do CPC, *in verbis*:

Art. 655-A: Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução.

§ 1º As informações limitar-se-ão à existência ou não de depósito ou aplicação até o valor indicado na execução. (BRASIL, 2011).⁷

A penhora on-line descrita acima, diferentemente da penhora genérica, prevê que o juiz, por via eletrônica, proceda junto ao Banco Central o bloqueio de depósitos e aplicações financeiras em nome do executado para garantir o crédito do exequente.

O objetivo do legislador ao criar esse instrumento processual foi, precipuamente, a de assegurar celeridade, efetividade da prestação da tutela executiva de títulos judiciais e extrajudiciais.

⁷ BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm. Acesso em: 29 nov. 2011.

3 PROCEDIMENTO DA PENHORA ON-LINE

A penhora genérica, ocorre nos processos de execução por quantia certa contra devedor solvente, execução esta que pode se dar por título executivo judicial, arrolados no artigo 475 -N do CPC, ou por título executivo extrajudicial elencados no artigo 585 da lei adjetiva civil.

O procedimento da penhora on-line é igualmente possível nos casos de execuções fundadas em título executivo judicial, como nas fundadas em títulos executivos extrajudiciais e, em ambos os casos, a penhora se processa do mesmo modo.

Após esgotadas as oportunidades concedidas ao devedor para o cumprimento da obrigação, o juiz dá início a execução através da penhora.

O artigo 655-A do CPC autoriza que o magistrado, a requerimento do exequente, solicite ao Banco Central informações sobre a existência de numerário em nome do executado. Neste momento, o juízo da execução utiliza-se do BaCen JUD⁸, para obter as informações sobre a existência ou não de valores na conta de executado para satisfação do crédito exequendo.

O dispositivo aduz que o magistrado deve solicitar as informações “*podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade*”. Em que pese a menção à possibilidade de o juiz proceder imediatamente ao bloqueio dos valores da execução, boa parte da doutrina⁹ entende que não se trata de uma faculdade, mas sim de um dever do juiz. Nesse sentido afirma Puchta:

O magistrado não tem a faculdade de ordenar ou não a penhora on-line e sim, o poder-dever de fazê-lo, pois o Judiciário necessita atender os direitos fundamentais insertos na ordem jurídica do Estado Constitucional. (PUCHTA, 2009, p. 197).¹⁰

Assim, recebida a informação e havendo ativos nas contas do executado, o juiz determinará imediatamente o bloqueio até o valor da execução. O bloqueio pode ser menor do que o necessário, se houver saldo insuficiente, mas nunca superior ao valor da execução

Para Didier (2009) o ato de bloqueio dos valores da conta do executado se configura como um arresto executivo eletrônico.

⁸ Oriundo do convênio firmado entre o Poder Judiciário e Banco Central, o BaCen JUD é um sistema de software que permite aos juízes solicitar informações sobre a movimentação dos clientes de instituições financeiras e determinar o bloqueio de contas-correntes ou qualquer conta de investimento.

⁹ Como Puchta (2009) e Theodoro Jr. (2007)

¹⁰ PUCHTA, Anita Caruso. *Penhora de dinheiro on-line*. Curitiba: Juruá, 2009.

Em seguida, após o bloqueio bancário, o escrivão lavra o termo de penhora intimando o executado. De acordo com Didier (idem) é neste momento que o arresto se converte em penhora, visto que ao executado é dado ciência do ato.

Realizada a penhora on-line, e lavrado o seu respectivo termo, estará indisponível ao executado, em sua conta bancária, o valor correspondente a execução.

A desconstituição de uma penhora indevida somente poderá ser pleiteada após lavrado o termo de penhora por meio da impugnação do executado (475-L, III) nos caso de execução fundada em título executivo judicial ou por embargos a execução (art. 745, II do CPC) em caso de execução fundada em título executivo extrajudicial.

4 PRINCÍPIOS OFENDIDOS COM O ADVENTO DA PENHORA ON-LINE

Esta seção do presente artigo se dedica a analisar os princípios constitucionais e processuais que são violados com a penhora on-line, instituído criado com o advento da Lei 11.328/2006.

4.1 Princípio da menor onerosidade ao executado

O princípio da menor onerosidade ao executado é um princípio de ordem processual e se encontra presente no artigo 620 do CPC *in verbis*:

“Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor.”

O princípio em questão garante a humanização da execução. Essa constatação é facilmente percebida quando analisada a trajetória histórica da execução. Evoluiu-se do tempo no qual a dívida recaia sobre o próprio corpo do executado gerando casos de escravidão e prisão, para um momento no qual se garante um sistema de proteção ao devedor contra excessos na execução. Um sistema de proteção calcado em valores de equidade e justiça que evidenciam uma tendência humanística na execução.

A lei adjetiva civil vinha abraçando veementemente uma postura humanizada da execução e trazia, além do artigo 620, um sistema extremamente favorável ao devedor. Com as recentes alterações do CPC, o legislador buscou

minimizar esse amparo exacerbado em face ao devedor, e acabou por adotar um posicionamento nitidamente protetivo aos interesses do credor, sem, contudo excluir o artigo 620 do CPC.

Nesse sentido percebe-se que o atual modelo de execução adotado, no qual se prioriza os princípios da celeridade e da efetividade da prestação jurisdicional, se confronta com o princípio da menor onerosidade ao executado.

Para exemplificar a alteração no plano de proteção, basta observar que antes da lei 11.328/2006 a opinião do devedor era considerada antes da penhora. Com o advento da referida lei o executado só poderá impugnar a execução após a efetivação da penhora.

A indicação de bens a serem penhorados não mais compete ao devedor, sendo agora, segundo o artigo 652 do CPC, atribuição do credor. A celeridade almejada com este dispositivo se apresenta como mais gravosa para o executado.

A lei 11.328/2006 introduziu a penhora on-line (artigo 655-A) e alterou a ordem de preferência de penhora, posicionando o dinheiro como primeiro na lista, o que beneficiou muito o credor. Muitos doutrinadores¹¹ comemoraram essas inovações, enaltecendo o princípio da celeridade e da efetividade da tutela jurisdicional. Puchta (2009) que defende veementemente o instituo da penhora on-line aduz:

a penhora de dinheiro está inscrita por primeiro na ordem legal de preferência e isso necessita ser observado, sob pena de contrariedade à lei processual e a princípios constitucionais do processo, aos direitos fundamentais do exeqüente e ao interesse publico da prestação jurisdicional efetiva. (PUCHTA, 2009, p. 195).¹²

De acordo com a autora supra-citada, no processos de execução deverá sempre se fazer uso do instrumento de penhora on-line para garantir sua efetividade. Ademais a execução deve atender fielmente a ordem de preferência. Puchta (2009) defende, sem ponderações, o manejo desses institutos em prol da satisfação do credito do credor e a garantia de celeridade e eficiência da prestação jurisdicional.

Assim como Puchta (2009), Abelha (2008) defende a aplicação literal dos institutos de modo a privilegiar o credor em detrimento do princípio da menor onerosidade ao executado.

Contudo, segundo Câmara (2007), o princípio da menor onerosidade ao executado visa buscar equilíbrio de interesses entre exequente e executado.

¹¹ Como por exemplo Abelha (2008) e Puchta (2009).

¹² Op. Cit. PUCHTA, 2009, p. 195.

Como este autor, Wambier (2008) também pondera a aplicação desmedida dos princípios da efetividade e da celeridade, buscando uma interpretação sistemática aos processos de execução. Para Wambier:

A regra do art. 655-A procura privilegiar a eficiência da execução, mas sem desconsiderar o princípio do menor sacrifício do executado (art. 620). Precisamente por buscar o equilíbrio entre os dois princípios, tal ordem não é rígida, nem absoluta – a despeito do que dá a entender o teor literal do preceito. Eventualmente, admitir-se-á que a penhora recaia sobre bem em posição posterior na ordem de preferência, pois seria excessivamente oneroso para o devedor, se a constrição atingisse bens melhor posicionados. (WAMBIER, 2008, p. 206).¹³

Embora não seja a postura adotada nos juízos de execução, o entendimento desse ilustre doutrinador se coaduna com a idéia de harmonização de princípios.

O modelo atual de execução privilegia de modo exacerbado o credor e negligencia direitos expressamente garantidos ao devedor. Se por um lado as alterações do CPC surgiram para dar mais proteção ao exequente, por outro, o legislador manteve o artigo 620 do CPC para resguardar o devedor.

Contudo, não tem sido essa a interpretação adotada nos tribunais e nem por doutrinadores, como por exemplo, Puchta (2009) e Abelha (2008). Pelo contrário. O uso da penhora on-line com a justificativa de que o dinheiro se encontra ao topo da ordem de preferência de penhora tem se tornado uma constante.

A nova redação dada ao artigo 655 do CPC que elenca a ordem de penhora posiciona o dinheiro como primeiro da lista da penhora. Entretanto, a leitura literal do dispositivo mostra que se trata de uma preferência, não sendo, portanto, imperativo seguir a ordem da lista.

Os juízes se utilizam da penhora on-line de maneira desmedida sem avaliar o grau de prejuízo para o devedor que poderia satisfazer o crédito por outro meio.

Não é porque o dinheiro encabeça a lista de preferência da penhora, que obrigatoriamente far-se-á a penhora on-line de valores presentes nas contas do devedor. Esse ato, tão utilizado nas varas de execução, só ratifica a priorização ao princípio da celeridade e da efetividade.

¹³ WAMBIER, Luis Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil*. Vol 2. Ed. Revista dos tribunais. 18ª ed: São Paulo. 2008.

A violação ao princípio da menor onerosidade ao executado se torna muito mais evidente nas execuções fundada em título executivo extrajudicial. Isto porque, temos nessa modalidade de execução, um procedimento muito mais célere.

Com o ajuizamento da demanda o devedor tem apenas 3 dias para efetuar o pagamento da dívida (artigo 652). Não efetuado o pagamento se procede a penhora que pode ser realizada nos moldes do artigo 652 § 2, ou, por meio eletrônico, a requerimento do credor. Assim, de maneira célere o devedor terá seu patrimônio atingido, só podendo questionar a penhora após sua efetivação.

A utilização reiterada da penhora on-line nos casos de execução fundada em título executivo extrajudicial não permite uma discussão aprofundada sobre crédito exequendo.

Portanto, ao permitir nesses casos, que se proceda, sempre à penhora on-line sem avaliar as causas do inadimplemento e sem avaliar qual modo de penhora será menos gravosa ao devedor, está se privilegiando em excesso a uma parte na relação processual: o exequente.

Não se questiona a aplicação da penhora on-line para os casos de cumprimento de sentença quando há um processo de cognição exauriente acerca da matéria. Nesses casos o uso da penhora on-line na fase executiva encontra-se em perfeita consonância com o princípio da celeridade e da efetividade.

O mesmo, entretanto, não pode ser dito para os casos de execução fundada nos títulos executivos extrajudiciais.

Não se advoga em favor da extinção da penhora on-line. O que se defende é a compatibilização dos princípios de celeridade e efetividade com o princípio da menor onerosidade ao executado.

Câmara (2007), que defende o equilíbrio entre os princípios conflitantes, examina:

(...) se a penhora incide sobre um bem que é capaz de garantir tal satisfação do crédito e o devedor tem outro, também capaz de garantir tal satisfação, mas que uma vez apreendido traria a ele menor gravame, deverá a penhora incidir sobre este bem e não sobre aquele primeiro. (CÂMARA, 2007, p. 165).¹⁴

A aplicação irrestrita da penhora on-line nos casos de execução fundada em título executivo extrajudicial tem se mostrado extremamente atentatório

¹⁴ CÂMARA, Alexandre. *Lições de Direito Processual Civil*. 14. ed. Lumem Juris, 2007. v. 2.

ao princípio da menor onerosidade ao executado. Isto porque indisponibiliza o patrimônio do devedor tão logo iniciado o litígio, sob o argumento de que o dinheiro é o primeiro bem na ordem de preferência da penhora.

Como já dito alhures, trata-se de preferência, não de uma imposição. A penhora, nesses casos, não precisa obrigatoriamente recair sobre as contas do devedor se este tiver um meio menos gravoso para satisfazer o crédito.

Não se trata de um recurso procrastinatório que venha a prejudicar o credor. Como nas execuções fundadas em títulos executivos extrajudiciais o processamento da ação ocorre de modo mais célere, portanto, não há que se falar em procrastinação, mas sim de assegurar ao devedor a prevalência do princípio da menor onerosidade ao executado.

4.2 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade é a viga mestra de um Estado Democrático de Direito, que em essência, segundo Silva (2005), subordina-se à Constituição e sujeita-se ao império da lei.

Consagrado pelo artigo 5º, II da Constituição Federal, o efeito do princípio da legalidade no que diz respeito ao Estado difere do efeito que incorre sobre os indivíduos. As pessoas privadas podem fazer tudo o que a lei não proíbe, enquanto o Estado só pode exercer o que a lei autorizar.

Toda a atividade do Estado deve respeitar as próprias leis que edita, caso contrário, a atividade é ilícita.

O instituto da penhora on-line não viola, *de per si*, o princípio da legalidade haja vista sua previsão em lei que atendeu devidamente a todo o processo de elaboração legislativa. A questão jaz na aplicação da penhora on-line em determinados casos de execução.

A realização da penhora on-line muitas vezes ocorre imediatamente com a constatação de numerários presentes nas contas do executado. Contudo, com esse bloqueio imediato, não há como o juiz ter conhecimento acerca da natureza ou da origem do dinheiro bloqueado.

Com a indisponibilização imediata de valores nas contas do executado, o juiz pode vir a apreender “vencimentos, subsídios, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões pecúlios e montepios: as quantas recebidas por liberalidade de terceiros e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos do trabalhador autônomo, e os honorários de profissional liberal (...)” todos esses, bens absolutamente impenhoráveis de acordo com o artigo 649 IV do CPC.

O respeito ao rol de impenhorabilidade não se limita a sua disposição em lei, encontrando amparo principiológico. Para Abelha:

o motivo do legislador livrar determinados bens do executado da incidência da responsabilidade patrimonial é de origem política, visando contemplar valores relacionados à religião, ética, humanitarismo etc., tudo com vistas a atender ao postulado de máxima proteção à dignidade do executado. (ABELHA, 2008, p. 343).¹⁵

Já não bastasse o prejuízo causado pela penhora on-line que indisponibiliza valores de natureza alimentar da conta do executado, mais esdrúxulo ainda é o recurso previsto para sanar essa arbitrariedade.

O executado só poderá questionar o ato preparatório da execução, após sua efetivação cabendo a este inclusive o ônus de comprovar a que natureza e a origem do dinheiro penhorado se encontra no rol previsto pelo artigo 649 IV.

Nesse sentido, a penhora on-line de valores de natureza alimentar representa um ato atentatório a sobrevivência digna do executado e se configura como verdadeiro ato *contra legem*, uma vez que há pelo Estado-juiz, ofensa direta ao artigo 649 IV do CPC.

4.3 Princípio da Segurança Jurídica

O princípio da segurança jurídica está diretamente relacionado à noção de confiança que, em um Estado Democrático de Direito, significa atribuir crédito aos procedimentos, atos e condutas estatais em suas diversas esferas de atuação.

O princípio em questão garante a estabilidade das relações jurídicas de modo a evitar que ocorra injustificadamente a desconstituição de atos e/ou fatos jurídicos. Espera-se, portanto, que o Estado atue de modo previsível declarando o que é ilícito ou ilícito.

A penhora on-line surgiu como mecanismo para garantir a efetividade da tutela jurisdicional. A celeridade assegurada pela aplicação desse instrumento gera satisfação tanto para aquele que busca o êxito de sua pretensão, como para aquele que atua direto na realização da penhora, neste caso o juiz.

Percebe-se, contudo, que muitas vezes o magistrado no afã de querer compor a lide, age indevidamente determinando a penhora on-line de ofício, violando disposição literal do artigo 655-A do CPC, que exige o requerimento expresso do exequente para a realização da penhora on-line.

¹⁵ ABELHA, Marcelo. *Manual de Execução Civil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

A lei é fonte de segurança, e sua violação pelo próprio Estado-juiz acarreta na desestabilidade das relações jurídicas e descrédito nas condutas do Estado. O juiz não pode atropelar a lei, mesmo que seja sob o argumento de assegurar a tutela jurisdicional.

Outro aspecto da penhora on-line que se demonstra ofensiva a segurança jurídica é a penhora simultânea de contas correntes em nome do executado.

Atualmente, o magistrado ao solicitar informações ao Banco Central via BaCen JUD, deseja conhecer se o executado dispõe de valores em instituições financeiras para satisfazer o crédito exequendo.

Em constatando a presença de numerário na conta do executado, o juiz determina o seu imediato bloqueio.

O sistema identifica as contas do devedor e atesta a existência dos valores referentes a execução. Ocorre que com a determinação do bloqueio, o sistema realiza a indisponibilização dos valores da execução de todas as contas que o executado possuir em seu nome. Isto é, se o executado possuir mais de uma conta e, em cada uma, contiver o valor do crédito discutido, será bloqueado o valor da execução em cada conta.

Atualmente se, ao requerer a penhora on-line, o exequente não indicar especificamente uma conta única conta corrente do executado sob a qual recairá a penhora, o BaCen JUD, ao realizar a busca junto as instituições financeiras, arrola todas as contas em nome do executado.

Feito isso, não há como selecionar apenas uma das contas e proceder a penhora, o que causa excesso de execução e prejuízos ao executado que podem ser irreparáveis

Em que pese sua eficiência, o sistema BaCen JUD precisa ser aperfeiçoado de modo a evitar o bloqueio simultâneo de contas correntes. Caso contrário, o modelo vigente adotado pelo sistema permanecerá a ofender, incontestavelmente, ao princípio da segurança jurídica.

4.4 Princípio da inviolabilidade de dados pessoais

Em princípio o dispositivo 655-A do CPC aduz que as informações prestadas pelo sistema BaCen se limitam a indicar a existência ou ausência dos valores da execução nas contas do executado, para que, em havendo os referidos valores, estes possam ser bloqueados para garantir-se a a satisfação do crédito. Porém esta não é a realidade. De acordo com o próprio manual do sistema Ba Cen JUD 2.0, o usuário do sistema pode "solicitar informações, saldos, extratos, endereços, de pessoas físicas e jurídicas do SFN" (p. 4).

Isso evidencia a quebra do sigilo bancário do executado. Ao permitir acesso ao extrato de conta corrente e poupança do executado, o sistema age *contra legem* violando o disposto no artigo 655-A do CPC que prevê somente o conhecimento quanto a presença ou não de numerário para satisfazer a execução.

Ademais, o acesso do juiz a extratos bancários de contas em nome do executado configura nítida ofensa ao princípio da inviolabilidade de dados pessoais prevista no artigo 5º X, da Carta Magna, *in verbis*

São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. (BRASIL, 2011).¹⁶

O BaCen permite o intercâmbio de informações entre o sistema bancário e o Poder Judiciário para que se preste uma tutela jurisdicional efetiva e célere. Este fato não se questiona. Entretanto, a lei (mais precisamente o artigo 655-A) é clara quanto ao objetivo do sistema.

Ao solicitar informações às instituições financeiras, o juiz tem como objetivo único conhecer se o executado dispõe de valores para garantir a execução. Em havendo o valor pretendido, procede-se o bloqueio. Somente. Não há razão nem fundamento jurídico que justifique a necessidade do juiz em obter informações detalhadas acerca da vida financeira do executado. O sistema BaCen JUD foi além do que prevê a legislação infraconstitucional, de forma que poder-se-ia até falar em excesso na execução, nos casos de obtenção de extratos pela via eletrônica.

4.5 Princípio da isonomia

A violação do princípio da isonomia pela aplicação da penhora on-line pode ser analisada sob duas perspectivas.

A primeira diz respeito ao tratamento dado pelo legislador para a penhora que recai sobre um bem corpóreo e a penhora on-line de dinheiro.

Quando a penhora recai sobre um bem corpóreo, no qual se permite a apreensão física do bem, esta penhora não retira do executado sua dominialidade sobre o bem. São retirados apenas alguns atributos da propriedade como o usufruto, a disposição e a posse direta.

¹⁶ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 29 nov. 2011.

Há hipóteses, como a do artigo 666 § 1º do CPC, por exemplo, em que é permitido que o próprio executado fique com a posse direta do bem agindo como depositário. Nesses casos, o devedor pode até utilizar este bem contanto que conserve a integridade de seu estado e não provoque a sua desvalorização.

Observa-se que, nessas hipóteses, o legislador relativizou o procedimento da penhora de um bem, relativização esta que se torna impossível nos casos de penhora eletrônica de dinheiro. Tão logo procedida o bloqueio, imediatamente o devedor fica impossibilitado de usufruir e de dispor de seus rendimentos.

Não há, portanto, uma proporcionalidade, uma isonomia, entre a penhora que recai sobre bens materiais e corpóreos e a penhora de dinheiro on-line, esta última sendo evidentemente mais gravosa ao executado.

A ofensa ao princípio da isonomia também pode ser analisado por outra perspectiva.

Assim que o juiz afere a existência de numerário na conta do executado, o mesmo expede imediatamente ao Banco Central, via BaCen JUD, uma ordem de bloqueio desses valores em contas do executado. Esse bloqueio é realizado dentro de 48 horas que, em tão exíguo prazo, fica indisponível ao devedor.

Nos casos de inconformismo, acolhidos os embargos ou a impugnação do executado pelo juiz, o devedor pode reaver os valores penhorados em sua conta.

Contudo, a velocidade do desbloqueio dos valores apreendidos nas contas bancárias das pessoas físicas ou jurídicas não é igual a velocidade do bloqueio. Isso ocorre não pelo procedimento eletrônico em si, mas pela morosidade relativa a tramitação processual.

Por essa perspectiva é que também a penhora on-line pode ser considerada como ofensiva ao princípio da isonomia.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Abelha (2008), defendendo a constitucionalidade da penhora on-line, aduz que a mesma representa um “mero incomodo” ao executado. Os doutrinadores que advogam em favor da penhora on-line aparentemente desconsideram os prejuízos que são causados pela aplicação de uma medida constritiva agressiva a um indivíduo que encontra-se com dificuldades de honrar seus compromissos.

Vale ressaltar que em razão de generalizações, todo e qualquer devedor acabou recebendo um tratamento de tendência pouco humanizada. Nesse sentido é que se assegura ao devedor o princípio da menor onerosidade ao executado, conforme alerta brilhantemente Câmara:

É bom lembrar que nem todo devedor é desidioso, nem deve ser tratado como vilão. (...) há devedores que chegam a situação de inadimplemento que normalmente se identifica na execução em razão das ‘dolorosas vicissitudes da vida’ e é principalmente por causa desses devedores que a observância desse princípio (...). (CÂMARA, op. cit., p. 165).¹⁷

Entende-se ser de suma importância diferenciar o devedor de boa-fé que pode estar sofrendo um colapso patrimonial em virtude de involuntárias circunstâncias da vida, do devedor de má-fé que ardilosamente e intencionalmente se esquia de seus compromissos com o ânimo de obter vantagens.

Os doutrinadores que defendem a constitucionalidade da penhora on-line adotam sempre como parâmetro um devedor de má-fé, sem fazer as devidas ponderações com relação ao devedor que sofre com infortúnios da vida. Com isso, geram-se posicionamentos uniformizados em prol da aplicação desmedida do instituto.

É importante esclarecer que o instituto da penhora on-line se apresenta como um instrumento moderno e atualizado na busca por uma prestação jurisdicional efetiva. Sua eficácia é indubitável.

O que se questiona é o modo como se processa o instituto. O modelo adotado pelo legislador, e a forma como o instituto tem sido aplicado, levantam questionamentos quanta à sua inconstitucionalidade. Até que ponto não estão sendo atropelados direitos fundamentais em prol de uma tutela jurisdicional célere e efetiva?

O presente trabalho buscou analisar o aspecto inconstitucional do instituto da penhora on-line, haja vista a ofensa direta a princípios constitucionais e processuais.

Observou-se que a penhora on-line ofende aos seguintes princípios: o da menor onerosidade ao executado, da legalidade, da inviolabilidade de dados pessoais, da segurança jurídica e da isonomia.

A solução para convalidar o instituto da penhora on-line seria buscar uma adequação do seu *modus operandi* para harmonizá-lo com garantias e proteções constitucionais vigentes.

¹⁷ CÂMARA, op. cit., p. 165.

Urge, portanto, ajustar o equilíbrio entre os princípios conflitantes quais sejam: o da efetividade da execução e da execução menos gravosa ao executado. Assim pode-se assegurar uma prestação jurisdicional pautada nos valores de equidade e justiça.

Para qualquer espécie de penhora defende-se uma aplicação cautelosa. No caso da penhora on-line esse cuidado é redobrado visto que dinheiro é fonte de garantia da subsistência de um indivíduo. Ao proceder a uma penhora on-line, o magistrado deve analisar cuidadosamente o caso concreto - principalmente nas execuções fundadas em título executivo extrajudicial no qual o processo já é célere - pois somente assim poderá se garantir a aplicação mais humanizada e justa do instituto.

RETHINKING THE (UN)CONSTITUTIONALITY OF ONLINE ATTACHMENT

ABSTRACT: This article, in the field of civil procedural rules , seeks to analyze the online attachment , institute introduced by the Law nº 11.328 of 2006. During a literature research some constitutional principles that are violated by the inclusion of this law in the legal system were identified. This analysis along with bibliographic research, enabled the opportunity to question the constitutionality of the online attachment.

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. *Manual de Execução Civil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. *BACEN JUD 2.0. Sistema de atendimento do Poder Judiciário : Manual Básico*, [s.d.].

BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm. Acesso em: 29 nov. 2011.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituição/Constituição Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituição/Constituição%20Compilado.htm). Acesso em: 29 nov. 2011.

CÂMARA, Alexandre. *Lições de Direito Processual Civil*. v. 2. Lumem Juris. 14. ed. 2007.

DIDIER, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 5. Jus Podivm, 2009.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 4. Malheiros, 2005.

PUCHTA, Anita Caruso. *Penhora de dinheiro on-line*. Curitiba: Juruá, 2009.

SILVA, Jose Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Malheiros. 24. ed. São Paulo, 2005.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito Processual Civil*. v. 2. 41. ed. Forense, 2007.

WAMBIER. Luis Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil*. v. 2. Revista dos tribunais. 18. Ed. São Paulo, 2008.

Crônicas Legislativas



Ver-o-Peso (ao fundo Mercado de Peixe)

O EXAME CRIMINOLÓGICO E A EQUIVOCADA RESOLUÇÃO Nº 009/2010 DO CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA

Renato Marcão¹

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 NOSSA POSIÇÃO A RESPEITO DA (IM) POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE EXAME CRIMINOLÓGICO POR OCASIÃO DA APRECIÇÃO DE PEDIDO DE PROGRESSÃO DE REGIME. 3. POSIÇÃO DO STF E DO STJ. 4 A RESOLUÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. 5 CONCLUSÃO.

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei 10.792/2003, que entre outras providências alterou a redação do art. 112 da Lei de Execução Penal, estabeleceu-se acirrada discussão na doutrina a respeito da admissibilidade, ou não, do exame criminológico por ocasião da progressão de regime prisional.

Instadas a se pronunciarem, as instâncias recursais também se dividiram a respeito do tema, mas recentemente o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça se posicionaram de forma clara a respeito do tema, acenando para a possibilidade de realização do exame criminológico, a critério do juiz da execução penal, devendo ser apreciada caso a caso a necessidade do exame, mediante decisão fundamentada.

Ainda em razão da mesma discussão, tramitam no Congresso Nacional projetos de lei que visam ressuscitar expressamente o exame criminológico para aferição de mérito visando progressão de regime.

Em meio a tal quadro, de forma equivocada, o Conselho Federal de Psicologia editou a Resolução nº 009, de 29 de junho de 2010, que regulamenta a atuação do psicólogo no sistema prisional, e em seu art. 4º, alínea “a”, assim dispõe: “Conforme indicado nos arts. 6º e 112 da Lei

¹ Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo. Mestre em Direito. Professor convidado no curso de pós-graduação em Ciências Criminais da Rede Luiz Flávio Gomes e em cursos de pós-graduação em diversas Escolas Superiores de Ministério Público e da Magistratura. Membro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP. Membro da *Association Internationale de Droit Pénal* (AIDP). Membro Associado do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), do Instituto de Ciências Penais (ICP) e do Instituto Brasileiro de Execução Penal (IBEP).

nº 10.792/2003 (que alterou a Lei nº 7.210/1984), é vedado ao psicólogo que atua nos estabelecimentos prisionais realizar exame criminológico e participar de ações e/ou decisões que envolvam práticas de caráter punitivo e disciplinar, bem como documento escrito oriundo da avaliação psicológica com fins de subsidiar decisão judicial durante a execução da pena do sentenciado”.

É inegável o equívoco do referido dispositivo, conforme veremos mais adiante.

2 NOSSA POSIÇÃO A RESPEITO DA (IM)POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE EXAME CRIMINOLÓGICO POR OCASIÃO DA APRECIAÇÃO DE PEDIDO DE PROGRESSÃO DE REGIME

Conforme já discurremos em outras ocasiões,² estamos definitivamente convencidos de que, embora até possa determinar a realização de exame criminológico, não é lícito ao juiz da execução negar progressão de regime com base em informações ou interpretações que possa extrair do laudo respectivo.

É que, em razão das mudanças impostas pela Lei nº 10.792/2003, o art. 112 da Lei de Execução Penal exige *apenas o cumprimento de um sexto da pena*, como requisito objetivo para progressão, e a apresentação de *atestado de boa conduta carcerária* firmado pelo diretor do estabelecimento prisional, como requisito subjetivo. É o que basta para a progressão.

Indeferir pedido de progressão com base em apontamentos do laudo criminológico, se o executado cumpriu um sexto da pena no regime atual e juntou atestado de boa conduta carcerária, nos termos do art. 112 da Lei de Execução Penal, corresponde a indeferir pedido com base em requisito não exigido.

É preciso enxergar a verdadeira intenção do legislador e admitir a mudança.

A lei não mudou para ficar tudo como estava, e prova disso é a existência de projetos de lei tramitando no Congresso Nacional visando nova modificação da LEP para trazer de volta o exame criminológico no momento da progressão.

² MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. Saraiva, 8 ed., 2010; *Lei de Execução Penal Anotada e Interpretada*, 3. ed., Lumen Juris, 2009.

3 POSIÇÃO DO STF E DO STJ

Adotando entendimento diverso do que defendemos, após reiteradas decisões no sentido de que o juiz da execução penal pode, diante do caso concreto e desde que o faça em decisão fundamentada, determinar a realização do exame criminológico e valorar suas conclusões para efeito de aferir a presença de mérito para a progressão de regime, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante 26, que tem a seguinte redação: “Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.”

Com redação mais abrangente, porém, sem força vinculante, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 439, nos seguintes termos: “Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada”.

O posicionamento das Cortes citadas restou muito claro, e mais não é preciso dizer a esse respeito.

4 A RESOLUÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA

É equivocada, para dizer o mínimo, a proibição pretendida pelo Conselho Federal de Psicologia com a redação da alínea “a” do art. 4º, da Resolução nº 009/2010.

De início é de se ressaltar o desacerto de sua fundamentação, visto que os arts. 6º e 112 da Lei de Execução Penal não *proíbem* a realização do exame criminológico.

Quanto ao art. 6º não há qualquer dúvida.

Em relação ao art. 112, ainda que adotado nosso posicionamento acima indicado, não caberia ao referido Conselho impor a indevida (até porque inconstitucional) proibição ao exercício da profissão de psicólogo, especialmente no campo da execução penal, e menos ainda no momento e para as finalidades indicadas no corpo da Resolução.

No mais, note-se que em sentido contrário à pretensão do referido Conselho há Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal dispondo a respeito da possibilidade de realização de exame criminológico e também Súmula do Superior Tribunal de Justiça, com o alcance ainda mais amplo que se extrai de sua redação, de maneira que a restrição imposta contraria o posicionamento das duas Cortes de Justiça, de forma a estampar o lamentável equívoco a que se lançou Conselho Federal ao regulamentar a atuação dos psicólogos no sistema prisional.

Não bastasse a celeuma criada pelo legislador ordinário com a Lei nº 10.792/2003, temos agora um grande desserviço prestado por quem tem reconhecidas condições de contribuir valiosamente para o destino do processo execucional.

Nem se diga que a Resolução tem a pretensão de estabelecer que dentre as atividades profissionais desenvolvidas pelos psicólogos está vedada a realização de exame criminológico, até porque tal prática está autorizada na mesma Resolução, “por ocasião do ingresso do apenado no sistema prisional”, conforme se extrai do mesmo art. 4º, alínea “b”, redação que respeita os arts. 6º e 7º da LEP.

Os problemas que decorrem do dispositivo aqui hostilizado são evidentes, pois naqueles casos em que o juiz determinar a realização de exame criminológico visando a aferição de mérito para a progressão de regime prisional, havendo recusa do psicólogo incumbido, e isso com fundamento na referida Resolução, estará criado impasse que demandará tempo para sua solução, com consequente demora na prestação jurisdicional e inevitáveis prejuízos ao executado e à sociedade enquanto se aguarda a resolução do problema que era absolutamente evitável.

5 CONCLUSÃO

Diante do pântano a que se encontra lançada a execução penal no Brasil, o mínimo que se espera é que os envolvidos com o processo execucional em sentido amplo, podendo ajudar, não atrapalhem.

Pareceres



Embarcação típica da Amazônia

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA

João Gualberto dos Santos Silva¹

APELAÇÃO CÍVEL

Processo: APELAÇÃO CÍVEL nº 2011.3.002563-3

Origem: Comarca de Belém - PA

Ação: AÇÃO CIVIL PÚBLICA C/C TUTELA ANTECIPADA

Juízo: 1ª Vara da Fazenda

Drª. Teresinha Nunes Moura

Apelantes: GM LEASIN S/A - ARRENDAMENTO MERCANTIL E OUTROS
- Réus

Advogados Douglas Olegário Santos e outros

Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ - Autor

Promotora de Justiça Joana Chagas Coutinho

Relator: Desembargadora Maria de Nazaré Saavedra Guimarães

PARECER

1 RELATÓRIO

Trata-se, de **RECURSOS DE APELAÇÃO** interpostos por **GM LEASIN S/A –ARRENDAMENTO MERCANTIL, SUDAMERIS ARRENDAMENTO MERCANTIL S/A, VOLKSWAGEN SERVIÇOS S/A, FINASALEASING ARRENDAMENTO MERCANTIL S/A, ALFA ARRENDAMENTO MERCANTIL S/A, DIBENS LEASIN ARRENDAMENTO MERCANTIL S/A, SAFRA LEASING ARRENDAMENTO MERCANTIL S/A, ABN AMRO ARRENDAMENTO MERCANTIL S/A e FINASA ARRENDAMENTO MERCANTIL S/A**, em face de sentença proferida pela Exmª. Srª. Juíza de Direito da 1ª Vara de Fazenda da Comarca de Belém-PA, Drª. Teresinha Nunes Moura, nos autos de **AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

¹ Promotor de Justiça convocado (3.º cargo, em exercício) do Ministério Público do Estado do Pará. Recebeu Diploma de Honra ao Mérito, outorgado pela Corregedoria-Geral do Ministério Público pelo Melhor trabalho forense na “Categoria Procurador de Justiça” com a peça processual “Manifestação em Ação Rescisória, objetivando guerrear sentença que julgou improcedente a Ação Ordinária de Desconstituição de Ato Jurídico combinado com pedido de antecipação de tutela - Processo n.º 2001.3.007341-9”, e-mail: joao@mp.pa.gov.br

C/C TUTELA ANTECIPADA manejada pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ – PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE DEFESA DO CONSUMIDOR** (22.02.1999) que julgou procedente em parte o pedido, consoante o dispositivo da decisão a seguir transcrito (fls. 4.844 a 4.860, 21º volume):

[...] JULGA-SE procedente, em parte, o pedido da presente AÇÃO CIVIL PÚBLICA movida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL contra as empresas FORD FACTORING FOMENTO COMERCIAL LTDA E OUTRAS, para:

1. Declarar a nulidade da cláusula contratual que estabeleceu a variação do dólar como índice de correção monetária, nos contratos em que não ficar comprovada a obtenção de recursos no exterior, determinando que seja aplicado como índice de reajuste, em substituição, o INPC – Índice Nacional de Preços ao Consumidor, a partir da assinatura dos contratos, devendo ser devolvidos, em dobro, os valores pagos a maior, com as devidas compensações com as prestações vincendas, acaso ainda existentes, devendo os valores pagos a maior ser corrigidos monetariamente a partir das datas de desembolso, acrescidos de juros legais a partir da data de citação;

2. Determinar a revisão da cláusula contratual que estabeleceu a variação do dólar como índice de correção monetária, nos contratos em que ficar comprovada a obtenção de recursos no exterior e sua aplicação no financiamento efetuado com o consumidor, para permitir a divisão da onerosidade excessiva decorrente da liberação da banda cambial no percentual de 50% (cinquenta por cento) para cada parte, a partir de 19.01.1999, inclusive até o final do contrato, com a devida devolução ou compensação com parcelas vincendas, caso existentes, dos valores pagos a maior pelos contratados, devendo os valores pagos a maior ser corrigidos monetariamente a partir das datas de desembolso, acrescidos de juros legais a partir da data de citação. Determina-se, ainda, que os autos de ações privadas, autuadas por dependência a esta Ação Civil Pública, sejam desapensados e remetidos às varas judiciais originárias ou redistribuídos, se for o caso, em vista da incompetência desta 14ª Vara Cível para dirimir e presidir os processos de questões particulares, devendo ser juntada cópia da presente decisão a esses autos. Custas como de lei, e honorários advocatícios, que se fixa em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, distribuído proporcionalmente entre as empresas sucumbentes, em benefício do Fundo Especial de Defesa do Consumidor, já considerada a sucumbência parcial, deixando-se de condenar o Ministério Público em sucumbência, em vista do amparo legal. Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Belém, 29 de novembro de 2005. Teresinha Nunes Moura – Juíza de Direito da 14ª Cível da Capital, em exercício. (destaques do MP)

Consta dos autos que diversos consumidores que firmaram CONTRATOS DE ARRENDAMENTO MERCANTIL (LEASING) para AQUISIÇÃO DE VEÍCULOS, inclusive os fabricados no Brasil, no mês de FEVEREIRO DO ANO DE 1999, procuraram o Ministério Público do Estado do Pará, isto é, a Promotoria de Justiça de Defesa dos Direitos do Consumidor, requerendo providências com relação a tais contratos, os quais com a súbita elevação do dólar tiveram suas prestações aumentadas, causando onerosidade excessiva, em face de INDEXAÇÃO À MOEDA NORTE AMERICANA.

Assim, narram os autos de Ação Civil Pública que as empresas requeridas financiavam a aquisição de bens móveis de diversos tipos através de arrendamento mercantil ou leasing, regulando-se as relações com os consumidores por intermédio de CONTRATOS DE ADESÃO. Ressalta a inicial da Ação Civil Pública que o Brasil, à época, ingressou em um período de grave turbulência financeira, precedido de desemprego, juros estratosféricos, desequilíbrio das despesas em relação à arrecadação, embora o país, através de suas autoridades financeiras, tivesse prometido que durante o PLANO REAL a política monetária seria estável, fixando-se uma banda dentro da qual flutuaria a cotação do dólar. Com a mudança brusca em janeiro de 1999 os consumidores que firmaram contratos de leasing ficaram excessivamente onerados, SUBINDO O VALOR DO DÓLAR E OCORRENDO A MAXIDESVALORIZAÇÃO DO REAL.

Essa situação levou o Ministério Público a manejar Ação Civil Pública, por se tratar de INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS e do surgimento de FATO SUPERVENIENTE que ONEROU EXCESSIVAMENTE OS CONSUMIDORES, requerendo a aplicação da TEORIA DA IMPREVISÃO aos contratos, com base no artigo 6.º, inciso V, do CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, perdurando a DEMANDA por mais de doze anos, embora SENTENCIADA EM 29 DE NOVEMBRO DE 2005.

Foram juntados diversos contratos encaminhados pelo PROCON (volumes 07,08 e 09 e outros), possuindo os autos VINTE E DOIS VOLUMES. Eis o resumo dos fatos.

Irresignados com a sentença os réus interpuseram recurso de apelação, cujas razões transcrevem-se abaixo.

1.1 DAS RAZÕES DE APELO DE FINASA LEASING ARRENDAMENTO MERCANTIL

O recorrente FINASA LEASING ARRENDAMENTO MERCANTIL apresentou razões recursais (fls. 4.880 a 4.895), aduzindo, em síntese, preliminarmente, a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor (CDC), visto que a Magistrada sentenciante repeliu a preliminar de carência de ação por não ter o Ministério Público legitimidade ativa em face da inexistência de relação de consumo. Assim, o contrato de arrendamento mercantil não se identifica com a figura dos fornecedores de bens na acepção do artigo 3.º do CDC, devendo ser extinto o processo.

Ainda em sede preliminar, alegou o recorrente a ausência de homogeneidade dos interesses que se pretende proteger, sendo o Ministério Público parte ilegítima para figurar no pólo ativo da demanda (*ilegitimidade ad causam*), conforme artigo 1.º, II, da LACP e artigo 81, III, CDC. Dessa forma, sustentou que a ACP objetiva proteger indistintamente todos os contratos de arrendamento mercantil indexados pela variação cambial. Logo, os interesses não são homogêneos por abranger um número incalculável de situações diferentes.

No mérito, combateu a alegação da Magistrada de que o princípio da *pacta sunt servanda* não deve obstar as revisões contratuais, posto que os contratos são livremente ajustados entre as partes, inclusive a opção pela variação cambial (indexação ao dólar norte americano) é permitida no artigo 6.º, da Lei n.º 8.880, de 27.05.1994. Também não houve qualquer fato superveniente para modificar os contratos, não podendo as partes argumentar posteriormente a onerosidade excessiva.

No que pertine à restituição de valores, o apelante afirmou que nada cobrou além do que foi contratado, não tendo os contratados se insurgido contra a forma de atualização do arrendamento no ato da contratação, tampouco quando do recebimento do bem arrendado. Por fim, pediu fosse provido o apelo, reformando-se a sentença e julgando-se improcedente a ACP ou, *ad cautelam*, fosse parcialmente provida à apelação para ressarcir os valores eventualmente pagos a maior como repetição na forma simples, afastando-se a restituição em dobro.

Em contrarrazões (fls. 5.256 a 5.277 volume 22), o Ministério Público defendeu sua legitimidade para figurar no pólo ativo da ação, se louvando nos artigos 1.º, inciso II e 5.º, da Lei n.º 7.347/85 e artigo 82, I, do CDC. Sustentou ser de origem comum os contratos de arrendamento mercantil, pois há o compartilhamento de prejuízos, não havendo a necessidade de provar-se a existência de fato superveniente a justificar a alteração contratual. Por derradeiro, pediu fosse mantida a sentença guerreada.

1.2 DA APELAÇÃO DE ABN AMRO ARRENDAMENTO MERCANTIL S/A

O apelante também argüiu a ilegitimidade do Ministério Público para figurar no pólo ativo da ação, sob pena de ir-se ao encontro de orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, pois os contratos de arrendamento mercantil não se subordinam ao CDC em face de serem disponíveis, divisíveis e não transindividuais os interesses ou direitos que defluem dos contratos em questão. Assim, pediu fosse acatada tal preliminar.

No mérito, sustentou que a variação cambial foi objeto de opção quando da assinatura do contrato, sendo previsível a desvalorização do real e o risco assumido pelos contratantes, os quais se beneficiaram enquanto se manteve a paridade entre as moedas, não se falando na existência de fatos inesperados e supervenientes. No caso, afirmou haver autorização de Lei federal para o estabelecimento de reajuste vinculado a variação cambial (art. 6.º, da L 8.880/94). Dessa forma, a cláusula não é nula como afirma o Ministério Público, não podendo o Juiz alterar disposições contratuais. Terminou pedindo fosse conhecido e provido o recurso.

Em contrarrazões (fls. 5.209 a 5.231), o Ministério Público reiterou os argumentos acima expendidos e pediu fosse mantida a sentença atacada.

1.3 DA APELAÇÃO DE SUDAMERIS ARRENDAMENTO MERCANTIL S/A

Nas razões de apelo, a Sudameris Arrendamento Mercantil S/A (fls. 4.938 a 4.954), reiterou a mesma argumentação feita por ABM AMRO, terminando por pedir fosse conhecido e provido o recurso.

Em contrarrazões (fls. 5.187 a 5.208) o Ministério Público do Estado do Pará sustentou a mesma argumentação expendida acima.

1.4 DA APELAÇÃO DE SAFRA LEASING ARRENDAMENTO MERCANTIL S/A

Nas razões de apelo Safra Leasing Arrendamento Mercantil S/A fez também a mesma argumentação da ABN AMRO, pedindo fosse conhecido e provido o recurso para reformar a sentença chicoteada.

Em contrarrazões (fls. 5.300 a 5.322), o MP fez a mesma argumentação e pediu fosse improvido o apelo.

1.5 DA APELAÇÃO DE GM LEASING S/A - ARRENDAMENTO MERCANTIL

Em razões recursais a apelante colocou ser parte ilegítima o MP para figurar no pólo ativo da demanda, posto que os contratos firmados não envolvem relação consumerista, devendo o processo ser extinto sem resolução do mérito (art. 267, VI, CPC). No mérito, sustentou terem sido legais os contratos de arrendamento mercantil firmados, pois a opção pela variação cambial foi de livre escolha do contratante, constituindo o contrato lei entre as partes (*pacta sunt servanda*), estando a economia de qualquer país sujeita a variações e abalos. Logo, não se pode aplicar a Teoria da Imprevisão.

Colocou o recorrente que o apelante também teve de submeter-se às variações cambiais ao captar recursos no exterior. Combateu a restituição de valores, havendo necessidade de rateio entre as partes contratantes dos efeitos da elevação do dólar, reduzindo-se pela metade o valor da condenação, caso ela ocorra, apurando-se em liquidação de sentença. Fez o prequestionamento da matéria para efeito de interposição de recursos excepcionais. Por fim, pediu fosse acolhida a preliminar de ilegitimidade ativa do MP e, no mérito, o provimento do recurso para julgar improcedente a ACP.

Em contrarrazões (fls. 5.278 a 5.298) o Ministério Público repetiu as mesmas argumentações e pediu o improvimento do recurso.

1.6 DA APELAÇÃO DE VOLKSWAGEN SERVIÇOS S/A

Nas razões recursais (fls. 5.034 a 5.069) argumentou, preliminarmente, ser nula a sentença por ter julgado antecipadamente a lide ao condicionar a validade da cláusula de variação cambial à prova pelas apelantes de obtenção de empréstimos no exterior, a ser realizada em fase de liquidação de sentença quando da habilitação dos contratantes nos autos. Logo, caso tivesse sido produzida a prova pericial expressamente requerida (contestação) a apelante comprovaria ter captado recursos no mercado exterior.

Ainda em sede preliminar, argumentou ser o MP parte ilegítima, pois a ACP objetiva a mera proteção de interesses individuais heterogêneos disponíveis e não coletivos, ocorrendo carência de ação com a conseqüente extinção do processo sem resolução do mérito na forma do artigo 267, inciso VI, do CPC. No mérito, sustentou a inaplicabilidade do CDC aos contratos de arrendamento mercantil, não exercendo a apelante atividade bancária, isto é, não é instituição financeira, figurando no contrato como agente cobradora. A opção pela variação cambial foi do comprador, estando ciente da aquisição de dívida em moeda estrangeira com base na paridade cambial. Assim, entendeu não haver onerosidade excessiva aos contratantes ou desequilíbrio contratual e em desproporcionalidade da prestação, também não se aplicando a Teoria da Imprevisão por terem os contratantes assumido o risco da variação cambial inerente ao contrato.

Na hipótese do Tribunal entender pela nulidade da cláusula de variação cambial, em atenção ao princípio da eventualidade, pediu fosse reformada a sentença na parte que determinou a substituição da referida cláusula pelo INPC e a devolução dos valores pagos a maior, a partir da assinatura dos contratos. Sustentou, igualmente, ser ilegal a determinação de devolução em dobro de valores supostamente pagos a maior, sob pena de enriquecimento sem causa do devedor, devendo ser distribuídos os prejuízos para todos os contratos e não somente para aqueles que resultar comprovada a captação de recursos no exterior. Afirmou que não são devidos os honorários, os quais, por força do artigo 2.º do Decreto n.º 1.306/94 e artigo 1.º da Lei 9.088/95, não constituem recursos destinados ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos previsto nos artigos 13 e 20 da LACP. Por fim, pediu fosse anulada a sentença por não ter sido produzida a prova pericial requerida. Requereu, ainda, o acolhimento da preliminar de ilegitimidade ativa

do MP. Postulou fosse reformada a sentença para que a substituição da cláusula de variação cambial pelo INPC ocorra somente a partir de janeiro de 1999, também pedindo a exclusão de honorários advocatícios.

Em contrarrazões (fls. 5.163 a 5.185) o Ministério Público repetiu os mesmos argumentos, inclusive fazendo a mesma peça para combater as argumentações dos apelantes, pedindo fosse improvido o recurso.

1.7 DAS APELAÇÕES DE SAFRA LEASING S/A ARRENDAMENTO MERCANTIL, ALFA ARRENDAMENTO MERCANTIL E DIBENS LEASING ARRENDAMENTO MERCANTIL

Nas razões recursais (fls. 5.075 a 5.103) colocaram os apelantes que o MP é parte ilegítima para figurar no pólo ativo da demanda por não se tratar de direitos individuais homogêneos (art. 81, III, CDC), pois, embora a modalidade contratual seja idêntica, existem diferentes soluções para as distintas hipóteses de contratação, além do que os interesses individuais homogêneos têm de ser indisponíveis (art.129, III e IX, da CF).

Colocaram ser nula a sentença atacada por ausência de fundamentação (art.93, IX, CF e 458 e 165 CPC). Alegaram, ainda, a previsibilidade da alta do dólar e da assunção de riscos, inclusive os contratantes poderiam optar por outras formas de correção das parcelas, não devendo incidir a Teoria da Imprevisão. Por esse ângulo entenderam não devam ser restituídos os valores já pagos por implicar em ofensa ao ato jurídico perfeito (contrato firmado). Concluíram pedindo fosse extinta a ação sem julgamento do mérito em face da ilegitimidade ativa do MP ou a anulação da sentença por ausência de fundamentação. Assim não o sendo, pleitearam a reforma da sentença, não se aplicando a Teoria da Imprevisão aos contratos *sub judice* ou reformando-se a condenação de restituição em dobro dos valores eventualmente recebidos a maior.

Em contrarrazões (fls. 5.301 a 5.322) o Ministério Público reiterou as argumentações anteriores, pedindo fosse improvido o recurso.

Vêm-nos assim estes autos a parecer, por despacho da ilustre Desembargadora Relatora Maria de Nazaré Saavedra Guimarães, cabendo-me por distribuição.

É o sucinto relatório.

2 FUNDAMENTAÇÃO

A matéria objeto do recurso, ora trazido a exame, exige, inafastavelmente, a intervenção do Ministério Público, *ex vi* do disposto no art. 82 do Código de Processo Civil.

Os recursos – **APELAÇÕES CÍVEIS** – são cabíveis na espécie. Os apelantes exibem legitimidade para recorrer. Os pressupostos intrínsecos (dizem respeito ao direito de recorrer) e extrínsecos (dizem respeito ao exercício do direito de recorrer) para sua admissibilidade estão preenchidos. São tempestivos. Foram regularmente interpostos. E inexistem fatos impeditivos ou extintivos do direito de recorrer.

Por isso, opino pelo **CONHECIMENTO dos APELOS**. Passo a analisar as preliminares.

2.1 DA PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO ARGÜIDA POR TODOS OS RECORRENTES, BEM COMO DA PRELIMINAR DE INAPLICABILIDADE DO CDC AOS CONTRATOS DE LEASING E DA PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS A SEREM TUTELADOS PELO PARQUET

Todos os recorrentes se insurgiram contra a legitimidade ativa do Ministério Público para figurar no pólo ativo da demanda ao argumento de que os contratos de leasing não envolvem relação de consumo, não se aplicando o Código de Defesa do Consumidor, bem como que os interesses envolvidos não são homogêneos e, ainda que fossem não comportariam a legitimação do MP na defesa de interesses individuais disponíveis. Assim, como o tema possui vinculação entre si, analisa-se a questão da inaplicabilidade do CDC e a argumentação de ausência de interesses individuais homogêneos. Eis o resumo das argumentações dos recorrentes.

Da análise dos autos, verifico que a legislação que regula a matéria, de forma inofismável, atribui legitimidade ativa ao Ministério Público para defender os interesses colimados na Ação Civil Pública aforada, senão vejamos:

Código de Defesa do Consumidor:

Art. 81 - A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único - A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Art. 82 - Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I - o Ministério Público. (destaques do MP).

A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625/1993) também assim dispõe ao se referir a defesa dos interesses individuais indisponíveis, como é o caso dos interesses homogêneos (o CDC não exige que eles sejam disponíveis ou indisponíveis) de origem comum nos contratos de leasing firmados com o atrelamento a variação cambial:

Art. 25 - Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:

IV - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei:

a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos. (destaques do MP).

Igualmente, não se pode olvidar o disposto no artigo 127 do Texto Maior, cujo dispositivo é repetido literalmente na Lei Orgânica Nacional, *in verbis*:

Art. 127 - O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. (destaques do MP).

Assim, da análise da legislação acima aludida, não vejo como prosperar os argumentos expendidos por parte dos apelantes no sentido de que o Ministério Público, através da ilustrada Promotoria de Justiça do Consumidor, não possa defender interesses decorrentes de contratos de leasing avençados com supedâneo na variação cambial, isto é, vinculado à variação da moeda norte americana.

Parodiando Voltaire, não concordo com uma só palavra do que dizem os apelantes, todavia, defendo o direito de dizê-las, entendendo *data vênia*, que se trata sim da presença de interesse da coletividade, como um todo, na situação acima espelhada e não somente de interesses disponíveis de um pequeno grupo que celebrou contrato de arrendamento com cláusula de reajuste das prestações de acordo com a variação do dólar. A hipótese ora enfrentada retrata a defesa do consumidor exercida pelo Ministério Público através de Ação Coletiva (ACP) com o escopo de anular cláusulas contratuais lesivas aos interesses homogêneos de todos aqueles que contrataram com as empresas apelantes, restando clara sua origem comum nos contratos de arrendamento mercantil celebrados.

Pouco importa se os titulares dos interesses individuais homogêneos não queiram por ocasião da condenação exercer seu direito. O que interessa é o reconhecimento da existência do dano pessoal e seu vínculo com o dano geral causado pelas apelantes ao celebrarem o contrato de leasing com o atrelamento ao dólar e o montante da indenização.

Logo, quem não desejar exercer seu direito, dentro do seu livre arbítrio, não o exercerá. Todavia, não é só por este aspecto que se dirá que o interesse apesar de ser homogêneo, é disponível, não comportando a defesa por parte do Ministério Público.

A origem dos danos reitera-se, é comum, já que todos advieram da adoção da mesma *cláusula* do contrato firmado com as empresas arrendadoras, ora apelantes, originando danos de dimensões oriundos do aumento da moeda norte americana à época, resultando, como corolário, a RELEVÂNCIA SOCIAL DOS INTERESSES defendidos na ACP pelo Ministério Público (onerosidade excessiva aos consumidores), atingindo grande número de brasileiros no ano de 1999, época que os ilustres Promotores Joana Chagas Coutinho, Gilson Frutuoso Abbade e Waldir Macieira da Costa Filho, manejaram a Ação Civil Pública em prol de um número indeterminado de consumidores, servindo de exemplo para o país inteiro, objetivando combater cláusula abusiva do verdadeiro contrato de adesão e proteger a boa-fé objetiva nas relações contratuais.

Eis o que diz a Jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça sobre a legitimidade ativa do Ministério Público em defesa dos interesses individuais homogêneos decorrentes dos contratos de leasing atrelados à variação do dólar e sobre a aplicação do CDC às avenças, rechaçando-se qualquer argumentação em sentido oposto:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATO. LEASING. VARIAÇÃO CAMBIAL. LEGITIMIDADE ATIVA. MINISTÉRIO PÚBLICO. O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública de revisão de contrato de leasing atrelado à variação do dólar. Reposicionamento da Turma sobre o tema. Recurso não conhecido, com ressalva do entendimento do relator. (REsp 445238 / DF-RECURSO ESPECIAL-2002/0078757-7-Relator Ministro CASTRO FILHO (1119)- Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA-Data do Julgamento 12/05/2005 – Data da Publicação/Fonte DJ 01/07/2005 p. 510 LEXSTJ vol. 192 p. 7). (grifos do MP).

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - EMBARGOS INFRINGENTES - CONTRATO DE LEASING: CLÁUSULA DE VARIAÇÃO CAMBIAL DO DÓLAR AMERICANO - LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO - PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR - DEFESA DE INTERESSES COLETIVOS, INDIVIDUAIS, HOMOGÊNEOS E DIFUSOS (ART. 129, III, CF/1988. ART. 6º, VII, C, XII DA LEI COMPLEMENTAR Nº 75/93) - PROVIMENTO DO RECURSO - MAIORIA. 1 - Tem o Ministério Público legitimidade ativa para ajuizar Ação Civil Pública, de proteção ao consumidor, visando à nulidade de cláusula contratual, inquinada de ilegal. 2 - O Ministério Público tem legitimidade ativa, por mandamento constitucional na ação civil coletiva. CF, art. 127 e 129, III e por lei própria, Lei Complementar 75/93, art. 6º, XXII. 3 - O Ministério Público tem obrigação de defender os interesses sociais e a ordem econômica também quando há interesse do consumidor, art. 1º da Lei 8.078/90. 4 - Sendo o interesse público indisponível, o Ministério Público é obrigado a propor a ação civil pública.” (TJDF, objeto da decisão do RESP acima). (grifos do MP)

“Recurso especial. Processo civil. Legitimidade ativa do Ministério Público. Ação civil pública. Validade de cláusula. Contrato de arrendamento mercantil. - A legitimidade do Ministério Público na defesa de interesses individuais homogêneos está vinculada ao reconhecimento de relevante interesse social. - Na hipótese, o MINISTÉRIO PÚBLICO TEM LEGITIMIDADE para ajuizar ação civil pública objetivando a análise da validade de cláusulas abusivas de CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL CELEBRADO PELOS CONSUMIDORES do Estado do Maranhão. Recurso especial

provido.” (RESP 506.654/MA, RELATORA MINISTRA NANCY ANDRIGHI. DJ de 16/11/2004). (grifos do MP).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATOS BANCÁRIOS DE ADESÃO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. SÚMULA 83 DO STJ. INCIDÊNCIA. I. O Ministério Público possui legitimidade para propor ação civil pública com objetivo de ver declarada a nulidade de cláusula tida como abusiva de contrato bancário de adesão. Precedentes do STJ. II. Agravo regimental improvido.” (AgRg no AG 577.167/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ de 25/10/2004)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. – Tratando-se de tutela de interesses individuais homogêneos, o Ministério Público é parte legítima para intentar a ação civil pública. Arts. 81, parágrafo único, III, combinado com o art. 82, I, do CDC. Art. 21 da Lei nº 7.347, de 24.7.1985. Recurso especial conhecido, em parte, e provido. (Resp 439.509/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ de 30/08/2004). (grifos do MP).

Para concluir e não cansar a ilustre Desembargadora Relatora se trata de direito individual homogêneo, permitindo o CDC a revisão, pelos consumidores, das cláusulas contratuais excessivamente onerosas surgidas em face do aumento do valor da moeda norte americana, tendo sim o Ministério Público legitimidade extraordinária e concorrente para ajuizar a Ação Civil Pública em favor dos arrendatários de contrato de *leasing* lesados por cláusulas abusivas, nele constantes, devido à clara relevância dos interesses sociais defendidos na medida aforada.

Por essa razão, a Procuradoria de Justiça repele a preliminar de ilegitimidade ativa do MP, bem como as de inaplicabilidade do CDC aos contratos de leasing e a de que os interesses defendidos não são homogêneos, não comportando revisão contratual, logo, não devendo se operar a extinção do processo sem resolução do mérito na forma do artigo 267, inciso VI, do CPC, como pretendem os apelantes.

Desde já o **MINISTÉRIO PÚBLICO PREQUESTIONA A MATÉRIA** para a **INTERPOSIÇÃO DE APELO EXTREMO AO STJ**, caso não sejam observados os artigos 81, III e 82, I, do CDC e artigo 25, IV, “a”, da Lei n.º 8.625/93, requerendo seja a questão apreciada expressamente pela

Colenda 4ª Câmara Cível Isolada do Egrégio TJE/PA, levando em conta não bastar à questão ser colocada, exigindo-se o enfrentamento do tema por parte do Tribunal de origem (TJE/PA) como pressuposto para a interposição, se necessário, de recurso especial (Súmulas 282 e 356/STF).

2.2 DA PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR TER SIDO JULGADA ANTECIPADAMENTE A LIDE, LEVANTADA PELA VOLKSWAGEN SERVIÇOS S/A

Argumentou à apelante, em sede preliminar, ser nula a sentença por ter julgado antecipadamente a lide ao condicionar a validade da cláusula de variação cambial à prova pelas recorrentes de obtenção de empréstimos no exterior, a ser realizada em fase de liquidação de sentença quando da habilitação dos contratantes nos autos. Logo, entendeu que, apesar de ter requerido expressamente a prova pericial na contestação, o pleito não foi atendido, posto que poderia ter sido realizada a prova da captação de recursos no exterior.

É de sabença que a providência requerida em sede de contestação e não atendida pela Magistrada poderia ser perfeitamente guerreada através de recurso de agravo de instrumento. Essa providência jamais foi adotada por parte de qualquer das apelantes, se limitando a argüir a ilegitimidade ativa do MP e a não aplicação do CDC aos contratos de leasing.

Por outro lado, a Magistrada, ao decidir pelo julgamento antecipado da lide, está agindo no estrito cumprimento de seu poder instrutório dos autos, cuja atividade é autorizada pelo artigo 130, do Código de Processo Civil que reza **“caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”**. Assim, o dispositivo aludido não impõe qualquer limitação ao Magistado para o exercício do poder instrutório, agindo dentro de sua convicção e ante ao quadro probatório existente no caso concreto.

Como se constata, a Magistrada não se convenceu sobre a necessidade do deferimento da prova pericial relacionada à comprovação da realização de captação de recursos no exterior por parte das recorrentes, no momento da sentença, postergando-o para um momento posterior, o que não acarreta qualquer prejuízo ao direito das apelantes, pois a decisão condicionou a nulidade da cláusula de variação cambial à prova de obtenção de recursos

no exterior. Assim, tal cláusula, somente será substituída pelo INPC, se restar provado que algum dos apelantes não captou recursos no exterior. Tal entendimento se encontra inserido no poder instrutório do Juiz, assim dizendo a doutrina:

Iniciativa probatória do Juiz. O Juiz pode assumir uma posição ativa, que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça, é certo, com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório. Tem o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando esteja diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado), ou quando o julgador, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou sociocultural entre as partes (STJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, RT 729/155).² (grifos do MP).

“13.3 Julgamento antecipado da lide.

O julgamento antecipado da lide recebe esse nome porque, primeiro, já há julgamento de mérito, eis que o juiz aprecia a lide e decide por sentença definitiva, possuindo todas as características normais de uma sentença desse tipo. O vocábulo antecipado vem apenas dizer que a sentença está sendo antecipada de seu momento normal, ou seja, antecipa-se a fase decisória, justamente porque não há necessidade de realização da fase instrutória. Ratificando, pois, a antecipação relaciona-se, exclusivamente, com o fato de que a sentença estará sendo antecipada do seu momento normal. A antecipação só ocorre pela desnecessidade da fase instrutória.

[...]

A primeira hipótese de julgamento antecipado da lide ocorre “quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência”. (art. 330, I, do CPC). Nesse caso, ocorrerá o julgamento antecipado da lide porque os pontos controvertidos e duvidosos que envolvem a questão de mérito não dependem da comprovação dos fatos, seja porque são exclusivamente de direito, seja porque não necessitam ser provados em audiência. É o que ocorre, por exemplo, numa AÇÃO QUE PRETENDE DECLARAR NULIDADE DE UMA CLÁUSULA ABUSIVA DE DIREITO DO CONSUMIDOR. Nesse caso de desnecessidade de prova em audiência, o juiz proferirá julgamento antecipado da lide”.³

² NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *CPC Comentado e Legislação Extravagante*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 408.

³ ABELHA, RODRIGUES, Marcelo. *Manual de Direito Processual Civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 405/406.

De outro lado, o julgamento antecipado da lide não constitui cerceamento de defesa, pois a prova será produzida por ocasião da liquidação da sentença, podendo o Magistrado indeferir a prova testemunhal ou pericial quando julgar suficientemente instruída a demanda, consoante entendimento jurisprudencial abaixo:

RECURSO ESPECIAL. SEGURO. INCÊNDIO EM LOJA DE DEPARTAMENTO. ALEGAÇÃO DE FRAUDE NO SINISTRO. CERCEAMENTO DE DEFESA COM O JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. INOCORRÊNCIA. VALOR DO DANO. INEXISTÊNCIA DE PROVA DAS MERCADORIAS EM ESTOQUE. PERDA TOTAL. VALOR DA APÓLICE. RECUSA INJUSTIFICADA DO PAGAMENTO. LUCROS CESSANTES DEVIDOS. DANO MORAL. MERO DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. AFASTAMENTO. PRECEDENTES DA CORTE. DANOS EMERGENTES NÃO DEMONSTRADOS. TERMO INICIAL DOS LUCROS CESSANTES. APÓS PRAZO DE RECONSTRUÇÃO DO IMÓVEL E REAPARELHAMENTO DE SUAS INSTALAÇÕES. JUROS MORATÓRIOS A PARTIR DA CITAÇÃO. I. - Não ocorreu o alegado cerceamento de defesa com o julgamento antecipado da lide, pois o Juízo não explicitou *pari passu* as fontes probatórias que consultou, mas as observações permitem seguramente concluir que leu os autos, analisou e sopesou os elementos sensíveis exteriorizados nos seus documentos, ponderou-os à luz das alegações das partes, e chegou à conclusão de que havia consistência conclusiva para o julgamento, sem necessidade de abrir ensejo à produção de prova oral e pericial. II.- [...]. III.- [...]. IV.- [...]. V.- [...]. VI.- [...]. VII.- [...]. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 839123 / RJ-RECURSO ESPECIAL Relator Ministro SIDNEI BENETI (1137)- Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA – Data do Julgamento 15/09/2009- Data da Publicação/Fonte DJe 15/12/2009. (grifos do MP).

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE EXCLUSÃO DE HERANÇA - SENTENÇA – ARGUIÇÃO DE NULIDADE - DECISÃO JUDICIAL PROFERIDA ENQUANTO SUSPENSO O TRÂMITE PROCESSUAL - CIRCUNSTÂNCIA NÃO VERIFICADA, NA ESPÉCIE – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - INDEFERIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL - POSSIBILIDADE - CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO - INDIGNIDADE - DISCUSSÕES FAMILIARES - EXCLUSÃO DO HERDEIRO - INADMISSIBILIDADE - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - CONDENAÇÃO EM QUANTIA CERTA - CORREÇÃO MONETÁRIA - TERMO INICIAL - DATA DA DECISÃO JUDICIAL QUE OS FIXOU - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. 1. Inexiste nulidade

na sentença que, ao contrário do que afirma a parte ora recorrente, não é proferida durante o período em que o trâmite processual encontrava-se suspenso. 2. Não há falar em cerceamento do direito de defesa quando o MAGISTRADO, DESTINATÁRIO FINAL DAS PROVAS, dispensa a produção daquelas que julga impertinentes, formando sua convicção com aquelas já constantes nos autos e, nesta medida, julga antecipadamente a lide, como sucede na hipótese sub examine. 3. [...]. 4. [...]. 5. Recurso especial improvido. (REsp 1102360/RJ - RECURSO ESPECIAL - 2009/0033216-4 – Relator(a) Ministro MASSAMI UYEDA (1129) – Órgão julgador T3 - TERCEIRA TURMA – Data do julgamento 09/02/2010 – Data da publicação/ fonte DJe 01/07/2010).

Portanto, a Procuradoria de Justiça repele a preliminar de nulidade da sentença, não havendo falar em cerceamento de defesa quando o Magistrado julga antecipadamente a lide dentro de seu poder instrutório e difere a produção da prova para ser feita por ocasião da liquidação do *decisum*.

2.3 DA PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO LEVANTADA POR SAFRA LEASING ARRENDAMENTO MERCANTIL E DIBENS LEASING ARRENDAMENTO MERCANTIL

Colocaram as apelantes Safra e Dibens ser nula a sentença atacada por ausência de fundamentação, alegando terem sido violados de uma só cambulhada os artigos 93, IX, da Lei Fundamental e Suprema do Brasil e os artigos 458 e 165 do Digesto Processual Civil Brasileiro. Para uma melhor compreensão do assunto, transcrevo os artigos tidos como violados:

Art. 165. As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso.

Art. 458 São requisitos essenciais da sentença:

I – o relatório, que conterà os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes

princípios:

[...].

IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

Da singela leitura da sentença atacada, constata a Procuradoria de Justiça que a mesma observa o disposto no artigo 165, do CPC estando fundamentada não apenas concisamente, mas de forma exaustiva ao analisar e repelir as preliminares levantadas pelos recorrentes, adentrando no mérito da questão de forma profunda citando doutrina, legislação e jurisprudência.

Outrossim constata a Procuradoria de Justiça que a sentença guerreada tem relatório, fundamentação e parte dispositiva, requisitos que atendem ao que determinam os artigos do CPC antes mencionados, contendo premissas e conclusões coerentes entre si, nada havendo de impertinente na decisão fustigada, resultante de ato de Inteligência do Juiz que analisou todos os pedidos existentes na perlanga. Sobre a questão, menciono o seguinte julgado do STJ:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. NULIDADE DO ACÓRDÃO. CPC, ARTS. 165, 458 E 535. INOCORRÊNCIA. INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO. JUSTIÇA DO TRABALHO. AUSÊNCIA DE ILICITUDE. DANOS MORAIS E MATERIAIS AFASTADOS. RECURSO ESPECIAL. PROVIMENTO. I. Resolvidas todas as questões devolvidas ao órgão jurisdicional, o julgamento em sentido diverso do pretendido pela parte não corresponde a nulidade. II. [...]. III. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido. (REsp 1027897 / MG- RECURSO ESPECIAL- 2008/0023362-0- Relator Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR (1110)- Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA – Data do Julgamento 16/10/2008- Data da Publicação/Fonte DJe 10/11/2008)

Logo, o inciso IX do artigo 93, da Constituição Federal, se acha perfeitamente atendido na confecção da sentença, não havendo falar em nulidade da mesma, pois a Magistrada decidiu a matéria de direito se valendo dos elementos de convicção que considerou suficientes à solução da lide e de maneira fundamentada, dirimiu todas as questões na forma acima contida. Por essa razão, a Procuradoria de Justiça repele a preliminar de nulidade da sentença vergastada, a qual se encontra fundamentada, não passando de inconformismo das apelantes.

3 MÉRITO

Uma vez apreciadas as preliminares, passo a analisar o mérito da questão colocada pelos apelantes.

3.1 DO APELO DE FINASA LEASING ARRENDAMENTO MERCANTIL

No mérito, a apelante FINASA LEASING ARRENDAMENTO MERCANTIL combateu a argumentação da Magistrada de que o princípio da *pacta sunt servanda* não deve impedir as revisões contratuais, posto que os contratos são livremente ajustados entre as partes, inclusive a opção pela variação cambial (indexação ao dólar norte americano), permitida no artigo 6.º, da Lei n.º 8.880, de 27.05.1994. Também sustentou não ter havido qualquer fato superveniente para modificar os contratos, não podendo as partes argumentar posteriormente a onerosidade excessiva, devendo prevalecer os princípios da *pacta sunt servanda* e do *rebus sic stantibus*.

Sem dúvida que a Procuradoria de Justiça respeita a argumentação, todavia, discorda. O Princípio da Obrigatoriedade da Convenção ou *pacta sunt servanda*, realmente, retrata que o contrato faz lei entre as partes, entretanto, não se deve esquecer que no ano de 1999, época em que a Ação Civil Pública foi manejada pelo Ministério Público, as operações de leasing atreladas ao dólar norte americano provocaram a maxidesvalorização do real, surgindo, assim, interesses transindividuais relacionados a um grande número de consumidores lesados.

Tais danos não podem simplesmente deixar de ser reparados porque as partes ajustaram livremente os contratos existentes nos autos ou porque a variação cambial era previsível pelas partes. Mesmo o fato de ser prevista em lei a indexação ao dólar nos contratos de leasing não é suficiente para afastar os danos decorrentes dos aumentos ocorridos com a desvalorização do real.

O contratante não pode ser levado à ruína somente porque assinou um contrato e vai ter de adimpli-lo custe o que custar. Reza o artigo 421 do novo Código Civil que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Assim, a liberdade de contratar encontra limites, não se eliminando a autonomia da vontade, entretanto, deve ser atenuado quando

estão presentes interesses metaindividuais, como é o caso em exame onde milhares de consumidores foram lesados ao assinar os contratos existentes nos autos, tendo em vista a desvalorização da nossa moeda (real) diante do dólar que foi vinculado como cláusula de reajuste, favorecendo somente o economicamente mais forte. Eis o que ensina Machado⁴:

[...]. Entretanto, a liberdade de contratar está limitada, não podendo contrariar os preceitos de ordem pública, que vedam a convenção entre as partes que seja contrária aos bons costumes, preceitos que fixam os interesses da coletividade, bem como sustentam as bases fundamentais da ordem econômica e moral da sociedade. Essa limitação consiste também na finalidade de evitar as desigualdades contratuais, evitar o predomínio contratual do economicamente forte sobre o economicamente fraco.

Na atualidade, o princípio da obrigatoriedade da convenção ou *pacta sunt servanda* vem sendo mitigado no sentido de evitar a ruína do contratante, observar a função social do contrato e a dignidade da pessoa humana. Dessa forma, um contrato não deve ser cumprido a ferro e a fogo, se tem cláusula abusiva e causa ônus excessivo às partes. Assim dispõe a melhor doutrina sobre a questão ora enfrentada⁵:

9.5.2. Princípio da obrigatoriedade da convenção (*pacta sunt servanda*)

Tal princípio decorre da liberdade de contratar, visando a fazer com que aquilo que foi contratado se torne lei entre as partes. Daí a conhecida frase de Kelsen: o contrato é lei entre as partes. Assim, pode-se afirmar que as partes ficaram obrigadas ao conteúdo contratual, o que gera limitação. Tal princípio começou a ser temperado no século XX, com o surgimento das chamadas teorias revisionistas dos contratos, teorias essas muito antigas, nascidas no Direito Romano, mas que haviam ficado esquecidas durante o século XIX com o Estado Liberal Clássico. Essas teorias tem a sua base científica na conhecida cláusula romana *rebus sic stantibus*. As TEORIAS REVISIONISTAS permitem que o Judiciário possa modificar os contratos que se tenham tornado excessivamente onerosos durante o curso de suas vidas em razão de fatos supervenientes. Admitindo-se até mesmo, em casos extremos, a resolução do contrato, se não mais for possível salvá-lo simplesmente modificando as suas cláusulas. A teoria da imprevisão, a da base objetiva do negócio jurídico, a paz econômica nos negócios, VISAM A EVITAR A RUÍNA DO CONTRATANTE. A visão atual é pela defesa da

⁴ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa; (Org.); CHINELLATO, Silmara Juny (Coord.). *Código Civil Interpretado*. São Paulo: Manole, 2008, p.311.

⁵ SOBRAL PINTO, Cristiano Vieira. *Direito Civil Sistematizado*. 2. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.301.

permanência do princípio, só que não mais como regra geral. CASO SE ESTEJA DIANTE DE UMA CLÁUSULA ABUSIVA, O CONTRATO PODERÁ SER REVISADO, POIS A FUNÇÃO SOCIAL PERMITE TAL OCORRÊNCIA. (grifos do MP).

Em que pese o apelante negar nada ter cobrado além do que foi contratado, não há qualquer dúvida de que a indexação ao dólar onerou excessivamente os contratados, sendo cabível a restituição de valores na forma da sentença atacada. Se os contratados não se insurgiram contra a forma de atualização do arrendamento no ato da contratação, é porque quando se avença um contrato dessa natureza se está diante do chamado contrato de adesão, onde não se dá outra alternativa a parte mais fraca da relação somente se pensando em receber o bem arrendado.

Assim, a apelante não observou o princípio da boa-fé objetiva que consiste no dever de probidade entre as partes, de transparência e lisura em todas as fases do contrato e não somente no momento em que o contratado muito empolgado assina o contrato. Logo, os valores decorrentes da onerosidade devem ser devolvidos em dobro pela ausência de observância do mencionado princípio. Por essas razões a Procuradoria de Justiça opina pelo conhecimento e improvimento do recurso de apelação.

3.2 DO APELO DE ABN AMRO ARRENDAMENTO MERCANTIL S/A, SUDAMERIS ARRENDAMENTO MERCANTIL S/A E DE SAFRA LEASING ARRENDAMENTO MERCANTIL

Na esteira do raciocínio acima desenvolvido, a celebração dos contratos de arrendamento mercantil atrelados a variação cambial constituiu uma falácia, pois a moeda brasileira se maxidesvalorizou frente ao dólar norte americano, causando, sem dúvida, onerosidade excessiva. O fato de ser previsível a desvalorização da moeda brasileira não retira a obrigação das apeladas de ressarcirem os consumidores que pagaram prestações altíssimas, posto que são nulas as cláusulas que estabeleceram como forma de correção monetária a variação do dólar, nos contratos em que não houver comprovação da obtenção de recursos no exterior por parte das contratantes, se tratando da chamada cláusula abusiva que no dizer da doutrina é⁶:

⁶ SOBRAL PINTO, Cristiano Vieira. Direito Civil Sistematizado. 2. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.301.

A proteção contra cláusulas abusivas é um dos mais importantes instrumentos de defesa do consumidor, importância que se avulta em razão da multiplicação dos contratos de adesão, concluídos com base nas cláusulas contratuais gerais. Além dessa circunstância, a impossibilidade de o aderente discutir as bases do contrato faz com que, no que respeita às relações de consumo, deva haver a necessária proteção contra cláusulas abusivas, que se originam amiúde das cláusulas gerais dos contratos. O fato de as cláusulas abusivas serem mais freqüentes nos contratos de adesão não significa que a proteção do consumidor deva dar-se somente nessa forma de conclusão de contrato. Havendo cláusula considerada abusiva pelo CDC, é irrelevante tratar-se de contrato de adesão ou “contrato de comum acordo” (contrat de gré à gré) : é suficiente que seja relação jurídica de consumo para que o negócio jurídico receba proteção contra as cláusulas abusivas. (grifos do MP).

O consumidor tem direito a ser protegido contra as chamadas cláusulas abusivas, como é o caso dos autos, onde confiou na garantia da paridade da moeda nacional com o dólar e este se valorizou enquanto que a moeda brasileira perdeu valor. Ainda que previsível a variação cambial, o consumidor não pode ficar no prejuízo, ganhando em real e pagando em moeda estrangeira de valor muito mais elevado, se tratando de fato superveniente a autorizar a anulação da cláusula na forma da sentença.

Ao decidir da maneira que decidiu a Magistrada não desrespeitou a Lei federal que autoriza o reajuste vinculado a variação cambial (art. 6.º, da Lei 8.880/94), tanto que somente determinou a anulação das cláusulas dos contratos em que as empresas apelantes não tenham comprovado a obtenção de recursos no exterior. Uma vez comprovada à obtenção de recursos estrangeiros, a sentença somente determinou a revisão das cláusulas com a divisão da onerosidade excessiva entre as partes. Logo, é inquestionável a ocorrência de onerosidade excessiva e aplicação da teoria da imprevisão, cuja anulação ou revisão da cláusula dependerá da comprovação oportuna da captação de recursos no exterior e prova da sua aplicação nas transações efetuadas com os consumidores. Dessa forma, o Juiz pode alterar disposições contratuais para restaurar o equilíbrio entre as partes.

Diante da aplicação da teoria da imprevisão o contrato firmado também não pode ser equiparado ao ato jurídico perfeito, ante a mudança excessivamente onerosa para o consumidor, devendo ser restituídos os valores já pagos.

Portanto, a Procuradoria de Justiça opina pelo improvimento dos apelos de ABN AMRO ARRENDAMENTO MERCANTIL S/A, SUDAMERIS ARRENDAMENTO MERCANTIL S/A E DE SAFRA LEASING ARRENDAMENTO MERCANTIL, mantendo-se a sentença vergastada em todos os seus termos.

3.3 DO APELO DE GM LEASING ARRENDAMENTO MERCANTIL

Como já se colocou acima, ainda que os contratos de arrendamento mercantis tenham sido legalmente firmados ou que a opção pela variação cambial se deu por livre vontade do consumidor, o princípio do *pacta sunt servanda* deve ser mitigado diante da onerosidade excessiva causada pela desvalorização do real em relação ao dólar norte americano, embora o contrato seja considerado lei entre as partes, todavia, não o deve ser de forma absoluta a passar sobre qualquer prejuízo sofrido por um dos contratantes, o que leva a aplicação plena da teoria da imprevisão acima mencionada, devendo o contrato, no mínimo, ser revisto, se não for o caso de anulação em respeito à função social da avença.

Entende, outrossim, a Procuradoria de Justiça não ser suficiente a argumentação de que a opção pela variação cambial atrelada ao dólar se deu por livre vontade do contratante. Sem dúvida que o princípio da autonomia da vontade faculta às partes a liberdade contratual, todavia, o estabelecimento de cláusulas contratuais comporta exceções, devendo respeitar os limites estabelecidos em lei, mormente na oportunidade em que a parte mais fraca não tem qualquer liberdade de discutir, como no caso em exame, configurando-se o contrato de adesão, onde não tiveram os consumidores alternativa, senão assinar o contrato vinculado ao dólar. Logo, o princípio da *pacta sunt servanda*, em razão da onerosidade excessiva, não deve levar o consumidor a cumprir o contrato como se fosse lei, por conter cláusula ilegítima, contrária ao Direito, fugindo, assim, da esfera do princípio da obrigatoriedade contratual.

É bom que se diga que um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, Estado Democrático de Direito, contido no artigo 1.º, inciso III, do Pergaminho Fundamental, é a dignidade da pessoa humana, que deve ser fielmente observado nas interpretações das relações contratuais, até porque, como dito acima, os contratos geram riquezas e empregos, aqui

residindo à função social dos mesmos, devendo ser respeitada sua prestação, além do princípio da boa-fé objetiva, conforme doutrina abaixo⁷⁶:

A impossibilidade econômica da prestação tem a ver com a doutrina do limite do sacrifício. A prestação fica extremamente onerosa, apesar de mantido o equilíbrio com a contraprestação. É o caso dos contratos em dólar: o preço em dólar continua o mesmo, em moeda nacional é que se torna absurdo. Seria violar o princípio da boa-fé, exigir que o devedor realize os pagamentos, como se nada houvesse ocorrido. (destaques do MP).

Portanto, não merece guarida a argumentação do apelante no sentido de que também teve de se submeter-se às variações cambiais ao captar recursos no exterior ou de que não devem ser restituídos os valores pagos a maior, fazendo-se o rateio entre as partes contratantes dos efeitos da elevação do dólar, reduzindo-se pela metade o valor da condenação, por serem impertinentes tais argumentos devido à onerosidade excessiva causada aos que firmaram os questionados contratos. Assim, o apelo deve ser improvido, mantendo-se a sentença vergastada.

3.4 DO APELO DE SAFRA LEASING ARRENDAMENTO MERCANTIL S/A, ALFA ARRENDAMENTO MERCANTIL S/A E DE DIBENS LEASING ARRENDAMENTO MERCANTIL S/A. (todos na mesma peça de fls. 5.075)

Como é de fácil constatação os apelantes repetem a alegação de previsibilidade da alta do dólar e da assunção de riscos, inclusive que os contratantes poderiam optar por outras formas de correção das parcelas, não devendo incidir a Teoria da Imprevisão. Pelos mesmos motivos acima expendidos rechaço tal argumentação, em face de patente ocorrência da onerosidade excessiva resultante da adoção da variação cambial atrelada ao dólar e a posterior desvalorização da moeda brasileira com a inversão abrupta da política cambial.

Assim, repete-se, não havia quem agüentasse receber em real desvalorizado e pagar prestações contratuais corrigidas pelo dólar, havendo o desequilíbrio contratual, cuja lesão encontra respaldo jurídico no disposto no *artigo 6.º, inciso V, do CDC*, asseverando ser *direito básico do consumidor a modificação*

⁷ FIUZA, César. *Direito Civil: Curso completo*. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. Página 382.

das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionadas ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas. A doutrina assim dispõe sobre o tema⁸:

[6] CLÁUSULAS CONTRATUAIS ABUSIVAS – Aqui se cuida, em Capítulo especial, de n.º VI (Da Proteção Contratual), e expressamente, de amparar o consumidor ante os contratos, e ainda mais particularmente aos chamados “contratos de adesão”, reproduzidos aos milhões, como no caso das obrigações bancárias, por exemplo, e que podem surpreender aquele com cláusulas iníquas e abusivas, dando-se então preponderância à questão de informação prévia sobre o conteúdo de tais cláusulas, fulminando-se, outrossim, de nulidade, as cláusulas abusivas, elencando o art. 51, dentre outras que possam ocorrer, as mais comuns no mercado de consumo.

A norma do art. 6º do CDC avança ao NÃO EXIGIR QUE O FATO SUPERVENIENTE SEJA IMPREVISÍVEL ou irresistível, apenas exige a quebra da base objetiva do negócio, a quebra de seu equilíbrio intrínseco, a DESTRUIÇÃO DA RELAÇÃO DE EQUIVALÊNCIA ENTRE PRESTAÇÕES, ao desaparecimento do fim essencial do contrato. Em outras palavras, o elemento autorizador da ação modificadora do Judiciário é o resultado objetivo da engenharia contratual, que agora apresenta a mencionada ONEROSIDADE EXCESSIVA PARA O CONSUMIDOR, RESULTADO DE SIMPLES FATO SUPERVENIENTE, FATO QUE NÃO NECESSITA SER EXTRAORDINÁRIO, IRRESISTÍVEL, FATO QUE PODIA SER PREVISTO E NÃO FOI. Nesse sentido a conclusão n. 3 do II Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor - Contratos no ano 2000, com o seguinte texto: “Para fins de aplicação do art. 6º, V do CDC não são exigíveis os requisitos da imprevisibilidade e excepcionalidade, bastando a mera verificação da onerosidade excessiva.”

(...)

... mencionar simplesmente que a teoria da imprevisão teria sido aceita pelo CDC pode ser uma interpretação do art. 6º, inciso V, prejudicial ao próprio consumidor, pois dele pode ser exigida a referida imprevisão e extrinsecabilidade do ocorrido, fatos não mencionados em referido artigo.⁹

Não resta qualquer dúvida sobre a aplicabilidade ao caso em exame do artigo 6.º, inciso V, do CDC, pois a desvalorização do real em relação ao dólar

⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2007. p. 147.

⁹ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor - O novo regime das relações contratuais*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 413/415.

causou excessiva onerosidade aos consumidores arrendatários. Por óbvio devem ser restituídos em dobro os valores já pagos por não implicar em ofensa ao ato jurídico perfeito (contrato), aplicando-se a teoria da imprevisão aos contratos firmados. Assim, a Procuradoria de Justiça opina pelo improvimento dos apelos de SAFRA LEASING ARRENDAMENTO MERCANTIL S/A, ALFA ARRENDAMENTO MERCANTIL S/A e de DIBENS LEASING ARRENDAMENTO MERCANTIL S/A.

3.5 DA APELAÇÃO DE VOLKSWAGEM SERVIÇOS S/A

Por ocasião da análise da preliminar de ilegitimidade ativa do Ministério Público acima exaustivamente explicitada tivemos a oportunidade de constatar que o CDC se aplica aos contratos de arrendamento mercantil celebrados por consumidores para a aquisição de veículos automotores, com cláusula de indexação monetária atrelada a variação cambial do dólar. Somente para afastar qualquer dúvida menciono os seguintes julgados:

Processual civil. Agravo no agravo de instrumento. Recurso especial. Ação revisional. Contrato de arrendamento mercantil. CDC. Aplicação. Variação cambial. Fato superveniente. Dissídio não comprovado. Oneração sofrida exclusivamente pela instituição financeira. Ausência de prequestionamento. Não comprovação de captação de recursos no exterior. Reexame fático-probatório. Interpretação de cláusulas contratuais.

- [...] - [...].

- Aplica-se o CDC às relações jurídicas firmadas entre as instituições financeiras e os usuários de seus serviços.

- Conforme entendimento da 2ª Seção, o aumento do valor do dólar norte-americano perante o real constitui fato superveniente capaz de ensejar a revisão do contrato de arrendamento mercantil atrelado ao dólar.

- [...] - [...].

Agravo no agravo de instrumento não provido. (AgRg no Ag 947644 / SC- AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO-2007/0218359-9-Relator Ministra NANCY ANDRIGHI (1118)-Órgão julgador T3 - TERCEIRA TURMA-Data do Julgamento 19/12/2007 – Data da Publicação/Fonte DJ 08/02/2008 p. 680). (destaques do MP). Direito comercial e econômico. Recurso especial. Contrato de arrendamento mercantil (leasing). Instituições financeiras. Aplicação do CDC. Reajuste contratual vinculado à variação cambial do dólar americano.

- O Código de Defesa do Consumidor aplica-se aos contratos de arrendamento mercantil.
- O abandono do sistema de bandas para cotação da moeda americana, que resultou em considerável aumento de seu valor perante o real, constitui fato superveniente capaz de ensejar a revisão do contrato de arrendamento mercantil atrelado ao dólar, haja vista ter colocado o consumidor em posição de extrema desvantagem.
- A instituição financeira arrendadora deve provar que os recursos em moeda estrangeira foram efetivamente captados no mercado externo e exclusivamente empregados na operação bancária firmada com o arrendatário. (REsp 367144 / RJ- RECURSO ESPECIAL-2001/0121254-0-Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI (1118) - Órgão julgador T3 - TERCEIRA TURMA - Data do julgamento 26/02/2002 – Data da Publicação/Fonte DJ 22/04/2002 p. 204). (destaques do MP).

Diante dos julgados acima não há como sustentar a argumentação da apelante no sentido de que o CDC não se aplica aos contratos de arrendamento mercantil (leasing), embora o apelante alegue não exercer atividade bancária, isto é, não seja instituição financeira, figurando no contrato como agente cobradora.

Também não possui qualquer ressonância jurídica a colocação de que a opção pela variação cambial foi do comprador, estando ciente da aquisição de dívida em moeda estrangeira com base na paridade cambial, visto que o aumento do dólar perante o real, como consta no julgado acima, constitui fato superveniente capaz de ensejar a revisão do contrato de arrendamento mercantil atrelado a referida moeda, colocando o consumidor em posição de extrema desvantagem, causando onerosidade excessiva e desequilíbrio contratual. Logo, é perfeitamente aplicável ao caso em exame a teoria da imprevisão, não havendo falar que os contratantes assumiram o risco da variação cambial.

Assim, deve ser mantida a sentença quanto à declaração de nulidade da cláusula contratual em que não ficar comprovada a captação de recursos estrangeiros, aplicando-se o INPC, corrigindo-se os valores a partir da data do respectivo pagamento e não da data das assinaturas dos contratos, como pretende a apelante.

Também considera perfeitamente legal a Procuradoria de Justiça a determinação de devolução em dobro de valores supostamente pagos a maior, por não constituir enriquecimento sem causa do devedor, visto que

este ao assinar o contrato estava de boa fé objetiva, somente se distribuindo o prejuízo (percentual de cinquenta por cento) para os contratos que resultar comprovada a captação de recursos no exterior. Os contratos em que não se comprove a captação de recursos estrangeiros deverão comportar a devolução em dobro por violar o direito à informação do consumidor e por estar, quem assim agiu, imbuído de má-fé ao celebrá-los com variação cambial atrelada ao dólar quando nada captou no mercado externo ou empregou na operação firmada com o arrendatário. A lei presume juridicamente vulnerável o consumidor ainda mais quando, no caso vertente, aconteceu o real desequilíbrio contratual em virtude de circunstâncias supervenientes que desembocaram em onerosidade excessiva resultante da desvalorização do real e indexação das prestações contratuais dos arrendatários em dólar, situação bem explicitada acima.

Em outro ponto, afirmou a apelante que não são devidos os honorários, os quais, por força do artigo 2.º do Decreto n.º 1.306/94 e artigo 1.º da Lei 9.008/95, não constituem recursos destinados ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos previsto nos artigos 13 e 20 da LACP.

Antes de tudo, é imperioso ressaltar que o Ministério Público não está se beneficiando da condenação dos recorrentes em honorários advocatícios. O que a sentença fez foi destinar tal verba para o Fundo Especial de Defesa do Consumidor. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem se firmando no sentido do cabimento da condenação em honorários nas ações civis públicas, todavia, não é bem esse o caso dos autos, pois o MP não foi beneficiado com honorários. O *busílis* da questão é se os honorários devem ser destinados ao Fundo acima referido quando o autor/vencedor da Ação Civil Pública é o *Parquet*.

Da análise minuciosa do tema entendo não ser cabível a condenação em honorários no presente caso. Se o Ministério Público, quando perde a demanda, somente pode ser condenado ao pagamento de honorários a serem incluídos no orçamento do Estado, caso tenha procedido de má-fé, é lógico que a parte adversa, pelo princípio da simetria, não deve ser condenada em honorários quando o Ministério Público for o vencedor, o que é a hipótese dos presentes autos. Assim, se os honorários não são devidos, muito menos poderia a ilustre Magistrada destinar tal verba ao Fundo Especial de Defesa do Consumidor.

Esta é a ilação lógica que se retira da seguinte decisão do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MINISTÉRIO PÚBLICO AUTOR E VENCEDOR. 1. “Posiciona-se o STJ no sentido de que, em sede de ação civil pública, a condenação do Ministério Público ao pagamento de honorários advocatícios somente é cabível na hipótese de comprovada e inequívoca má-fé do Parquet. Dentro de absoluta simetria de tratamento e à luz da interpretação sistemática do ordenamento, não pode o parquet beneficiar-se de honorários, quando for vencedor na ação civil pública” (REsp 895.530/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 18.12.09). 2. Recurso especial provido. (REsp 1099573 / RJ-RECURSO ESPECIAL-2008/0228202-3-Relator Ministro CASTRO MEIRA (1125)-Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA-Data do Julgamento 27/04/2010-Data da Publicação/Fonte DJe 19/05/2010).

Ao analisar o Fundo de que trata o artigo 13 da Lei n.º 7.347/1985, disciplinado pela Lei n.º 9.008/95, bem como sobre os recursos que o compõe a doutrina assim se reporta¹⁰:

“[...] Tratou, depois, dos recursos do fundo (art. 1.º, § 2.º). Várias são as parcelas que constituem o fundo: 1ª) o produto das condenações judiciais referidas nos arts. 11 e 13 da Lei n.º 7.347/85; 2ª) as multas e indenizações decorrentes da aplicação da Lei n.º 7.853/89, que cria normas de proteção às pessoas portadoras de deficiência; 3ª) as multas e indenizações destinadas à União por força dos arts. 57, parág. Único, e 100, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor; 4ª) as condenações judiciais previstas no art. 2.º, § 2.º, da Lei n.º 7.913/89, que dispõe sobre a tutela dos interesses de investidores no mercado de valores mobiliários; 5ª) as multas referidas no art. 84 da Lei n.º 8.884/94, que dispõe sobre a proteção da ordem econômica; 6ª) os rendimentos provenientes de aplicações de recursos do fundo; 7ª) outras receitas com previsão de serem destinadas ao fundo; e 8ª) valores oriundos de doações de pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras.”

Como se constata, os honorários não estão elencados dentre os recursos componentes do fundo, além de se destinarem aos profissionais que trabalharam na causa. Por outro lado, **o artigo 127, da Constituição Federal, inciso II, “a”, veda ao Ministério Público o recebimento**, a qualquer título e sob qualquer pretexto, **de honorários**, percentagens ou custas processuais,

¹⁰ FILHO, José dos Santos Carvalho. *Ação Civil Pública*. 3ª ed.. Rio de Janeiro: Lumens Júris, 2001. p. 446.

assistindo razão ao apelante, neste ponto, quando ressalta que a verba honorária não está incluída entre os recursos destinados ao indigitado Fundo.

Assim, a Procuradoria de Justiça opina pelo parcial provimento do apelo para afastar a condenação em honorários, mantendo-se os demais termos da sentença combatida.

4 CONCLUSÃO

Por todo o exposto, o Ministério Público, através deste Promotor de Justiça Convocado, manifesta-se pelo **CONHECIMENTO** dos recursos de **APELAÇÃO**, e pelos **IMPROVIMENTOS** dos apelos de **FINASA LEASING ARRENDAMENTO MERCANTIL (FLS. 4.880 A 4.895)**, **ABN AMRO ARRENDAMENTO MERCANTIL S/A (FLS. 4.915 A 4.931)**, **SUDAMERIS ARRENDAMENTO MERCANTIL S/A (FLS. 4.938 A 4.954)**, **SAFRA LEASING ARRENDAMENTO MERCANTIL S/A (FLS. 4.958 A 4.974)**, **GM LEASING S/A – ARRENDAMENTO MERCANTIL (FLS. 4.988 A 5.001)**, **SAFRA LEASING S/A ARRENDAMENTO MERCANTIL**, **ALFA ARRENDAMENTO MERCANTIL E DIBENS LEASING ARRENDAMENTO MERCANTIL (FLS.5.075 A 5.103)**, mantendo-se a sentença *a quo* em todos os seus termos. Quanto ao apelo de **VOLKSWAGEM SERVIÇOS S/A (FLS. 5.034 A 5.069)**, a Procuradoria de Justiça do Ministério Público do Estado do Pará se manifesta pelo **CONHECIMENTO**, mas pelo seu **PROVIMENTO PARCIAL**, decotando-se da decisão guerreada a condenação na verba honorária, na forma da fundamentação acima, mantendo-se a sentença nos seus demais termos. Quanto às preliminares o Ministério Público se pronunciou acima. A longa peça ministerial se deu em face de os autos, atualmente, terem vinte e três volumes, razão pela qual apresento escusas à ilustre Relatora do feito.

Belém - PA, 10 de março de 2011.

João Gualberto dos Santos Silva

Promotor de Justiça convocado (3.º cargo, em exercício)

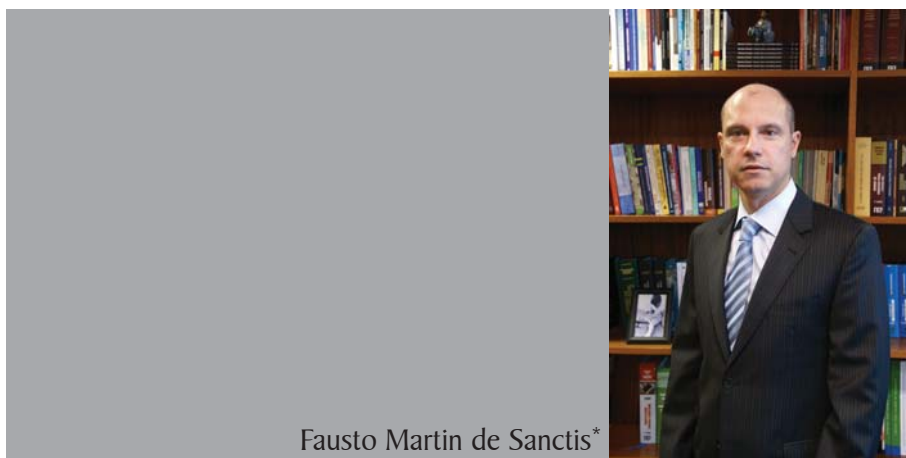
Dados Biográficos do autor:

Ingressou nas fileiras ministeriais no ano de 1986, tendo sido designado para officiar, inicialmente, na Comarca de Muaná (Pará) e, pouco tempo depois, passou a exercer, cumulativamente, a Comarca de São Sebastião da Boa Vista, trabalhando também nas Comarcas de Baião, Monte Alegre, Prainha (Baixo Amazonas), Viseu (divisa do Pará com o Maranhão – Rio Gurupi), Paragominas, Conceição do Araguaia (sul do Pará), São Geraldo do Araguaia, Marabá (sul do Pará), Belém (8ª Promotoria de Justiça do Juízo Singular Criminal), 1ª Promotoria de Justiça de Incapazes e Ausentes, 2ª Promotoria de Justiça de Direitos Constitucionais e do Patrimônio Público. Em abril do ano de 2007, foi convocado para officiar perante a 1ª Procuradoria de Justiça junto às Câmaras Cíveis Isoladas (atual 4ª Procuradoria de Justiça Cível), onde se encontra na atualidade. No dia 15 de dezembro de 2010, apesar de ainda ser Promotor de Justiça convocado, recebeu o **Diploma de Honra ao Mérito**, outorgado pela Corregedoria-Geral do Ministério Público, pelo fato de ter apresentado o melhor trabalho forense na “**Categoria Procurador de Justiça**”, com a peça processual “**Manifestação em Ação Rescisória, objetivando guerrear sentença que julgou improcedente a Ação Ordinária de Desconstituição de Ato Jurídico combinado com pedido de antecipação de tutela - Processo n.º2001.3.007341-9**”, em trâmite perante as Câmaras Cíveis Reunidas, e, segundo a CGMP, “**reveladora de excepcional apuro técnico-jurídico e louvável desempenho funcional**”. Foi Assessor da Corregedoria e da Procuradoria-Geral de Justiça, oficiando, outrossim, junto ao GEPROC - Grupo Especial de Prevenção Repressão às Organizações Criminosas (grupo local) e ao GNCOC - Grupo Nacional de Combate ao Crime Organizado. Em 2005 participou, em Brasília, do curso de Combate à Lavagem de Dinheiro, ministrado em três módulos (5 a 16/6, 1º a 5/8 e 26 a 30/9). Assim, possui como única atividade o exercício da carreira ministerial.

Entrevista



Vitória-régia (Museu Emílio Goeldi)n



Fausto Martin de Sanctis*

O entrevistado desta edição da Revista do Ministério Público é o Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 3ª Região Fausto Martin de Sanctis, que assumiu o cargo em janeiro de 2011. Doutor em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) e Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Brasília (UNB). De Sanctis já foi Juiz Federal na 6ª Vara Criminal da 1ª Subseção Judiciária de São Paulo, no período de 1991 a 2011, tendo anteriormente atuado como Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e Procurador do Estado.

Fausto de Sanctis é um dos maiores estudiosos do país e com extensa prática jurídica nos casos dos chamados crimes de lavagem de dinheiro. Sua atuação no combate e repressão às organizações criminosas é respeitada até mesmo fora do Brasil. É autor de onze livros publicados no período de 1999 a 2010.

Na entrevista concedida à Revista do Ministério Público do Estado De Sanctis fala sobre a corrupção no Brasil, a estrutura organizacional das instituições públicas que atuam na repressão a esse tipo de crime, reforma política, financiamento público de campanhas e voto distrital. Além desses temas, o entrevistado aborda também o bloqueio dos bens decorrentes de atos ilícitos, o aumento de condenações no país por lavagem de dinheiro, a dificuldade de recuperar o dinheiro subtraído do erário, lei da Ficha Limpa e o foro privilegiado para determinados agentes políticos no Brasil.

* Por Edyr Falcão e Paulo Ricardo de Souza Bezerra

1. Um dos maiores entraves ao cumprimento dos objetivos republicanos está nos alarmantes índices de corrupção no Brasil, chaga extremamente danosa e capilarizada por todos os Estados da federação. Por que o Brasil ainda não alcançou um nível equivalente ao dos países mais desenvolvidos no que concerne ao combate eficaz da corrupção?

R. O combate eficaz da corrupção requer necessariamente que todos realizem o difícil, mas compensador, exercício da licitude. Não desejar para si o que não lhe pertença. Ou seja, mudança cultural que acabaria refletindo em todos os Poderes da República, os quais possam servir ao público como função preponderante.

2. O Judiciário e as demais instituições que compõem o Estado estão adequados, seja em recursos humanos ou infraestrutura, para combater eficientemente a corrupção? Caso não, o que seria necessário para equipar as instituições brasileiras nesse combate?

R. Mais que recursos, é necessário criar um cultura jurídica remansosa e perene que dê validade às denúncias anônimas, às técnicas especiais de investigação, como infiltração de agentes, ação controlada, interceptação telefônica e ambiental, quebras de sigilos. Claro que as instituições devem estar materialmente preparadas, porém, institutos como Habeas Corpus estão sendo manejados de forma a fraudar o devido processo legal e evitar as decisões de primeira instância, aquela que tem feição constitucional e constitui a primeira e única a ter contato direto com as provas e as partes.

3. Na sua opinião a reforma política no Brasil e a implementação de medidas como o financiamento público das campanhas eleitorais e o voto distrital teriam alguma utilidade em viabilizar a redução dos índices de corrupção no país?

R. A questão do financiamento de campanhas é crucial para o combate à corrupção. É, sem dúvida, um dos fatores que alimentam maus administradores públicos e políticos, os quais se cercam de benefícios ilícitos para propiciar sucesso eleitoral. Se é público ou privado, o financiamento, é questão de discussão. Hoje, é privado e tem gerado distorções. Mas, não se pode ser ingênuo e achar que o financiamento público poderá estimular o caixa-dois,

isto é, de oficial passaria para o clandestino. Assim, tanto um caso quanto outro devem merecer regramento específico, transparente com previsão de duras sanções em caso de violação.

4. No enfrentamento da lavagem de dinheiro, considera-se estratégico o acesso efetivo e o bloqueio tempestivo ao conjunto de bens decorrentes dos atos ilícitos. Quais os maiores entraves a esse propósito no Brasil e o que poderia ser feito para superá-los?

R. O que falta é investigação pela Polícia e acompanhamento do Ministério Público, quando não sua cobrança. A Lavagem de Dinheiro está internalizada nas mentes de todos os cidadãos, cabendo às autoridades dar sequência nas apurações e não centralizar suas ações apenas nos delitos antecedentes. O entrave maior existente é a morosidade do Judiciário, mas isto não impediria o aprofundar da persecução penal.

5. É fato que tem aumentado o número de condenações pela prática de lavagem de dinheiro em nosso país. Entretanto, o senhor considera que as penas previstas em lei são adequadas em face da magnitude das lesões causadas à sociedade pela malversação dos recursos? Caso não, quais propostas poderiam ser formuladas?

R. Tem aumentado o número de condenações, mas o número é absurdamente incompatível com o avolumar de crimes cometidos no país e que geram grande quantia ilícita. As penas são razoáveis se se considerar que há um mínimo, mas também um máximo, cabendo ao juiz bem dosar a situação.

6. Diversos países tem firmado compromissos multilaterais no sentido de coibir a lavagem de dinheiro para que seja viabilizada a reintegração ao erário dos recursos que lhe foram subtraídos. Por que ainda é tão difícil reaver o dinheiro subtraído dos cofres públicos? O que pode ser feito para melhorar o sistema?

R. Para reaver os bens ou valores no exterior, dependemos da Cooperação Internacional, devendo o Judiciário dar validade ao Auxílio Direto porquanto Cartas Rogatórias não possuem mais espaço no mundo de hoje dado ao reconhecido procedimento moroso e burocrático. Além disso, é necessário um

sistema racional que viabilize o trânsito em julgado em tempo razoável, sem o qual é impossível apostar no sucesso das repatriações.

7. O Brasil, no panorama internacional, pode ser considerado solo fértil à lavagem de dinheiro?

R. Sim, dada a sensação, quando não a certeza, da impunidade e da cultura de predisposição das pessoas às práticas ilícitas.

8. A sociedade tem demonstrado que está saturada dos maus políticos. Um bom exemplo disso foi a iniciativa popular que resultou na Lei Complementar n. 135/10, a chamada “Lei da Ficha Limpa”. Apesar disso, o STF votou pela não aplicação de tal lei na última eleição (2010). E pendente está o julgamento de sua constitucionalidade ou não naquela Corte. Na sua avaliação, como deve ser a relação do Judiciário com os anseios da população concretizados, por exemplo, pela iniciativa popular, que é um dos instrumentos da democracia participativa?

R. Servir é satisfazer os anseios intelectuais e materiais da população, jamais cumprir, por si só, suas vontades. Um Judiciário eficaz, que leve em consideração a verdade, e não a sua manipulação, deve produzir decisões que o legitimem e o torne plenamente útil aos olhos da população. Na última Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro - ENCCLA, por minha sugestão, foi aprovada uma Recomendação para que, pelo menos, os mesmos critérios da Lei da Ficha Limpa passem a valer para todos os cargos em comissão de todos os Poderes. Veja que não houve oposição de quaisquer das 70 instituições que se fizeram presente em Bento Gonçalves em final de novembro deste ano (2011).

9. O senhor é favorável ao foro por prerrogativa de função para determinados agentes políticos no Brasil? Esse “foro privilegiado” contribuiria para a impunidade?

R. Sou contra o foro por prerrogativa de função que significa, sem qualquer justificativa, a adoção de um meio excepcional e altamente moroso, que contribui e dá validade à impunidade no país.

10. No que diz respeito ao combate à corrupção, os tribunais de contas são realmente necessários ao país? Não seria mais eficiente investir nas unidades administrativas incumbidas de sistemáticas auditorias e de efetivo controle do emprego dos recursos públicos por parte dos gestores?

R. Não sei dizer exatamente. Contudo, acredito que talvez compensaria mais auditorias privadas do que a manutenção de um sistema (de contas) que acaba também comprometido em sua credibilidade pela forma de eleição de seus membros. Sobre este ponto, o país deveria já ter repensado as formas de indicações aos Poderes, aí incluindo o Judiciário, que mereceria um critério objetivo e sua composição por juízes de carreira, evitando as nefastas ingerências políticas que têm corroído a boa administração do Estado brasileiro.

Sugestões de Leitura



Mangal das Graças

SUGESTÕES DE LEITURA

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 7a ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. 923 p. Inclui Bibliografia; Inclui Índice Alfabético Remissivo. ISBN 9788573487473 .

“Na presente edição, foram acrescentados três novos capítulos, sobre os crimes ambientais (Lei 9.605/98), os crimes de responsabilidade cometidos por Prefeitos (DL 201/67) e o crime de redução à condição análoga à de escravo (CP, art. 149). Com a inclusão dos crimes ambientais e dos crimes de Prefeitos considero alcançado, finalmente, o objetivo de abranger os crimes de maior relevo e frequência nos foros federais.

Em relação aos crimes ambientais, passados dez anos da vigência da Lei 9.605/98, foi possível examinar a extensiva produção e algum grau de consolidação da jurisprudência federal em relação aos delitos ambientais.

Quanto aos delitos de Prefeitos, observou-se um notável incremento no número de casos julgados, uma vez passadas as turbulências decorrentes da alteração do art. 84 do CPP por conta da Lei 10.628/02 e da subsequente declaração de inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º daquele dispositivo pelo STF, ao julgar as ADINs 2797-2 e 2860-0.

O delito de redução à condição análoga à de escravo, embora apresente menor número de casos, mereceu atenção em razão da pacificação da jurisprudência ao firmar, acertadamente, a competência federal, bem como pela projeção do tema no plano internacional.

Afora isso, os capítulos relativos aos crimes de Genocídio, Tráfico de Pessoas e Tráficos de Crianças foram substancialmente revisados com base nas leituras e discussões travadas nas disciplinas de Prevenção ao Genocídio e Tráfico de Pessoas cursadas na American University – Washington College of Law...”. (Resumo extraído do Site da Editora Livraria do Advogado).

BARTHOLOMEU, Daniela Bacchi (Org.); CAIXETA-FILHO, José Vicente (Org.). *Logística ambiental de resíduos sólidos*. São Paulo: Atlas, 2011. 252 p. Inclui notas bibliográficas. ISBN 85-224-6198-1.

“Fruto da experiência dos autores nos temas de logística e transporte e de uma profunda pesquisa envolvendo resíduos sólidos no país, o livro busca preencher uma lacuna quanto à existência de publicações que abordem a relação entre resíduos sólidos e seus aspectos logísticos, assim como seus aspectos socioambientais. A logística ambiental de resíduos sólidos está fortemente relacionada com as características intrínsecas do resíduo em questão e com suas respectivas regulamentações. A aprovação da Política Nacional de Resíduos Sólidos, em 2010, é um marco regulatório fundamental para esta gestão da cadeia logística, e tende a definir as práticas futuras. A preocupação socioambiental envolvendo resíduos sólidos também deve ser considerada na

discussão logística, destacando-se, no primeiro caso, a importância das cooperativas de reciclagem como atividade econômica para centenas de famílias e, no segundo, a importância de alternativas de destinação, visando ao aproveitamento dos resíduos. A adoção de tecnologias que utilizem o resíduo como matéria-prima para gerar energia deverá se consolidar em pouco tempo no Brasil, alterando o conceito de lixo como algo negativo para uma fonte de energia interessante. Essa mudança de paradigma deve ter efeitos diretos sobre a gestão e a logística de transporte de resíduos sólidos. Dividida em quatro partes, a obra inicia-se com uma descrição dos processos logísticos de resíduos sólidos domiciliares, de serviços de saúde e de pneus inservíveis, destacando as respectivas operações logísticas. Em seguida, aborda-se a sustentabilidade envolvendo resíduos sólidos, através de seus aspectos sociais, ambientais e tecnológicos. Na Parte III, são apresentadas algumas experiências envolvendo resíduos sólidos, a partir de estudos de caso realizados em municípios do estado de São Paulo e levantamento bibliográfico para as experiências internacionais. Finalmente, o livro encerra com a discussão de ferramentas para planejamento e tomada de decisão envolvendo gestão de resíduos”. (Resumo extraído do Site da Editora Atlas).

DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Diversidade sexual e direito homoafetivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 . 573 p. Inclui notas explicativas; Inclui Bibliografia; Fechamento desta edição: 01/03/2011. ISBN 9788520339114.

“Dar visibilidade e impor respeito às diferenças de caráter sexual, bem como inserir os direitos das pessoas lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis e transgêneros no sistema jurídico é um projeto antigo da coordenadora desta obra. Escrita por juristas que se notabilizaram na abordagem dos diversos aspectos relacionados ao tema, a presente obra é um passo decisivo para a sistematização do direito homoafetivo”. (Resumo extraído da Editora Revista dos Tribunais).

GARCIA, Débora Faria . *Novas regras da prisão e medidas cautelares: Comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011*. São Paulo: Método, 2011 . 123 p. Inclui Bibliografia . ISBN 9788530936068 .

“A Lei 12.403, de 4 de maio de 2011 introduziu significativas mudanças na prisão processual. Este livro traz comentários comparativos da nova redação dos artigos e responde importantes questionamentos, dentre eles:

- Como ficou o conjunto de artigos do sistema processual penal que cuida da prisão?
- Como foram regulamentadas as questões da prisão em flagrante, da prisão preventiva, da fiança, da liberdade provisória?
- Como ficou a questão da prisão especial?

Por meio de um estudo preciso dos novos dispositivos processuais penais é possível perceber que o trabalho desenvolvido pela Doutora Débora Garcia tem o sabor da novidade, aliado à coragem de desenvolver temas novos, dentro de uma didática imparcial e destinada a demonstrar o acerto das posições assumidas.

Merecem destaques os quadros analíticos apresentados, em face de sua facilidade de visualização, seguidos de comentários sobre as novas regras em confronto com as antigas (...).

A Autora sintetiza todas as modificações de maneira clara e precisa, demonstrando as distorções até então reinantes e apresentando ao público o entendimento que oxalá será seguido pelos cultores do Direito.” (Resumo extraído do Site da Livraria Saraiva).

GRAZZIOLI, Airton; RAFAEL, Edson José. *Fundações privadas: Doutrina e prática*. 2a ed. São Paulo: Atlas, 2011 . 333 p. Inclui notas explicativas; Inclui Bibliografia. ISBN 9788522461332 .

“Este livro é indispensável para os que militam no Terceiro Setor e os que se dispuserem a conhecer as entidades fundacionais, desde seu nascimento até sua eventual extinção, familiarizando-se com seus direitos e deveres típicos.

Como o direito das fundações é mais prático que teórico, os autores procuraram afastar a linguagem de qualquer tecnicismo de difícil compreensão para os não-bacharéis em Direito. O trabalho pronto e acabado dá abrangência ao tema, de modo a torná-lo útil não só aos estudiosos do direito, mas também a todos os que, de forma direta ou indireta, lidem com as fundações e associações de interesse social no seu dia-a-dia”. (Resumo extraído do Site da Editora Atlas.

LEMOS, Patrícia Faga Iglesias. *Resíduos sólidos e responsabilidade civil pós-consumo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. 256 p. Inclui Bibliografia. Fechamento desta edição: 03/05/2011. ISBN 85-203-4013-4.

“Trabalho pioneiro e corajoso, o tema da responsabilidade civil pela destinação dos resíduos sólidos é crucial para o Direito Ambiental: se cada vez se consome mais, pouco se falou até agora sobre o pós-consumo e seus reflexos no meio ambiente. O assunto envolve desde a sociedade como um todo até seus agentes individuais, como as empresas multinacionais, e, dentre os princípios a ele aplicáveis, a Autora aponta o desenvolvimento sustentável como o primeiro e mais abrangente.

Com fundamento em dispositivos legais e atos normativos pátrios, como a recente Lei 12.305/2010, a Autora analisa, também, os tratados internacionais e a legislação estrangeira a respeito, fornecendo os conceitos técnicos sobre resíduos e examinando temas correlatos, num estudo que vai além das fronteiras do Direito positivado. No último capítulo, cerne da obra, parte de premissas teóricas e se detém sobre a problemática do nexos causal, propondo que seja estudado não como questão de fato, mas jurídica, argumentando em favor de uma responsabilidade preventiva e apontando soluções fáticas e eficazes”. (Resumo extraído do Site da Editora Revista dos Tribunais).

MELO, Eduardo Rezende. *Crianças e adolescentes em situação de rua: direitos humanos e justiça uma reflexão crítica sobre a garantia de direitos humanos de crianças e adolescentes em situação de rua e o sistema de justiça*

no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2011. . 142 p. Inclui notas explicativas; Inclui Bibliografia. ISBN 978853920024-4 (9788539200245) .

“Este livro traz uma reflexão completa de situações e direitos humanos de crianças e adolescentes nas ruas de nosso país. Se tornando um desafio para nossos governantes”. (Resumo extraído do Site da Livraria Saraiva).

NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. *Os Tribunais e o direito à Saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. 136 p. Inclui notas bibliográficas. ISBN 85-7348-734-3.

“No Brasil, a judicialização do direito à saúde tem servido de pano de fundo para tal reflexão, levando, inclusive, à realização de audiência pública junto ao STF, além da produção de inúmeras decisões jurisdicionais e publicações acadêmicas. Muitos destes aspectos estão presentes no debate proposto por Scaff e Avelãs Nunes, permitindo uma interface argumentativa, e um intercâmbio de experiências que nos leva a repensar posturas e pré- compreensões até então presentes na ordinariade do mundo jurídico-político”. (Resumo extraído do Site da Livraria Saraiva).

ROCHA, Julio Cesar de Sá da. *Direito da saúde: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos*. 2a ed. São Paulo: Atlas, 2011. 174 p. Inclui notas bibliográficas. ISBN 9788522462698.

“Como obra que constrói o direito sanitário como uma nova disciplina, este livro busca articular os princípios elementares que alicerçam a tutela jurídica da saúde. Nos dois primeiros capítulos, introdutórios, o autor delinea a Constituição Federal como fundamento do microsistema jurídico da saúde e as competências legais e as normas gerais que prescrevem princípios que disciplinam a legislação sobre saúde. Em seguida, estuda o conceito do direito à saúde e direito sanitário. Os capítulos seguintes discutem as várias correlações entre direito sanitário e outros ramos do direito (constitucional, administrativo, ambiental, do trabalho, do consumidor e penal). Por fim, são retratadas a legislação e a responsabilidade em face do Estado e da sociedade civil”. (Resumo extraído do Site da Livraria Saraiva).

SANCTIS, Fausto Martin de. *Crime organizado e lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2009. 278 p. : il. ISBN: 9788502085640

Nesta obra, o autor analisou a legislação brasileira e Convenções internacionais, bem ainda temas como a Súmula Vinculante n.º 14/2009 do STF, a situação dos bens ilícitos e lícitos quando forem misturados, os obstáculos existentes para administração dos bens apreendidos, a Cooperação Jurídica Internacional, o uso, institutos da Restituição e Embargos, além da chamada venda antecipada ou leilão judicial, com

enfrentamento sobre a meação e doações, pagamento de tributos e multas, a questão do bem de família e a destinação de bens culturais e arqueológicos, notadamente nos casos de Tombamento administrativo e demanda de credores privados em detrimento do interesse público representado no processo-crime. Contemplou-se, ainda a forma e critérios de eleição de museus e entidades culturais ou filantrópicas e, em item próprio, acerca de bazares e leilões beneficentes. Traçou-se, portanto, um horizonte sobre o destino dos bens apreendidos ou decorrentes de Delação Premiada tão pouco sedimentado, sempre com foco na sua aplicação prática. (Resumo extraído do Site da Editora Saraiva)

SANCTIS, Fausto Martin de. *Responsabilidade penal das corporações e criminalidade moderna*. 2a ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 195 p. Inclui Bibliografia. ISBN 85-02-08171-0.

Este livro propõe um estudo do conceito, da natureza jurídica dos entes coletivos, das críticas e idéias que permitem sua responsabilização como sujeito ativo de infrações penais.

Preocupou-se o autor em abordar a Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994, que dispõe sobre os mecanismos administrativos de repressão à ordem econômica e o CADE, como também as penas e os institutos da reincidência, reabilitação e suspensão condicional, sem deixar de mencionar a folha de antecedentes e a situação dos entes coletivos perante o processo penal.

Dado o alcance do livro, há de ser considerado de leitura obrigatória, não somente pela flagrante atualidade, mas também pelo fato de a responsabilidade criminal dos grupamentos já ter sido instituída no Brasil. (Resumo extraído do Site da SaraivaJur)

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental: Estudos sobre a Constituição, os direitos fundamentais e a proteção do ambiente*. Prefácio: Antonio Herman Benjamin; Apresentação: José Rubens Morato Leite. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. 283 p. Inclui Bibliografia. Fechamento desta edição: 11/04/2011. ISBN 85-203-4002-8.

“Presenciamos hoje uma tendência à edição de normas que objetivam rever a efetiva proteção ambiental, em que pesem seu embasamento científico, os conhecimentos técnicos e os avanços da legislação.

Esta obra, da autoria de eminentes pesquisadores do Direito, resgata e aprofunda importantes temas da constitucionalização ecológica, enfatizando duas vertentes: uma teoria constitucional identificada com a tutela da vida e a conciliação de um ambiente ecologicamente equilibrado com a progressiva realização dos direitos sociais, econômicos e culturais. Examina, assim, com fundamento na doutrina e na jurisprudência nacional e estrangeira, a dimensão ecológica da dignidade, o mínimo existencial socioambiental, os deveres do cidadão e do Estado, a proibição de

retrocesso e o papel do Poder Judiciário na proteção e efetivação dos novos direitos e deveres”. (Resumo extraído do Site da Editora Revista dos Tribunais).

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: Doutrina e jurisprudência*. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. 2.130 p. Inclui Bibliografia. Publicação acompanhada de um CD-ROM. ISBN 85-203-3980-0.

“A responsabilidade civil é um dos temas mais complexos e polêmicos do Direito. Já consagrada por sua abrangência e atualidade, a presente obra traz estudos sobre praticamente todas as questões que lhe são pertinentes, tanto teóricas quanto práticas, materiais e processuais, entre as quais dano moral, assédio sexual e moral, transportes, consumidor, bancos, e-commerce, trânsito, seguros, imprensa, responsabilidade do Estado. Destaque deve ser dado aos novos estudos, sobre bullying, atos judiciais do MP e do Defensor Público, erro judiciário, demora na prestação jurisdicional, leis inconstitucionais, arbitragem, alienação parental, .. etc. processuais etc.

Esta edição recebeu expressivo acréscimo de doutrina e jurisprudência e foi devidamente atualizada com as recentes reformas legislativas. As remissões também foram revistas e reformuladas, resultando em maior facilidade de consulta”. (Resumo extraído do Site da Editora Revista dos Tribunais).

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10a ed. rev., atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011 . 420 p. Inclui Bibliografia. ISBN 9788573487442.

“Obra que permite ao leitor um estudo dos progressos da lingüística e hermenêutica filosófica neste século, sempre sob a perspectiva do direito, preenchendo lacuna notória no meio jurídico brasileiro ao abordar assuntos polêmicos como: A modernidade tardia no Brasil: o papel do Direito e as promessas da modernidade; O Estado Democrático de Direito e a (des)funcionalidade do Direito ...”. (Resumo extraído do Site da Livraria Saraiva).

VITORELLI, Edilson (Org.). *Temas aprofundados do Ministério Público Federal*. Salvador: JusPODIVM, 2011 . 868 p. Inclui notas explicativas e bibliográficas; Coletânea de autores . ISBN 857761417-4 (8577614172).

“A obra que ora se apresenta, escrita exclusivamente por Procuradores da República, reúne 31 trabalhos que constituem um marco na elaboração do que se costuma chamar “doutrina interna do Ministério Público”. Partindo sempre da perspectiva prática, mas sem perder a visão teórica, os autores abordam temas como a probidade administrativa, a proteção ambiental, os direitos indígenas e de comunidades quilombolas, o direito à saúde e à educação, além do direito penal, nacional e internacional, e do direito processual, civil e penal. Trata-se, portanto, de uma coletânea de textos absolutamente impossível de ser encontrada em outro lugar”. (Resumo extraído do Site da Livraria Saraiva).